

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	DECLARATIVO RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
Radicado	05001 31 03 008 2011 00327 01
Demandante	ANA EVANGELINA CHAVERRA DE ZORA LUIS ENRIQUE ZORA MARÍN CAROLINA CHAVERRA ZORA DANIELA CHAVERRA ZORA
Demandado	EPS SANITAS S.A. JAIME ANDRÉS BORRERO FRANCO
Juzgado Origen	DIECIOCHO CIVIL CIRCUITO MEDELLÍN

Decide la Sala la apelación de la sentencia en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES.

1.1 DEMANDA¹.

Pretende la parte demandante se declare la responsabilidad civil de los demandados y se condenen solidariamente al pago de perjuicios patrimoniales en favor de Ana Evangelina Chaverra de Zora en la modalidad de lucro cesante², así como extrapatrimoniales por daño moral, vida de relación y dolor físico³ y, en favor de los demandantes Luis Enrique Zora Marín, Carolina y Daniela Chaverra Zora en la modalidad de daño moral⁴.

Expuso que, la demandante Ana Evangelina Chaverra de Zora, cónyuge de Luis Enrique Zora Noriega y madre de Carolina y Daniela Chaverra Zora, estuvo afiliada a la EPS Sanitas desde el 9 de marzo de 1998, en calidad de cotizante.

Indicó que en octubre de 2003 le diagnosticaron “*cáncer papilar de tiroides*”, fue remitida al médico cirujano Jaime Andrés Borrero, quien le efectuó el 30 de octubre de 2003 el procedimiento “*tiroidectomía total más vaciamiento de cuello*”, esto es, una extracción total de la tiroides y de los ganglios adyacentes, pero, No obstante, no la orientaron acerca de tratamiento para manejo de lesiones residuales, ni ordenaron controles postquirúrgicos.

Refirió que el 5 de noviembre de 2003 tuvo revisión con el mismo profesional que ordenó el alta por cirugía, asimismo, el 3 de diciembre siguiente asistió a consulta, la encontró en buenas condiciones y ordenó

¹ Ver ruta carpeta 01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO / Cuaderno # 1 / archivo Fls. 001 a 113 Anexos y demanda págs. 205-222

² Lucro cesante consolidado por la suma de \$13.090.284 y futuro por \$88.037.734

³ Por 100 SMMLV en cada modalidad

⁴ Por 50 SMMLV cada uno

cita en 6 meses y, el 30 de abril de 2004 tuvo otra revisión de la cirugía, sin que le indicaran sobre los controles que debía realizarse para detectar recidiva o tratamientos sistémicos para controlar cualquier foco metastásico.

Relató que, en octubre de 2008, Ana Evangelina Chaverra se encontraba afiliada a la EPS Saludcoop y consultó nuevamente al médico porque notó una masa a nivel de la zona del cuello, le ordenaron estudios radiológicos que reportaron la existencia de lesión positiva para malignidad por carcinoma papilar de tiroides, diagnóstico que estimó imposible, porque en la cirugía previa debía retirarse totalmente la lesión. Añadió que, posteriormente, se le practicó cirugía para vaciado ganglionar y, dado que los resultados de laboratorio mostraron alteración, un equipo médico determinó la realización de nueva intervención quirúrgica de tiroidectomía residual, consignándose en la historia clínica *"tumor en tiroides residual, lóbulo tiroideo derecho, cambios fibrocicatrizales en cuello pop"*.

Puntualizó que la práctica de la *"Tiroidectomía total más vaciamiento de cuello"* del 30 de octubre de 2003 no se realizó adecuadamente, pues requería la extirpación total de la glándula, no se orientó a la paciente adecuadamente sobre la continuidad del tratamiento, no le realizaron controles, tampoco recibió tratamiento posterior con yodo radioactivo para lograr la erradicación definitiva del cáncer y evitar su reaparición.

Agregó que presenta graves dolores que no mejoran con medicación analgésica, limitación funcional de su hombro y brazo izquierdo y dolores ocasionados por las cicatrices propias de las intervenciones en el cuello por el tejido cicatrizal, lo que afecta su calidad de vida, así como la de sus hijas y cónyuge, pues se encuentra imposibilitada para realizar labores como ama de casa y el cuidado de sus nietas, así como el disfrute de toda actividad lúdica que implique movimiento físico.

1.2 CONTESTACIÓN.

El demandado JAIME ANDRÉS BORRERO FRANCO⁵ reconoció como cierto el diagnóstico de cáncer papilar y la realización del procedimiento quirúrgico en octubre de 2003, así como las consultas que refiere en los hechos cuarto, quinto y sexto; aclaró que, si bien en la consulta de abril de 2004 dio de alta la paciente, ello no significa no necesitar controles, pues se le informó desde diciembre y se reiteró en abril de 2004 que debía ser evaluada; aceptó también que el cáncer de tiroides generalmente es de buen pronóstico, pero no se elimina radicalmente por ser una enfermedad sistémica; negó otros hechos e, igualmente, que se hubiera confirmado la

⁵ Ibíd. archivo "Fls. 146 a 244 Contestación de Jaime Andres Borrero2 páginas 1 a 10

extracción total de tiroides en el postoperatorio e indicó que no le constaban los hechos restantes.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las que denominó "*ausencia de culpa*", toda vez que no hubo conducta incorrecta o inapropiada por parte del profesional; "*ausencia de nexo causal*", por cuanto la paciente podía presentar recidivas en cualquier momento, sin que sea imputable al procedimiento quirúrgico; "*culpa de la paciente*", por cuanto se le entregó orden para gammagrafía y no se la realizó, no asistió a consulta a los 6 meses y no volvió a presentarse perdiendo tiempo en la detección y manejo de las recidivas.

EPS SANITAS⁶ reconoció como parcialmente ciertos algunos hechos, puntualizando que no remitió la paciente directamente al médico Jaime Andrés Borrero, sino a la IPS Sedesalud Ltda.; negó que la afiliación de la paciente fuera como cotizante, ya que su condición era de beneficiaria y frente a los demás dijo no constarle.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones inexistencia de la obligación indemnizatoria, EPS Sanitas no dispensó la atención en salud, la carga probatoria recae en la parte actora, los hechos no configuran culpa probada, ausencia de culpa por parte de la EPS e inexistencia de solidaridad.

1.3 PRIMERA INSTANCIA⁷.

El 26 de octubre de 2020 el juez de primera instancia profirió sentencia en audiencia pública, mediante la cual desestimó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Como razón de la decisión concluyó que no se acreditó la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil médica, toda vez que el análisis conjunto de las pruebas no permitía atribuir ni al médico ni a la EPS la configuración de una conducta culposa.

Para llegar a esta determinación señaló que, se ordenó prueba pericial dirigida a un profesional oncólogo tendiente a probar los supuestos de hecho en que se fundan las pretensiones, pero que no se pudo materializar porque la parte actora no agotó las gestiones requeridas, pese a requerirse la experticia para establecer si la conducta desplegada por el galeno tratante desde la realización del procedimiento "*tiroidectomía total más vaciamiento de cuello*" en octubre de 2003 y la última consulta de revisión en abril de 2004 se ajustaba o no a los estándares de conducta y protocolos

⁶ Ibíd. ver archivo "*Fls. 245 a 296 Contestación EPS Sanitas*"

⁷ Ibíd. ver archivos "*Fls. 597 Audiencia de instrucción y juzgamiento*" y "*Fls. 598 al 601 Acta Sentencia ordinario*"

médicos, así, se privó al juez de un elemento científico técnico que lo orientara en la especialidad de la medicina involucrada.

Resaltó que de la declaración del testigo técnico Fernando José Gregorio Pereira, quien atendió personalmente a la paciente en los tratamientos suministrados a partir de octubre de 2008, no podía deducirse que en el procedimiento quirúrgico realizado en octubre de 2003 se incurrió en negligencia y que ello diera lugar a la reaparición de cáncer de tiroides, pues depuso que el tratamiento suministrado fue el adecuado, que en la parte lateral derecha del cuello se dejó una parte de los ganglios debido a que podría afectarse una estructura anatómica funcional de la paciente y podía tratarse en una segunda intervención y que el problema no derivaba del tratamiento realizado sino en la enfermedad misma que puede regenerarse con el paso del tiempo.

Declaración que encontró acorde con la rendida por el médico Mario Hernán Ruiz Vélez, quien indicó que el procedimiento quirúrgico realizado en el 2003 era el adecuado según el diagnóstico padecido y que se dieron órdenes pertinentes como la gammagrafía para establecer la necesidad de la aplicación de otros tratamientos.

Indicó que no estaba probado que el remanente dejado al interior de la humanidad de la paciente luego de la cirugía realizada en 2003, estuviese infectado, moldeado o complementado por células cancerígenas y posteriormente afectara la vida de la paciente o su estado de salud. Igualmente, no halló claro en el debate probatorio lo ocurrido entre el 30 de abril de 2004 y el momento en el cual se retiró la demandante de la EPS en el año 2005, pues no existían elementos de juicio que permitieran establecer lo ocurrido en ese lapso.

Añadió que, no se podía determinar una pérdida de chance u oportunidad de curación ocasionada por la cirugía realizada en octubre de 2003 por el remanente tiroideo dejado en el cuerpo de la paciente, toda vez que, con los elementos probatorios recaudados se pudo establecer que la reaparición de la enfermedad se presentó como consecuencia de una recaída de la paciente, quien además, consultó nuevamente pasados aproximadamente 5 años desde el momento en que se realizó el procedimiento quirúrgico cuestionado, intervalo que daba cuenta de un periodo muy prolongado en que la salud de la paciente estuvo sin la presencia de la enfermedad, misma que, en todo caso, tiene la capacidad de reaparecer en el organismo, conforme lo declaró el testigo.

En definitiva, no halló evidencia clara, conducente y pertinente que acreditara que la segunda etapa del cáncer era atribuible a conducta culposa imputable al galeno tratante y la EPS demandada respecto del procedimiento del año 2003, así, la ausencia del elemento culpa imponía

la negativa de las pretensiones de la demanda incluyendo a quienes demandaron por la vía extracontractual como víctimas indirectas, sin necesidad de adentrarse en los demás elementos de la acción y por carencia de causa, en el estudio de las excepciones.

1.4 TRÁMITE DE LA APELACIÓN.

La sentencia de primera instancia fue proferida en audiencia y notificada en estrados, siendo apelada en la debida oportunidad por la parte demandante quien presentó por escrito los reparos concretos a la decisión dentro de los tres días siguientes a su finalización. El recurso fue concedido en el efecto suspensivo⁸.

Considerando el actual estado de emergencia sanitaria, se dio aplicación al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 ⁹, concediéndole al apelante la oportunidad para sustentar el recurso y a la contraparte para la réplica, derecho del cual ambas partes hicieron uso oportunamente.

2. CONTROL DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA DEL SUPERIOR.

En atención a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, se aprecian reunidos los presupuestos procesales para emitir sentencia porque se verificó la demanda en forma y su trámite adecuado, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y acudir al proceso respecto de los extremos del litigio; debiéndose destacar que no se advierten vicios ni irregularidades que configuren nulidad.

Por disposición del artículo 328 del Estatuto Procesal, salvo decisiones que se deban adoptar de oficio, esta Sala limita el análisis a los reparos concretos efectuados por la parte apelante en contra de la decisión de primera instancia.

3. REPAROS CONCRETOS.

Con el propósito de que se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones indemnizatorias, la parte demandante formuló los siguientes motivos de inconformidad, frente a los cuales la pasiva presentó la correspondiente réplica. Con base en sus intervenciones se establecerán los problemas jurídicos objeto del estudio.

⁸ Ver 02. CDO 1B 2016-483 pág. 125

⁹ Mediante la Ley 2213 de 2022, se acogió como legislación permanente las disposiciones de dicho decreto para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, la ley conserva en el artículo 12 la disposición del artículo 14 del decreto en cuanto al trámite de la apelación de sentencias en materia civil y familia.

3.1 Acreditación del elemento culpa.

Criticó el argumento de la necesidad del dictamen pericial para la verificación de la culpa, a su juicio, tal elemento se encontró acreditado suficientemente con la prueba recaudada, por cuanto la historia clínica contiene una relación ordenada y detallada de todos los datos acerca de los aspectos físicos y psíquicos de la paciente que, al ser confrontada con las declaraciones de los testigos técnicos demuestran que el médico tratante no llevó a cabo el procedimiento en su totalidad, descuidó y abandonó a la paciente al no ordenar los controles, exámenes y tratamientos necesarios como el tratamiento con yodo radioactivo para verificar el éxito de la intervención quirúrgica y detectar tempranamente cualquier recidiva, revelando así una clara negligencia u omisión que ocasionó una pérdida de oportunidad en la recuperación de la salud de la paciente.

Añadió, que si el fallador consideraba necesaria la prueba pericial estaba obligado a decretarla de oficio, además de distribuir la carga de la prueba exigiendo probar los hechos a la parte que estaba en situación más favorable para el esclarecimiento de los hechos, pues el paciente está en clara desventaja frente al médico en quien confía el estado de salud.

- Réplica de EPS SANITAS. Sostuvo que la culpa no fue probada por la parte actora, pese a tener la carga de demostrar la negligencia, imprudencia e impericia en la atención médica y, al ser la responsabilidad civil médica una obligación de medio y no de resultado era indispensable demostrar las aseveraciones realizadas, pues no basta afirmar en los hechos de la demanda partiendo solamente de un resultado que se califica como dañoso, sino que la parte demandante debía acreditar los tres elementos que estructuran la trilogía de la responsabilidad, las inconformidades manifestadas no son más que apreciaciones subjetivas carentes de respaldo científico, fáctico, jurídico y probatorio, por lo que no tienen mérito para modificar la decisión de primera instancia.

Conjuntamente, advirtió que, en la sustentación el recurrente trajo argumentos diferentes y adicionales a los que expuso al interponer el recurso que no deben ser considerados.

- Réplica de JAIME ANDRÉS BORRERO. Manifestó que la parte demandante no probó los supuestos de hecho de sus pretensiones, contrario a ello, la demandada acreditó la inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, soportándose la decisión en un análisis racional y conjunto de la prueba legal y oportunamente practicada.

Precisó que de las declaraciones realizadas por los testigos técnicos y de la historia clínica se desprendía que, la recaída se podía presentar aun cuando se brinde un manejo médico adecuado, por la naturaleza misma de la enfermedad, la cual es incurable para la ciencia médica. Adicionalmente que, la no utilización de yodo radiactivo inmediatamente después del procedimiento, no correspondió a una omisión negligente sino al manejo adecuado para ese momento y que no se realizó ningún seguimiento ni manejo posterior, debido a la ausencia de la paciente a las consultas posteriores.

3.2 Problemas Jurídicos.

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala establecer:

- a) Si a la parte demandante le incumbía la demostración de los supuestos fácticos que soportan la pretensión indemnizatoria o, si, por el contrario, debía exigirse probar determinado hecho a la parte demandada por estar en una posición más favorable o, si correspondía al juez decretar prueba de oficio para suplir falencias probatorias del demandante con relación a los presupuestos propios de la acción.
- b) Superado el anterior examen, si resultó acertada la decisión de primera instancia al concluir la falta de acreditación de la culpa como presupuesto axiológico de la responsabilidad civil médica o si, como lo pretende el recurrente, debe revocarse la sentencia de primera instancia y acceder a la pretensión indemnizatoria por hallarse suficientemente acreditados los presupuestos axiológicos de la acción resarcitoria.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO.

4.1 Presupuestos de la responsabilidad civil médica

Es doctrina probable de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que la responsabilidad civil médica se rige por los principios generales de toda acción resarcitoria¹⁰ y que sus presupuestos axiológicos son el daño, el actuar culposo del médico y el vínculo de causalidad adecuada entre ellos¹¹.

¹⁰ Ver Sentencia SC3919-2021 del 8 de septiembre de 2021, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: "«(...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)'. (CSJ SC de 30 ene. 2001, rad. n° 5507).".

¹¹ Ver Sentencia SC4786-2020 del 7 de diciembre de 2020, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: "... en la actualidad, existe una doctrina consolidada que, sin desconocer las nociones de daño, actuar culposo y nexa

Específicamente en lo que concierne a la culpa médica, la jurisprudencia ha sostenido que se debe entender como la inobservancia del estándar del profesional medio del sector, el desconocimiento de las reglas de su arte, el actuar contrario, imprudente o negligente frente a la *lex artis*¹².

4.2 Carga probatoria de la culpa médica.

Indica el precedente que, por regla general e independientemente del origen contractual o extracontractual de la prestación, la responsabilidad civil médica se rige por los principios de la culpa probada y, para efectos de asignar las cargas probatorias se ha considerado conveniente acudir a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado y, en principio, corresponde al interesado la demostración de todos los elementos estructurales de la acción. Ha sostenido la Corte:

"Corresponderá al perjudicado demostrar el actuar imprudente, imperito o negligente del accionado, último sobre quien pesa la demostración del factor de exculpación, de acuerdo con los

causal, fijan los derroteros para establecer el deber resarcitorio ocasionado por una falla médica...". En el mismo sentido, Sentencia SC3604-2021 del 25 de agosto de 2021, MP Luis Alonso Rico Puerta: "...ordinariamente, el debate procesal termine centrándose en la demostración de los otros dos puntales de la responsabilidad civil médica, esto es, el actuar culposo del galeno demandado –entendido como la inobservancia de la *lex artis ad hoc*– y su vínculo de causalidad con el menoscabo anunciado en la demanda.". También la Sentencia SC3253-2021 del 4 de agosto de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo: "la prosperidad de una acción resarcitoria de dicho linaje, debe partir de la base de acreditar la concurrencia de un perjuicio, de una culpa y del nexo causal entre los dos anteriores".

¹² Al respecto se refieren las providencias citadas. La SC4786-2020: "Por tanto, cuando se persiga la reparación de los daños derivados de un yerro médico, es connatural que el interesado acredite, además del daño y nexo causal, que el galeno carecería de la capacitación requerida, omitió las verificaciones necesarias según la sintomatología, actuó de forma descuidada o temeraria al realizar el procedimiento o, en general, que desatendió las reglas propias de la *lex artis ad hoc*". La SC3604-2021: "Lo anterior explica la necesidad de acudir a una pauta diferenciada, denominada *lex artis ad hoc*, esto es, «(...) el estándar de conducta exigible al profesional medio del sector, que actúa de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el ámbito médico y dentro del sector de especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión. En la jurisprudencia alemana se habla del nivel de diligencia "de un profesional de la medicina respetable y concienzudo, con la experiencia media en el correspondiente campo de especialidad", o dicho de otro modo, de la conducta "que se esperaría de un colega en la misma situación". Del mismo modo, los tribunales ingleses exigen un nivel de diligencia superior al del "hombre normal y razonable", que tome en consideración la experiencia, habilidades, técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio del sector". En la SC3253-2021, citando sentencias del 26 de noviembre de 2010 y del 28 de junio de 2011: "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 yerrores 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. ... 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.".

*artículos 1604 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil (actual 167 del Código General del Proceso)."*¹³

Con relación al factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es la culpa de la parte demandada, el demandante está obligado a su demostración, como quiera que este presupuesto axiológico sigue la regla general en materia de carga probatoria definida en el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP al determinar que: *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*. Lo anterior, sin perjuicio de casos particulares en los que la jurisprudencia ha admitido la excepción a la regla o considerado criterios de flexibilización introducidos por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2001¹⁴.

Con relación a los criterios de flexibilización probatoria, el CGP introdujo explícitamente la figura de la carga dinámica de la prueba en el artículo 167¹⁵ que comprende la posibilidad de que, el juez asigne la carga probatoria a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones demostrativas, según los requisitos consagrados en la norma.

¹³ Sentencia SC4786-2020, en la que además se indica: *"La distinción entre deberes de diligencia y de resultado específico ha servido a la jurisprudencia para cualificar la culpa exigida para que se configure la responsabilidad galénica, como ya se dijo, siendo la regla general la culpa probada, esto es, que los médicos únicamente responden cuando se demuestre en el proceso su impericia, imprudencia, negligencia o dolo, mientras que la presunta es una excepción acotada a ciertas materias."* En el mismo sentido la SC3253-2021: *"Tradicionalmente la jurisprudencia ha comprendido que en el ámbito de la actividad médica, el régimen que gobierna la responsabilidad del profesional sanitario y de las instituciones que prestan sus servicios a los pacientes es el de la culpa probada, con lo cual, en línea de principio, corresponde al paciente o a quien demande por la atención que se le brindó o por una mala praxis médica, demostrar la culpa de quienes participaron en el acto médico o de las personas que con su actuar negligente, descuidado o imperito causaron un daño. ... Lo anterior, por supuesto, sin olvidar que al momento de determinar si ha concurrido o no culpa en el actuar médico, la Corte, para ciertos eventos, ha morigerado el instituto de la carga de la prueba para la parte demandante, teniendo en cuenta la facilidad o posibilidad que cada extremo tiene para acceder a los medios de convicción."* También la SC3919-2021, citando la SC2804-2019 del 26 de julio de 2019: *"Para el caso de la responsabilidad médica, está ya aclimatada entre nosotros, con características despejadas de doctrina probable, la consideración general acerca de que la principal obligación del galeno es de medio y no de resultado, esto es, que su compromiso se contrae a desplegar una conducta diligente en procura de obtener un fin concreto y específico (la mejora o la preservación de las condiciones de salud del paciente), que sin embargo no garantiza, salvedad hecha, claro está, que medie pacto entre las partes que así lo establezca."*

¹⁴ Sostuvo la Corte:

"Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla res ipsa loquitur, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01)».

¹⁵ Dispone la norma en su parte pertinente:

"No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares".

En materia de responsabilidad médica ha sostenido la Corte que, el carácter dinámico de la carga de la prueba es excepcional, atiende a las particularidades del caso, descansa en la dificultad probatoria para la parte demandante¹⁶ y la facilidad de la contraparte en la obtención de la prueba. Ha dicho el máximo tribunal:

*"Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad"*¹⁷.

De esta manera, por regla general, en la acción resarcitoria, corresponde al demandante demostrar, entre otros presupuestos, el hecho culposo, es decir, la omisión o el actuar negligente, imprudente, con impericia o violación de reglamentos del facultativo demandado; mientras que al resistente le incumbe acreditar que fue diligente y cuidadoso, atendiendo las reglas propias de su arte, conforme a estándar de conducta que le era exigible. Excepcionalmente, en vigencia del CGP, el juez tiene la posibilidad de exigir probar determinado supuesto de hecho a quien conserve una posición más favorable en los términos del artículo 169.

4.3 Decreto oficioso de pruebas.

Además del criterio de flexibilización probatoria, el ordenamiento procedimental concede al juez la facultad oficiosa para el decreto de pruebas cuando las estime *"útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes"*, según lo estableció el artículo 179 del CPC, hoy 169 del CGP, imponiéndose en la actualidad como un deber-poder para el juez y no como una mera discrecionalidad.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"en materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual, las reglas de la carga de prueba imponen al demandante, salvo excepciones legales o convencionales, o de una eventual flexibilización, demostrar los elementos constitutivos de la misma –hecho, factor de atribución, daño y nexo causal-, laborío que no puede ser sustituida por el fallador a través de pruebas"

¹⁶ Ha indicado la jurisprudencia:

"se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis)" (CSJ SC 5 de noviembre 2013, rad. 2005-00025-01. Citada en SC 12947 de 2016).

¹⁷ CSJ SC 5 de noviembre 2013, rad. 2005-00025-01. Citada en SC 12947 de 2016).

oficiosas, pues se convertiría un juez-parte"(Negrilla fuera del texto).¹⁸

Así las cosas, en principio, la carga demostrativa de los elementos que estructuran la acción resarcitoria recae en el demandante y, si bien, bajo la vigencia del CGP el juez tiene el poder-deber para decretar pruebas de oficio a fin de esclarecer hechos objeto del conflicto, tal atribución se dirige a esclarecer posibles dudas o vacíos presentes en el proceso, no para suplir verdaderas falencias probatorias de las partes.

5. CASO CONCRETO.

5.1 Carga probatoria de la culpa médica

El apelante reclama la aplicación de la denominada carga dinámica de la prueba, a su juicio, la demostración de la culpa médica debía exigirse a la parte demandada por estar en una posición más favorable o, en su defecto, decretarse la correspondiente prueba de oficio.

Conforme lo anterior, la Sala establecerá si a la parte demandante le incumbía la demostración de los supuestos fácticos que soportan la pretensión indemnizatoria, concretamente la culpa o si, por el contrario, debía trasladarse la carga a los demandados por estar en una posición más favorable o al despacho judicial suplir la falencia a través de prueba de oficio.

Conforme se indicó, el artículo 167 del CGP impone a la parte demandante la demostración de los supuestos fácticos que sirven de fundamento para obtener la consecuencia jurídica pretendida, de tal forma que, tratándose de responsabilidad civil resulta imperioso, para su buen suceso, la acreditación de sus elementos basilares, es decir, la culpa, el daño y su nexo causal, cuya carga de la prueba gravita en cabeza del extremo activo, regla general que eventualmente puede verse matizada por criterios de flexibilización probatoria que aplique el juez.

Debe considerarse que esta demanda fue formulada bajo el régimen del CPC, igualmente el desarrollo del proceso en lo que corresponde a la etapa probatoria¹⁹, estatuto procedimental que no reguló expresamente el

¹⁸ SC282/2021. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

¹⁹ Conforme el tránsito de legislación de la Ley 1564 de 2012 que, en el artículo 624 dispone en lo pertinente: "Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones" (Subrayado fuera del texto).

carácter dinámico de la carga de la prueba, empero, con anterioridad, la jurisprudencia ya se había pronunciado con relación la excepción a la regla general y consideró criterios de flexibilización en materia de carga probatoria.

Revisada la actuación surtida en primera instancia, se encuentra que no hubo, en realidad, desconocimiento de las reglas que rigen la labor concerniente a la carga de las pruebas, pues el juez aplicó una de las opciones que consideró procedente y que se encontraba prevista en la norma que gobernaba el tema, a saber, el artículo 177 del CPC, cuya lectura muestra sin lugar a dudas que la asignación de la carga demostrativa recae en la parte interesada, en el particular, en quienes reclaman la pretensión indemnizatoria.

Y, si bien de manera previa la jurisprudencia admitió la aplicación de criterios de flexibilización en materia de carga de la prueba, también lo es que para ello impera la realización de un ejercicio cuyo examen debe efectuar el juez de cara a la singularidad de cada caso, en donde se verifiquen aspectos como la calidad de las partes, el estado del paciente, los medios disponibles, entre otros, que muestren una evidente dificultad de la parte demandante para cumplir la carga probatoria y la facilidad de la demandada en su obtención.

No obstante, no se advierte que en el presente asunto la parte demandante encontrara impedimento alguno en orden a obtener los medios de prueba que le servían para acreditar la culpa galénica que predica en la demanda y no se enrostraron en la alzada condiciones especiales que condujeran al fallador a trasladar la carga demostrativa al extremo pasivo.

Recuérdese que, en los procesos de responsabilidad civil médica no opera la presunción de culpa, sino que estas demandas se rigen por la culpa probada, cuya demostración recae en la parte demandante y, aun cuando en estos asuntos se reconocido la posibilidad de que el juez realice un matiz frente la regla general en lo concerniente a la carga de la prueba, ello no significa que automáticamente la demandante quede exonerada de ella y corresponda entonces al profesional de la salud e institución demandada asumir el rol que es propio del interesado.

En ese orden de ideas, la parte demandante era la llamada a demostrar el comportamiento culpable del médico, no se observan circunstancias especiales que impusieran el traslado de la carga de la prueba a la contraparte y, los criterios de flexibilización como excepción a la regla general que han sido aceptados en asuntos de responsabilidad médica, no

implica *per se* su aplicación irreflexiva y automática en todos los casos que versen sobre la materia, se reitera, debe valorarse en cada caso concreto, si se encuentran o no latentes situaciones particulares que conlleven a la asignación de la carga probatoria en la contraparte.

Ahora bien, con relación al argumento consistente en que la demostración de la culpa galénica era atribuible al juez mediante el ejercicio de prueba de oficio, se advierte que, si bien el juez debe cumplir un papel activo dentro del trámite procesal, dirigir el proceso y esclarecer a través de la prueba oficiosa los hechos alegados por las partes, ello no significa que deba asumir el rol que, en materia de carga de la prueba le asiste al interesado en la acreditación de los hechos que soportan sus pretensiones y suplir las deficiencias probatorias. Al juez le corresponder acudir a tal herramienta cuando no exista certeza sobre puntos que le resultan oscuros, verbigracia, en la determinación de una condena en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios.

Si la culpa, elemento constitutivo de la responsabilidad médica, debe ser demostrada por la parte interesada que persigue por su propio interés una indemnización, no corresponde al juez suplir tal labor, máxime cuando en el caso particular, se observa falta de diligencia en la obtención de la prueba pericial.

Nótese que la promotora de la demanda no logró la notificación efectiva del perito oncólogo designado por el Despacho, al menos no hay constancia que hubiese agotado todos los medios dispuestos por el juez para enterarlo efectivamente de su nombramiento, tampoco ahondó en esfuerzos tendientes a procurar su reemplazo o su práctica efectiva y ni siquiera presentó reparo alguno cuando se cerró el periodo probatorio en auto del 3 de agosto de 2018²⁰ y se fijó fecha para continuar la etapa de alegaciones y fallo, a sabiendas de la prescindencia de la prueba pericial, denotando así falta de interés en su materialización, luego, no puede alegar la falta de actividad oficiosa por parte del juez de la causa cuando salta a la vista su falta de interés en la práctica de la prueba²¹.

En definitiva, la carga probatoria de los elementos constitutivos de la responsabilidad médica recaía en los demandantes, sin que se adviertan

²⁰ Ver ruta 01. EXPEDIENTE REMITITIDO POR EL JUZGADO / Cuaderno # 1 / Fls. 534 a 550 Actuaciones de trámite, página 14

²¹ Sobre el particular, la Corte ha planteado:

"Por lo mismo, siendo del actor y no del juez el deber de demostrar los supuestos fácticos de las normas jurídicas, cuando se omite pronunciamiento sobre una prueba solicitada, es la parte afectada la legitimada para interponer recurso de reposición en dicha instancia, en los términos del artículo 348 del c.p.c. o en alzada, en virtud de lo establecido en el numeral tercero del artículo 351 ídem. En conclusión, la carencia de diligencia de la parte en cuestiones probatorias, no conduce a que el juzgador se vea obligado inexorablemente a actuar por ella mediante el decreto oficioso de pruebas". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 2002-00373-01. (M.P. William Namén; enero 25 de 2008).

criterios válidos para exigir la demostración de los hechos a la contraparte, tal labor demostrativa tampoco correspondía ser sustituida por el juez a través de pruebas oficiosas.

5.2 Acreditación de la culpa como presupuesto axiológico de la responsabilidad médica.

El debate se concentra en la demostración de uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil médica, a saber, la culpa de los demandados, imponiéndose determinar de acuerdo a los reparos expuestos por el apelante, si la parte demandante acreditó suficientemente tal elemento.

Recriminó el recurrente la necesidad de un dictamen pericial para la verificación de la culpa, en su criterio, tal presupuesto se encontró acreditado con la historia clínica que contiene la relación y detalle de todos los datos acerca de los aspectos físicos y psíquicos de la paciente, así como de las declaraciones de los profesionales de la salud, a partir de los cuales se podía establecer con suficiencia que el médico tratante incurrió en negligencia que ocasionó daño a la paciente por no llevar a cabo el procedimiento en su totalidad, descuidarla y abandonarla al no ordenar los controles, exámenes y tratamiento necesarios como el yodo radioactivo para verificar el éxito de la intervención quirúrgica y detectar tempranamente cualquier recidiva.

Bajo tal panorama, se determinará si el extremo demandante probó la culpa médica como elemento constitutivo de responsabilidad médica, derivada del procedimiento quirúrgico realizado a Ana Evangelina Chaverra de Zora en octubre de 2003 y la presunta omisión del deber de control frente a posible recidivas o focos de cáncer.

La tesis que sostendrá la Sala es que la parte demandante no cumplió tal carga, pues no logró acreditar que, los hechos que atribuye al médico tratante son contrarios a la *lex artis ad hoc*.

En efecto, milita en el expediente como medio de prueba la historia clínica de la demandante, que da cuenta de circunstancias como el diagnóstico, la intervención quirúrgica en octubre de 2003 y las atenciones en salud posteriormente brindadas, empero, no se desprende de aquella la ocurrencia de un comportamiento médico distante del comportamiento médico apropiado o de los protocolos de salud vigentes.

La historia clínica muestra que, el 30 de octubre de 2003 ingresó la paciente para la realización de una cirugía que se denomina

*"Tiroidectomía total + vaciamiento de cuello"*²², cuya intervención practicó el profesional demandado, al día siguiente salió del centro hospitalario con entrega de fórmula médica para *"cita de revisión y gammagrafía de tiroides"*²³; el 5 de noviembre de 2003 asistió a consulta de revisión y se le dio alta por cirugía; el 3 de diciembre siguiente acudió de nuevo a consulta de revisión, ordenándose cita en 6 meses²⁴ y finalmente, el 30 de abril de 2004 se presentó a consulta de revisión con anotación de *"alta por cirugía"*²⁵.

La parte demandante atribuyó la culpa galénica al procedimiento *"Tiroidectomía total + vaciamiento de cuello"* realizado el 30 de octubre de 2003, por dejar remanentes, no extraer la tiroides en su totalidad, ni retirar completamente la lesión cancerígena, lo cual requirió la práctica de nuevas intervenciones quirúrgicas por recidivas que aparecieron años más tarde. Tesis que no se logró soportar probatoriamente.

La historia clínica que data de la época de la intervención no revela que, en la práctica del procedimiento, el médico tratante hubiese dejado en el cuerpo de la paciente remanentes tiroideos. Se halla posteriormente en registro médico del 4 de marzo de 2009 la siguiente anotación: *"operada Clínica Bolivariana Tiroidectomía creíamos total pero en vista de no elevación de su TSH se realiza gamacuello observándose lóbulo derecho e itsmo tiroideo"*²⁶, no obstante, no puede desprenderse de la sola mención que la intervención primigenia efectuó una extracción parcial y no total que dejó remanentes tiroideos, pues tal hipótesis se desvanece con la declaración rendida por el médico FERNANDO JOSÉ GREGORIO PEREIRA PATERNINA en su condición de testigo técnico.

El profesional de la salud en comento, quien atendió a la paciente en el seguimiento y control de reaparición de enfermedad expuso que, no podía establecer si en la intervención quirúrgica inicial se había dejado o no un remanente tiroideo y, agregó: *"siempre va ver la posibilidad de que un paciente que ha sido operado de cáncer, el tumor vuelva a crecer, él por qué es porque el tumor es maligno y la célula **tiene la capacidad de regenerarse** y volver a crecer"* y, al preguntarle si es posible que el organismo regenere la glándula tiroidea luego de su extracción respondió *"**existe la posibilidad que se generen pequeños remanentes en la vida posterior de un paciente**"*²⁷.

²² Ver ruta carpeta 01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO / Cuaderno # 1 / archivo Fls. 001 a 113 Anexos y demanda, página 41

²³ Ibid. página 40

²⁴ Ibid. página 45

²⁵ Ibid. página 46

²⁶ Ibid. página 67

²⁷ Ver ruta carpeta 01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO / Cuaderno # 4 / archivo Fls. 1 a 44 Cuaderno 4 - Pruebas parte demandante, página 86

Emerge de la prueba testimonial técnica que, no es dable concluir que en la cirugía primigenia se dejaron remanentes tiroideos en el cuerpo de la paciente, pues el médico declarante fue contundente al aseverar que existe la posibilidad que el mismo organismo regenere parcialmente la glándula tiroidea y el tumor vuelva a crecer, tal alternativa derruye la hipótesis del extremo activo al atribuir culpa médica por no retirarse plenamente la tiroides y la lesión cancerígena en el procedimiento quirúrgico.

Y, en el evento de haberse dejado algún remanente tiroideo, no existe prueba adicional que permita colegir con certeza la culpa médica derivada de tal circunstancia, pues el profesional señaló que la resección propugnaba por la resección de *"todo tejido posible de sospecha tumoral"* y remató advirtiendo la dificultad de atribuir la recidiva al remanente hallado: *"el tejido enviado como remanente de tiroides derecho no tenía malignidad era bocio, ahora, no puedo especificar si se trata de un remanente de la cirugía pasada porque no estuve en ella"*.

A su turno, el médico MARIO RUIZ depuso:

*"es muy frecuente que queden restos tiroideos en el lecho de la glándula, y que queden ganglios, uno nunca puede sacar todos los ganglios" (...) "en ganglios hay muchos compromisos microscópicos que no son visibles a simple vista, y en el lecho tiroideo siempre quedan células que captan los medios que se utilizan para tratar de demostrar la presencia de restos tiroideos". porque hay células de esas que están circulando y persisten circulando y que no se pueden sacar quirúrgicamente ..."*²⁸

En este punto, es pertinente resaltar que el profesional MARIO RUIZ no puede catalogarse como testigo técnico, categoría que solo es predicable de la persona que posee los conocimientos técnicos, científicos o artísticos y que además presencia los hechos, supuesto último que no se satisface, como quiera que el galeno no estuvo presente en las atención en salud, empero, pueden valorarse como concepto o criterio de experto aun cuando no esté expresamente regulado en el estatuto procesal, en virtud del principio de libertad probatoria (art. 175 CPC y art. 165 CGP)²⁹.

²⁸ Ver ruta 01. EXPEDIENTE REMITIDO POR EL JUZGADO / Cuaderno # 5 / Fls. 1 a 66 Cuaderno 5 - Pruebas parte demandada Jaime Andrés Borrero. Página 126

²⁹ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ha sostenido: *"Los conceptos o criterios de los expertos y especialistas son medios de prueba no regulados expresamente en el estatuto adjetivo, pero perfectamente admisibles y relevantes en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro ordenamiento procesal (art. 175 C.P.C.; y art. 165 C.G.P.), en la medida que son útiles para llevar al juez conocimiento objetivo y verificable sobre las circunstancias generales que permiten apreciar los hechos; no se oponen a la naturaleza del proceso; no están prohibidos por la Constitución o la ley; y el hecho alegado no requiere demostración por un medio de prueba legalmente idóneo o especialmente conducente"*. SC9193-2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Así las cosas, la declaración y el concepto de los expertos en mención, lejos de construir prueba acerca de un actuar culposo derivado de la intervención quirúrgica efectuada en octubre de 2003, muestra la existencia de una conducta que no se alejó de la ciencia médica, máxime cuando de ningún otro medio de prueba se puede concluir algo diferente.

Adicionalmente, ambos profesionales coincidieron en que la intervención de 2003 era la adecuada para el manejo de la patología. El médico FERNANDO JOSÉ GREGORIO señaló: *"el procedimiento es el adecuado, es el abordaje óptimo para el diagnóstico de la paciente"*. Por su parte, el profesional MARIO RUIZ afirmó: *"se practicó una tiroidectomía total y vaciamiento de cuello; es una técnica adecuada"*.

En ningún punto de las declaraciones se sostuvo la existencia de un actuar que se distancie del consejo médico y la *lex artis ad hoc* con relación a la cirugía practicada a la demandante el 30 de octubre de 2003 y no milita en el expediente prueba adicional de la cual pueda razonablemente inferirse tal conclusión, razón por la cual el reproche del recurrente no tiene vocación de prosperidad.

Con relación a la atribución de culpa médica por ausencia de controles, exámenes y tratamientos post quirúrgicos, entre ellos, el yodo radioactivo que, a su juicio, se erigían como necesario para lograr la erradicación definitiva del cáncer, tampoco se encuentra probado.

Sobre el particular, los médicos deponentes fueron claros en advertir que, se requería realizar seguimiento clínico que incluía principalmente la realización de gammagrafías y examen de TSH.

El médico FERNANDO JOSÉ GREGORIO manifestó que el control posterior requería: *"examen físico, bioquímico, o sea pruebas de laboratorio, en particular TSH, trioglobulina y anticuerpos anti tiroglobulina, además de ecografía de cuello con tiempos aproximados después de intervención de cada 4 a 6 meses, según las características individuales de cada paciente (...)"* y, el galeno MARIO RUIZ puntualizó que el control postquirúrgico correspondía a la realización de gammagrafía y controles de TSH.

En contraposición al criterio del apelante, la historia clínica sí da cuenta de los controles médicos y exámenes post quirúrgicos requeridos, para ello, se acude a los registros de consultas médicas de revisión efectuadas con posterioridad a la intervención quirúrgica, específicamente, las citas de revisión del 5 de noviembre de 2003, el 3 de diciembre siguiente y del 30 de abril de 2004.

Igualmente, reposa en el expediente certificación expedida por la EPS SANITAS que da cuenta de la utilización de la paciente de servicios de salud post quirúrgicos, especialmente, consultas de control en noviembre de 2003 y abril de 2004, exámenes de laboratorio por "*Horm. Estimulante del Tiroides -TSH- Ultrasens*" en enero, abril y noviembre de 2004 y, "*Hemograma Tipo 1*".

Aunado a ello, el registro clínico consigna que la paciente recibió orden médica para Gammagrafía de Tiroides, una vez salió de la institución que le practicó la intervención quirúrgica en octubre de 2003, sin que se advierta como servicio de salud efectivamente utilizado por la demandante. Asimismo, en diciembre de 2003 se ordenó consulta médica en seis meses y tampoco se observa que hubiese asistido a la misma, pese a contar con la respectiva recomendación y orden médica, conductas que, contrario a mostrar omisiones por parte de los demandados, denotan en cierta medida descuido de la paciente.

Conviene señalar que la afiliación a la EPS demandada se mantuvo hasta marzo de 2005, fecha en la cual se retiró y no se afirmó negación en la prestación de los servicios de salud ordenados, ni se aportaron constancias de denuncias, quejas u otras acciones a las que eventualmente hubiese acudido la demandante en aras de la garantía de la continuidad y prestación adecuada de las atenciones en salud.

Frente al razonamiento del apelante consistente en la aplicación del tratamiento con yodo radiactivo como necesario para verificar el éxito de la intervención quirúrgica y detectar tempranamente cualquier recidiva, se quedó asimismo huérfano de prueba.

En contraposición a dicha tesis, el médico FERNANDO JOSÉ GREGORIO señaló: "*el yodo radioactivo no es garante de que un paciente pueda o no tener una recaída*" y, más adelante expresó "***el seguimiento clínico sin yodo radioactivo es apropiado***". Manifestaciones que, sumado a la ausencia probatoria en lo pertinente desvanecen la apreciación de la parte actora.

En ese contexto, la censura que plantea el recurrente frente al incumplimiento del deber de brindar control y seguimiento postquirúrgico luego de la intervención efectuada en octubre de 2003 no tiene medio de convicción que lo acredite, tampoco que el procedimiento quirúrgico en sí mismo comportara un actuar negligente, imprudente, imperito y/o que transgreda reglamentos, en consecuencia, como bien lo estimó el *a quo*, la culpa médica no fue acreditada.

Aunado a ello, se llama la atención que tampoco se demostró el nexo causal, por cuanto, la prueba recaudada no vincula de ninguna manera la

reaparición de la patología con la intervención quirúrgica primigenia y los controles post quirúrgicos, lejos de ello, los medios de convicción destruyen la teoría de la demandante.

Ciertamente, los galenos deponentes fueron claros, contundentes y coincidentes en advertir que, la patología padecida por la paciente es progresiva, no tiene cura y siempre se encuentra abierta la posibilidad de su reaparición.

En términos del médico FERNANDO JOSÉ GREGORIO:

"hasta el momento el cáncer no es posible curarlo o erradicarlo del todo, siempre queda abierta la posibilidad de una recaída en un paciente" (...), "la presencia per se del cáncer, independiente de la calidad o magnitud de la cirugía, es el agravante de la persistencia o progresión de una enfermedad" (...), "hasta la fecha solo controlamos el cáncer, más no lo curamos" (...) "la posibilidad de que haya una recaída como hemos manifestado, siempre va a estar abierta". Añadió que, la paciente tenía más de 45 años lo que suponía "mal pronóstico, a mayor edad mayor probabilidad de muerte".

Por su parte, el médico MARIO RUIZ puntualizó que las recurrencias tumorales *"pueden aparecer en cualquier momento desde el post operatorio inmediato hasta muchos años después de la cirugía"*.

En esas condiciones difícilmente puede vincularse el procedimiento quirúrgico del año 2003 y los controles posteriores con la reaparición tumoral, máxime cuando hay carencia de un medio de prueba de conocimiento técnico-científico que acredite la causa del daño.

La prueba testimonial de la parte actora, esto es, los testigos ESPERANZA RESTREPO LÓPEZ, RUBY SELENY VILLAREAL RESTREPO, MARÍA ELENA DEL SOCORRO VIANA PATIÑO y GILMA CORREA RODRÍGUEZ, nada aportan en la verificación de la culpa y el nexo causal, puesto que testifican sobre los padecimientos de la demandante, pero de ellos no proviene conocimiento científico que conduzca idóneamente a la demostración de los presupuestos axiológicos en mención.

En esta clase de litigios, la ciencia y la técnica juegan un papel preponderante, por tanto, elementos como la culpa y la causalidad, no puede ser demostrados únicamente a partir de testimonios carentes de tal calidad, pues para acreditar sus presupuestos se requiere acudir a otros medios de prueba, tales como, el dictamen pericial, sin que sea el único o determinante, pero aun cuando para la demostración de tales elementos no existe tarifa legal probatoria, lo cierto es que el juez no es perito médico y por ello un medio de prueba técnico le posibilita acercarse al

conocimiento que requiere para la resolución de la pretensión, pues es de tal forma que puede establecer si se cumplieron las reglas que aconseja la ciencia médica y si existe vinculación de causalidad entre la hipótesis fáctica y el daño planteado por el demandante; no obstante, la orfandad probatoria de la parte actora desconoce la regla de la necesidad de la prueba, en virtud de la cual toda decisión judicial debe fundarse en las que regular y oportunamente se allegan al proceso.

Y es que aun cuando se solicitó prueba pericial de médico oncólogo, como ya se advirtió, la parte demandante no mostró interés en su práctica, si bien consta el envío de dos telegramas, no existe información sobre comunicación con el designado en el número de teléfono proporcionado en el auto del 13 de junio de 2014³⁰, tampoco se insistió en su reemplazo, ni siquiera se objetó oportunamente que el juez cerrara el debate probatorio sin la práctica de la experticia, pues nada dijo el apoderado frente al auto que dispuso lo pertinente y señaló fecha de audiencia para alegatos y fallos, lo que supone desidia y desinterés en su práctica por la parte demandante, a pesar de recaer en ella la carga probatoria. Destáquese además que, el silencio de la parte durante todo el trámite procesal sana una eventual nulidad por falta de práctica en la prueba pericial.

En ese orden de ideas, a pesar de recaer en la actora la carga de la prueba, no demostró la culpa médica que atribuye a los demandados, tampoco la existencia un nexo de causalidad entre la intervención quirúrgica de octubre de 2003 y la asistencia post quirúrgica con la persistencia cancerígena, menos aún, la pérdida de chance u oportunidad en la recuperación del estado de salud.

Contrario a los dichos del apelante, los medios de prueba allegados por el extremo activo son insuficientes para la demostración de la culpa y el nexo causal para estructurar la responsabilidad civil médica que se predica, son coincidentes y contundentes las declaraciones de los profesionales de la salud en advertir la progresividad de la enfermedad y la imposibilidad de cura, aunado a ello, la realización de un procedimiento inadecuado y falta de controles quedó desprovista de respaldo demostrativo, tal y como se ha expuesto, motivos por los cuales se impone la confirmación de la decisión de primera instancia.

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN.

La parte demandante era la llamada a demostrar los presupuestos axiológicos de la responsabilidad médica, entre ellos, la culpa médica, no se observan circunstancias especiales que impusieran el traslado de la

³⁰ Ver archivo Fls. 336 a 342 Auto decreta práctica de pruebas

carga de la prueba a la contraparte. Además, no se advierten criterios válidos para que el juez supliera la labor demostrativa que incumbía a la parte interesada.

Adicionalmente, el extremo demandante no probó que la *"tiroidectomía total + vaciamiento de cuello"* practicada el 30 de octubre de 2003 y las actuaciones post quirúrgicas constituyeran acciones u omisiones negligentes, imprudentes, imperitas y/o que violaran la *lex artis ad hoc*, ni la existencia del nexo de causalidad entre ello, la reaparición del cáncer y la pérdida de oportunidad para la recuperación del estado de salud. En consecuencia, no se encuentran acreditadas la culpa y el nexo causal como presupuestos de la responsabilidad médica atribuida a las demandadas, razones por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia y se condenará en costas de esta instancia a la vencida conforme al artículo 365(3) del CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

7. RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 26 de octubre de 2020, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, una vez se encuentre ejecutoriada la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
Magistrado



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
Magistrado



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
Magistrado