

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



*“Al servicio de la justicia y de la paz social”*

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL

**Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**  
*-discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha-*

PROCESO	VERBAL RCM
DEMANDANTES	JULIANA CASTAÑEDA GONZÁLEZ, DANIELA CASTAÑEDA GONZALEZ, MATEO CASTAÑEDA GONZÁLEZ
DEMANDADA	EPS SURAMERICANA S.A.
LLAMADOS EN	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA
GARANTÍA	“COMFAMA”, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.
RADICADO	05001 31 03 010 2021 00135 02 Interno: 2022-238
INSTANCIA	SEGUNDA –APELACIÓN SENTENCIA-
PROCEDENCIA	JUZGADO DECIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN
PROVIDENCIA	SENTENCIA N° 031
TEMAS	Y RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA PRESUPUESTOS
SUBTEMAS	ESTRUCTURANTES
DECISIÓN	CONFIRMA
MAGISTRADA	
PONENTE	MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida en sesión de audiencia celebrada el 02 de noviembre del año 2022 por el JUZGADO DECIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN dentro del radicado referido. La presente providencia se profiere por escrito en aplicación de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto 806 de 2020.

I. ANTECEDENTES

1. LA PRETENSIÓN.

La parte actora formuló las siguientes pretensiones (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta C-01 Principal/archivo 02Demanda Anexos): 1. Que se DECLARE civil y extracontractualmente responsable a la EPS SURAMERICANA S.A. por los daños morales y vida de relación

ocasionados a los demandantes por la falta de diagnóstico y de tratamiento más temprano que hubiera permitido mejorar la calidad de vida y aumentar en un tiempo adicional la vida de la señora GONZÁLEZ PENAGOS, de conformidad con lo establecido en el dictamen médico realizado por el CES en septiembre de 2019. 2. Se CONDENE a la EPS SURAMERICANA S.A. al pago de los perjuicios morales en el equivalente a 100 smlmv para cada uno de los demandantes, y por perjuicio a la vida de relación el equivalente a 100 smlmv para cada uno de los demandantes, en su calidad de hijos, para un total de \$526'684.200. 3. Se CONDENE en costas procesales y agencias en derecho.

## **2. FUNDAMENTO FÁCTICO.**

De los hechos narrados en la demanda se extrae que la señora ELDA DEL SOCORRO GONZÁLEZ PENAGOS (qepd), madre de los demandantes, trabajó en LABORATORIOS NATURFAR por más de 10 años, con contrato laboral a término indefinido desde el 1 de febrero de 2006, como operaria de producción y a veces por reemplazos en aseo general en la planta de producción, renunciando el 30 de diciembre de 2016 por múltiples dolencias, faltándole un año para cumplir la edad de pensión de 57 años contando con las semanas requeridas.

Se cuenta que la señora ELDA DEL SOCORRO desde que laboraba, mes a mes tenía dos o tres citas médicas o urgencias, por presentar fuertes dolores en el brazo izquierdo, la columna y un hormigueo intenso en la parte izquierda de la cadera, y los médicos le formulaban acetaminofén, paños de agua tibia, no hacer fuerza o levantar cosas pesadas, y por último terapias, pues según los médicos padecía de ARTROSIS, y JULIANA le compraba un producto natural para el dolor a base de caléndula llamado dololed.

Relatan que JULIANA afilió a su madre a la EPS SURA y luego de seis meses la señora ELDA DEL SOCORRO asistió al programa de bolsa de empleo de COMFENALCO-ANT, allí tuvo todas las prestaciones mientras estuviera asistiendo, duró seis meses con asistencia de lunes a viernes de 7 a 5, y siguió consultando por sus dolores y tomando el producto natural y los medicamentos formulados. Continúa diciendo

que pasados los seis meses de estar afiliada a COMFENALCO la señora ELDA DEL SOCORRO se quedó sin EPS y fue afiliada por JULIANA nuevamente a EPS SURA en enero de 2018 como beneficiaria.

Informan que para marzo de 2017 comenzó a notar una masa en la parte izquierda de su clavícula dolorosa al palpar y seguía creciendo, consultando por ello y las otras dolencias que traía, pero la recomendación siempre fue paños de agua tibia con sal de Inglaterra, ibuprofeno, orden para ortopedista y terapias, y según la HC tenía “descalcificación ósea” consecuencia de la artrosis, y por ello el dolor en la columna, pero no le ordenaron tomografías, ecografías o algún procedimiento para respaldar el diagnóstico. Ante el aumento del dolor y crecimiento de la masa le formularon tramadol y así pudiera dormir, descansar y tuviera tranquilidad para caminar, dormir o moverse, no se le ordenó tratamiento para mejorar sus dolencias.

Indican los demandantes que para el 27 de diciembre de 2017 a ELDA DEL SOCORRO le ordenaron una resonancia de tórax énfasis articular, el resultado lo entregaron en enero de 2018 en la que se concluyó: *“Lesión de tipo lítico en la porción proximal de la clavícula izquierda cerca a la articulación esternoclavicular izquierda de las dimensiones y características mencionadas. Lesión sospechosa de otro foco lítico en el húmero proximal izquierdo por lo tanto la posibilidad de enfermedad metastásica de un primario no conocido por nosotros debe ser considerada. La evaluación oncológica del paciente y la evaluación fisiológica si es necesaria de la lesión clavicular podría ser necesarias. Al evaluar la secuencia STIR se detecta leve hiperintensidad de los cuerpos vertebrales torácicos medios probablemente a la altura de T7 y T9 lo cual tampoco descarta compromiso metastásico en ésta región. Al evaluar los cortes sagitales T2 de la columna torácica y unión cervicotorácica las vértebras cervicales inferiores también presentan lesiones líticas una de ellas con ruptura de la cortical posterior y compromiso del pedículo izquierdo de C7 lo cual por lo tanto favorece el compromiso metastásico óseo difuso. Observe la masa epidural paravertebral en ésta topografía; sin embargo, la médula cervical sin compresión o cambios de señal a pesar de la lesión lítica sin colapso*

*vertebral localizada en C7. Las vértebras C3, C4 y C5 también están comprometidas por infiltración de la médula ósea. Se recomienda considerar la gammagrafía ósea para definir la extensión del compromiso metastásico óseo aquí sospechado*". En ese mismo enero de 2018 la señora ELDA DEL SOCORRO se lavó el cabello en el lavadero y al tener la cabeza boca abajo sintió que algo traqueó en el cuello y le generó un fuerte dolor y espasmo, dejó de girar el cuello, le dolía demasiado al intentar voltear y dormir para ciertos lados, desde ahí no podía mover la cabeza por sí sola y los hijos la ayudaban a levantar de la cama sujetando la cabeza y subiendo con ella el cuerpo al mismo tiempo.

Señalan que con posterioridad acudió a urgencias de SURA de SAN IGNACIO donde le negaron el servicio porque estaba sin afiliación, pues para ese momento JULIANA no la había afiliado, entonces acudieron a PROFAMILIA para consulta particular, quien remitió por urgencias a la EPS SURA para revisión prioritaria con neurología clínica, emitiendo fórmula y recomendaciones. Una vez afiliada a SURA se pidió la cita con medicina de familia, Dra. MONICA GALVIS, para que le ordenara la gammagrafía, que se realizó el 10 de febrero de 2018 en la CLÍNICA LAS AMÉRICAS revelando lesiones óseas. El 15 de febrero de 2018 fue a urgencias en la CLÍNICA LAS VEGAS por el dolor intenso y ni el tramadol le hacía efecto, allí fue atendida por el Dr. JUAN RICARDO y al ver el resultado de la resonancia confirmó que se trataba de un cáncer avanzado que ya había hecho metástasis, y realizó las diligencias para que la paciente ingresara al programa de médico en casa y cuidados paliativos y ordenó resonancia lumbar.

Para el 16 de febrero de 2018 la señora ELDA DEL SOCORRO fue hospitalizada en la CLÍNICA VIDA DE PRADO donde le realizaron exámenes, le hicieron biopsia del cuello, donde la gammagrafía mostraría si esa masa fuera la primaria, y encontraron metástasis en la parte ósea de la columna, clavícula y humero, los órganos vitales limpios, según explicó el oncólogo, terminando con un diagnóstico de carcinoma pulmonar y que la masa en el cuello estaba obstruyendo la tráquea. El 8 de marzo de 2018 comenzó a tomar morfina para el dolor, ingresó al programa *"juntos por siempre"* de cuidados paliativos, ese

mismo mes fue afiliada a EMI de donde la atendieron en varias ocasiones y les informaron a los hijos que debido al crecimiento de la masa debía practicarse una traqueotomía, luego el oncólogo de la EPS SURA decidió mejor iniciar con radioterapia para disminuir el tamaño de la masa en la tráquea y se realizaron 10 terapias en la CLÍNICA DEL ROSARIO sede Poblado y las últimas en la CLÍNICA SOMER de Rionegro, obteniendo mejoría, pero en abril de 2018 ELDA DEL SOCORRO empezó a vomitar oscuro como si fuera sangre, la llevaron a urgencias, la hospitalizaron y debió suspender las radioterapias, allí se dispuso que necesitaba de un stem en la parte de la carótida porque la vena estaba siendo comprimida por la masa y el procedimiento lo realizaron en la CLINICA VID, le dieron de alta a los dos días y continuó con la radioterapia. En el mes de mayo, a finales la paciente empezó a tener insuficiencia renal, consultaron por urgencias, luego de los exámenes les dijeron que tenía los riñones enfermos pero que tenía cura, empezó tratamiento, le colocaron sonda, estando hospitalizada en la CLÍNICA VIDA DE PRADO, el 17 de junio el oncólogo de turno informó que ELDA DEL SOCORRO no estaba evolucionando con el tratamiento y no podía hacer nada al respecto, se empezó a hinchar y el 22 de junio de 2018 la médica de turno se acercó y les dijo que la mamá estaba en etapa de agonía, el 23 de junio de 2018 cuando JULIANA limpiaba a la mamá con pañitos, de su boca salió un líquido negro y los médicos dijeron que era normal porque hace rato no defecaba y a la 1:15 pm falleció.

Dicen los demandantes que la muerte de su madre los afectó psicológicamente y sus vidas cambiaron para siempre, pues ella siempre los apoyaba, acompañaba y ante su ausencia JULIANA tuvo que asumir ese papel como hermana mayor, sufrieron daño moral y vida de relación notorio y grave, ya no hay actividades en familia sino cada uno por su lado.

Advierten que acudieron a la UNIVERSIDAD CES para obtener un dictamen pericial y en él se dijo. *“CORRELACIÓN CLÍNICA Y MÉDICO LEGAL”...Para diciembre de 2017 cuando se toma RNM de tórax en la que es evidente enfermedad metastásica ósea extensa con presencia de lesiones en columna cervical de riesgo de lesión medular,*

*debió haber sido remitida para manejo por oncología clínica, ya que, a mi concepto, requería urgentemente de biopsia e inicio de radioterapia en las lesiones óseas de columna que le causaban dolor y tenían riesgo de causar lesión medular. Lo que sucede de febrero a mayo de 2018 es el resultado de una enfermedad avanzada y de no haberse realizado un diagnóstico y tratamiento más oportuno; sin embargo, es de aclarar que la enfermedad que padecía la paciente era avanzada y terminal, por lo tanto, un diagnóstico más temprano no habría evitado el fallecimiento, pero sí le hubiera permitido un mejor control de los síntomas, mejor calidad de vida y quizás (sic) un aumento del tiempo de vida restante para la paciente””.*

### **3. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

Admitida la demanda el 11 de junio de 2021 (archivo 06) se procedió a notificar a los demandados, quienes respondieron como se detalla a continuación.

La **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.** contesta (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta C-01 Principal/archivo 08Respuesta Demanda) y admite como ciertos algunos hechos, otros, expresa no le constan, y en relación a otros se atiene a los registros en las historias clínicas.

Señala que según las historias clínicas la paciente presentaba signos y síntomas de artrosis desde varios meses atrás para lo cual se le prescribieron los correspondientes tratamientos médicos y deberá probarse si se presentó negativa por parte de la entidad en la autorización de exámenes y ayudas diagnósticas. No le consta lo relacionado con los servicios prestados por COMFAMA, ni lo referente a los síntomas y signos que presentaba, ni lo indicado a su entorno familiar. Asevera que la resonancia ordenada el 27 de diciembre de 2017 fue autorizada y el tiempo transcurrido entre la práctica de este examen y el manejo médico posterior no tuvo incidencia causal en el fallecimiento de la paciente, también se autorizó la gammagrafía ateniéndose al diagnóstico, siendo diagnosticada en abril de 2018 en la CLÍNICA VIDA, dice que es cierto lo del programa de cuidados paliativos y medicina en casa. Asevera que la EPS autorizó todos los exámenes, procedimientos y tratamientos ordenados por los médicos

tratantes e IPS y deberá probarse los fundamentos fácticos que sustentan el reclamo de los perjuicios extrapatrimoniales, pues la parte no puede crearse su propia prueba, como lo hace con los escritos que adjuntan. Afirma que el dictamen pericial debe ser controvertido y en él no se señala tiempo anterior en el que debió diagnosticarse el tumor, ni el posterior de supervivencia de la paciente, conceptúa que no se evidencian negativas en la atención, y, que a pesar de los estudios realizados no se logró encontrar o definir el origen primario de la metástasis y cuando se detectó ya era incurable.

Se opone a las pretensiones, y como excepciones de fondo presenta:

1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD. En el dictamen aportado se descarta la culpa o falla en la prestación del servicio médico, así como el nexo causal con el fallecimiento, al conceptuar que la muerte era inevitable. 2. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Los demandantes pretenden una responsabilidad por una falla diagnóstica que les produjo daño moral por la muerte de un familiar, pero el dictamen advierte que un diagnóstico más temprano hubiera permitido mejor control de síntomas, mejor calidad de vida y quizás aumentar tiempo de vida, pero no se instauró la acción hereditaria por el perjuicio sufrido por la paciente al supuestamente privársele de esa posibilidad, la acción personal no puede prosperar con el medio técnico aportado. 3. TASACIÓN EXCESIVA DE PERJUICIOS. Exceden los parámetros jurisprudenciales en materia civil, y el perjuicio pedido se basa en la muerte de la paciente, pero los hechos se refieren a la omisión de un diagnóstico más temprano que habría permitido mejor control de síntomas, calidad y mayor tiempo de vida.

### **LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA**

La ESP Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. llamó a “COMFAMA” CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta C-02LlamamientoGarantíaComfama), esta a su vez llamó en garantía a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta C-03Llamamiento en GarantíadeComfamaSuramericana o (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta C-01Principal/archivo11) y a CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta C-04LlamamientoenGarantíadeComfamaaChubb o (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta C-01Principal/archivo10).

## **CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A.**

Indica que los hechos de la demanda no le constan, y que de la historia clínica se desprende que la señora GONZÁLEZ PENAGOS presentaba signos y síntomas de difícil diagnóstico y manejo, aunado a que la señora usaba medicamentos naturales que no fueron ordenados por profesionales de la salud, sin tener claridad la fecha de la primera consulta por estos síntomas, ni cuando se percató de la presencia de una masa en la clavícula, y según la respuesta de COMFAMA y la historia clínica la señora consultó por primera vez en septiembre de 2017, sin que sea cierto que el personal médico que la atendió haya proferido diagnóstico o tratamiento errado, de la prueba allegada se puede concluir que a la paciente se le brindó atención médica en cada una de las oportunidades que lo requirió, se puso a disposición especialistas, se le practicaron la ayudas diagnósticas respectivas, tuvo atención oportuna durante los años 2016 y 2017. La parte actora hace una imputación de falla en la prestación del servicio sin precisar el momento en que se materializó, y de los hechos narrados se puede concluir que no hace ninguna imputación de responsabilidad a COMFAMA. Advierte que se debe tener presente que la parte actora debe probar la existencia y extensión de los daños pretendidos.

Se opone a las pretensiones y formula excepciones de fondo. 1. AUSENCIA DE FACTOR DE IMPUTACIÓN FRENTE A LA EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. En los hechos no se precisa cual es el reproche puntual a la atención, se limita exclusivamente al fallecimiento de la paciente, como consecuencia de la evolución desfavorable de la patología oportunamente tratada. 2. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA EPS Y MEDICINA PREPAGADA. Cumplió con sus obligaciones, autorizó las atenciones, exámenes, ayudas diagnósticas, remisiones y tratamientos ordenados. 3. CARGA DE LA PRUEBA- LA CULPA MÉDICA DEBE SER PROBADA. 4. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD. No se configuran los elementos estructurantes de la responsabilidad.

Frente a las pretensiones del llamamiento que hace la EPS SURAMERICANA a COMFAMA se opone, pues no tienen soporte fáctico ni jurídico.



En relación al llamamiento que le hiciera COMFAMA admite que existe un contrato de seguro bajo la modalidad de claims made, con la modalidad de coaseguro, siendo las obligaciones conjuntas mas no solidarias. Contrato vigente entre el 29 de octubre de 2020 y 29 de octubre de 2021. En relación con este llamado presenta excepciones:

1. CONTRATO DE SEGURO BAJO LA MODALIDAD DE COASEGURO.
2. LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.
3. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.
4. DEDUCIBLE.

### **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

Frente a los hechos de la demanda advierte que la mayoría le son ajenos por tanto no le constan y los relacionados con la atención médica se atiene a la historia clínica. Indica que en el dictamen pericial aportado se señala que la señora ELDA DEL SOCORRO tenía dermatitis cenicienta, artrosis de rodillas y posible artropatía inflamatoria, con síntomas difusos y poco específicos. Señala que el primer registro de la historia clínica que refiere a la masa en el cuello es del 16 de noviembre de 2017 en atención brindada en el CENTRO DE ESPECIALISTAS y no en COMFAMA, y que no encuentra registro sobre la descalcificación ósea o artrosis ni sus tratamientos, se reporta sí que la paciente padecía de vieja data síntomas dolorosos, como posible diagnóstico de fibromialgia, con mejoría temporal, lo que en el marco de la *lex artis* no daba lugar a sospechar patología diferente. En relación con las ayudas diagnósticas, echadas de menos, solo se ordenan en función del cuadro clínico, y mientras fue atendida en COMFAMA se ordenaron los exámenes pertinentes. Y en septiembre de 2017 solo se registra consulta por amenorreas. No le consta la atención de febrero de 2018, pero dicha patología-cáncer- para el momento del diagnóstico era mortal y el tratamiento era paliativo.

Se opone a las pretensiones de la demanda, objeta el juramento estimatorio, formula excepciones de mérito:

1. INEXISTENCIA DE CULPA DE LA ASEGURADA. No es clara la falla que se imputa a la demandada, pero en la historia clínica de COMFAMA se registra atenciones por varias patologías.
2. NO ATRIBUIBILIDAD DEL DAÑO A LA ASEGURADA.

En relación con los hechos del llamado en garantía sostiene que son ciertos, afirma que COMFAMA celebró contrato de seguro como coaseguradoras con SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. que consta en la póliza No 664281 vigente entre el 29 de octubre de 2019 y 29 de octubre de 2020, y entre el 29 de octubre de 2020 hasta el 29 de octubre de 2021, cada una con clausulado diferente, debiendo tenerse en cuenta en el 2019-2020.

Se opone a las pretensiones del llamamiento y como excepciones presenta: 1. SUJECCIÓN AL CLAUSULADO DEL CONTRATO DE SEGURO, póliza 0664281-2, con cobertura tipo claims made con retroactividad al 29 de octubre de 2013. Se trata de un coaseguro en el cual se obligó al 50%, en el que COMFAMA asume el deducible equivalente al 25% de la pérdida, mínimo \$30'000.000.

#### **“COMFAMA” CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA**

Frente a la demanda indica que muchos hechos no le constan por tratarse de circunstancias ajenas a su función, y la carga de la prueba recae en la parte actora, sin embargo solicita se tenga como confesión lo manifestado sobre el cuadro clínico de dolor articular, complejo, con sintomatología fuerte, que podía generar equívocos en el diagnóstico, ya que le había definido como fibromialgia, así como también que se automedicaba, sin tener formación profesional ni autorización técnica, y con un medicamento retirado del mercado por no ser seguro para los pacientes.

Resalta que, pese a que se narra sobre la masa en la parte izquierda de su clavícula desde marzo de 2017, solo se consultó por primera vez en septiembre de 2017, y no es cierto que el diagnóstico fuera de una descalcificación ósea, por el contrario la paciente padecía un cuadro clínico complejo desde muchos años-2013- antes de la aparición de la masa y ello habría dificultado el diagnóstico del tumor. Señala que para el año 2016 contaba con resultados actualizados de citologías y mamografías normales, rayos x de tórax, de manos y rodillas compatibles con los diagnósticos, para el 2017 fue atendida por varias patologías y en la del 1 de septiembre de 2017 es que se pone de presente la presencia de la masa en la clavícula, negando el hecho que

solo se ordenó pañitos de agua tibia, ibuprofeno y terapias, pues lo registrado en la historia clínica es que se realizaron múltiples procedimientos diagnósticos y se buscó múltiples alternativas de diagnóstico y terapéuticas.

Precisa que la atención que brindaba COMFAMA era de medicina general, y se hizo de manera oportuna, idónea, diligente y congruente con la *lex artis*, con las remisiones a especialistas, ayudas diagnósticas y terapéuticas ordenadas en cada momento. También que según la histología del tumor de la historia clínica se desprende que, a pesar de todos los esfuerzos de las diferentes entidades y sus profesionales, fue imposible determinar el primario, pues los exámenes diferenciales nunca fueron concluyentes para el diagnóstico, y la rapidez y agresividad sumado a la malignidad del tumor hizo que el fallecimiento fuera inevitable.

Se opone a las pretensiones de la demanda, objeta el juramento estimatorio y formula excepciones: 1. DILIGENCIA Y CUIDADO. AUSENCIA DE CULPA DE EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. Y DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA. 2. AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD. 3. IMPROCEDENCIA DE LA REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS SOLICITADOS: EXCESIVA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS. 4. IMPROCEDENCIA DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA.

Frente al llamamiento manifestó que los hechos son ciertos, se celebró contrato con la EPS SURAMERICANA en el que la IPS se compromete a vender servicios de salud a sus afiliados, COMFAMA se comprometió a poner todos los medios necesarios para la adecuada prestación del servicio médico, y la paciente ELDA DEL SOCORRO fue atendida remitiendo a los registros de la historia clínica.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento por no existir responsabilidad de COMFAMA y además de las excepciones propuestas en contra de las pretensiones de la demanda principal,

opone: 1. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN CABEZA DE COMFAMA. 2. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE COMFAMA.

#### **4. ACTUACIÓN PROCESAL**

Trabada la Litis, se corrió traslado de las excepciones presentadas por la parte demandada y la objeción al juramento estimatorio (archivo 12 y 13), con pronunciamiento de la parte actora (archivo 15), para luego, mediante auto del 4 de abril de 2022 fijar fecha para la audiencia y decretar pruebas (archivo 16) para el 6 de julio de 2022, diligencia en la que se agotaron las etapas de conciliación, interrogatorios a las partes, fijación del litigio, saneamiento del proceso, decreto de pruebas, fija nueva fecha para continuar con la instrucción del proceso, la cual fue reprogramada con auto del 11 de julio de 2022 para el 17 de agosto de 2022 (archivo 33), en esta oportunidad se decidió sobre la práctica de la prueba pericial, decisión objeto de recursos, razón por la cual se suspendió la audiencia hasta tanto se resolviera la alzada. Llegado el proceso al juzgado una vez resulta la apelación, con auto del 12 de octubre de 2022 se fijó fecha para continuar la audiencia para el día 2 de noviembre de 2022, y en esta oportunidad se escuchó un testimonio, alegaciones finales y se profirió el fallo que niega las pretensiones, condena en costas a la parte actora, extremo procesal que recurre la decisión.

#### **5. DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Proferida en sesión de audiencia del 02 de noviembre de 2022 (archivo 51), para ello, inicia haciendo síntesis de la demanda, a las respuestas de la demandada y llamados en garantía, advierte que se encuentran reunidos los presupuestos para proferir sentencia, e indica que se abordará el tema de la culpa en este tipo de responsabilidad, cita el art. 1604 CC, señalando que la culpa debe ser probada, así lo ha establecido la jurisprudencia desde 1940, siendo una obligación de medio, debiendo la parte actora probar la culpa. La actuación médica contraria a la lex artis.

En el caso, rememora que el reproche es que hay un error en el diagnóstico por que siempre se dijo que tenía problemas óseos y nunca

se analizó su sintomatología como si fuera un cáncer, y además sino fue error en el diagnóstico, hubo demora en determinarlo.

Analiza la prueba documental, en especial la historia clínica de la CLÍNICA VIDA, anexa a la demanda folio 11-epicrisis, estudio del 2018, analiza el folio 21, 205, 206, 398 de la historia clínica, de ella se desprende que hay un diagnóstico de cáncer, pero no se puede determinar si fue oportuno y culposos, para ello es preciso valorar las demás pruebas, testimonios médicos, el DR. SANTIAGO GALLEGOS PÉREZ dijo que el proceso de la paciente era complejo por los antecedentes que traía, la edad, artrosis y la fibromialgia, y ante el dolor el tratamiento era darle manejo, cuando advirtieron la presencia del ganglio, signo fuera de lo común, no se pudo determinar cuál era el cáncer primario, al punto que la biopsia no fue concluyente, el diagnóstico no fue tardío, por ello no se podía determinar el tratamiento. EL Dr. SAMI ALEXANDER GONZÁLEZ asistió a la señora en casa, y sobre el cáncer dijo que no tenía conocimiento y estaba en estudio, afirmó que el manejo del dolor era importante en las personas con cáncer y éste está controlado en la paciente. La Dra. MÓNICA OCHOA dijo que le consultó por aspectos ginecológicos y ortopédicos, por dolores articulares en el brazo izquierdo, con presencia de epicondilitis, ordenando remisión a ortopedia, donde se advirtió con la Rx de clavícula que tenía una masa, pero con condición normal, ordenaron ecografía, una resonancia, programando la gammagrafía ósea, que en últimas reportó el cáncer. El Dr. GABRIEL ESCOBAR GÓMEZ indicó que la paciente tenía enfermedades de base, que el cáncer se descubrió a raíz de una tomografía en forma casual “incidental” por las patologías que presentaba, que se le realizaron muchos exámenes para otras posibles patologías, afirmó que no era posible un diagnóstico pronto del cáncer porque si bien había una masa en la clavícula ello per se no indicaba cáncer, no había síntomas de cáncer, sino de las enfermedades de base óseas y articulares.

Determina el juez que, con esta prueba no se evidencia la culpa médica, y la demanda se apoya en lo que decía el dictamen pericial arrojado con la demanda, y como el perito no asistió para la controversia de la pericia no puede tenerse como prueba, y aun así, en

dicho dictamen no se evidencia la culpa, pues allí se dice que no hay datos de negación de servicios o demora en ellos, además que la muerte no era evitable porque la enfermedad era avanzada y metastásica, pero un diagnóstico temprano había permitido mejorar la calidad de vida y posiblemente alargar el tiempo de vida, entonces no dice que el no haberlo detectado obedeció a un error o desconocimiento de la lex artis, y en la adición a la pericia informa que las enfermedades neoplásicas son de instalación rápida, por ello la historia clínica anterior al 2017 no tiene relación con el cáncer, sin que se haya podido determinar el origen del tumor, y cuando se detectó ya era metastásico y muy agresivo.

## 6. DE LA IMPUGNACIÓN

Notificada la decisión por estrados, en la sesión de audiencia, es apelada por la **parte demandante**, quien expone en dicho acto, como reparos concretos, que fueron sustentados en esta instancia dentro del término otorgado para ello (carpeta 02SegundaInstancia/archivo05Memorailalegatos)

1. Que la aplicación de la lex artis fue deficiente, no se evidencia que hayan actuado de forma correcta y oportuna para establecer el diagnóstico temprano y tener el derecho a un tratamiento oportuno que le aminora por lo menos los dolores, que la llevaban a acudir dos o tres veces al mes al médico. Se reprocha que el juez haya determinado que no existió actuar culposo, sin embargo varios médicos (10) que atendieron a la paciente, advirtieron la masa que resaltaba en su clavícula izquierda, pero los diagnósticos se basaron en contractura articular, artrosis no especificada, lesión biomecánica, fibromialgia, lumbago no especificado, epicondilitis lateral, altralgias, y fue remitida a ortopedia en diciembre de 2017, luego de consultar un año desde febrero de 2017, le fue ordenada la tomografía, para en enero de 2018 encontrarse por el radiólogo, que existía metástasis y que era necesario una gammagrafía ósea y consulta con oncología, pese a ello se ordenó la gammagrafía pero no la cita con oncólogo. Trayendo a colación extractos de la historia clínica del 8 de noviembre de 2017, del 5 de octubre de 2017, del 14 de agosto de 2017, del 28 de agosto de 2017, del 18 de enero de 2018, del 1 de septiembre de 2017, entre otras, reprochando que el juez no hizo referencia a las atenciones del 2017 y lo hizo solo con las del 2018, controvirtiendo los testimonios de los

médicos que testificaron. Señala que la ausencia de un adecuado diagnóstico, la tardanza en la adecuada evaluación médica o demora en el tratamiento son supuestos que pueden evaluarse para determinar el alcance de la noción de pérdida en el campo médico, de oportunidad de recuperar la salud.

2. La condena en costas que se impone no es ajustada a la realidad de la parte actora quienes asumieron el costo de la pericia que no se contradijo por que no vino el médico que lo suscribió. La suma fijada como agencias en derecho está desprovista de justicia, partiendo del hecho que los demandantes son hijos de una persona que falleció como consecuencia de un diagnóstico tardío, que han padecido tristeza, dolor, congoja, que han cambiado sus vidas. Sumado a que el dictamen que se pagó no se constituyó en prueba.

3. Llamando la atención en la valoración de la prueba pericial que hizo el juez, la cual considera inadecuada. Reparo que no fue presentado en la audiencia ni dentro de los tres días posteriores, razón por la cual no se estudiará.

En esta instancia presentaron alegaciones respecto del recurso de apelación:

La EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A (carpeta 02SegundaInstancia/archivo 08MemorialAlegatos) afirma que la culpa no fue probada, la transcripción de las consultas médicas y la interpretación personal no es suficiente para acreditar la culpa, como tampoco el nexo causal. Nunca se acreditó el error en el diagnóstico, no se acreditó que la masa y el dolor fuesen signos y síntomas para sospechar un tumor y la paciente tenía citas en enero de 2018 que según la historia clínica clínica no se realizaron al parecer por la paciente. De las pruebas se extrae que, entre el 29 de diciembre de 2017, fecha de realización de la resonancia de tórax y la fecha en que se llevó el reporte al médico, 5 de febrero de 2018, transcurrió un tiempo no imputable a la EPS ni a COMFAMA, la paciente se demoró en llevarlo al médico para su revisión, como tampoco se probó que de esta última fecha al 16 de febrero de 2018, cuando fue hospitalizada se hubiese podido implementar tratamiento que evitara la muerte. Sobre la condena en costas manifiesta que **renuncia** a las costas y agencias en derecho.

Frente al reparo relacionado con la valoración de la prueba pericial, advierte que este no se formuló en oportunidad, sin embargo, la ausencia del perito, a la luz del art. 228 CGP, impide que su contenido sea valorado.

CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., se pronunció en esta instancia (carpeta 02SegundaInstancia/archivo 10MemorialAlegatos) diciendo que no se cumplió con la carga de la prueba por la parte actora, quedando probado que la paciente no cumplía con las ordenes médicas, resaltando que en el recurso no se cuestionan los pilares de la decisión. La parte actora reclama por la indebida valoración de la pericia, pero esta situación, dice, ya está zanjada y no puede volverse sobre ella.

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (carpeta 02SegundaInstancia/archivo 12MemorialAlegatos) señala que se está alegando una pérdida de oportunidad que no se planteó en la demanda, insistiendo que un diagnóstico más temprano le habría brindado mejor calidad de vida, pero la pretensión persigue el pago de perjuicios por el dolor causado por la muerte de la paciente, y en el recurso se acepta que la paciente no tenía oportunidad de sobrevivir con un diagnóstico más temprano, reconociendo que no existe responsabilidad por la muerte de la paciente. Si lo perseguido era modificar las pretensiones, ello solo procede vía reforma a la demanda, sin que sea este el momento procesal para hacerlo, pues se afectaría el derecho de defensa que se estructuró entorno a la muerte, como daño por el que se demandó. Sin embargo, afirma que no hubo actuar culposos, la atención médica fue diligente y cuidadosa como se desprende de la HC y los testimonios médicos.

COMFAMA se pronuncia (carpeta 02SegundaInstancia/archivo 14MemorialAlegatos) diciendo que contrario a lo sostenido en el recurso, el acervo probatorio fue examinado adecuadamente, dando cuenta que la paciente recibió atención médica idónea, de calidad, oportuna y congruente con los más altos estándares del servicio, así lo testificó el auditor Dr. GABRIEL ESCOBAR. En ningún momento se probó que fuera posible un diagnóstico más temprano del cáncer de la paciente; que de haberse



efectuado este diagnóstico se habría incrementado el tiempo de vida y mejorado su calidad de vida; y que con ese supuesto diagnóstico se evitaría el fallecimiento, el cual se reconoce en el recurso que era inevitable. La sintomatología de la paciente en cada consulta fue diagnosticada correctamente, se le ordenaron la ayudas radiológicas e imagenológicas necesarias según sus síntomas y cuadro clínico complejo de base, sin que pueda afirmarse que dejó de realizarse alguna ayuda diagnóstica o evaluación médica, tal como se desprende de los testimonios recibidos.

En relación con el reparo sobre la valoración del dictamen pericial, indica que no debe ser analizado al no haber sido planteado en oportunidad. Sin embargo, en caso contrario, este no fue controvertido en audiencia a la luz del art. 226 CGP. y la referencia que el juez hizo de dicho dictamen fue para indicar que de haberse tenido en cuenta no acreditaba la culpa de los prestadores de la salud. Frente al reparo por la condena en costas expresa que se atiene a lo decidido por el despacho.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. VERIFICACIÓN DE PRESUPUESTOS PROCESALES Y AUSENCIA DE VICIOS DE NULIDAD.**

Se ha establecido por el Tribunal que en el caso objeto de examen se cumple con los presupuestos procesales para la tramitación del proceso, sin que se advierta causal de nulidad alguna que pueda comprometer la validez de lo actuado, lo que permite abordar el fondo del asunto en esta instancia, conforme los reparos y la sustentación formulada por la parte recurrente.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

A partir de los argumentos de inconformidad planteados, deberá resolver esta Corporación, si en el presente caso realmente se encuentran acreditados los presupuestos para la declaratoria de la responsabilidad médica como afirma la parte demandante-recurrente, con especial énfasis en el elemento culpa o, si, por el contrario, como lo sostuvo la juez de primer grado, los mismos no se demostraron y por

lo tanto no se configura la responsabilidad médica en cabeza de la demandada. De superarse ello deberá analizarse la prueba de los perjuicios reclamados.

### **3. PREMISAS JURÍDICAS Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO**

#### **3.1. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

En este tipo de responsabilidad civil donde se enjuicia un acto médico, es necesario que concurren todos los presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, como son la prueba de una conducta activa u omisiva, violación del deber de asistencia y cuidado profesional traducido en culpa del médico; el daño padecido por la parte demandante a causa de esa conducta médica; y la relación o nexo de causalidad adecuada entre el comportamiento activo u omisivo del profesional y el daño padecido por el actor.

En el enjuiciamiento se parte entonces del análisis de la conducta médica, la cual *“puede ser un hecho positivo: acción por comisión o un hecho negativo: acción por omisión. Así la conducta del médico comprometerá su responsabilidad cuando niega la asistencia al paciente y será por un hecho negativo. En cambio cuando el médico cumple mal su trabajo por imprudencia o impericia que causa o genera un daño al paciente, está realizando un hecho positivo donde compromete su responsabilidad”*. (ROJAS Salgado Manuel de Jesús, Responsabilidad Civil Médica, 3 ed., 2015, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, cita a Yepes Restrepo Sergio, pag.69).

Para determinar la conducta culpable del médico, sea esta por acción o por omisión, es necesario establecer la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado. Las primeras, es decir las de medio, son las que permiten al deudor obrar dentro de las reglas de la diligencia y cuidado, no asume responsabilidad por la inejecución o el resultado adverso en la ejecución de sus obligaciones. En la relación jurídica médico-paciente, el médico asume la posición de deudor de la prestación y siendo así, el deudor se exonera demostrando que actuó en forma diligente y cuidadosa (artículo 1604 inc. 3), corriendo con la carga de la prueba de lo contrario, la parte que lo reclama. Tipo de obligación que

corresponde a los profesionales de la medicina, quienes en desarrollo de la prestación de los servicios médicos, asumen la obligación de otorgar al paciente el tratamiento que aconseja la *lex artis*, pero no pueden garantizarle que se mejorará, por lo que se traslada a la parte demandante la carga de la prueba de la negligencia, impericia e imprudencia presentada en ese acto médico que se demanda.

Por el contrario, en las obligaciones de resultado, el deudor se ve forzado a garantizar la prestación perseguida por el acreedor, considerándose en algunos casos que no hay exoneración, presumiéndose la culpa, como ejemplo la deuda de una suma de dinero, el contrato de transporte y en algunas ocasiones la atención médica cuando se ha adquirido esta obligación.

Ese acto médico que se juzga debe estar acompañado de la demostración de la culpa o negligencia, carga probatoria que corresponde a la parte demandante, quien debe demostrar que la actividad médica fue culposa, entendiendo la culpa conforme a lo que desde antaño ha venido diciendo la Corte Suprema de Justicia, cuando en sentencia de marzo 5 de 1940, señaló *“culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada lex artis o lex artis ad hoc”*.

Sobre la demostración de la **CULPA** en tratándose de responsabilidad médica por obligaciones de medio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Magistrado Ponente Dr. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. 30 de noviembre de 2011, ha señalado:

2.2. En punto de la aludida responsabilidad en el ámbito contractual, la Sala, en pronunciamiento de 30 de enero de 2001 (expediente No. 5507), expresó que fue *“en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empezó a esculpir la doctrina de la culpa probada”*, criterio que, *“por vía de principio general”*, es el que actualmente ella sostiene, que fue reiterado en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), en la que se afirmó que *“(…) ‘el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación’ (…)*”, 26 de noviembre de

1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), “8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998” (se subraya).

Más adelante puntualizó que **“resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, ‘el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado’”**.

En definitiva, allí se concluyó **“que en este tipo de responsabilidad [médica contractual] como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa (...).** (Negrilla fuera del texto original).

Véase SC3919-2021 de septiembre 8, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo en la que se reitera que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico son los mismos de régimen general de responsabilidad, y en tratándose de la culpa, memora que esta se presenta cuando la conducta del médico no se ajusta a la *lex artis*, citando allí SC2555 del 12 de julio de 2019 y SC2804 del 26 de julio de 2019, refiriéndose también al nexo de causalidad.

Y en pronunciamiento reciente, SC4425-2021 del 5 de octubre, MP Luis Alonso Rico Puerta se mantiene la postura que la responsabilidad del galeno se enmarca dentro de la culpa probada

En juicios similares al que ahora ocupa la atención de la Corte, establecer la existencia y extensión de los daños corporales del paciente no suele ser una tarea excesivamente compleja o dispendiosa. De ahí que, 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.

En cuanto a lo primero, conviene insistir en que el fundamento de la responsabilidad civil del médico es la culpa, conforme la regla general que impera en el sistema jurídico de derecho privado colombiano. Por consiguiente, salvo supuestos excepcionales -como la existencia de pacto expreso en contrario-, la procedencia de un reclamo judicial indemnizatorio relacionado con un tratamiento o intervención médica no puede establecerse a partir de la simple obtención de un resultado indeseado -v.gr. el agravamiento o la falta de curación del paciente-, sino de la comprobación de que tal contingencia vino precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud.

Ese estándar, cabe precisarlo, no puede asimilarse completamente a ninguno de los que consagra el precepto 63 del Código Civil para los distintos tipos de culpa (como el parámetro del *buen padre de familia*), ni tampoco al criterio genérico de «*persona razonable*», pues debe tener en cuenta las especiales características de la labor del personal médico. 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».**

Lo anotado equivale a decir que la imputación subjetiva de los galenos debe construirse comparando su proceder con el que habría desplegado un colega de su especialidad, con un nivel promedio de diligencia, conocimientos, habilidades, experiencia, etc., en caso de haberse enfrentado, hipotéticamente, al cuadro clínico del paciente afectado. Esto explica la referencia a una *lex artis ad hoc*, que no es otra cosa que evaluar la adecuación de las actividades del personal de salud de cara a la problemática específica de cada persona sometida a tratamiento, observando variables

como su edad, comorbilidades, diagnóstico, entre otras que puedan identificarse para cada evento concreto.

En los juicios de responsabilidad médica, entonces, se torna necesario determinar la conducta (abstracta) que habría adoptado el consabido profesional medio de la especialidad, enfrentado al cuadro del paciente, y atendiendo las normas de la ciencia médica, para luego compararlo con el proceder del galeno enjuiciado, parangón que ha de permitir establecer si este último actuó, o no, de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible. Si lo primero, no podrá concretarse la responsabilidad civil; si lo segundo, será necesario entroncar su “culpa”, en el sentido explicado, con el resultado dañoso alegado en la demanda. (véase también SC 3604-2021)

Se suma a los anteriores presupuestos de la acción de responsabilidad civil, la demostración del daño causado con esa conducta médica culposa.

Acreditados estos presupuestos en un determinado escenario donde se juzgue la responsabilidad civil por el acto médico, hace falta la presencia del nexo causal o relación de causalidad, consistente en la conexión o enlace que debe existir entre el daño sufrido y el incumplimiento de la obligación asumida por el demandado, lo que se traduce en que ese incumplimiento sea la causa del daño. Es decir, debe haber certeza sobre el nexo causal entre la causa del daño que deberá ser actual y cierta y el daño mismo.

### **3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD.**

Sobre este tema ha indicado la jurisprudencia civil<sup>1</sup> que, en las últimas décadas las relaciones entre médico y paciente han variado, pues cada vez es menos común que el paciente acuda voluntariamente a su médico cercano o de confianza con quien tenía una relación de cercanía y de donde nacía entre el médico y su paciente un “*contrato bilateral, principal, de ejecución instantánea, la mayoría de las veces intuito personae, consensual, conmutativo y de libre discusión*”, pues aunque esta especie de responsabilidad no ha desaparecido, si se

---

<sup>1</sup> Sentencia SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01. Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

encuentra en desuso, principalmente, por la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud, en cuya virtud la prestación de servicios médicos pasó a ser un asunto institucional y la responsabilidad médica ahora puede surgir con mayor frecuencia de la culpa organizacional de las entidades e instituciones encargadas de prestar los servicios de salud en el marco del mentado sistema.

La Ley 100 de 1993 encargada de regular el sistema de seguridad social en salud, le asignó a las empresas promotoras de salud -EPS- la función de organizar y garantizar de forma directa o indirecta la prestación del plan de salud a sus afiliados; de manera que es su obligación legal controlar la atención integral, eficiente y oportuna de los servicios prestados por las IPS a sus usuarios -afiliados cotizantes o beneficiarios-; así entonces, a las EPS les corresponde garantizar la atención de salud en condiciones de calidad a sus usuarios, bien sea directamente o a través de las IPS que conforman su red. De modo que también les corresponde responder por los daños que sufran los usuarios con ocasión de la prestación del servicio de salud, bien sea por fallas imputables a la EPS o las instituciones que forman su red de prestadores.

En similar sentido la referida Ley 100 de 1993 establece como función de las instituciones prestadoras de servicios de salud -IPS- la de prestar los servicios de salud en su nivel de atención a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros señalados en dicha ley, siendo responsables también por los daños que con ocasión de un servicio prestado o de una omisión suya, sufran los usuarios.

Así las cosas, en caso de acreditarse que un paciente sufrió un daño originado en los servicios prestados o por la omisión de la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir el perjuicio a la empresa promotora de salud, siempre y cuando se presenten los demás requisitos para que se configure responsabilidad civil y, además, las IPS, dada su condición de prestadoras de servicios de salud, también pueden entrar a responder de manera solidaria si se demuestra que existió responsabilidad civil derivada de la indebida prestación o de la omisión de prestar un servicio de salud a su cargo.

Sobre este tema de la responsabilidad civil e institucional de las entidades que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud expuso de forma reciente la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil (Sentencia SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01. Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ):

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.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el *juicio de atribución del hecho* a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que *«son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley»*.

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente



entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario **y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo**. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

(...)

La atribución de un hecho lesivo a un agente u organización como suyo es necesario pero no suficiente para endilgar responsabilidad civil, como se ha explicado extensamente con anterioridad. Para esto es preciso, además, que el daño sea el resultado de una conducta jurídicamente reprochable en términos culpabilísticos.

La prudencia en el ámbito de la prestación del servicio de salud es el término medio en las acciones y operaciones profesionales, es no obrar por exceso ni por defecto según los estándares aceptados en los procedimientos y la práctica científica de una época y lugar determinados (...) (resaltado intencional).

### III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Tal como lo regula los arts. 320 y 328 CGP, la competencia de este Tribunal se limita por los reparos concretos planteados y sustentados por la recurrente en contra de la sentencia que es objeto de alzada, y sobre ellos se pronunciará la Sala.

La parte actora, hoy recurrente, reclama porque considera que la lex artis fue deficiente, no fue oportuna ni correcta que permitiera un diagnóstico temprano, que aminorara los dolores que llevaban a consultar 2 y 3 veces al mes a la paciente, y fue solo un año después, desde febrero de 2017, que en diciembre ordenaron una tomografía y encontraron en enero de 2018 metástasis.

Pero debe señalarse de entrada que la parte actora, desde el mismo escrito de demanda no ha señalado con claridad y en forma concreta, porque considera que no fue oportuna ni correcta la atención, cual y cuando fue la omisión en que incurrieron los médicos tratantes, pues lo contrario se vislumbra al estudiar la historia clínica, que dicho sea de paso fue arrojada en forma desorganizada y repetitiva, allí se observa que la paciente acudía al servicio médico seguido por diferentes síntomas, siendo el más permanente dolor en las rodillas que presentaba desde el 2014, con diagnóstico de artrosis y poliartritis no especificada y luego dolor en codo izquierdo que irradiaba a hombro y clavícula izquierda.

Siendo carga de la prueba de la culpa médica de la parte actora, este extremo procesal anunció en la demanda como pruebas que haría valer en el proceso, historia clínica y dictamen pericial emitido por el CES, certificado de defunción y registros civiles de nacimiento de los demandantes, declaración privada de los demandantes sobre su afectación moral y vida de relación, pruebas que fueron decretadas en auto del 04 de abril de 2022 (archivo 16.Fecha Audiencia Concentrada/carpeta C-01Principal/carpeta 01PrimeraInstancia) como las documentales allegadas con la demanda, testimoniales sobre la afectación moral de los demandantes, interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, declaración de los demandantes, y ratificación de

documentos emanados de terceros y el dictamen pericial emitido por el CES disponiendo que la parte actora procurará la presencia del perito a la audiencia para la correspondiente contradicción.

De esas pruebas las pertinentes para probar la falta a la *lex artis* por parte de la demandada, la culpa, eran la historia clínica y el dictamen pericial emitido por el CES, pues los testimonios se relacionaban con la afectación moral de los demandantes.

En la historia clínica, aportada, repetida y no en el orden deseado, de la CLÍNICA VIDA que registra atenciones del 2018, revisada minuciosamente, se encuentra en la atención brindada en hospitalización, el día 16 de abril de 2018, en evolución por oncología, que allí se registra entre muchas ayudas diagnósticas realizadas a la paciente, que la primera valoración por esta especialidad fue en febrero 19 de 2018, y se hace un recuento de las imágenes que le han sido ordenadas a la paciente, encontrando que la primera que se relaciona con la masa en la clavícula izquierda data del **06 de septiembre de 2017- Rx de clavícula izquierda donde no se encuentran lesiones líticas ni blásticas, fractura o luxación, estudio normal**, luego, el 02 de diciembre de 2017 ecografía de tejidos blandos de la región esternoclavicular: *“Masa hipoecoica, periarticular esternoclavicular izquierda que mide 29x24 mm con ecos en su interior.... Que sugiere patología sinovial y/o articular por lo que se recomienda estudios adicionales y definir necesidad de correlacionar histológica”*; el 29 de diciembre de 2017 RMN de toráx con énfasis articulación. *“Observamos una masa lítica con destrucción de la cortical anterior del extremo proximal de la clavícula izquierda a nivel de la articulación esternoclavicular.....Conclusión Lesión de tipo lítico en la porción proximal de la clavícula izquierda cerca a la art esternoclavicular izquierda. Lesión sospechosa de otro foco lítico en húmero proximal izquierdo por lo tanto la posibilidad de la enfermedad metastásica de primario no conocido debe ser considerada”* luego el 10 de febrero de 2018 se realiza un GMO *“Estudio positivo para lesiones con componente osteolítico tanto en el esqueleto axial como apendicular con actividad metabólica localizadas en el extremo proximal de la clavícula izquierda, acetábulo e iliacos derechos. Estos hallazgos*

*sugieren enfermedad metastásica osea extensa y masa de tejidos blandos pre-sacra (lesión lítica con gran masa solida pre-sacra), compromiso degenerativo poliarticular”; y el 04 de abril de 2018 se realiza PET-CT “Masa solida con aumento del metabolismo de tipo tumoral comprometiendo la región cervical y el mediastino, tiene epicentro en el espacio visceral del cuello a la derecha donde podrían estar el tumor primario, desplaza e infiltra el esófago y desplaza en sentido anterior y lateral izquierda la tráquea reduciendo la luz en un 50%, adenopatía en la región supraescapular derecha, múltiples lesiones líticas con componente extraoseo de partes blandas la de mayor importancia en múltiples cuerpos vertebrales a nivel cervical”* Después de esta nota en la que relaciona el historial de imágenes tomadas a la paciente se registra como diagnósticos activos “C349-TUMOR MALIGNO DE LOS BRONQUIOS O DEL PULMON, PARTE NO ESPECIFICADA....., I871-COMPRESION DE VENA....., C381-TUMOR MALIGNO DEL MEDIASTINO ANTERIOR....., Q382-MACROGLOSIA....., D480-TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DEL HUESO Y CARTILAGO ARTICULAR” se ordenan otros estudios y continua hospitalizada.

En la historia clínica de COMFAMA en la atención del **01 de septiembre de 2017**, se describe que la paciente presenta historia de osteoartrosis, reumatismo de partes blandas: fibromialgia e insuficiencia de vitamina D3, SDR anémico, paciente con estudio de posible poliartropatía inflamatoria, con anticoagulante lupico positiva, en tratamiento con ASA, vitamina D con calcio y sertralina, con dolores persistentes predominio codo izquierdo, con parestesias, predominio nocturno, “ADEMÁS CON MASA EN REGIÓN DE CLÁVICULA IZQUIERDA, ASOCIADA A DOLOR EN REGIÓN CERVICAL. TRAE RX DE TORAX CON CAMBIOS INFLAMATORIOS BRONCOINTERSTICIALES CENTRALES (18/08/2017) REFIERE TOS ESCASA OCASIONAL”, presenta obesidad tipo I, se ordena Rx de torax específico de clavícula y diagnósticos tumor benigno de las costillas, esternón y clavícula, y obesidad no especificada. Se encuentra otra atención el 6 de julio del mismo año por ginecología, en **mayo de 2017** por dolor de dos meses de evolución, más de tipo nocturno, costal izquierdo irradiado a brazo y codo izquierdo, con diagnóstico

epicondilitis lateral izquierda y contractura del pectoral izquierdo, no limitación funcional, y se envía cinco terapias físicas, medicamentos y recomendaciones; en **febrero 25 de 2017** se registra consulta por dolor con tres semanas de evolución en codo izquierdo, a nivel de epicondilo medial que se irradia a nivel del hombro izquierdo y región clavicular, sin trauma, con diagnóstico de epicondilitis media, y ya venía con diagnóstico de osteoartrosis primaria generalizada y anemia de tipo no especificado. Y con fecha 29 de diciembre de 2016 se registra en observaciones que la paciente presenta cuadro clínico de dolor de dos años de evolución de ambas rodillas, y la radiografía reporta signos de “artrosis” patelofemoral bilateral, derrame articular bilateral, signos de “dema” del paquete adiposo de “hoffa” lado derecho, se ordena valoración por fisioterapia y medicamentos, se diagnostica artrosis no especificada, poliartritis no especificada, deficiencia de vitamina D no especificada.

De la historia clínica se extrae que la paciente presentaba enfermedades de base como artrosis, poliartritis, fibromialgia, obesidad I, deficiencia de vitamina D, con dolor en diferentes partes del cuerpo, es así como inició con dolor en las rodillas desde 2014 y ya en febrero de 2017 consultó por dolor en codo izquierdo, el cual se irradiaba al hombro y clavícula, diagnosticando en esa oportunidad epicondilitis media, momento para el cual ya venía con diagnóstico de osteoartrosis primaria generalizada y anemia de tipo no especificado, luego consulta en mayo de 2017 por dolor de dos meses de evolución, más de tipo nocturno, en costal izquierdo irradiado a brazo y codo izquierdo, con diagnóstico epicondilitis lateral izquierda y contractura del pectoral izquierdo, luego consulta el 01 de septiembre de 2017 con dolor en codo izquierdo, con parestesias, predominio nocturno, *“ADEMÁS CON MASA EN REGIÓN DE CLÁVICULA IZQUIERDA, ASOCIADA A DOLOR EN REGIÓN CERVICAL. TRAE RX DE TORAX CON CAMBIOS INFLAMATORIOS BRONCOINTERSTICIALES CENTRALES (18/08/2017) REFIERE TOS ESCASA OCASIONAL*, siendo en esta consulta donde se hace referencia por primera vez a la masa en la clavícula izquierda, y no desde febrero de 2017, como lo afirma la parte recurrente, pues antes se consultó por dolor en el codo izquierdo. Desde esta fecha, primero de septiembre de 2017, en aras de diagnosticar en forma

adecuada la presencia de la masa en la clavícula izquierda se ordenaron varias ayudas diagnósticas iniciando con Rx que se reportó normal, ecografía en la que recomienda estudios adicionales, RNM en la que se encontró lesión de tipo lítico, GMO que reportó enfermedad metastásica ósea extensa, y PET-CT con diagnósticos activos C349-tumor maligno de los bronquios o del pulmón, parte no específica, I871-compresión de vena, C381-tumor maligno del mediastino anterior, Q382-macroglos, D480-tumor de comportamiento incierto o desconocido del hueso y cartílago articular. Siendo el Rx, la ecografía y la RNM practicados entre septiembre, cuando se detectó la masa, y diciembre de 2017, lo que no demuestra mora en la atención, sino que se dificultó el diagnóstico y cuando se logró, en febrero de 2018, ya la enfermedad estaba en etapa avanzada, sin que ello pueda ser atribuible a la atención médica, pues como se ha advertido la paciente recibió atención cada que la requería, en forma oportuna y de acuerdo a los síntomas manifestados por ella en cada consulta, teniendo en cuenta los antecedentes médicos que la aquejaban, sin que dentro de esos síntomas se expusiera alguno que llevara a pensar la presencia del cáncer.

La parte actora reclama que no fue oportuno el diagnóstico, pero no indica el por qué considera ello, solo se limita a decir que se consultó en febrero de 2017, pero recordemos que fue por dolor en el codo, no por la presencia de la masa en la clavícula, pues de ésta se tuvo registro en septiembre de 2017, no antes, pues las consultas fueron por dolor en el codo y en el área lateral o costal izquierda.

Así las cosas, la historia clínica no da cuenta de un diagnóstico inoportuno, pues desde que se dio cuenta de la presencia de la masa se dispuso de todas las ayudas para obtener el diagnóstico, que desafortunadamente cuando se logró era tarde, pero no por la demora en la atención médica, sino por la agresividad de la enfermedad, sin poder determinar la ubicación del cáncer primario.

La otra prueba con la que contaba la parte actora y con la cual podría acreditar sus dichos era el dictamen pericial del CES, pero no cumplió con la carga que le correspondía, que era la de hacer comparecer a

quien suscribió el dictamen a efecto de ser controvertido en audiencia como lo solicitaron los demandados. Siendo esta prueba de gran importancia en este tipo de procesos, pues los conocimientos técnicos y especializados de quien lo realiza puede dar claridad sobre lo ocurrido en la atención de la paciente y ayudar a determinar si la atención fue o no oportuna, pero como dicha prueba no fue lograda, de la historia clínica se desprende que a la paciente se le brindó en forma oportuna la atención para lograr el diagnóstico, el cual una vez obtenido, arrojó que la enfermedad ya estaba avanzada.

Así las cosas, la única prueba que allegó la parte actora fue la historia clínica, y como ya se dijo, de ella no se desprende que haya habido un diagnóstico tardío, pues desde que se detectó la masa en septiembre de 2017 se desplegaron todas las ordenes de ayudas diagnósticas pertinentes para lograr determinar la enfermedad, pero para cuando ello ocurrió ya estaba avanzada, sin poder determinar el inicio de la misma.

En contrapeso a los dichos de la parte actora, los demandados arrimaron testimonios de médicos que atendieron a la paciente, Drs. SANTIAGO GALLEGO PÉREZ, SAMMY ALEXANDER GONZÁLEZ, MÓNICA OCHOA y GABRIEL ESCOBAR GOMEZ, y que dan cuenta de los registros en la historia clínica, de las enfermedades antecedentes de la paciente, que la paciente no presentó síntomas de cáncer, sino de enfermedades óseas y articulares, afirmando que la presencia de la masa no indica que haya un cáncer, que este se descubrió con imágenes que se realizaron por las patologías que presentaba la paciente.

En conclusión, la parte recurrente no logró enervar el análisis y valoración probatoria que realizó el a quo y por tanto no hay lugar a la prosperidad del reparo.

En cuanto al segundo reparo, basta decir que conforme el art. 365 numeral 1 CGP la condena en costas es una consecuencia de que las pretensiones no hayan prosperado y se impone a quien fue vencido en el proceso, se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación,

casación, queja, súplica, anulación o revisión, tal como ocurrió en este caso, donde en primera instancia se denegaron las pretensiones.

Ahora si lo que se discute es la suma fijada como agencias en derecho, que parece es la inconformidad, debe remitirse al art 366 numeral 5 CGP el cual señala que la controversia sobre la liquidación de expensas y agencias en derecho se hará a través de los recursos en contra del auto que apruebe la liquidación de costas, la cual corresponde realizar al juez de primera instancia en forma concentrada, debiendo tener en cuenta en el momento oportuno la **renuncia** a las costas y agencias en derecho que manifestó la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A al descorrer el traslado de la sustentación del recurso en esta instancia. Entonces es ese el escenario para debatir el monto de las agencias en derecho.

Así las cosas, se puede aseverar que la parte actora no logró sacar adelante los reparos en contra de la decisión de primera instancia, como tampoco cumplió con la carga probatoria de acreditar la conducta culposa que enrostra a la demandada, llevando a la Sala a **CONFIRMAR** el fallo que ha sido objeto de revisión por vía de apelación.

### **CONDENA EN COSTAS**

Ante las resultas del recurso, y en aplicación del art. 365 numerales 1 y 3 CGP, y por haberse causado, se condena en costas de esta instancia a la parte demandante recurrente en favor de la demandada y llamadas en garantía. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a TRES (3) smlmv (Acuerdo PSAA16-10554 CS de la J)

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, EN SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



## FALLA

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida por el JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN en audiencia celebrada el 02 de noviembre de 2022.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la parte recurrente- demandante, en costas de esta instancia en favor de la demandada y llamados en garantía.

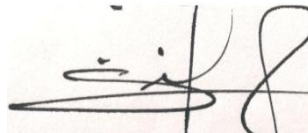
**TERCERO.** Como decisión de ponente se fija como agencias en derecho en esta instancia la suma de TRES (3) SMLMV conforme el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo superior de la Judicatura.

**CUARTO. DEVOLVER** el proceso al despacho de origen una vez en firme esta decisión.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS

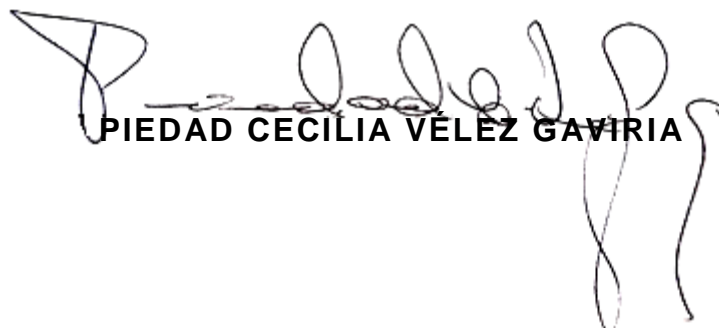
  
**MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO**  
Magistrada

*Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Civil Tribunal Superior de Medellín, conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022*



(Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Tribunal Superior de Medellín, conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022)

**JOSE GILDARDO RAMIREZ GIRALDO**  
Magistrado

  
**PIEDAD CECILIA VELEZ GAVIRIA**