

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 110013103024-2018-00583-01 (Exp. 5654)
Demandante: Esperanza Prada Rey
Demandado: Nueva EPS S.A.
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia
Discutido y aprobado en Sala(s) de 15 y 22 de abril de 2024

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

Decídese el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 3 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado 24 Civil del Circuito, en este proceso verbal de Esperanza Prada Rey contra Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. -Nueva EPS S.A.-

ANTECEDENTES

1. Pidió la actora en la demanda subsanada (folios 500 a 508 del pdf 01, cuad. ppal.), se declare: que la demandada es civil y contractualmente responsable por los daños materiales e inmateriales a ella causados, con ocasión del erróneo diagnóstico y la deficiente prestación del servicio de salud, así como condenarla por daño moral, psíquico y pérdida de oportunidad en 100 smmlv por cada concepto, además de la indexación de esos valores y todos los perjuicios que se reconozcan. De forma subsidiaria, solicitó la responsabilidad aquiliana derivada del hecho dañino, con las mismas consecuencias.

2. En el sustento fáctico narró, en resumen, que como a comienzos de 2012 notó irregularidades en sus deposiciones, asistió a consulta médica en la cual le diagnosticaron amebas, conclusión que se repitió en cerca de



cuatro ocasiones en las que asistió al centro de atención de barrios unidos asignado por la EPS.

Al practicarle un tacto, se notó una *bola* que para el doctor de turno solo representó ser hemorroides, pero al ser valorada por el cirujano general este advirtió la posibilidad de que fuera cáncer. Al realizarse una *colonoscopia* de forma particular y dar a conocer esos resultados al médico Olivella en el Instituto de Cancerología, se confirmó la presencia de cáncer en el recto estadio II, lo que produjo un sentimiento de frustración y enojo por cuanto estuvo cerca de dos años en consultas sin que le hubiesen informado de su situación.

Afirmó que la evolución de su patología se resumió en tumor maligno recto (13/12/2013), tumor maligno del colon (10/01/2014) y tumor maligno secundario del intestino grueso y recto (11/09/2014). Así, el error médico se evidenció por la ausencia de exámenes para verificar la existencia o no de la enfermedad padecida y la falta de análisis de antecedentes clínicos familiares que habrían dado indicios de aquella.

3. Nueva EPS S.A. se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y formuló las excepciones que denominó: *ausencia de culpa, cumplimiento de las obligaciones como asegurador, inexistencia del nexo causal y del yerro inexcusable en el actuar del médico tratante – responsabilidad de medio y no de resultado-, ausencia de daño* (folios 37 a 45 del pdf 01, cuad. 01, tomo II).

También llamó en garantía a la Clínica Partenón Ltda., UT Andar Plus, y la Sociedad de Consultoría y Prestación de Servicios Andar S.A.S. -A&P Andar S.A.S.-

Clínica Partenón Ltda., desconoció el sustento fáctico de la acción y propuso frente estas las excepciones que llamó: *inexistencia de obligación y ausencia de: responsabilidad, daño, falla y nexo causal*. Enfrentó el llamamiento con las defensas que tituló: *inexistencia de derecho contractual, improcedencia de su vinculación, deber de supervisión en*



cabeza del llamante, pacto arbitral e inexistencia de garantía de seguros (folios 172 a 182 ib.)

UT Andar Plus y la sociedad A&P Andar S.A.S. propusieron como defensas: *finalidad de resultado y no de medio de la actividad médica, la culpa debe probarse; ausencia de responsabilidad, del daño, de culpa y de nexo causal; culpa exclusiva de la víctima y debida diligencia*. Respecto del llamado expusieron las mismas excepciones que nombró la Clínica Partenon Ltda. (folios 195 a 210 y 240 a 255).

La Caja de Compensación Familiar Compensar –como miembro de la UT Andar Plus–, alegó los medios exceptivos de *inexistencia de actuación culposa, nexos de causalidad y del daño, finalidad de resultado de los médicos, incumplimiento de carga probatoria, hecho exclusivo de la víctima, inexistencia de responsabilidad solidaria entre los miembros de la UT, falta de legitimación por pasiva y prescripción*. Llamó en garantía a Equidad Seguros (pdf contestación, archivo cds 435, tomo II cuad. 01).

Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo, usó como medios exceptivos los que nominó: *falta de legitimación en la causa de Compensar, inexistencia de responsabilidad de Compensar, debida diligencia, ausencia de daño y falta de nexos, improcedencia y tasación excesiva de los perjuicios*. Frente a su llamado adujo: *falta de cobertura de la póliza AA198548, no realización del riesgo asegurado, exclusión y sujeción a las condiciones particulares y generales del contrato de seguro* (folios 75 a 143).

4. En la sentencia apelada, el juzgado denegó las pretensiones, terminó el proceso y condenó en costas a la demandante.

Para esa decisión, tras referir que el problema jurídico era verificar si existió o no una falla en la prestación del servicio médico, por parte de Nueva EPS S.A. y la especial la responsabilidad por actos médicos, así como su forma contractual o aquiliana, expresó se debe cumplir la acreditación del daño, la culpa de los médicos y el nexos causal entre estos, sin perder de vista la buena praxis.



Del listado de atenciones brindadas a la paciente desde 2012 y los motivos de la consulta, sin que en alguno se refieran síntomas de irregularidades en el recto o el colon y que nada tienen que ver con el diagnóstico de cáncer. Solo hasta 11 de junio de 2013 asistió por causa de dolor al hacer necesidades, al que se diagnosticó como hemorroides de 10 días; pedido un segundo concepto al cirujano general, el 10 de julio siguiente prescribió una colonoscopia que reveló el 17 posterior la presencia del tumor maligno (récord 01:17:00 archivo 56). Las sesiones de quimioterapia y radioterapia se realizaron en debida forma y la recuperación fue satisfactoria, sin que se evidencie un rompimiento a la *lex artis* por parte de quienes le atendieron.

Conforme al testimonio de la señora Nury, el tumor no se extendió ni afectó órganos o ganglios cercanos, por el estadio en que estaba, y los daños se limitaron a aquellos que emocionalmente afectaban su vida social y personal, aunque de lo probado se advirtió que la sensación de tristeza y congoja no era un tema paralelo a la patología, por cuanto ya de vieja data poseía conflictos personales que aminoraban su estado anímico.

Concluyó que la demandada cumplió sus obligaciones de la prestación del servicio de salud, sin que de las pruebas se pueda enrostrar negligencia o culpa de los médicos, que haya desencadenado la afectación aducida.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, en los reparos que sirvieron de sustento para la apelación mediante auto de 21 de marzo de 2024, expresó las siguientes críticas que se resumen (récord 01:24:50 a 01:30:20 archivo 56):

Hay confusión en relación con las fechas del diagnóstico del cáncer, pues no es dable afirmar que el 17 de julio de 2013 se descubrió la enfermedad, por cuanto eso ocurrió el 13 de diciembre de 2013, según el historial clínico aportado por el Instituto de Cancerología. Igualmente, se cercenó la posibilidad de escuchar a los testimonios solicitados en la demanda, ya



que correspondía a la Unión Temporal brindar los datos de información de ubicación de los médicos, sin que el despacho se preocupase por oficiar al informe nacional de médicos para obtener los datos de esos galenos.

La Equidad Seguros, Compensar y Nueva EPS describieron el traslado de los reparos (pdf 13 a 15 del cuad. Tribunal).

CONSIDERACIONES

1. Reunidos los presupuestos procesales y requisitos de validez, limitada la competencia del Tribunal a los temas invocados en el recurso de apelación, la cuestión jurídica principal radica en inquirir si está acreditada la responsabilidad de la parte demandada, por los daños aducidos a raíz del presunto error de diagnóstico en el problema de salud padecido por la demandante.

Incógnita cuya respuesta es negativa, en la medida en que carece de prueba esa responsabilidad, porque las recaudadas no permiten determinar con algún grado de certeza, que hubo mala praxis médica o que la prestación del servicio fue insuficiente o negligente, para el tratamiento del cáncer que sufrió la actora y los padecimientos personales que dice se le causaron.

2. Cumple reiterar, en punto de la premisa jurídica del anotado argumento central, que quienes se obligan a prestar servicios de salud, deben observar unas especiales conductas, y aunque es inviable la garantía de una segura mejoría en los enfermos, es de esperar que procedan, en lo que les concierne, con una actuación pródica para frenar o revertir las dificultades de salud, o aunque sea aminorarlos y hacerlos más llevaderos, según las reglas o directrices de la ciencia médica vigente (*lex artis*).

Así mismo, conforme al desarrollo de la jurisprudencia, en relación con las obligaciones de los médicos y servicios de salud para el remedio de



enfermedades o padecimientos de salud, se ha distinguido entre las de medio y las de resultado, como puede verse en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 5 de marzo de 1940, pero sin aserciones absolutas, pues dijo que *“por lo regular la obligación que adquiere el médico ‘es de medio’”,* porque *“puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”*.

Aunque con reglas flexibles, insístese, puesto que la cuestión de hecho y de derecho varía, de manera que en materia de responsabilidad médica mantiene vigencia el principio de la carga de demostrar la culpa del médico, porque aun teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional, la conducta debe evaluarse dentro de los límites de la culpa, sin perder de vista la profesionalidad, ya que según se dice, *“el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase”* (G.J. t. XLIX, páginas. 116 y s.s.). Criterio parecido fue acogido en las sentencias de 3 de noviembre de 1977 y de 12 de septiembre de 1985.

Empero, después la Corte matizó la línea jurisprudencial, cuando dilucidó que si bien en otras ocasiones se ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, *“para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico..., lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.”*¹.

Disertó en torno a la naturaleza del contrato de prestación de los médicos, no previsto en la ley, así como la necesidad de no trazar reglas probatorias estrictas en la responsabilidad de los mismos, y remató que probado el



daño, queda por dirimirse la relación de causalidad entre este y la actividad del médico, ***“donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, 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 artix)”*** (ibidem. Se resaltó).

Por manera que desde entonces la Corte ratificó con mayor énfasis que para la responsabilidad del acto médico es necesaria la culpa probada, aunque con el dinamismo propio de la carga probatoria, o acaso una especie de aligeramiento probatorio, para que el afectado que ha sufrido un percance o lesión en el curso de un tratamiento clínico-médico, o sus familiares, tengan posibilidad de acreditar los hechos sin tantas exigencias. Concepción que, insístese, deviene adaptable cuando el tratamiento médico-asistencial involucra a entidades responsables de la salud del respectivo usuario.

Esa línea jurisprudencial se ha mantenido por la Corte, aunque con ciertas variaciones en casos específicos, como la que se ve en la sentencia SC13924 de 2016, en la que pareció abrir paso a una mayor flexibilidad cuando acontece una concreta falla operativa en un servicio médico-asistencial más o menos continuo, no de un acto solitario, en cuyo marco no sea fácil determinar responsabilidad concreta de las personas que intervienen a lo largo del itinerario prestacional, eventos en que la responsabilidad puede atribuirse a las entidades que participan en las circunstancias que originaron el hecho lesivo de la salud o la vida.



Insistió en la exigencia de probar la culpa, aunque con el dinamismo propio de la carga probatoria, en sentencia SC3847 de 13 octubre de 2020, pues anotó que la prestación de servicios de salud es *“atada a los principios de benevolencia y no maledicencia o primun non nocere”*, con una obligación ética y jurídica, que exige a los involucrados contribuir al bienestar de los pacientes y evitar el incremento del daño físico o síquico; a más de que su formación teórica y práctica rigurosa, de actualización permanente, *“asegura que sus decisiones las adoptan en beneficio de los enfermos para evitar perjuicios innecesarios en su integridad física y moral”*. De modo que los citados principios *“conminan a los profesionales de la salud a optar siempre por los procedimientos y alternativas terapéuticas menos dolorosas y lesivas para los pacientes y usuarios de los servicios”*, lo cual *“presupone, en general, que el actuar médico se realiza con diligencia y cuidado. Por esto, los menoscabos o las lesiones causadas a la salud, también en línea de principio, se entienden que son excusables. Las excepciones se refieren a las faltas injustificadas (groseras, culposas, negligentes o descuidadas)...”*.

Concluyó que incumbe a quien demanda responsabilidad en ese campo: *“1. Desvirtuar los principios de benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la responsabilidad en que se incurra (subjettiva u objetiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos. En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan”*.

En compendio, la responsabilidad médica o por servicios de salud, debe fundarse en la regla general de culpa probada, con sujeción a unas pautas estrictas o de excepción, que no de una forma amplia o imprecisa.

3. En el asunto de autos el reproche de la parte demandante en cuanto a la responsabilidad que enrostró a la demandada, se basa en la disparidad de fechas consignadas en la historia clínica allegada por la EPS y las



registradas en el Instituto Nacional de Cancerología, en torno a cuándo se le diagnosticó el cáncer, pues refiere que allí se puede comprobar el error que, asegura, fue el origen de los daños irrogados.

Al verificar los distintos documentos que contienen el registro médico de la demandante (pdf 38, 39 y 42), se evidencia que no le asiste razón y, por el contrario, se consolida la conclusión a la que arribó la *a quo*, por cuanto sus datos concuerdan unos con otros.

En efecto, lo primero por establecer es que según el historial médico, fueron varios los episodios cancerígenos presentados, cuyo descubrimiento varió en el tiempo, pero convergen todos ellos en una única enfermedad. No hay duda de los tres antecedentes patológicos descubiertos: (i) tumor maligno secundario del intestino grueso y del recto; (ii) tumor maligno del colon, parte no especificada y (iii) tumor maligno recto (folio 6 del pdf 39 y folio 34 del pdf 38).

Se extrae de la historia clínica aportada por Nueva EPS, que el 11 de junio de 2013 en consulta N° 1172290375, la demandante contaba con “*cuadro de más de 1 semana de evolución consistente en deposición blanda con presencia de moco con sensación de tenesmo fecal sensación de bola al tacto a nivel rectal*” (folio 36 del pdf 38), sin que en fecha anterior haya informado sobre esa irregularidad a los profesionales, pues los padecimientos precedentes referían a dolores de la rodilla derecha (folio 37), hipertensión, obesidad, examen de cuello uterino (folio 40), dolores de articulación (folio 41) y afecciones en el pecho (folio 45).

Igual información aparece consignada en el documento que milita en folio 104 del pdf 01 del cuaderno principal, en el que se relata que el dolor rectal apareció unos días antes de la atención médica de 11 de junio de 2013. Posteriormente se remitió por consulta general para un segundo concepto (folio 105 del pdf 01, cuad. ppal.), médico que al avocar conocimiento de la paciente consideró el diagnóstico *C 189*, es decir, tumor maligno de colon (folios 107 y 109 ib.), concepto que se reiteró en el folio 35 del pdf 38 del cuad. ppal., así como en el análisis médico expedido por Compensar (folio 3 del pdf 42). Tales conclusiones se



repitieron en el historial médico del Instituto Nacional de Cancerología (folio 6 y 14 del pdf 39), en el que se plasmó que la enfermedad de tumor maligno de intestino y **recto** se encontraba diagnosticada en julio de 2013, al punto que esa última entidad inició el tratamiento el 25 siguiente, para lo cual tuvo como sustento la colonoscopia en la que se descubrió el cáncer de la ampolla rectal, pero con desconocimiento de la distancia que lo separaba del margen anal (folio 6 del pdf 42). Inclusive, nótese que en el cuadro de resumen de las patologías se registra que el adenocarcinoma del recto e intestino se descubrió en julio de 2013.

Ahora, la confusión de las fechas a que alude la parte apelante, obedece al tumor maligno que se referencia con la data 13 de diciembre de 2013, pero tal condición tiene una explicación médica que se deriva del informe de Compensar, en el que se destaca que el 10 de enero de 2014 consultó con anestesiología para la resección anterior de recto, cuyo último antecedente se hizo consistir en el descubrimiento que el 11 de diciembre hicieron de la lesión, que presentaba a 3 cms. del borde anal y que fue objeto de cirugía el 10 de febrero de esa anualidad (folio 13 del pdf 42, cuad. 01, tomo II). Recuérdese que el cáncer de recto ya había sido diagnosticado desde julio de 2013 y el tratamiento que se suministró a la paciente, se hizo consistir en sesiones de quimioterapia y radioterapia hasta octubre de esa anualidad, posteriormente, al revisar el avance de la patología se programó la cirugía para la resección final.

4. Y es que no puede avalarse la teoría de la apelante, en cuanto a que solo hasta diciembre de 2013 se descubrió la patología cancerígena del recto, por cuanto en esa fecha ya estaba siendo tratada con tecnologías propias para devastar el tumor, según lo trajo a colación el Instituto Nacional de Cancerología al precisar en sus observaciones: *“paciente femenina de 59 años con adenocarcinoma de recto medio y bajo, moderadamente diferenciado DX en el 2013 con tratamiento oncológico neoadyuvancia y resección abdominoperineal, mas neoadyuvancia en 2014”* (folio 8 del pdf 42, cuad. 01, tomo II). Bajo ese hecho, refulge necesario concluir que el cáncer de recto venía siendo tratado desde una fecha anterior a la que expone la demandante y por tanto la resección efectuada en febrero de 2014, no era otra cosa que la extirpación de los



residuos encontrados en los exámenes de diciembre de 2013, pues la lesión tumoral no pudo ser exterminada por el tratamiento precedente.

5. Al margen de lo anterior, conforme a la ciencia médica, es factible concluir que el diagnóstico célere a la patología de la paciente permitió resguardar su salud, por cuanto *“la sintomatología de los CR -cáncer de recto- dependerá del tiempo de evolución y de su localización (...) La forma de hacer el diagnóstico está al alcance de todo médico y sólo consiste en un tacto rectal (TR) en el cual se palpará una masa tumoral irregular”* (folio 47 del pdf 42, cuad. 01, tomo II, dictamen allegado por Compensar). Ese último procedimiento se realizó el 11 de junio de 2013 y aun cuando para esa fecha se dijo que era una enfermedad hemorroidal, de manera preventiva y por la existencia de una bola en el recto, se solicitó segundo concepto y valoración por *cx general*, en razón a la confusión que puede presentarse entre hemorroides y cáncer de recto (ib. acápite diagnóstico).

Realizados los exámenes diagnósticos, se evidenció sin lugar a dudas la presencia del tumor en el recto y se inició el tratamiento pertinente, sin que contra este se haya hecho mención en la demanda de irregularidad, demora o mala praxis.

6. Bajo las anteriores reflexiones, pese al desafortunado incidente de salud padecido por la demandante, no hay cómo endilgar un juicio de reproche a la demandada, centrado el asunto bajo la perspectiva de la culpa probada que campea en el ámbito de la responsabilidad médica y de salud, según viene de explicarse. Faceta desde la cual quedaron sin fundamento las razones del recurso de apelación, por cuanto la inconformidad surge de una lectura descontextualizada de la historia clínica hecha por la apelante.

Ahora, en lo que respecta a la controversia generada por la práctica de las pruebas solicitadas en primera instancia y la presunta obligación del juzgador en hacer ingentes esfuerzos para obtenerlas, cumple anotar que fue un tema zanjado en auto de 22 de febrero de 2024, emitido por este Tribunal, en el que se refirió la importancia de elevar peticiones para



adquirir material probatorio, previo a ser solicitadas al juzgado. Amén de que no se ve cómo otras pruebas desvirtuarían la evidencia que suministran las allegas y valoradas en ambas instancias.

7. En conclusión, se confirmará la sentencia apelada y se condenará en costas a la parte apelante (art. 365, nums. 1º y 3º, del CGP).

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

Condenar en costas del recurso a la apelante, que se valorarán conforme al art. 366 del CGP. El magistrado ponente fija la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho de la segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

AIDA VICTORIA LOZANO RICO

MAGISTRADA

FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ

MAGISTRADA

Firmado Por:

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Flor Margoth Gonzalez Florez
Magistrada
Sala Despacho 12 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **04c48559cc12c743351ed764ffcbe04e69b7779e1660fa5fc96b7eabcbd4aaac**

Documento generado en 28/05/2024 02:04:03 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>