

S-2023

Procedimiento: Responsabilidad Médica

Demandante: Luz Mila Morales Sánchez y otros

Demandada: Cruz Blanca EPS y otros

Radicado: 05001 31 03 015 2017 00101 02

Asunto: Revoca sentencia de primera instancia y, en su lugar, niega pretensiones.

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, catorce (14) de abril del dos mil veintitrés (2023).

La Sala emite la providencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto por las partes de la *lid*, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Civil del circuito de Oralidad de Medellín, el pasado 26 de enero de 2022, en el proceso de la referencia, promovido por Luz Mila Morales Sánchez, Guillermo Alonso, María del Socorro y Cristian René Gutiérrez Morales, en contra de la EPS Cruz Blanca, Corporación IPS Comfamiliar Camacol-Coodan (en adelante Corporación Génesis IPS) y la Dra. Indira Josefina Mercado Brun. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden,

I. ANTECEDENTES

1. El día 28 de febrero de 2017 los citados demandantes presentaron demanda con pretensión declarativa de responsabilidad civil, para que, a través del procedimiento ordinario, los demandados fueran condenados a pagar los perjuicios ocasionados a raíz de la falla en la atención médica brindada en febrero de 2012 a la señora Luz Mila Morales Sánchez, con ocasión de la infección urinaria por ella sufrida. La condena, según la demanda, debe ser por las siguientes sumas y conceptos: **\$4.800.000** por concepto de daño emergente; **\$17.987.401**, por concepto de lucro cesante consolidado; **\$117.977.677**, por lucro cesante futuro, 70 smlmv por concepto de daño a la salud e igual suma por concepto de daño moral. Solicitó así mismo la condena al equivalente a 30 smlmv para cada uno de los restantes demandantes, en calidad de hijos de la señora Luz Mila Morales Sánchez.

2. Fundamentos Fácticos. Los hechos se sintetizan de la siguiente manera: **2.1** Que la señora Luz Mila Morales Sánchez quien cuenta con 66 años de edad, está

afiliada al régimen contributivo en calidad de cotizante a través de la EPS Cruz Blanca, paciente cotizante que tiene dentro de su red de prestadores de servicios de salud a la Corporación Génesis IPS.

2.2. Que la señora Morales Sánchez padece hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, hipotiroidismo e infecciones urinarias, enfermedades que la EPS le controló de manera deficiente, al punto que la mala atención le provocó contraer una enfermedad renal crónica, clasificada en estadio 3, sin que la EPS realizara acciones para tratar la enfermedad.

2.3. Que el día 29 de febrero de 2012 la señora Morales Sánchez consultó a la Corporación IPS Corporación Génesis IPS, por presentar síntomas urinarios, tales como *“dolor lumbar-coluria-polaquiuria-disuria y malestar general”*, allí fue atendida por la Dra. Indira Mercado, quien le encuentra signos de una infección urinaria, razón por la cual le solicita un urocultivo con antibiograma, sin realizarle un examen de glicemia, no obstante que la paciente sufre de Diabetes Mellitus tipo 2.

2.4. El resultado del examen arroja que la señora Sánchez presenta una infección urinaria provocada por la bacteria Escherichia Coli, la cual se caracteriza por ser multiresistente a antibióticos de amplio espectro, por lo que la galena decide iniciarle tratamiento ambulatorio con el antibiótico denominado Gentamicina Sulfato, prescribiéndole 6 ampolletas de 160 mg, para aplicar una ampolleta intramuscular diaria.

2.5. Que, con posterioridad a la administración de la dosis del antibiótico inyectable, la salud de la señora Morales Sánchez se vio disminuida, siendo internada de inmediato en la clínica Juan Luis Londoño de la Cuesta, donde le realizaron una ecografía renal que mostró una nefropatía agudizada, deterioro de la función renal y una afectación del nervio vestíbulo coclear -secundario al uso reciente del antibiótico denominado Gentamicina-.

2.6. Que debido a los altos niveles de creatinina que presentaba la paciente fue valorada por la especialidad de nefrología, cuyo especialista realizó un diagnóstico de urgencia dialítica y ordenó realizarle de manera urgente tratamiento con hemodialisis. Estuvo entonces sometida a tratamiento de hemodilaisis durante 4

horas al día, tres veces a la semana, durante más de 20 meses, debido al deterioro renal, hasta que, en julio de 2013 le iniciaron protocolo para el trasplante renal, mismo que fue realizado con éxito en diciembre de esa misma anualidad.

2.7. Que, mientras estuvo sometida a hemodiálisis, la paciente sufrió depresión, perdió el apetito, no dormía, aún después del trasplante presenta ansiedad, depresión y fantasías sobre el donante del órgano transplantado. Además, debido a los medicamentos inmunosupresores que debe tomar de forma indefinida, la señora Morales Sánchez presenta gastritis crónica e infecciones frecuentes, por lo que debe realizarse exámenes y revisiones médicas de forma permanente.

2.8. Que, tanto la señora Morales Sánchez como su familia acusan sufrimiento moral y considera que dicho daño se ocasionó por la negligencia e imprudencia de las personas jurídicas y naturales accionadas, las cuales generaron un daño patrimonial y otro inmaterial, en la modalidad de daño a la salud y daño moral.

3. Actuación procesal. El Juzgado Quince Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda mediante providencia del día 21 de marzo de 2017, misma que fue notificada a la parte demandada, quien la contestó oportunamente de la forma como pasa a precisarse.

4. Contestación de la demandada Cruz Blanca EPS. Adujo que no le constaba nada de lo narrado por los demandantes, en tanto que, los eventos en que se involucra la evolución clínica del paciente son actos médicos sobre los cuales no ejerce ningún tipo de participación en su ejecución, por lo cual deben ser verificados con apoyo estricto en la historia clínica que el prestador de servicios de salud IPS haya edificado a través de su equipo de médicos, los cuales gozan de discrecionalidad científica.

Luego de oponerse a las pretensiones, formuló las excepciones que se dio en llamar: **i)** Ruptura del nexo causal como eximente de la responsabilidad administrativa; **ii)** Actuaciones prudentes y diligentes por parte de los agentes del Sistema de Salud; **iii)** cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación paciente Cruz Blanca EPS; **iv)** Falta de participación en el acto médico y

asistencial por parte Cruz Blanca EPS S.A.; **v)** no materialización de solidaridad entre EPS e IPS; **vi)** excepción genérica.

4.1. Contestación de la Dra. Indira Josefina Mercado Brun. Respecto de esta demandada se surtió el emplazamiento y, tras no acudir al llamamiento edictal, se le nombró curador *ad litem*, para que continuara representándola durante el transcurso del proceso. El auxiliar de la justicia agraciado con la designación acudió al despacho a notificarse de la demanda y en su contestación adujo que no le constaban los hechos narrados por la parte actora, salvo el parentesco que evidenciaba la documental allegada al proceso, por lo demás, dijo atenerse a lo que resultara probado en el proceso y formuló excepciones del mérito que se dio en llamar: **i)** falta de prueba; **ii)** inexistencia de nexo de causalidad. Fundada esta última en que la demandante confiesa unas condiciones de salud previas que pudieran ser la causa de los padecimientos que reclama.

4.2. La **IPS** demandada no contestó la demanda.

5. La sentencia apelada. Fenecido el trámite del proceso previsto en el C. G. del P., incluido la práctica de pruebas y los alegatos de conclusión, el Juzgado Quince Civil del Circuito profirió sentencia el pasado 26 de enero de 2022, en donde halló prósperas las pretensiones de la demanda, reconociendo a favor de la señora Luz Mila Morales Sánchez *Daño moral subjetivo 50 smmlv, Daño a la salud 70 smmlv, Lucro cesante consolidado por valor de \$21.092.267,62* y para los restantes demandantes, la suma equivalente a 8 smlmv.

En tal dirección, al retomar el contenido de la providencia impugnada, se acentúa que el argumento cardinal del juez *a quo* radicó en que, de acuerdo al dictamen pericial aportado por la parte demandante, la galena tratante dejó de realizar un seguimiento a la paciente, quien contaba con comorbilidades, destacando entonces el funcionario que “...de esas conclusiones del perito, hubo una falla en la *lex artis* (sic), pero con relación a la medicación, y en este orden de ideas, el Despacho hasta la saciedad, incluso por eso fue que ordenó en el día de hoy, recepcionar una ampliación del dictamen, de la exposición del perito, para determinar si realmente el tratamiento que pudo haber tenido la señora anteriormente a la atención que se le tomó el 29 de febrero de 2012 y la posterior revisión en la historia clínica, de la formulación médica, ese medicamento podía

haber tenido condiciones toxicológicas para ello (...) el perito lo explicó en el día de hoy que efectivamente no puede haber una condición de certeza, sin ese examen de la biopsia renal, pero también fue muy enfático en considerar de que por la condición histopatológica a que fue sometida la paciente, por esa condición histórica histopatológica se podía llegar a la conclusión de que efectivamente se generó un daño por la gentamicina sulfato que se le entregó y esta condición fue producto del diagnóstico, una biopsia renal posterior, pues porque no lo exigió la IPS respectiva...”

Agregó que la parte faltante de la historia clínica no se podía exigir a la parte demandante, siendo que era una carga de la IPS demandada, deduciendo la comprobación del nexo causal propio de la responsabilidad atribuida, con fundamento en que: “...el Despacho necesariamente debió concluir de que siguió la condición (sic) de la formulación de la medicación de la Gentamicina, generó el daño que nos ocupa, esta situación incluso nuevamente en el día de hoy, el perito formuló que debió habersele seguido un seguimiento (sic) a la condición de esta paciente, por las preexistencias que tenía, y como es para este juzgador reprochable, que como es que la médica teniendo la condición de que ella era la que atendía la paciente, debía conocer esas preexistencias, el médico perito nefrólogo fue enfático que si la personas tienen una condición renal especial y una hipertensión arterial y diabetes, esta condición tenía que guiar la médica y tenía que saber de acuerdo a sus conocimientos como médica general, que no podía formular dicho medicamento, entonces, miren, el médico el profesional el perito afirma los protocolos se cumplieron en los tiempos establecidos, pero lo que si falló fue la *lex artis*, o sea el conocimiento de la profesional, entonces en ese orden de ideas no podemos considerar que hubo una negligencia por parte de la paciente o que hubo una inadecuada formulación por parte de esa otra entidad médica EMI al haber ordenado dicho medicamento del cual no resulta ser acogido frente a esa situación...no puede desconocer este juzgador que había una insuficiencia renal pero no a terminar al punto de un trasplante...”

De esta forma, al adentrarse al estudio de los prejuicios reclamados, partió por desestimar el daño emergente, aludiendo a la falta de prueba de dicha erogación para contrarrestar el hecho dañoso. Seguidamente, indicó que, si bien existían dudas sobre la actividad laboral ejercida por la señora Luz Mila Morales Sánchez, la misma se disipaba observándose que era cotizante y, ello permitía demostrar

que en realidad recibía o debía recibir una remuneración, en esa misma línea, denegó el lucro cesante futuro, señalando que no se encontraba demostrada una pérdida de capacidad laboral o que la señora Morales Sánchez hubiera dejado de laborar a raíz del accidente.

Frente al perjuicio moral reclamado por las víctimas indirectas, indicó que la prueba reflejaba que su señora madre asistió a las consultas sola y los sentimientos de dolor y pesar que pudieron haber padecido no pasó de ser una simple preocupación que debía ser tasada por lo bajo, agregando que el hijo que se encargó de los cuidados requeridos por la señora Morales Sánchez, no demandó. Finalmente, optó por reconocer el daño a la salud como perjuicio autónomo, originado en los padecimientos físicos y la inmunosupresión a la que estará sometida durante toda la vida de la paciente trasplantada. En esa misma línea, indicó que los perjuicios psicológicos derivados de la angustia y la depresión generada posteriormente, merecían ser tasados en la suma de 50 smlmv. Concluyó.

6. El recurso de apelación. Ambos extremos litigiosos apelaron la sentencia. Así, concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por este Tribunal, seguidamente, se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrió de la forma como pasa compendiarse:

6.1. Apelación de la sociedad Cruz Blanca EPS. Su inconformidad radicó principalmente en reiterar que su participación como EPS no involucra supervisión de la evolución clínica del paciente, pues son actos médicos sobre los cuales no ejerce ningún tipo de participación en su ejecución, por lo cual deben ser verificados con apoyo estricto en la historia clínica que el prestador de servicios de salud IPS haya edificado a través de su equipo de médicos, los cuales gozan de discrecionalidad científica.

Tilda de incongruente la posición del fallador de primera instancia en el sentido de declarar solidaridad para determinar que la EPS es responsable de unas actividades de prestación de servicios de salud prestadas por un tercero.

6.2. Apelación Génesis Salud IPS en liquidación. Se duele de la valoración probatoria que le imprimió el funcionario de primera instancia a la prueba obrante

en el proceso, concretamente, al dictamen pericial, comenzando por que nunca aportó los soportes de sus especializaciones, por demás, acusa el dictamen de inatendible por falta de soporte científico y haberse basado solo en la atención recibida por la paciente el pasado 29 de febrero de 2012, dejando de valorarse en forma integral el tratamiento de la paciente.

Destacó que el juez debió valorar la conducta de las partes, ante la falta de historia clínica completa, debiéndose valorar aspectos como: “...1. La demandante no aportó prueba siquiera sumaria con la radicación de la demanda que había solicitado las historias clínicas. 2. Que le entregó al perito sólo una parte de las historias clínicas para realizar un dictamen pericial y este omitió solicitarlas para realizar una valoración exhaustiva. 3. Que la demandante no relacionó ni aportó la prueba de la atención de E.M.I. 4. Que, en cambio, GÉNESIS SALUD IPS en liquidación estuvo dispuesta y entregó historias clínicas que develaron la mutilación que realizó la parte demandante de la prueba. 5. Que no se demostró que por parte de GÉNESIS SALUD IPS en liquidación hubo ocultamiento, en cambio ese ocultamiento sí se predica de la parte demandante, de lo que en abundancia se ha hecho alusión, lo que debía llevar al juzgador a valorar indicios en contra...”

Destaca que existe una duda respecto de si realmente la Gentamicina ordenada fue la causante del daño y más aún cuando en interrogatorio de parte y testimonios se evidenció con meridiana claridad que la demandante no cumplía con su tratamiento, exámenes y citas de control, sin contar con la influencia de las otras enfermedades padecidas por la paciente.

Así mismo, exaltó que “...En las observaciones que se hicieron en audiencias, se informó al juzgador que previa a la atención del 29 de febrero en comento, la demandante había tenido una atención por parte de E.M.I. que no fue aportada por la demandante a través de su apoderado, en la que se formuló CIPROFLOXACINA que es un antibiótico utilizado en el tratamiento de infecciones urinarias...”

Frente al lucro cesante acometió que el juez “...debió tener en cuenta y no lo hizo, que la demandante a los 57 años de edad y por ser mujer, tenía derecho a acceder

a la pensión de vejez, lo que cambiaría los cálculos respecto del lucro cesante...” y, agregó, que no existía prueba de los perjuicios morales reclamados.

Finalizó señalando que no existía prueba del nexo causal “... pues no se cuenta con medios de prueba idóneos para deducir con seguridad que aquel desenlace tuvo su origen directo en la conducta que se reprocha a la profesional de la medicina responsable de brindarle atención médica a la señora Luz Mila Morales...”

6.3. Apelación Curador Ad Litem de la Dra. Indira Josefina Mercado Brun.

Reclama también una correcta valoración del dictamen pericial, destacando cómo el experto determinó que la conducta desplegada por la dra. Mercado Brun, sí estuvo ajustada a la *lex artis*, y que esta era la indicada para el tipo de tratamiento que se llevó a cabo, según lo refirió al momento de responder a la pregunta realizada por parte de la apoderada de Cruz Blanca.

Agregó que: “...según las respuestas del interrogatorio realizado por al perito (sic), este en su experticia, no pudo determinar qué o quién fue el causante del daño, y máxime cuando manifiesta que la conducta desplegada por mi representada se ajustó a todos los protocolos médicos, y si el fallador de instancia soportó su decisión específicamente en el dictamen pericial, este no podía llegar a una conclusión diferente a la de absolver a mi representada, toda vez que quedó demostrada que actuó con diligencia y cuidado y que el medicamento formulado era el pertinente para su patología.

Tildó de excesivos los perjuicios reconocidos, como quiera que la prueba reflejó que la señora asistía sola a las citas médicas: “...para una situación como está el impacto emocional de cada uno de sus hijos se reflejaría en su comportamiento de su señora madre y este acompañamiento no se acreditó en el proceso, lo que pone en duda el dolor efectivo que pudieran haber sufrido...”

6.4. Apelación de la parte demandante. Disiente de la sentencia en punto de la falta de reconocimiento del lucro cesante futuro, dado que el funcionario no observó que al momento de descorrer las excepciones se presentó un dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional que le fue realizado a la señora Luz

Mila Morales Sánchez en el área de Salud Ocupacional de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, en donde se determinó que la señora Morales Sánchez presenta como consecuencia de la pérdida de la función renal y del trasplante renal, una pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del 65.06%, dictamen que se encuentra en el folio 147 parte dos del expediente digital. Por lo demás, solicitó la confirmación de la sentencia en su totalidad, adicionando las pretensiones para abordar el lucro cesante en los términos solicitados en el escrito genitor del proceso.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida, y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales. Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la parte demandante, de igual manera, no se observa que en el transcurso del proceso se haya irrumpido en alguna causal de nulidad, además, se les ha permitido a los apoderados de las partes exponer las razones que los llevan a sustentar su tesis dentro del término de sustentación del recurso de apelación.

2. Sobre la solicitud de terminación del proceso solicitada por Cruz Blanca EPS. El apoderado solicita declarar terminado el proceso en contra de la referida entidad, como consecuencia de la terminación de la existencia legal, declarada mediante resolución radicada al número **RES003094 del 17 de abril de 2022**.

Ciertamente, en la mencionada resolución el Agente Especial Liquidador de la entidad declaró configurado el desequilibrio financiero de la EPS, procediendo en su artículo primero a “*declarar terminada la existencia legal de Cruz Blanca EPS*”, sin embargo, en el párrafo señaló:

PARÁGRAFO: De manera expresa se manifiesta que como consecuencia de la terminación de la existencia legal de CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. EN LIQUIDACIÓN, no existe subrogatario legal, sustituto procesal, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos, sin perjuicio de los activos contingentes y remanentes que se discuten judicial y administrativamente.

Puede observarse que, si bien no se constituyó una figura de subrogación legal o sustitución procesal que reemplazara los efectos de la terminación de la existencia legal de la EPS demandada, de todas maneras en una especie de sucesión procesal podían los sucesores en el derecho debatido comparecer para hacerse reconocer tal carácter, aunque de todas maneras se aclaró que el proceso se adelantaba sin perjuicio de los activos contingentes y remanentes que se discuten judicialmente, como en efecto ocurre en este particular. Y no podía ser de otro modo, pues el acto administrativo en mención, que reguló todo el trámite de liquidación de la EPS Cruz Blanca, en parte alguna menciona, como consecuencia jurídica de la situación actual de la entidad, la terminación de procesos judiciales en su contra, pues, por obvias razones, el Agente Especial Liquidador no tenía la facultad de hacerlo ni el alcance de intervenir hasta el punto de afectar asuntos judiciales ajenos a su propia labor frente a la EPS.

Además, la terminación del proceso no está enlistada como una consecuencia de la declaratoria de inexistencia de un sujeto procesal, puesto que a voces del artículo 68 del C.G. del P: *“Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren”*. Tampoco soslaya el Tribunal que los actos administrativos tienen la calidad de resoluciones, de rango inferior a normas como el compendio general procesal civil, así como que eventualmente, de proceder la terminación solicitada, podrían resultar perjudicados intereses de terceros.

De ahí que, el Código de Comercio, en su artículo 222, consagre que, una vez liquidada la sociedad, ésta *“conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”*, como que, por vía jurisprudencial, se ha establecido que las entidades pueden continuar siendo sujetos activos o pasivos ante autoridades judiciales, en aras de la protección de los derechos de terceros. Ocurre, entonces, que, pese a que la EPS ya no aparece en el ordenamiento jurídico como persona jurídica estatutaria, al menos sí se hizo una reserva de activos para responder por las eventuales condenas en su contra, lo que traduce que el proceso continúa en su contra, merced a que está en capacidad económica de responder por una eventual responsabilidad y por esa razón no puede salir

airosa la petición del liquidador de la EPS Cruz Blanca, para excluirlo de la contienda por liquidación definitiva de dicha sociedad.

2.1. Para continuar y, antes de resolver el recurso, veamos algunas breves consideraciones sobre el instituto jurídico en cuestión.

3. En la prestación del servicio médico ofrecido por el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSS) intervienen, entre otros: **3.1. Las EPS** que *“son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.”*

Específicamente están obligadas, según el artículo 178 de la ley 100 de 1993 a: **3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional (...) 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.**

Además, según el artículo 156 ib. a: e) *Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno.*

3.1. Puntual normativa que también le es inherente a las susodichas Entidades, lo constituye el Decreto 1485 de 1994. Éste, regulando la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, y más específicamente la responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, en su artículo segundo, literal D, establece que: *“Las Entidades Promotoras de Salud serán responsables de*

ejercer las siguientes funciones: Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitalización correspondientes. Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con Instituciones Prestadoras y con Profesionales de la Salud; implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud.”

Así mismo, debe resaltarse lo que el Decreto 2174 de 1996, en su artículo 6to prescribe, taxativamente en torno a la responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud: “...Las Entidades Promotoras de Salud y las que se asimilen, y los prestadores de servicios de salud son responsables de la Calidad de la atención en salud de su población afiliada y usuaria, en el marco de las obligaciones que les asigna la ley; sin perjuicio de las responsabilidades propias de los demás integrantes del sistema”.

3.2. Ya en lo tocante con la responsabilidad directa de las EPS, cabe citar la casación del 22 de julio de 2010, en cuanto precisó que:

*“En tratándose **de la responsabilidad directa** de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellas vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta*

una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras).”.

3.3. Dichas consideraciones quedaron igualmente plantadas en el pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia¹ en reciente sentencia donde realizó un juicioso análisis de la responsabilidad sistémica de las personas jurídicas, para concluir que, en los casos de responsabilidad médica, las EPS responde como si la falla del servicio médico hubiera sido obra suya. Destáquese de aquella providencia lo siguiente:

“Se ha afirmado líneas arriba que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.”

3.4. Por lo tanto, las EPS son responsables por cualquier incumplimiento de su deber de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, sin que importe

¹ CSJ el 30 de septiembre del 2016, M. P. Ariel Salazar, -radicado SC13925-2016-

para ello si lo prestan directamente o por intermedio de Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que hacen parte de su red de servicios o de profesionales de la medicina vinculados a estas. En consecuencia, si la deficiente prestación del servicio de salud causa daño al paciente o a sus familiares, la EPS está obligada a indemnizarlo.

3.5. Las IPS que son las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, (hospitales, clínicas, centros de salud, consultorios, laboratorios, etc.) contratadas por la EPS o de su grupo. El usuario puede escoger la IPS de su elección, dentro de la lista que le ofrece la EPS. También puede suceder que una IPS que no le pertenece, ni con la cual tenga contrato previo la EPS, le presta el servicio de salud al afiliado a la EPS.

3.6. El médico que es la persona natural que tiene como profesión la medicina y presta un servicio, obvio, profesional dirigido a mantener y recuperar la salud humana mediante el estudio, el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad o lesión del paciente.

4. De la responsabilidad civil médica. En términos generales, para que se configure una responsabilidad civil, en su modalidad de contractual o extracontractual, aparte de la prueba del contrato para la primera, deben reunirse tres requisitos esenciales para ambas, como son: el daño antijurídico, el hecho culposo y el nexo de causalidad.

Dichos elementos no son ajenos a la responsabilidad médica, sino que, por el contrario, requieren concurrir, para que tenga cabida la obligación de indemnizar, junto con el contrato de salud, en los casos en que haya mediado uno, surgiendo para el personal médico, el deber de poner al servicio de su paciente-contratante, todos sus conocimientos científicos y las técnicas para restablecer su salud, dentro de lo cual se comprende el utilizar los equipos e instrumentos adecuados para un correcto diagnóstico y posterior tratamiento de la enfermedad, elaborar correcta y pormenorizadamente la historia clínica, todas las cuales, son obligaciones de la naturaleza del contrato que no requiere cláusula escrita.

5. El nexo de causalidad, como elemento indispensable de toda responsabilidad. Dentro de los elementos inveterados e inexcusables de la

responsabilidad civil, se destaca la relación de causalidad entre: el hecho o la omisión del sujeto a quien se le imputa la ilicitud, y el daño antijurídico, que, concurriendo, dan origen a la responsabilidad civil.

Ahora, para que tenga cabida la causalidad o no quede duda de su existencia, la conducta del demandado, activa u omisiva, debe haber sido la causa adecuada y eficiente para la producción del daño cuya reparación se solicita, memorando, que solo es causa del daño: la condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado, añadiendo, que tal y como lo señala la autora española CECILIA WEINGARTEN, en el ámbito médico:

“...la conexión causal entre una acción y un determinado resultado debe ser establecido con arreglo a criterios científicos. Dada la índole de las cuestiones que se dilucidan y las características del hecho generador del daño, únicamente es la ciencia médica la que puede verificar si un hecho puede producir regular y normalmente y conforme el curso científico causal, un determinado resultado. Sólo la ciencia legitimará la comprobación de un curso causal que desde el antecedente lleve al consecuente...”

“...Ese contenido específico de la medicina impone que el “hacer” profesional del médico se integre con los métodos, técnicas y procedimientos establecidos por la ciencia médica, desarrollando una conducta acorde con la misma, sin perjuicio de la discrecionalidad científica que le permite optar entre distintas alternativas que la medicina admite, conforme el desarrollo científico progresivo ...” “... De allí que el médico solo satisface (cumple jurídicamente) su prestación, mediante una actividad técnica y científicamente adecuada, que normal y ordinariamente pueda conducir a cierto resultado, aunque este no pueda garantizarse...” “...Si el médico actúa conforme a un criterio de discrecionalidad científica, optando por alguna de las variables objetivamente idóneas de acuerdo a las reglas de la medicina y conforme a la adecuación de las circunstancias en concreto, no introduce causalidad alguna para la producción del daño...”²

6. Derecho al diagnóstico. En cuanto la atención adecuada del paciente, no puede pasarse por alto -ya sea el paciente quien busque al médico o que le sea asignado por el sistema de salud-, que a partir de ese primer contacto, si el médico acepta el contrato, queda obligado primeramente a someter al enfermo a una completa anamnesis, esto es, debe auscultar todos los antecedentes de salud y los síntomas actuales que le sirvan para evaluar el caso, pasando a interrogarlo sobre sus dolencias, escribirlas en la historia clínica y de ahí proseguir con un

². WEINGARTEN Cecilia. Revista de Responsabilidad Civil y del Estado No. 5 de julio de 1998.

examen clínico o a través de los sentidos, como, por ejemplo, frente a un cuadro de infección renal y dolor agudo en la zona renal, a lo que se suman los antecedentes del paciente, pero sólo si el médico estima –de acuerdo con la ciencia médica-, que requiere de exámenes diagnósticos, deberá ordenarlos (se realizaron exámenes de urocultivo) y, luego de esos resultados, producir un diagnóstico, que puede ser provisional, sin importar que finalmente resulte certero o no.

Hasta aquí podemos concluir, que primeramente existe una valoración inicial o diagnóstico clínico del médico, que no necesariamente es definitiva, pues a partir de ese primer diagnóstico empieza una planeación estratégica para tratar la enfermedad provisionalmente diagnosticada y, luego de una observación, el médico podrá, hacia el futuro, según la evolución positiva o negativa del paciente, mantener el diagnóstico y el tratamiento o replantearlos, ordenando nuevos exámenes para acercarse a la causa real de la enfermedad, lo que explica por qué desde el primer momento el diagnóstico puede no ser acertado y eso no conlleva *per se* a un error médico que pueda responsabilizar al galeno, a quien sólo se le exige que -de acuerdo con los síntomas y evidencias de una posible enfermedad que presenta el paciente-, le preste la atención debida, examinándolo exhaustivamente, para luego, si la ciencia médica o la *lex artis* se lo exige, ordenarle los exámenes diagnósticos que sean obligados o mandatorios para el descubrimiento de la enfermedad, que le permitan al galeno hacer un diagnóstico correcto desde el punto de vista médico y así poder fijar un tratamiento adecuado con la enfermedad padecida.

De acuerdo con lo anterior, no es que frente a cualquier manifestación de dolor o síntoma cualquiera de un paciente el médico quede obligado a practicarle y ordenarle todas las ayudas diagnósticas que la ciencia médica ofrece como útiles para el diagnóstico de la enfermedad, pues, su deber está sólo en ordenar aquellas que sean necesarias o mandatorias para el caso en particular, ya sea para desatar la duda que surja frente a un cuadro clínico confuso o difuso, pues se trata de brindar una atención que resulte adecuada y suficiente para el caso, sin que al galeno pueda exigírsele que vaya más allá, ofreciendo procedimientos que ya sean experimentales o que no se hacen indispensables o necesarios de acuerdo con el arte medical.

Y es que no es un secreto el desafío que presenta cada día la ciencia médica a los profesionales que la practican; por consiguiente, al médico no puede exigírsele que emita un diagnóstico certero, sino que de acuerdo con la ciencia médica, lo que siempre deberá exigírsele es que haga un diagnóstico correcto, esto es, que su diagnosis sea adecuada y esté acorde con los síntomas que el paciente presentaba en el momento de ser examinado y, cuando sea el caso, ayudándose de los resultados que los exámenes diagnósticos arrojen, puesto que en uno y otro caso, esto es, frente al diagnóstico meramente clínico o al diagnóstico prevalido de otros exámenes, siempre habrá la posibilidad de error, de ahí que un diagnóstico errado no pueda conllevar -de buenas a primeras-, a la responsabilidad galénica.

Lo anteriormente dicho justifica que en ese tipo de responsabilidad galénica se exija la culpa probada, pues si todos los pacientes no suelen presentar los mismos síntomas o reaccionar de la misma manera, ni dentro del mismo tiempo frente a la misma enfermedad, luego, de esos hechos podría seguirse una equivocidad diagnóstica inicial o un diagnóstico tardío, por lo que hay razón en exigir que la responsabilidad culpable del médico se deba mirar desde el punto de vista de la ciencia médica, no para averiguar si finalmente fue acertado o certero en el diagnóstico, sino para averiguar –en cada caso-, si para llegar al diagnóstico el médico respetó los protocolos o pasos que la ciencia médica exige, claro está, teniendo en cuenta los síntomas percibidos en el paciente en el momento de su valoración clínica, independientemente de que al final el diagnóstico haya sido acertado y eficaz o no, pues en la cuenta del médico no puede cargarse el álea que implica la particular manifestación de la enfermedad de cada persona, y por eso no se equivocan quienes sostienen que **“no existen enfermedades sino enfermos”**, lo que conlleva a que todos los seres humanos no reaccionemos del mismo modo frente a la misma enfermedad.

En conclusión, esa equivocidad de los síntomas que se hacen tan variados y difusos, inclusive para la misma enfermedad, es lo que dificulta o no permite desde un comienzo un diagnóstico acertado, lo que conlleva a que siempre deba demostrarse una negligencia o impericia del médico, para que realmente pueda predicarse de él una culpa en el diagnóstico. Así lo ha admitido la Corte en la sentencia del 26 de noviembre de 2010, expediente No.11001 3103 013 1999 08667 01, con ponencia de Pedro Octavio Munar Cadena, de la cual se destaca:

“2.2.1. El **diagnóstico** está constituido por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la “anamnesis”, vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.

Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así, por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomienda para acertar en él.

En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el **error culposo** en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.

Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.

Por supuesto que esto coloca al juez ante un singular apremio, consistente en diferenciar el error culposo del que no lo es, pero tal problema es superable acudiendo a la apreciación de los medios utilizados para obtener el diagnóstico, a la determinación de la negligencia en la que hubiese incurrido en la valoración de los síntomas; en la equivocación que cometa en aquellos casos, no pocos, ciertamente, en los que, dadas las características de la sintomatología, era exigible exactitud en el diagnóstico, o cuando la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza. De manera, pues, que el meollo del asunto es determinar cuáles recursos habría empleado un médico prudente y diligente para dar una certera diagnosis, y si ellos fueron o no aprovechados, y en este último caso porque no lo fueron.

En todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse *ex ante*, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un acertado diagnóstico.”.

7. Caso concreto. El tema que se presta para discutir a partir del recurso de apelación planteado por el extremo litigioso demandado, consiste en establecer si se hallan demostrados los elementos de la responsabilidad civil a partir de la discutida **deficiente atención** médica concretada en la formulación del medicamento denominado Gentamicina Sulfato 6 ampolletas 160 mg -vía intramuscular-, a la señora Luz Mila Morales Sánchez, en consulta del pasado 29 de febrero de 2012, medicamento que, según la afirmación que los demandantes hacen en la demanda, facilitó la complicación innecesaria de la enfermedad renal crónica que padecía la paciente, quien, además, para dicha calenda contaba con diagnóstico confirmado de Diabetes Mellitus tipo 2 e Hipertensión Arterial, llegando al extremo de producirle una **secuela nefrotóxica** de carácter irreversible en el riñón, con pérdida de su funcionalidad, provocando el posterior trasplante de dicho órgano.

Recordemos que el juez del caso concluyó, que la médica general que atendió la paciente debía conocer sus preexistencias de diabetes e hipertensión, reprochándole no haberse guiado por determinada condición renal para saber que: **“no podía formular dicho medicamento”**. Refiere el funcionario, entonces, que faltó seguimiento a la paciente, para el efecto, con báculo en el dictamen pericial, concluyó, como lo hizo el perito, que: **“falló la lex artis, o sea el conocimiento de la profesional”** y que la: **“formulación de la medicación de la Gentamicina, generó el daño que nos ocupa”**.

7.1. Para esta Sala del Tribunal, tiene razón la parte demandada en calificar como desacertado el juicio de la sentencia de primera instancia, pues, al volver sobre el conjunto de pruebas de que dispone el expediente, se llega a una conclusión diferente a la advertida por el juez *a quo*, en el sentido que no existe un encadenamiento causal que permita atribuir el trasplante de riñón al que fue sometida la señora Luz Mila Morales Sánchez, a una conducta culposa de la médica en la formulación, suministro y aplicación del medicamento denominado Gentamicina Sulfato y, por repercusión, a la clínica que lo atendió durante la cirugía, falta de causalidad que se condensa en las siguientes razones:

7.2. Empecemos por señalar que el dictamen pericial, aunque es una prueba legalmente obtenida y contiene información **idónea y determinante** sobre el proceso a resolver, su objeto únicamente consiste en destacar situaciones fácticas

relevantes que serán llevadas al conocimiento del funcionario encargado de dirimir la controversia, pero, en últimas, es a este a quien, en uso de su sana crítica, le corresponde la valoración y el análisis del mismo.

A este respecto, según la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia: “...corresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, valorar el dictamen pericial, laborío apreciativo en el cual, **podrá acoger o no, in toto o en parte las conclusiones de los expertos, sea en su integridad, ora en uno o varios de sus segmentos, conformemente a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos.** (...) podrá optar por cualquiera que le suministre el grado de certidumbre necesario para su decisión, según la consistencia, exactitud y aptitud de la respuesta conclusiva o, **incluso extraer las propias apoyado en el material probatorio del proceso**” (cas. civ. sentencia de 9 de septiembre de 2010, exp.17042-3103-001-2005-00103-01).³

7.3. No puede confundirse entonces la posibilidad que tiene el juez de acoger un dictamen o no, con la sentencia misma, por más conclusiva que resulte la experticia en señalar que al paciente se le brindó un “*inadecuado tratamiento médico*” en la consulta del pasado 29 de febrero de 2012, ya que dicha consecuencia jurídica no debe ser aplicada sin ninguna otra consideración probatoria, como si las apreciaciones del experto que realizó el trabajo, entraran en arca sellada, quedando atado el juez a sus conclusiones y que no a la fuerza del as probatorio...¡por supuesto que no!, puesto que para que dicha prueba produzca ese efecto, debe haber pasado por el tamiz de apreciación del juez, como el único perito habilitado por el legislador para valorar la prueba y dar el derecho o negarlo.

7.4. Lo preocupante de la sentencia de primer grado, es que acoge, sin más, el dicho del experto respecto a que el medicamento Gentamicina Sulfato “**...ocasionó una toxicidad renal severa que llevó a la paciente a una urgencia dialítica y daño renal irreversible y a una toxicidad del nervio vestíbulo coclear...**” ...” (cfr. 123 parte 01 exp. digital); no obstante, a partir de un estudio integral y reposado de la prueba pericial y de la historia clínica, como se dijo, no se evidencia un alto rigor científico en la experticia para semejante conclusión, máxime cuando para determinar la relación causal entre la dosis de la Gentamicina y el daño renal que

³ Citada en sentencia del dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011) M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS Exp. 52835-3103-001-2000-00005-0

supuestamente esa mala práctica médica ocasionó el colapso de un riñón de la paciente y su posterior trasplante, el perito tan siquiera contaba con la prueba histopatológica que le hubiere permitido mayor rigor científico, antes de aventurarse a la ligera y subjetiva conclusión de que ese procedimiento médico muy seguramente fue el causante de los daños a la paciente, cuando ni siquiera existe prueba sobre cómo ese hecho aisladamente implicó en forma necesaria y determinada un grado de toxicidad que incidió en la funcionalidad del riñón, sin tener en la cuenta las patologías de base sufridas por la paciente, cuando las mismas por sí solas pudieron ser la causa de la muerte del riñón.

7.5. Para apoyar la premisa del Tribunal, resalta que resulta pacífica la literatura hipocrática en explicar que el medicamento denominado Gentamicina Sulfato es un antibiótico que pertenece al grupo de los aminoglucósidos que son neurotóxicos y nefrotóxicos y el médico siempre deberá considerar su potencial efecto a nivel renal. También es pacífico que *“...Todos los aminoglucósidos tienen el potencial de inducir toxicidad auditiva, vestibular y renal, así como también bloqueo neuromuscular. Estas reacciones se presentan **con más frecuencia en los pacientes que tienen antecedentes de disminución de la función renal, tratamiento con otros medicamentos ototóxicos o nefrotóxicos, y en pacientes tratados durante largos periodos y/o con dosis más altas a las recomendadas...”**⁴*

Sin embargo, ello no es estribo suficiente para deducir que dicho medicamento estaba contraindicado y menos proscrito como lo entiende el funcionario a partir de lo concluido por el perito, pues ello conllevaría a deducir que, todos los aminoglucósidos por el mero hecho de su composición, su uso, más que restringido, estaría prohibido en el ejercicio de la medicina para pacientes con enfermedad renal, lo cual es una ligereza argumentativa, ya que los efectos mismos del medicamento podrían generar reacciones tóxicas en mayor o menor medida, tanto en pacientes con enfermedades renales, como en los que tienen una función renal normal.

7.6. A trasluz de esta premisa, se debe precisar que, una cosa es la reacción secundaria o adversa de determinado medicamento y otra, bien distinta, es que esté contraindicado, según la ciencia médica *“Una contraindicación es **una situación específica** en la cual no se debe utilizar un fármaco, un procedimiento*

⁴ <http://www.facmed.unam.mx/>

o una cirugía ya que puede ser dañino para la persona. Existen dos tipos de contraindicaciones:

- La **contraindicación relativa** significa que se debe tener cautela cuando se utilizan dos fármacos o procedimientos juntos. (**Es aceptable hacerlo si los beneficios superan a los riesgos**).
- La **contraindicación absoluta** significa que el evento o sustancia podría ocasionar una situación potencialmente mortal. Un procedimiento o un medicamento que esté incluido dentro de esta categoría se debe evitar.⁵

Lo segundo, es decir, la **contraindicación absoluta** tendría lugar si, por ejemplo, la señora Luz Mila Morales Sánchez, tuviese antecedentes de reacciones tóxicas graves a la Gentamicina u otros aminoglucósidos, pero en este caso, ocurre todo lo contrario, pues el historial clínico de la señora Luz Mila Morales Sánchez, refleja que, cuando menos desde el año 2010, venía siendo tratada con ese mismo antibiótico sin que se hubiere presentado el colapso de los riñones, calenda para la cual ya presentaba procesos infecciosos con la presencia de la misma bacteria *Escherichia Coli*, siendo una constante en las anotaciones de las consultas, que si bien era resistente a “ACIDO NALIDIXICO-AMPACILIMA-SULBACATAM+AMPICILINA-CIPROFLOXACIONA” dicha bacteria **presentaba sensibilidad** a antibióticos como la “CEFTRIAZONA-AMIKACINA- TMT-SM - NITROFURANTOINA – **GENTAMICINA**” (cfr. pág. 13 pdf. 10 historias clínicas).

7.7. En esa misma línea, debe precisarse que, para introducir el término de intoxicación, **nefrotóxica en este caso**, necesariamente debió auscultarse sobre una posible dosis inadecuada o sobredosis, pues de ser la indicada, la posible complicación solo se explicaría por una reacción adversa al medicamento y, mal podría hacerse acreedora la galena de lo fortuito y aleatorio del organismo, por eso, es extraño que el juez no haya analizado que el perito fue conteste en señalar a la pregunta si “la dosis que le prescribieron del antibiótico Gentamicina, sí era la dosis adecuada. contestó: se encuentra dentro de la dosis terapéutica...” (cfr. mnto 29:48 audiencias parte V), ello traduce que, si no hay prueba de que la dosis suministrada estuviera contraindicada, entonces, necesariamente debió existir otra causa o concausas, por lo que si bien **podría pensarse que existieron**

⁵ <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002314.htm>

efectos adversos en la salud renal de la paciente, que tuvieron su origen en la aplicación de la Gentamicina, sin embargo, lo que no es admisible –probatoriamente hablando-, es que el suministro y aplicación del antibiótico haya sido la causa del colapso del riñón, puesto que –se itera-, no hay evidencia científica que así lo indique, como para cargar esos daños y perjuicios en la cuenta de la Dra. Indira Josefina Mercado Brun, pues para ello habría que tener certeza de la aplicación errada del antibiótico y que, además, éste promovió en el riñón de la señora Luz Mila Morales Sánchez un agravamiento que lo condujo a su pérdida funcional, de lo cual tampoco hay prueba y tampoco se sabe por qué entonces el riñón derecho no colapsó, si es que la toxicidad del antibiótico era contraindicada como lo anunció el perito.

8. Sin más preámbulos, en este punto, emerge y con gran peso probatorio -por ser evidencia fundante de la sentencia estimatoria aquí acusada-, el dictamen pericial rendido por el Dr. Juan Carlos Tobón Pereira, Médico internista y Nefrólogo, medio de prueba del cual es necesario señalar inicialmente, que existen serias irregularidades en su incorporación y práctica que, a esta altura procesal, impiden su valoración, por cuanto no sólo que el experto omitió acompañar los pergaminos que acreditaran su experiencia profesional e idoneidad, mismos que apenas fueron enunciados en la parte final del dictamen, sin que se presentaran los soportes documentales respectivos, sino que la conclusión de su dictamen adolece de un rigor científico, como ya se ha expuesto y como se denotará a continuación.

A propósito de este requisito sobre las calidades profesionales y científicas del perito, se evoca un reciente pronunciamiento de la mayoría de esta misma Sala, con ponencia del Dr. Juan Carlos Sosa Londoño, donde se dejó de apreciar el dictamen presentado por una de las partes, enrostrándole las mismas irregularidades formales que se echan de menos en este particular.

8.1. Se elucubró en aquella providencia entonces que si bien el dictamen:

“...debe ser allegado, aunque tenga deficiencias formales, puesto que es en la fase de valoración en que se tiene en cuenta que

“dicha probanza deberá contener unas exigencias mínimas que deben dar cuenta de tres elementos: los fundamentos, la imparcialidad y la idoneidad de quien lo elaboró. Así lo señala el artículo 226 del compendio, cuando en lo pertinente indica...:

Por manera que, escuchados los alegatos finales de las partes, cuando hay lugar a ello que corresponde al juez, apreciar el dictamen en la sentencia,

”...labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).

Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.

De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.” -negrillas intencionales –

6. Los anteriores apartes jurisprudenciales de cara al documento que allegó el auxiliar ponen de presente que no se cumplieron los siguientes requisitos enlistado en canon 226, es decir, no manifestó bajo juramento que El perito deberá manifestar bajo juramento que se entendía prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional, ni allegó los documentos idóneos que lo habilitaban para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística. Tampoco la lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los

últimos diez (10) años, si las tuviere; o la lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen. O si había sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por los apoderados de las partes el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen. Omitió igualmente, decir si se encontraba incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente. No declaró si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.⁶

8.2. Pero, a la postre, de superarse la aludida formalidad, ocurre que la experticia tampoco resiste el menor análisis sustancial, pues dista y en mucho, de reunir esas condiciones de claridad, precisión y detalle que ordena el inciso 5º del artículo 226 del C. G. del P., veamos por qué:

Nótese que es el mismo experto el que señala que la única prueba que pudo revelar que la Gentamicina haya sido la causante del deterioro renal y posterior trasplante, no podía ser otra que una biopsia renal, prueba histopatológica que se extraña en este proceso, sin que la parte demandante haya hecho mucho por aportarla, señalando entonces el perito en su experticia que: “...pudo haber relación cronológica con la exposición al medicamento sobre una condición comórbida, más si usted **no hace un diagnóstico histopatológico pues usted puede no llegar a un diagnóstico absoluto**. Pregunta. en este momento hay una certeza. **Contestó: no hay certeza**...” (cfr. hora 01:06:00 carp. audiencias parte V).

Como viene de verse, fácilmente puede inferirse que, si para el experto apenas subjetivamente pudo afirmar que el suministro del antibiótico a la paciente pudo ser la causa del colapso del riñón, cómo entonces pudo el juez a quo asumir como evidencia una mera probabilidad, máxime cuando en la historia clínica había antecedentes de que a ella en antes se le había suministrado ese mismo antibiótico y el riñón no había colapsado y cómo es que nada se preguntó por qué

⁶ Radicado 05088 31 03 001 2020 00013 01.

colapsó un riñón y el otro no, lo que suma mayor incertidumbre a la conclusión de que dicho medicamento haya sido la causa, lo que obligó a su trasplante.

Es que dicha apreciación del perito, al igual que las ofrecidas a lo largo del interrogatorio, incluso, en la complementación del dictamen decretada de oficio por el funcionario, solo dejan espacio para la conjetura o la opinión respecto de la forma en que el medicamento obró en la función renal de la paciente, solo por citar algunos ejemplos, el experto señala que: **i)** el medicamento en sí no estaba contraindicado de forma absoluta, ya que la dosis terapéutica se podía formular, solo que él como médico no la habría prescrito por las condiciones de la paciente (cfr. mnto 29:22 carp. audiencias parte V), destacándose por la Sala que esta apreciación la hizo el perito sin fijarse en que en otras atenciones anteriores ya se le había suministrado el mismo medicamento a la paciente, sin que hubiese conllevado la muerte del riñón, al tiempo que lo que le correspondía no era asumir subjetivamente que él no habría ordenado dicho medicamento, cuando debía atenerse a lo que al respecto manda la *lex artis*, explicando que la dosis aplicada no estaba por fuera de los índices permitidos en ese tipo de paciente, por lo que no es cierto que estuviera contraindicado; **ii)** Que, frente al control de la enfermedad renal, revisó únicamente la atención suministrada a la paciente el 29 de febrero de 2012, omitiendo analizar las consultas previas de la señora Luz Mila Morales Sánchez, por infección urinaria ante la misma Dra. Indira Mercado Brun, debiendo destacar la Sala una anotación de octubre de 2010, en la que se califica como “*condición médica grave*” de la paciente, a partir del mismo síntoma urinario infeccioso por *Escherichia Coli* (cfr. *pág. 13 pdf. 10 historias clínicas*); **iii)** Reconoce que las comorbilidades de la paciente como diabetes mellitus tipo 2 y la Hipertensión Arterial, tienen la capacidad de generar las consecuencias renales crónicas y nefropatía, sin necesidad de aplicación de Gentamicina Sulfato (cfr. mnto 52:20 carp. audiencias parte V); **iv)** Que, la única forma de comprobar una neurotoxicidad es una biopsia (cfr. mnto 50:26 carp. audiencias parte V); **v)** Que, de haber revisado las historias clínicas anteriores, frente al control de la enfermedad renal por parte un internista o un nefrólogo, que lo hubo, muy probablemente hubiere variado su dictamen (cfr. mnto 01:00:53 carp. audiencias parte V).

También incurre en serias contradicciones al momento de ilustrar su informe en la audiencia, pues, al confrontarlo con el trabajo pericial rendido por escrito, se observa que, inicialmente, este fue contundente en señalar que la paciente de entrada requería hospitalización (cfr. fl. 119 parte 01. rpta. a pregunta 6) y a la hora de indagársele al respecto en audiencia, señaló que era necesario estar pendiente de los síntomas para definir si se hacía tratamiento hospitalario o no, que para el efecto debía entregársele signos de alarma, **como también reconoce que procedió la galena** Indira Mercado, al señalar el experto que: “...se le dio la instrucción según los síntomas, volviera a consultar, entonces ¿hubo recomendación?” preguntó el abogado de la IPS, a lo que el experto contestó afirmativamente (cfr. mnto 51:20 carp. audiencias parte V).

Asintió, además, el perito, en que no revisó la adherencia al tratamiento por parte de la paciente (cfr. mnto 59:23 carp. audiencias parte V), destacando la importancia de hacerlo, lo cual va en contra de lo concluido en el dictamen presentado inicialmente sobre que “...a la paciente se le realizó un deficiente control de estas enfermedades ya que a pesar de que ella estaba inscrita en el programa de su EPS **era adherente al tratamiento...**”. Sorpresivamente, en la audiencia, también varió su concepto inicialmente brindado sobre la existencia de una “...relación directa entre la aplicación del antibiótico denominado Gentamicina y el severo deterioro de la función renal que la llevó a una falla renal con una urgencia dialítica...”, así, al recabar el togado de la IPS sobre el punto, fue indagado el perito sobre si “...usted como médico general, que lo fue, tiene la certeza que la Gentamicina le va a ocasionar nefrotoxicidad a una paciente. Contestó: **Por supuesto que no...**” (cfr. mnto 59:23 carp. audiencias parte V). Nada de esto valoró el funcionario de primera instancia.

8.3. Como puede verse, se trata de un trabajo pericial lacónico, ambiguo, descontextualizado de la atención brindada a la paciente por la EPS, contradictorio, ambivalente, merced a que se presta para especulaciones sobre las verdaderas causas que deterioraron la condición renal de la paciente, para nada explicativo desde la ciencia médica, sobre cumplimiento o no de la *lex artis ad hoc* por parte de la galena que la atendió, lo que traduce, que el supuesto de la simple formulación y aplicación de la Gentamicina Sulfato, como condición preexistente que influye decisivamente a la hora de juzgar la responsabilidad de

la médica general, no puede concebirse, *per sé*, como un **despropósito científico**.

8.4. De forma que, la pregunta que no encuentra respuesta en el proceso es la siguiente: ¿Cómo determinar que la causa de la complicación de la función en el riñón de la señora Morales Sánchez, al punto tener que extraérsele dicho órgano (nefrectomía radical), se generó precisamente **a partir** de la aplicación de Gentamicina formulada en la consulta de febrero de 2012?

La historia clínica, da cuenta que, contrario a lo que señala la demandante Luz Mila Morales Sánchez en su interrogatorio sobre que, era una mujer aliviada y para **febrero de 2012**, era la primera vez que le daba una enfermedad de esas y por eso consultó (cfr. mnto. 38:00 carp. parte 03 audiencias, subcarpeta junio 15 2021), en realidad, se trataba de un riñón enfermo de hace muchos años atrás entre 2008 a 2012 según se logra extraer de las anotaciones consignadas en el historial (pdf. 26 historias clínicas), con padecimientos renales crónicos, orina hematúrica, turbia, de olor fuerte, con urocultivo reportado positivo para *Escherichia Coli*, causa por la que estuvo en múltiples tratamientos con antibióticos, incluyendo la **Gentamicina**, con antecedentes de Diabetes Mellitus, insulino-requiere, Hipertensión arterial e Insuficiencia Renal Crónica E3 (cfr. fl. 232 arh. 00. parte 2), aspecto que consideramos no mejoró, porque la enfermedad asociada a la infección progresó, al punto de hacerla consultar por los mismos síntomas en diferentes ocasiones, incluyendo en **febrero 29 del año 2012**, todo lo cual, en sentir de esta Sala del Tribunal, es indicador que la patología que produjo la pérdida funcional del riñón **no fue desarrollada** a partir de la aplicación de Gentamicina en esta última fecha, sino que, **obedeció a un largo periodo de infección bacteriana**, relacionado además con las patologías de base sufridas por la paciente, máxime cuando luego del suministro del antibiótico pasaron varios días sin que la paciente hubiere consultado por la agravación de su estado de salud, lo que suma mayor oscuridad a la conclusión del dictamen que no explica la evolución en la incidencia o no del medicamento en la toxicidad que conllevó a la muerte del riñón.

8.5. Es evidente el complejo triángulo de patologías sufridas por la paciente Morales Sánchez, con antelación al proceso infeccioso crónico que produjo la urgencia dialítica, todas relacionadas con enfermedades del riñón y el sistema

urinario y que, por lo visto, pudieron coadyuvar efectivamente al progreso de la afectación de la función renal en sí misma, en tal virtud, la tarea de la demandante, a voces del artículo 167 del C. G. del P., era valerse de un concepto **científico**, que pudiera preciarse de serlo y que diera luces al estrado debido a la inopia de su conocimiento clínico, respecto de las **implicaciones que la aplicación de la Gentamicina aplicada ese 29 de febrero de 2012 cobró en la salud renal de la señora Morales Sánchez**, en los términos establecidos en la especialidad de la urología, para el tipo de Enfermedad Renal Crónica estadio 3 que ya presentaba la paciente, asunto que brilla por su ausencia en el presente proceso y, que tampoco es posible asumir desde el punto de vista de la prueba indiciaria, porque no hay pautas en la historia clínica que permitan ver cómo ese medicamento por sí sólo y de manera aislada pudo haber ocasionado una afectación funcional del riñón, al punto de haber podido desencadenar la pérdida del mismo, siendo que, la dosis no fue mayor a la recomendada, que se le hicieron los exámenes diagnósticos mandatorios -citoquímico y urocultivo- y, en general, el protocolo de atención se ajustó a la *lex artis*, como además lo reconoce el perito dentro de sus descartables conclusiones, indistinguibles de la conjetura y la especulación.

Además, teniendo presente que existen consultas en el año 2010, por parte de la paciente Luz Mila Morales, donde la misma Galena Indira Mercado le formuló y aplicó el antibiótico Gentamicina por presencia de *Escherichia Coli*, momento en que presentó mejoría, al punto que pudo controlarse la infección urinaria en ese momento, de modo que no es posible que el Tribunal se arroge facultades científicas para llegar a conclusiones de responsabilidad que la prueba no refleja.

8.6. Si así son las cosas, luego, ni por asomo puede haber cuestionamiento alguno frente al centro médico, ni a la conducta médica observada por la galena tratante, como para deducir la responsabilidad médica que se depreca. El parco alegato de las reacciones adversas del antibiótico, como se vio, no puede ser motivo suficiente para estimarla. Tampoco hay prueba alguna que descalifique a la profesional que lo rindió o la institución de la cual hace parte.

De igual forma, el dolor y sufrimiento, la angustia de la familia nuclear de la demandante, al ver que su señora madre perdió su riñón a lo largo y penoso del tratamiento renal, tampoco es estribo suficiente para edificar la responsabilidad

médica reclamada. De ahí que por falta de prueba sobre la responsabilidad civil de la parte demandada se impone revocar la sentencia acusada.

9. La firme conclusión que precede hace innecesario acometer lo argüido por el togado de la parte actora, respecto del reconocimiento del lucro cesante futuro, pues, por elemental lógica, la consecuencia de la fallida demostración de la relación causal propia de la responsabilidad civil demandada, conlleva la absolución de los demandados de la pretensión indemnizatoria y, por ende, pierden legitimidad la aludida desavenencia, que dice la actora recurrente, le produjo la decisión del funcionario, por evidente sustracción de materia.

10. Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

II. FALLA

PRIMERO: REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia dictada por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Oralidad de Medellín el pasado 26 de enero de 2022, al interior de este juicio verbal con pretensión declarativa de responsabilidad civil. En su lugar, se absuelve a los demandados de las pretensiones, por hallarse demostrada la excepción denominada “*inexistencia de nexo de causalidad*”, formulada por el curador *ad litem* que representó los intereses de la Dra. Indira Josefina Mercado Brun, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas de ambas instancias a la parte demandante en favor de la parte demandada. Las agencias en derecho en esta instancia serán fijadas por el Magistrado sustanciador en el momento procesal pertinente. Tásense las de primera instancia por el funcionario.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado