

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia  
Sala de Casación Civil*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ  
Magistrado Ponente**

**SC15746-2014**

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

(Aprobada en sesión de dos de septiembre de dos mil catorce)

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante, frente a la sentencia de 1° de abril de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de Eduardo Alejandro Matiz González contra Clínica Partenón Ltda.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

**I.- EL LITIGIO**

1.- Como se desprende de la reconstrucción del expediente, el accionante pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual de la Clínica Partenón Ltda. producto de la *“negligencia, imprudencia e impericia por error diagnóstico y mal manejo efectuado por los médicos adscritos”* a ella, condenándola a pagar (folios 18, 19 y 55):

a.-) Trescientos mil pesos (\$300.000) por el tratamiento al que fue sometido en ese centro asistencial.

b.-) Cincuenta millones de pesos (\$50'000.000) por los costos médico-quirúrgicos en que debió incurrir.

c.-) Las erogaciones diarias de cincuenta mil pesos (\$50.000) por curaciones y medicamentos *«desde el ingreso hasta la actualidad»*.

d.-) Lucro cesante por un millón trescientos mil pesos (\$1'300.000).

e.-) Veintitrés millones cuatrocientos mil pesos (\$23'400.000) por daño emergente derivado de incapacidad laboral.

f.-) Ochocientos millones de pesos (\$800'000.000) por discapacidad laboral permanente del cincuenta y dos punto setenta por ciento (52.70%) o lo que se encuentre probado.

g.-) Quinientos millones de pesos (\$500'000.000) por daños morales.

h.-) Lo que corresponda a indemnización por daño en la vida de relación y *«el chance o la oportunidad de recurrir a tratamiento oportuno»*.

2.- Relata como hechos base de su reclamo los que a continuación se sintetizan (folios 19 al 28, cuaderno 1):

a.-) El 4 de diciembre de 2006, al gestor le inició *«padecimiento con dolor abdominal en región hipogástrica y flanco derecho, intenso»*, siendo atendido el día siguiente en la Clínica demandada. Realizados varios exámenes, fue *«manejado médicamente en el servicio de urgencias (...) con Ranitidina y Metoclopramida. Y posteriormente al persistir el dolor se ordenó Buscapina intramuscular»*, luego de lo cual le *«dieron salida y manejo ambulatorio»*.

b.-) El 6 del mismo mes retornó al centro asistencial *«con persistencia de cuadro clínico de dolor abdominal intenso, tipo cólico que irradia a dorso y testículo derecho asociado con náuseas»*, aunque presentando *«signos vitales dentro de límites normales»*. Practicados *«nuevos reportes de paraclínicos del laboratorio»* y de acuerdo con la evolución presentada, resultó compatible con una *«Urolitiasis»*, diagnosticándole una *«nefrolitiasis renal izquierda»*, por lo que se remite *«al servicio de urología»*, sin tener en cuenta el

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*«cuadro clínico infeccioso del paciente».*

c.-) Nuevamente le dieron *«salida al paciente en espera de la cita urológica»*, pero a las dieciocho horas (18:00) el especialista consultado ordena su reingreso por hallar una *«apendicitis aguda y nefrolitiasis incidental asintomática»* y, una vez confirmada la primera, se indica como plan de manejo cirugía, con la advertencia de que *«la atención quirúrgica la brinda cuando solucione el pago de la cuenta»*.

d.-) Pese a que Matiz González ofreció cubrir el costo, *«una parte con tarjeta de crédito y la otra parte del dinero al otro día»*, se le negó la atención y la *«realización de la cirugía Apendicetomía de urgencias»*.

e.-) En esa misma fecha, a las veinte y cincuenta y tres (20:53), ingresó de urgencias al Hospital de Engativá, donde fue atendido con *«diagnóstico de ingreso de Apendicitis aguda y peritonitis generalizada»* y le practicaron laparotomía exploradora, lavado peritoneal y apendicetomía.

f.-) Esta última entidad le realizó el 13, 15, 17 y 20 de diciembre de 2006 *«reintervenciones de lavados quirúrgicos por apendicitis perforada y peritonitis generalizada»*, permaneciendo internado en la Unidad de Cuidados Intensivos hasta el 3 de enero de 2007.

g.-) A su egreso quedó con *«un pronóstico que depende*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*de la evolución del abdomen abierto» y futuras intervenciones para su cierre «con aditamentos médicos como una malla de Marles», requiriendo manejo ambulatorio de curaciones y formulación de medicamentos «que ha tenido que sufragar de su propio bolsillo, por causa de la eventración gigante, laparotomía abierta».*

h.-) De acuerdo con *«informe del médico tratante del 8 de mayo de 2007 presenta como secuela gran limitación para la realización de actividades con esfuerzo físico, marcha con limitación por dolor, levemente encorvado»,* sin que pueda desempeñar sus actividades como taxista y estando restringido *«cualquier actuar en vida familiar, social y laboral».*

i.-) Requiere adicionalmente una *«reintervención quirúrgica con el fin de corregir el abdomen abierto, y la corrección de una cicatrización escasa alcanzada»,* lo que prolonga su incapacidad laboral, que según informe de Seguros Bolívar, de 9 de octubre de 2007, se dictaminó en el cincuenta y dos punto setenta por ciento (52.70%).

3.- La demandada al enterarse del pleito se opuso y planteó como defensa el *«cobro de lo no debido»* (folios 256 al 261).

4.- La sentencia del Juzgado Veintinueve Adjunto Civil del Circuito de Bogotá negó el incidente de tacha de falsedad propuesto por el promotor, declaró probada la

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

excepción de la contradictoria y negó las pretensiones (folios 319 al 325, cuaderno 1).

5.- El superior, al desatar la alzada interpuesta por el perdedor, la confirmó (folios 38 al 63, cuaderno 2).

## **II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO**

Se resumen de esta manera:

1.- La responsabilidad médica se establece *«a partir del régimen de la culpa probada, pues sabido es que, por regla general, el profesional de la medicina no se compromete a sanar o curar a su paciente, más bien a hacer todo lo posible, desde su conocimiento, para remediar sus padecimientos»*, como lo estimó la Corte en sentencia de 17 de noviembre de 2011.

2.- En la alzada se discute que el juzgador de primer grado se equivocó en el enfoque dado al litigio *«para decir que el mismo debió estudiarse como un caso de responsabilidad médica por error diagnóstico, que no uno por falta de atención oportuna»*.

3.- Si bien la acción se encaminó por la vía extracontractual, el fallador de primer grado *«optó por interpretar la demanda para deducir que era una responsabilidad de estirpe contractual»*, con apoyo en el *«consentimiento informado para intervención quirúrgica,*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*procedimiento médico o de enfermería», lo que se avala, «pues lo que viene a definir que ello sea de esa manera es, justamente, el asentimiento del paciente en la prestación del servicio médico», siendo que un pacto de esta índole es «eminentemente consensual», como lo ha entendido la doctrina.*

Para el caso está demostrado *«que las voluntades de la Clínica y el demandante confluyeron para generar un vínculo contractual», como se desprende «del contenido mismo de la demanda y de su contestación, donde, por un lado, se aduce que se acude a dicho centro hospitalario, justamente en procura de atención, y, por otro lado, se acepta que esa atención solicitada se dispensó».*

4.- Esa responsabilidad, de verificarse, *«recae sobre la institución hospitalaria», ya que el servicio se prestó a través de personal subordinado.*

5.- Las fallas en el diagnóstico están asociadas *«a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto», como lo dijo la Corte en sentencia de 26 de noviembre de 2010, debiéndose descender a las probanzas «para hallar allí, no tanto si el diagnóstico inicial no atinó, pues ese no es un hecho discutido, sino cuánto de culpa del centro hospitalario existió en ese presunto error de diagnosis, por supuesto si ese error fue la causa efectiva del daño».*

Al revisar la historia clínica se advierte que *«el error diagnóstico, en la forma que lo plantea la demanda, no existe»* porque los exámenes de sangre y rayos X, practicados el 5 de diciembre de 2006, no indicaron anomalía alguna, de donde *«el diagnóstico inicial presuntivo de gastroenteritis infecciosa no es yerro propiamente dicho al no lucir disonante con lo que para ese momento revelaba la sintomatología del paciente»*, lo que también descarta que *«se hubiese incurrido en un error al formular medicamentos tales como ranitidina y metoclopramida y buscapina intramuscular»*.

6.- En cuanto a lo que pasó después del reingreso a la Clínica el 6 de diciembre de 2006 y los resultados recibidos a las diez y cincuenta de la mañana (10:50 a.m.), como la evolución y los exámenes *«eran compatibles con un diagnóstico de una litiasis, entonces correspondía al demandante demostrar que la interpretación de esos resultados resultaba ser entero extraña a una patología como esas, algo de lo que sin duda se guardó»*, presentándose la orfandad demostrativa que observó el *a quo*.

Era carga del accionante *«persuadir al juez de que la Clínica al interpretar los exámenes de laboratorio se apartó, inopinadamente de un razonable análisis del mismo y diagnosticó con base en ellos una patología que, por completo se apartaba de una sana hermenéutica de dichos exámenes»*, siendo insuficiente la prueba documental allegada en la que

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

dice que *«el dolor abdominal puede tener distintas causas y diagnósticos»*, sin que sea claro que *«ante el dolor que presentaba el actor y ante unos exámenes de sangre, orina y rayos X que, en principio nada anormal revelaban, ineluctablemente, debía colegirse la apendicitis que, a la postre, le fuera dictaminada»*.

7.- El medio idóneo para despejar las dudas *«en torno a la culpa o no, en que por negligencia pudo haber incurrido el médico»* era el pericial, como lo precisó la Corte en sentencia de 13 de septiembre de 2002, que en esta oportunidad no se llevó a cabo, sin que fuera responsabilidad del sentenciador su práctica *«pues es claro que el juez no puede tener, de ninguna manera, la virtualidad de remplazar la actividad persuasiva de las partes»*.

8.- En consecuencia debe confirmarse la decisión de primera instancia porque *«no logró demostrarse que dadas las características de la sintomatología que presentaba el demandante era exigible exactitud en la diagnosis, o que la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza para determinar sin ambages la apendicitis que le aquejaba»*, tampoco cuáles recursos *«habría empleado un médico prudente y diligente para acertar en ese mismo diagnóstico, y que dejaron de emplearse por la demandada para que se lograra concluir un comportamiento culposo»* determinante del daño.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Esta conclusión no la enervan los testimonios, el interrogatorio de parte y el informe sobre pérdida de capacidad laboral emitido por Seguros Bolívar. De los primeros *«sólo se establece que el paciente acudió a la Clínica aquí demandada, los síntomas que presentaba, así como que el diagnóstico final fue el de apendicitis aguda»*; el segundo *«recaba en que no fue operado, por no disponer del dinero exigido para cubrir el valor de la cirugía»*, sin que de todos ellos se extraiga el error de diagnóstico, al que no se refieren; y *«el informe relacionado con la incapacidad laboral del demandante, aparte de establecerla en el 52.70%, ninguna referencia hace a la conducta de la Clínica Partenón en los hechos»*.

### **III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Cuatro cargos se formulan contra lo resuelto por el *ad quem*, tres de ellos por el primer motivo, cada uno de ellos en sus diferentes variables, y el último aduciendo un vicio de nulidad.

Se despachará inicialmente el que acusa defectos *in procedendo*, y los restantes, esto es el de la vía directa y los de la indirecta por errores de hecho y de derecho, en el orden propuesto, conjuntando estos dos últimos por ser complementarios.

#### **CUARTO CARGO**

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Enuncia el quinto motivo de casación por incurrir la sentencia en la *“causal de nulidad establecida en el artículo 140 del C.P.C., numeral 6° “cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión”*».

Lo hace consistir en que:

1.- Se omitió la oportunidad de practicar la prueba pericial solicitada por la opositora *«al no haberle dado el valor de la violación al deber de la parte pasiva para colaborar en la presentación del mismo; es decir se le negó oportunidad y el mérito probatorio a pesar que el Código de Procedimiento Civil así lo establece en sus artículos 233, 240, 242, correspondientes»*.

2.- La infracción del deber de colaboración para realizar el dictamen se tendrá como indicio en contra del incumplido *«que en este caso será el mismo que pidió la prueba, como contradictorio del dictamen de Seguros Bolívar», que cobra «inmenso valor probatorio» y «no fue valorado como tal en el fallo recurrido»*.

### **CONSIDERACIONES**

1.- El accionante persiguió la indemnización de perjuicios por parte de la Clínica Partenón Ltda., como consecuencia de un error de diagnóstico y el mal manejo en la prestación de los servicios médicos allí recibidos.

2.- El *ad quem* confirmó la negativa de primer grado a ese reclamo, por no demostrarse la culpa del centro asistencial en los padecimientos sufridos por el paciente.

3.- Aduce el impugnante que está viciado de nulidad el trámite, al prescindir del dictamen con el que su contraparte buscaba justificar la forma como se brindó la atención al enfermo.

4.- La ley procesal habilita en el numeral 5° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, como razón de censura por esta vía extraordinaria, la incursión en una de las causales de nulidad a que se refiere el artículo 140 *ibidem*, siempre y cuando quien la alegue cuente con legitimación y el vicio aducido no haya sido saneado.

Su formulación está condicionada por los principios de taxatividad, convalidación y trascendencia, en la medida que no cualquier irregularidad es susceptible de alterar la actuación. Sólo aquella anormalidad que genera un grave traumatismo para el pleito, por su relevancia, expresa consagración legal y falta de regularización, justifica que se reconsidere lo que ya se encuentra finiquitado.

La Sala, en sentencia de 5 de diciembre de 2008, exp. 1999-02197-01, reiterada el 20 de agosto de 2013, exp. 2003-0071601, recordó que

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*(..) la procedencia de la causal 5ª de casación, por haberse incurrido en alguno de los vicios invalidantes consagrados en el artículo 140 del C. de P. C., supone las siguientes condiciones: 'a) que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo 140; y por último, c) que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer'. (Sentencia del 22 de abril de 1993. n.p. que sintetizó lo dicho en las publicadas en G. J. Tomos XLI bis pág.132, CXXXVI, pág. 143 y CLII, pág. 219).*

5.- El sexto caso de nulidad del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil se refiere a «*cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión*».

La situación planteada constituye una restricción al derecho de defensa, ya sea por no permitir que en las oportunidades conferidas para el efecto se eleven las peticiones de los litigantes encaminadas a demostrar los supuestos de hecho en que soporta sus reclamos o ante la prescindencia de las etapas para evacuar las probanzas.

Su invocación, por ende, no puede constituirse en una nueva oportunidad para disentir del decreto que se hizo en relación con los medios de convicción, ni mucho menos

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

para obtener el recaudo de los no pedidos o de los que fueron denegados mediante auto debidamente ejecutoriado. Mucho menos para discutir la valoración que de los practicados haga el juzgador o sus apreciaciones sobre los que se dejaron de obtener.

Así lo consideró la Sala en SC de 4 de diciembre de 2009, rad. 2000-00865, al exponer que

*(...) la nulidad procesal que se invoca, sin más, no se estructura, porque los reparos que puedan surgir alrededor de la concreción de los distintos medios de convicción, resultan ajenos al derecho general y abstracto que se tiene para pedir y practicar pruebas, que son las hipótesis que protege el artículo 140, numeral 6° del Código de Procedimiento Civil. (...) La Corte tiene explicado que esa causal de nulidad no puede utilizarse para “controvertir las razones que en un momento dado fueron aducidas por el sentenciador al resolver sobre la práctica de las pruebas solicitadas, decretándolas o negándolas, inclusive en el evento de haber omitido resolver sobre alguna en particular, como tampoco para reclamar contra lo que pudo rodear la materialización o no de un medio”. (...) La razón de ser de lo anterior estriba en que una crítica en ese sentido, supone que existió un término para pedir y practicar pruebas, y que, por lo tanto, ningún estado de indefensión al respecto pudo presentarse. Además, el control de dichos tópicos la ley los reserva a otros escenarios, por ejemplo, a través de los procedimientos en concreto procedentes (en el caso de hecho fueron utilizados al tramitarse los recursos de reposición y apelación contra el auto que negó evacuar algunos medios), inclusive valorando como indicio en contra de la respectiva parte la falta de colaboración para la práctica de pruebas y diligencias*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*(artículo 74, numeral 6° del Código de Procedimiento Civil). (...) En otras palabras, la irregularidad procesal de que se viene hablando no puede configurarse, como se alega por el grupo demandante, en la supuesta obstrucción de los medios decretados, tampoco en la materialización incompleta o desviada de los mismos por causas imputables a una de las partes, porque esas conductas tienen una connotación distinta en el campo fáctico y probatorio, alegables en casación por una causal diferente a la erigida para alegar errores de actividad. (...) Sobre el particular la Corte tiene dicho que la circunstancia que al tenor del artículo 140, numeral 6° del Código de Procedimiento Civil, tiene la virtud de invalidar lo actuado, se liga a “deficiencias” netamente “temporales”, esto es, como recientemente se reiteró, a los eventos en que se ha “pretermitido, omitido o ignorado en su integridad la oportunidad procesal que asiste a las partes para pedir pruebas y para que las decretadas se practiquen”, características respecto de las cuales, como ha quedado consignado, el caso no se identifica.*

6.- Inciden en la decisión que se está tomando los siguientes hechos:

a.-) Que en el libelo del promotor no se relacionó alguna experticia como prueba a practicar (folio 53, cuaderno 1).

b.-) Que la Clínica Partenón Ltda., en el acápite pertinente de su contestación, solicitó (folios 260 y 261, cuaderno 1):

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

(i) Nombrar médico *«especialista en cirugía general para que rinda dictamen».*

(ii) *«Disponer que peritos médicos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses practiquen los exámenes necesarios al señor Eduardo Alejandro Matiz González a fin de determinar el estado actual y las secuelas de las intervenciones quirúrgicas que le fueron practicadas».*

(iii) *«Disponer que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, dictaminen sobre la pérdida de capacidad laboral del señor Eduardo Alejandro Matiz González, como consecuencia de las cirugías practicadas».*

c.-) Que se abrió a pruebas el proceso (20 nov. 2009) *«por el término legal»* y se decretaron los tres informes requeridos por la contradictora (folios 195 y 196, cuaderno 1).

d.-) Que el expediente se quemó (9 ago. 2010) y fue reconstruido (16 ago. y 15 nov. 2011) con el material que allegaron los interesados (folios 2, 266, 267 y 283, cuaderno 1).

e.-) Que se corrió traslado *«a las partes para que dentro del término común de ocho (8) días presenten sus alegatos»* (19 ene. 2012), a lo que procedieron sin objeción los participantes del conflicto (folios 285 al 305 y 307 al 310, cuaderno 1).

f.-) Que en esa misma oportunidad la Clínica Partenón Ltda. pidió que *«para mejor proveer y si así lo dispone, se ordene la prueba pericial solicitada tanto por la parte demandante (sic) como por la demandada, por cuanto, si bien el expediente fue declarado reconstruido, las referidas pruebas brillan por su ausencia»* (folio 306, cuaderno 1).

g.-) Que antes de fallar el *a quo* (29 feb. 2012), en uso de las facultades de los artículos 37, numeral 4, y 180 del Código de Procedimiento Civil, ofició al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca y la Sociedad Colombiana de Cirugía, para que remitieran *«copia del dictamen pericial ordenado en auto del 20 de noviembre de 2009»*, según las comunicaciones libradas en esa época con los números 2859 al 2860 (folios 311 al 314, cuaderno 1).

h.-) Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca contestó que *«no se encontró solicitud alguna de calificación del señor Matiz»* y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses advirtió que *«no se encontraron dictámenes Médicos Legales a nombre de Eduardo Alejandro Matiz Gómez con fecha 20 de noviembre de 2009»* (folios 315 al 317, cuaderno 1).

i.-) Que se admitió la alzada (16 oct. 2012) sin que los participantes se pronunciaran en el lapso de ejecutoria (folio 3, cuaderno 2).

7.- No prospera el ataque propuesto por los motivos que a continuación se exponen:

a.-) Los argumentos del censor no encajan dentro de los supuestos que contempla el numeral 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, encasillado en corregir cualquier irrespeto a «*los términos para pedir o practicar pruebas*».

No solo las partes contaron con la posibilidad de enunciarlas, sino que todas las relacionadas por ellas fueron decretadas, para su evacuación en «*el término legal*», que se extendió por más de dos (2) años.

Es más, ahondando un poco, lo cierto es que desde los inicios del pleito el gestor prescindió de dictámenes o conceptos especializados para verificar sus afirmaciones, sin que coadyuvara lo que sobre el particular buscó su contendiente, así éste lo diga, o, al menos, no quedó evidencia de lo contrario cuando se reconstruyó el diligenciamiento.

Incluso, luego de que se surtieron las alegaciones y estando pendiente de fallo, el juzgador de primer grado ejerció las facultades oficiosas para verificar lo que había sucedido con las experticias, lo que significó un esfuerzo adicional de llegar al fondo del debate. Este meritorio

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

proceder es completamente opuesto al que se refiere la falta endilgada y le resta peso a la acusación.

Tampoco puede decirse que se dejaron de practicar pruebas en segunda instancia, pues, ambos litigantes guardaron silencio durante la ejecutoria del auto que admitió la apelación, que es la oportunidad indicada para el efecto en el artículo 361 *ibidem*.

Desde esta óptica, independientemente del propósito que tuvieran las evaluaciones y exámenes que no se perfeccionaron, sí se buscó su ejecución, sin que la ausencia sea producto del cercenamiento de una potestad de los intervinientes o su obstaculización, a lo que se restringe cualquier refutación por este motivo de invalidez.

b.-) Los planteamientos del recurrente en el sentido de que «*al no haberle dado el valor de la violación al deber de la parte pasiva para colaborar en presentación del mismo [el dictamen]; es decir se le negó oportunidad y el mérito probatorio a pesar que el código de procedimiento civil así lo establece en sus artículos 233, 240, 242, correspondientes*», se refiera más a una disconformidad con la valoración dada a las probanzas que a la ocurrencia del caso de nulidad expuesto, lo que era susceptible de exponer por otra vía.

8.- Se desestima, por ende, la acusación.

**PRIMER CARGO**

Aduce la vulneración directa, por aplicación indebida, de los artículos 1495, 1603, 1604, 1612 al 1616, 2341 al 2344, 2347 y 2349 del Código Civil.

La fundamenta en que:

1.- El fallo *«adolece de estudio de los elementos de la responsabilidad civil, establecidos en los artículos 1604 y 2341 del Código Civil»*, en lo que respecta al daño y el perjuicio, siendo que frente a lo último *«es una exigencia legal. Esto se advierte de la lectura de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, normas que se refieren a la responsabilidad extractrcontractual, lo mismo que los preceptos de los artículos 1495, 1603, 1604 del mismo Código Civil, relacionados con la responsabilidad contractual»*.

2.- Se inaplicó, igualmente, *«la normatividad contenida en el Código Civil -art. 2347 y 2349-, referente a la responsabilidad indirecta en que incurrió la clínica aquí demandada; y también en la denominada responsabilidad civil extracontractual por el hecho de terceros»*, consagrada en los artículos 2346 al 2349 y 2352 *ibidem*.

## **CONSIDERACIONES**

1.- Argumentando equivocaciones en el diagnóstico de una dolencia y un inadecuado tratamiento por el

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

personal médico al servicio de la demandada, pretende el paciente la reparación de los perjuicios causados con ese comportamiento.

2.- El Tribunal concluyó que, como para el caso se aplicaba un régimen de culpa probada que no se logró demostrar con los elementos existentes, carecían de fundamento las reclamaciones.

3.- Se lamenta el opugnador de la vulneración directa de las normas que gobiernan la responsabilidad civil, porque no se estudiaron todos los elementos que la conforman, más concretamente el daño y el perjuicio.

4.- La violación directa ocurre cuando el fallador no tiene en cuenta los preceptos esenciales que gobiernan el caso concreto, aplica los que son completamente ajenos a la controversia o, a pesar de acertar y atinar en su selección o escogencia, les da un alcance o efecto que no acompasa ni se ajusta a la situación examinada.

Como el quebranto radica en la interpretación dada a las normas sustanciales, ningún reparo se admite en esta clase de embate a los aspectos fácticos y probatorios consignados en el fallo, que corresponden a la senda indirecta.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

La Corte en SC de 15 de noviembre de 2012, rad. 2008-00322-01, reiterada el 4 de abril de 2013, rad. 2004-00457-01, sostuvo que en esta causal se

*(...) requiere de la aceptación de todos los hechos que en ella se tuvieron por probados y sin que se pueda exteriorizar inconformidad con los medios de convicción obrantes en el plenario, toda vez que la labor argumentativa del censor sólo puede estar orientada a descubrir los falsos juicios sobre las normas materiales que regulan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea. (...) Corresponde, por ende, a una causal de pleno derecho, encaminada a develar una lesión producida durante el proceso intelectual que realiza el fallador, por acción u omisión, en la labor de escogencia y exégesis de la regulación que considera aplicable, con un resultado ajeno al querer del legislador.*

5.- La exposición pormenorizada que en extenso hace el recurrente discriminando que los «*elementos constitutivos de la responsabilidad son el: 1.) Daño o perjuicio, 2.) El hecho perjudicial o hecho generador de la responsabilidad y 3.) La relación de causa a efecto*» y haciendo precisiones conceptuales sobre los mismos, para ceñir la objeción a que en el caso concreto «*no se aplicó el debido análisis de los elementos de la responsabilidad civil, como el daño y el perjuicio*», no rebaten frontalmente el régimen que tuvo en cuenta el fallador para analizar el caso.

Como quedó consignado en la sentencia, la razón para confirmar lo resuelto por el *a quo* fue que

*(...) volviendo sobre el análisis de la responsabilidad médica por error diagnóstico, tal y como lo reclamaba enfáticamente la apelación, tiénese que revisadas las probanzas del litigio, no logró demostrarse que dadas las características de la sintomatología que presentaba el demandante era exigible exactitud en la diagnosis, o que la ayuda diagnóstica arrojaba la suficiente certeza para determinar sin ambages la apendicitis que le aquejaba, tampoco cuáles recursos, concretamente habría empleado un médico prudente y diligente para acertar en este mismo diagnóstico, y que dejaron de emplearse por la demandada para que se lograra concluir un comportamiento culposo, que hubiera sido determinante en la causación del daño que reclama.*

6.- Cuestiona el impugnante situaciones ajenas a este camino, proponiendo una interpretación particular de los elementos demostrativos al señalar que

*La culpa está representada y probada en el actuar negligente, imperito, y violatorio de la lex artis médica, por parte de los médicos tratantes del señor Matiz inicialmente quienes no valoraron en debida forma el cuadro clínico, pues su accionar se realiza sin el debido actuar, sin el debido cuidado y diligencia que se debió actuar, sin el estudio del caso clínico presentado, sin la utilización de todos los medios diagnósticos con los que cuenta la medicina para aclarar el cuadro clínico, o sin realizar la debida remisión oportuna del paciente a especialistas con mayor experiencia y conocimientos de estos casos; como se encontró al*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*remitir al paciente tardíamente, y que demostró que el especialista fácilmente diagnosticó la apendicitis que padecía el paciente.*

7.- Al hacer una contraposición entre lo señalado por el sentenciador y los planteamientos del objetor, se advierte que, en contra de lo que este afirma, aquel si consideró el daño y el perjuicio sufridos, sólo que no le encontró mérito a los reclamos indemnizatorios por la carencia de uno de los elementos imprescindibles para su procedencia, como lo era la verificación de la culpa en cabeza de la Clínica.

Así se desprende de la precisión de la sentencia en el sentido de que *«lo propio es descender al estudio de las probanzas para hallar allí, no tanto si el diagnóstico inicial no atinó, pues ese no es un hecho discutido, sino cuánto de culpa del centro hospitalario existió en ese presunto error de diagnosis, por supuesto si ese error fue la causa efectiva del daño».*

8.- Por lo tanto, el desconcierto del censor no proviene de una vulneración de las normas materiales aplicables al caso sino del análisis que se le hizo a la historia clínica, los documentos aportados y los testimonios e interrogatorios recaudados, discordando de las conclusiones que de ellos extrajo el Tribunal.

Esa debilidad probatoria en relación con la culpa enrostrada a los servidores del centro médico, que dejaba

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

sin asidero las aspiraciones indemnizatorias del accionante, no revela una dicotomía entre el tema de la decisión y la forma en que se resolvió. Por ende, cualquier diferencia en cuanto a cómo se llegó a esa convicción, que es más propia de la vía indirecta, no trunca el resultado obtenido por el sendero propuesto.

9.- La Corte en SC del 8 de agosto de 2011, rad. 2001-00778-01, en un caso similar señaló que

*Es evidente que el tribunal, en definitiva, dedujo la ausencia de culpa de los referidos medios probatorios, los que, a su juicio, mostraban que el manejo dado por los galenos a la crisis hipertensiva padecida por (...), en las circunstancias en las que éste se encontraba, fue adecuado de acuerdo con la lex artis, apreciación que efectuó con prescindencia de la tesis atacada por la censura, pues, ninguna valoración realizó desde esa óptica conceptual. La verdad es que para determinar la existencia de la culpa no se ocupó de dicho tema, al punto que como bien puede observarse, ni siquiera reparó en cuál era el manejo óptimo de la crisis mencionada y, mucho menos examinó si el tratamiento seguido se ajustó o no a él (...) Si el soporte medular de la sentencia son las apreciaciones probatorias atrás reseñadas, resulta evidente, entonces, que de nada vale al censor arremeter, como viene haciéndolo, contra la elucubración teórica, según la cual dejar de brindar al paciente el mejor de los tratamientos posibles no comporta culpa, porque, en últimas, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la validez de tal aserto, indudablemente no guarda simetría con el razonamiento que condujo a inferir la ausencia de culpa, el que al no ser objeto del ataque se mantiene inconvencible y, por ende, sigue en pie la resolución opugnada.*

10.- La acusación, por tanto, fracasa.

### **SEGUNDO CARGO**

Recrimina la afectación de los artículos 1495, 1603, 1612 al 1615, 2341 al 2344, 2347 y 2349 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho al no apreciar los medios demostrativos, *«transgrediendo como normas medio de contenido probatorio, los artículos 174, 175, 178, 179, 187, 194, 248, 251, 252 del Código de Procedimiento Civil»*.

Sustenta su inconformidad así:

1.- Se aportaron al proceso copia auténtica de las historias clínicas de Eduardo Alejandro Matiz González en la Clínica Partenón y el Hospital de Engativá, del protocolo y guía de manejo de dolor abdominal en el primer establecimiento citado y certificado de discapacidad expedido por Seguros Bolívar, sin que fueran tachados.

2.- Con esos elementos quedó acreditado el ingreso del paciente a la Clínica demandada el 5 de diciembre de 2006 a las 17:30 horas, con una impresión diagnóstica *«dolor abdominal a estudio, Gastroenteritis infecciosa»* y que fue medicado con Ranitidina, Metoclopramida y Buscapina intramuscular.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

3.- Sin embargo, no se tuvo por verificado, estándolo, que:

a.-) Ese tratamiento *«es contrario a las indicaciones y manejo médico del dolor abdominal en estudio por el riesgo de enmascarar cuadro de dolor abdominal agudo y desencadenar en peritonitis aguda»*, configurándose *«el error en manejo médico según los protocolos y guías de atención médica para dolor abdominal»*.

b.-) El reingreso del enfermo *«con persistencia de cuadro clínico, dolor intenso abdominal, tipo cólico que irradia a dorso y testículo derecho con náuseas»*.

c.-) Las inconsistencias en el *«examen médico y en la historia clínica, por cuanto su afección desde el cuadro clínico inicial es de localización derecha»*, lo que hizo que se desviara *«la observancia y el análisis detallado de la evolución del paciente»*.

d.-) Que los *«reportes de paraclínicos»* de la 10:50 *«muestran el compromiso infeccioso del paciente en su evolución clínica y su compromiso franco hacia el abdomen agudo de alto riesgo»*, lo que no era compatible *«del todo con la presencia de cálculos en sistema urinario como lo reporta el médico tratante, datos que además son tenidos en cuenta por esta médico para efectos de remitir al paciente a especialista de urología, configurando el error diagnóstico»*.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

e.-) Los hallazgos que hizo el urólogo determinantes de *«apendicitis aguda y nefrolitiasis incidental asintomática; remitiéndolo nuevamente al servicio de urgencias de la Clínica Partenón»*, lo que *«confirma el error diagnóstico en el paciente por parte del médico tratante inicial del servicio de urgencias y confirma la presencia de un cuadro de abdomen agudo que requiere un manejo quirúrgico de urgencias»*.

f.-) La detección *«el 6 de diciembre 19:40»* de *«dolor abdominal localizado en fosa ilíaca derecha y presenta signos francos de irritación peritoneal con Blunberg positivo»*, confirmando el especialista en cirugía general el *«diagnóstico de apendicitis aguda en proceso»* que requería *«tratamiento quirúrgico»*.

g.-) La negativa a la *«atención y realización de la cirugía Apendicetomía a pesar de la prolongada evolución del paciente durante tres días en espera de un diagnóstico adecuado y acertado»*, respecto de *«un paciente con un cuadro clínico de urgencia vital por riesgo de complicación severa o muerte del paciente, desatendiendo la necesidad de procedimiento quirúrgico de urgencias; primando la desatención por factores económicos y desconociendo el tiempo de prolongación del padecimiento por atención y diagnóstico inadecuado»*.

h.-) El ingreso de urgencias al Hospital de Engativá *«el 6 de diciembre a las 20:53 (...) con diagnóstico de apendicitis aguda y peritonitis generalizada»*, la asistencia

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

que le fue brindada allí y las secuelas de la *«pérdida de capacidad laboral permanente del 52.70% (...) mediante prueba del certificado de discapacidad laboral expedido por Seguros Bolívar»*.

4.- La historia clínica tiene una relevancia en estos asuntos *«pues en la medida en que recoge todos los datos referidos al estado de salud y la asistencia prestada al paciente, informan al juez, como a los peritos que se sirven de ella para rendir concepto, sobre la condición del paciente y la atención desplegada por la institución sanitaria, lo que permite valorar su conducta»* y el cumplimiento de *«los deberes por parte del personal sanitario»*, convirtiéndose en *«el objeto de estudio de todo informe pericial en materia de responsabilidad sanitaria, pues el perito médico requiere como elemento base para la elaboración de su concepto toda la información»* allí contenida. Es un *«instrumento a disposición de la justicia, para valorar la conducta del personal sanitario de cara a establecer su responsabilidad por mala praxis»*, que debe ser tenida en cuenta así se aporte en copias inauténticas y así se deduce del artículo 244 del Código General del Proceso.

Los registros que en ella se consignan deben ser claros y completos, *«sin enmendaduras, sin tachones, que no pongan en entredicho el contenido de la información consignadas en ellas»*, además de que su aportación al proceso no puede ser dificultada, puesto que si *«se obstaculiza la práctica de la prueba o no se facilita su*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*producción esta conducta ha de tomarse como indicio en contra de la entidad demandada» y si «no existe o se ha extraviado es demostrativo de negligencia, lo que compromete la responsabilidad de la entidad encargada de conservarla».*

5.- Con la historia clínica se aportó *«manifestación voluntaria suscrita por el demandante, de no continuar con la atención que en su oportunidad le brindaba la Clínica Partenón, documento que fue tachado de falsedad mediante incidente dentro del proceso; se desestimó el incidente por el juez de primera instancia, considerando que no se aportaron pruebas, y no se solicitaron las mismas»*, siendo que la firma que allí obra no fue impuesta por Alejandro Matiz González, como lo expuso en el interrogatorio de parte absuelto, aunque *«queda en el proceso que el señor aquí demandante sí pidió su salida voluntaria, ante la falta de atención por no contar con los recursos económicos solicitados por la Clínica para iniciar el tratamiento quirúrgico de apendicetomía de urgencias»*.

6.- El consentimiento informado *«adolece de las características primordiales de esa aquiescencia de la voluntad, no se tiene informado ningún procedimiento quirúrgico, ni la descripción de la técnica a llevar a cabo, ni la información de posibles riesgos y complicaciones»*, careciendo, además, del *«nombre del médico o profesional que suscribe el documento y que dio la inflación»* (sic),

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

dándose por *«probada la existencia de un consentimiento informado cuando en realidad éste no existe»*.

7.- En cuanto a los testimonios de Ana María Romero Romero y Mauricio Neira, dejando de lado que son *«profesionales que participaron en el acto médico»* que se cuestiona, y el interrogatorio absuelto por el gestor, no fueron apreciados a cabalidad, pretiriéndolos, *«y también se demuestra el vicio de tergiversación manifiesta, por cuanto considera las pruebas aportadas y obtenidas dentro del proceso, pero al considerarlas en la interpretación peca en esta labor de interpretación, perdiendo con ello el valor que tienen para el desenlace del proceso»*.

### **TERCER CARGO**

Atribuye al Tribunal la violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 1495, 1603, 1612 al 1615, 2341 al 2344, 2347 y 2349 del Código Civil, como consecuencia de errores de derecho al apreciar un medio de prueba *«que fue aducido sin el apego a los requisitos exigidos para su producción o cuando se le niega el mérito probatorio a pesar de la ley otorgarle esa virtud de contenido probatorio, contemplado en los artículos “233, 234, 236, 237, 240, 241 del Código de Procedimiento Civil»*.

Desarrolla la recriminación de esta manera:

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

1.- En virtud del peritaje pedido *«por el despacho en auto del 20 de noviembre de 2009 se ofició a la Sociedad Colombiana de Cirugía, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca»*, sin que obre en el expediente *«prueba de que se emitieron los correspondientes oficios, o que se allegaron los expedientes a las partes oficiadas y ni demostración que existió requerimiento por la solicitante y mucho menos por el Despacho para su cumplimiento»*.

2.- Se duele el fallo de la falta de dictamen *«como elemento de carencia probatoria»*, cuando al decir del artículo 233 *ibidem* el juzgador debió decretarlo de oficio o *«en su efecto requerir a los peritos para las aclaraciones»*.

3.- La ausencia de respuesta de esas entidades por que no se *«allegaron los traslados correspondientes»*, obligaban tomar las medidas necesarias para su agotamiento o el decreto oficioso de la experticia, además de sancionar a la parte incumplida, *«apreciar la conducta como indicio en su contra, y valorar la prueba aportada por la demandante a folios 83 a 89»*, con el que se establece la *«pérdida de capacidad laboral permanente del 52.70%»*.

### **CONSIDERACIONES**

1.- Eduardo Alejandro Ortiz pide la reparación del perjuicio por responsabilidad médica, proveniente de un error de diagnóstico y el mal manejo recibido en la Clínica

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Partenón Ltda., cuando acudió a consulta por una apendicitis que no fue detectada desde un comienzo.

2.- La sentencia de segunda instancia coincidió con el inferior, en que no prosperaban los reclamos, toda vez que el afectado no cumplió con la carga de demostrar la culpabilidad del centro hospitalario en el proceder del personal a su servicio ni si el mismo fue la causa efectiva del daño.

3.- Cuestiona el impugnante la tasación probatoria que le dio el fallador a la historia clínica del paciente y un informe de incapacidad de Seguros Bolívar; así como el no decretar un dictamen pericial de oficio que disipara las dudas existentes sobre la incidencia de la atención en sus padecimientos posteriores.

4.- Los ataques por la vía indirecta, cuando se dirigen a la comisión de un error de facto manifiesto en la apreciación de las pruebas, requiere de una labor argumentativa encaminada a develar la relevancia de la equivocación, por existir disparidad evidente entre las conclusiones del fallo, con lo que arrojan los elementos recaudados para acreditar lo planteado por las partes en litigio.

La Corte sobre esta causal tiene dicho que

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*(...) al denunciarse en el punto la comisión de errores de hecho probatorios, pertinente resulta memorar que no cualquier yerro de esa estirpe es suficiente para infirmar un fallo en sede de casación, sino que se requiere que sea manifiesto, porque si se edifica a partir de un complicado proceso dialéctico, así sea acertado, frente a unas conclusiones también razonables del sentenciador, dejaría de ser evidente, pues simplemente se trataría de una disputa de criterios, en cuyo caso prevalecería la del juzgador, puesto que la decisión ingresa al recurso extraordinario escoltada de la presunción de acierto” (CSJ SC, 9 ago. 2010, rad. 2004-00524).*

5.- Por su parte, cuando se achaca un yerro de jure en la contemplación jurídica de los medios de persuasión, se excluye toda controversia sobre la presencia física o material de ellos, pues, *«él sólo podría estructurarse en un escenario que le es muy propio: el de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba»* (CSJ SC 13 abr. 2005, rad. 1998-0056-02), ya porque desconoce las reglas sobre aducción e incorporación de los mismos o el mérito demostrativo asignado por el legislador.

La Corte explicó que en él incurre el fallador

*(...) cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere* (CXLVII, página 61, citada en las Sentencias de 13 de abril de 2005, exp. 1998 0056 02; 24 de noviembre de 2008, exp.1998 00529 01; 15 de diciembre de 2009, exp. 1999 01651 01, entre otras).

También se produce este desfase cuando el sentenciador, sin razón y existiendo serios motivos para que lo haga, no acude a las facultades conferidas por los los artículos 37 numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil de decretar pruebas de oficio necesarias para la comprobación de *«los hechos relacionados con las alegaciones de las partes»*, sin que ello conlleve suplir las cargas desatendidas por estas y que le son propias, sino el esclarecimiento de aquellas situaciones que obstruyen el deber de administrar pronta y cumplida justicia, pero siempre y cuando esa omisión tenga relevancia en la forma como se desató el pleito.

Es así como su práctica se hace imprescindible, entre otros, en asuntos de filiación, para identificar la relación genética de los involucrados; en los trámites de pertenencia, donde es obligatoria la inspección judicial del bien, salvo cuando se trata de viviendas de interés social; y cuando se requieren para imponer una condena resarcitoria integral, al ocasionar un perjuicio que debe ser indemnizado.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Sin embargo, una recriminación por este sendero sólo se verifica si el medio de convicción está claramente sugerido o insinuado en el expediente, porque de no ser así, se estaría desconociendo la discrecionalidad con que cuenta el fallador al respecto. Ello ocurre, por ejemplo, cuando obra la prueba aunque indebidamente aducida o incorporada, hipótesis en la cual, de ser trascendente en la decisión, se hace imperioso regularizarla, porque de no hacerlo se produce una grave desatención de los elementos que conforman el plenario.

De antaño tiene explicitado la Sala que

*(...) uno de los avances más importantes que ha tenido el derecho procesal ha sido el de darle al juez o magistrado que tiene a su cargo el trámite de determinada controversia judicial la potestad de decretar pruebas de oficio. El proceso en estas circunstancias, si bien conserva su naturaleza dispositiva, morigeró su estructura a través de la prerrogativa que se le concede al funcionario con el fin de acudir en la búsqueda de la llamada verdad real, con la cual pasa de simple espectador del debate entre los litigantes a convertirse en el director del mismo con plenos poderes, aunque respetando, como es obvio, las reglas aplicables fijadas por el legislador (...) El tema de la prueba de oficio hay que estudiarlo desde dos frentes que son disímiles, aunque se complementan (...) El primero hace referencia a los casos en los cuales por expreso mandato del legislador es obligatorio e ineludible el 'decreto de pruebas de oficio', so pena de que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia, pudiendo ser aniquilada a través de la vía del recurso extraordinario de casación apoyado en la causal primera, por la*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*transgresión de normas de disciplina probatoria que conducen fatalmente a la violación de preceptos sustanciales, obviamente en el entendido de que se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga trascendencia para modificar la decisión adoptada (...) El punto fue recientemente analizado por la Corporación, en la sentencia N° 069 de 15 de julio de 2008, expediente 000689-01, en la que se precisó que ‘no sólo es una facultad que tiene el juez sino que también es un deber, mucho más si se tiene en cuenta que hay algunos casos en que es obligatorio ordenarlas y practicarlas, como por ejemplo la genética en los procesos de filiación o impugnación; la inspección judicial en los de declaración de pertenencia; el dictamen pericial en los divisorios; las indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. De análogo modo para impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades’ (...) El segundo alude a las situaciones procesales en las cuales el juez, en aras de resolver el asunto sometido a su composición, puede usar la facultad discrecional de acudir a dicho mecanismo con el fin de aclarar los puntos oscuros o confusos que interesan al proceso (...) Es cierto que, en principio, el decreto de pruebas de oficio no es un mandato absoluto que se le imponga fatalmente al sentenciador, puesto que él goza de una discreta autonomía en la instrucción del proceso, circunstancia por la que no siempre que se abstenga de utilizar tal prerrogativa equivale a la comisión de su parte de un yerro de derecho. Además, no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador (...) Además, no puede perderse de vista, tal como lo tiene definido la*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*jurisprudencia de la Sala, que para que pueda acusarse válidamente mediante la presente vía de impugnación extraordinaria una sentencia por haber incurrido en error de derecho respecto de una prueba y, más concretamente, por no haber decretado alguna de oficio dentro de la discrecionalidad que le es propia al juzgador, es requisito inexcusable, insoslayable e imperativo que la misma obre en el expediente, pues, de no hallarse físicamente en él no es válido aceptar una acusación de dicho talante (CSJ SC 24 nov. 2008, rad. 1998-00529-01. En iguales términos SC 15 dic. 2009, rad. 1999-01651-01 y 2006-00161-01).*

6.- La conjunción de las dos censuras se justifica por la relación de los medios de convicción, que se dicen indebidamente apreciados, con el incumplimiento del deber de ordenar una experticia por arbitrio del fallador y las repercusiones que ese proceder hubiera tenido en el resultado del pleito.

7.- A pesar de los grandes avances científicos que han logrado aumentar las expectativas de vida de la población, la medicina, que según el DRAE es la *«ciencia y arte de preaver y curar las enfermedades del cuerpo humano»*, no es exacta.

Su praxis está sometida a diversas variables, entre ellas las reacciones biológicas del paciente al tratamiento, los efectos adversos, la coincidencia de síntomas entre distintos padecimientos y todos los factores de

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

incertidumbre que la tornan imprevisible frente a principios o criterios preestablecidos.

Sin embargo, las fallas ostensibles en la prestación de servicios de esa índole, por acción u omisión, ya sean resultado de un indebido diagnóstico, procedimientos inadecuados o cualquier otra pifia en la atención, son constitutivas de responsabilidad civil, siempre y cuando se reúnan los presupuestos para su estructuración, ya sea en el campo contractual o extracontractual.

La Corporación sobre el particular en SC de 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01, señaló como

*En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño*

*(...)*

*Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues “el acto médico puede generar para el profesional que lo ejerce obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas” (cas. civ. sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199).*

8.- Esa responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas.

Esto aunado a que la relación entre el centro asistencial y el enfermo es compleja, bajo el entendido de que comprende tanto la evaluación, valoración, dictamen e intervenciones necesarias, como todo lo relacionado con su cuidado y soporte en pos de una mejoría en la salud, para lo que aquel debe contar con personal calificado y expertos en diferentes áreas.

Por ese motivo, en este tipo de acciones se debe examinar si existe entre las partes una vinculación integral o se prescindió de alguno de los servicios ofrecidos, como puede ocurrir cuando el enfermo se interna en una clínica pero escoge un profesional ajeno a la planta existente, para que se encargue de un procedimiento específico, por su cuenta y riesgo.

Sobre este tema, en SC de 22 de jul. 2010, rad. 2000-00042, precisó la Corte que puesta

*(...) en la tarea de concretar la responsabilidad de esas entidades, prontamente advierte que, como ya lo hiciera en pretérita oportunidad (sentencia de casación de 12 de septiembre de 1985), el contenido del acuerdo ajustado entre el establecimiento respectivo y el paciente está integrado por las obligaciones explícitamente estipuladas por las partes (v. gr. las relacionadas con los servicios de enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, entre otras, que ineludiblemente deben pactarse por las partes); por las derivadas de la naturaleza misma del acuerdo y aquellas que por ley le pertenecen, deberes todos estos que pueden ser de disímil temperamento, pues pueden concernir, conforme lo señala autorizada doctrina, con: a) el acto médico propiamente dicho, esto es, con la actividad desplegada en orden a obtener el alivio o la curación del paciente mediante la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de su enfermedad y, de ser el caso, la cirugía que se recomiende; b) con ciertos actos de asistencia sanitaria de carácter auxiliar (paramédicos), tales como suministrar los medicamentos prescriptos, inyectar calmantes,*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*realizar ciertos exámenes, controlar signos, etc.; y, finalmente, c) cuando el negocio jurídico envuelve un pacto de hospitalización, toda la actividad relativa al aspecto hotelero del servicio sanitario que, sea oportuno subrayarlo, asume un carácter marcadamente instrumental en cuanto se endereza a facilitar la asistencia médica, y que le impone al deudor, entre otras, las obligaciones de proporcionar alojamiento y manutención al enfermo (...) Puede acontecer, subsecuentemente, que el paciente acuerde con el centro sanitario que éste asuma de manera integral la ejecución de esas tres especies de actos, o que las escinda para encargarle el cumplimiento de los dos últimos, a la vez que pacta separadamente con un profesional de su preferencia la asistencia médica propiamente dicha, hipótesis en la cual, como es apenas obvio colegirlo, la responsabilidad civil suele igualmente desdoblarse (..) En tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente.*

9.- Las reclamaciones que se desprenden de una indebida prestación de los servicios aquí involucrados, requieren de un esfuerzo demostrativo por cuenta de quien las plantea. Esto si se tiene en cuenta que la Sala entiende desde hace considerable tiempo, como dijo en la SC de 5 de

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

marzo de 1940, que por regla general las obligaciones que surgen de vinculaciones de este tipo son de medio, debiéndose establecer *«no sólo la certidumbre de la culpa del médico sino también la gravedad»*.

De allí que se aplique el principio universal del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *«incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*.

Sin embargo, no se trata de un postulado absoluto, puesto que si en la práctica el profesional se compromete con un resultado específico, como ocurre con algunas intervenciones estéticas, o se dan circunstancias que dificultan ostensiblemente la actividad probatoria del gestor, puede el fallador morigerar la carga de la prueba. En estos eventos es razonable que se apliquen los conocimientos adquiridos en el ejercicio de la función judicial, así como las reglas de equidad, y se extraigan del material obrante deducciones sobre el comportamiento de los litigantes o un conjunto de indicios sobre la conducta lesiva endilgada.

En SC de 30 nov. 2011, rad. 1999-01502-01, se memoró como

*En oportunidad reciente, la Sala, refiriéndose en particular a las reglas aplicables en materia de prueba del factor subjetivo de atribución de la responsabilidad médica, precisó que “si bien el*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)” (...)*

*Añadió la Corte que “a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o ‘dulcifican’ (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto” (...)*

*Y que, “dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento” (Cas. Civ., sentencia del 22 de julio de 2010, expediente No. 41001 3103 004 2000 00042 01; se subraya).*

*2.4. Corolario de lo expuesto, es que, en línea de principio, las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil derivada de la actividad profesional médica, siguen la regla general que en cuanto hace a la carga probatoria contempla el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, por lo que compete al demandante acreditar sus elementos estructurales, entre ellos, la culpa de la parte demandada, sin que tal deber resulte desvirtuado por la circunstancia de que, según las particularidades de determinados casos, pueda flexibilizarse dicho principio procesal y, en tal virtud, recurrirse a instrumentos lógicos como lo señalados por la Corte, en procura de tener por acreditados los requisitos axiológicos propios de la indicada clase de responsabilidad civil, en particular el atinente a la imputación subjetiva del galeno demandado.*

10.- Tiene trascendencia para desatar ambos ataques:

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

a.-) Que se pidió declarar la «*responsabilidad médica extracontractual*» de la Clínica Partenón Limitada «*como consecuencia de negligencia, imprudencia e impericia por error diagnóstico y mal manejo efectuado por los médicos adscritos*» a ella (folio 18).

b.-) Que el expediente se quemó (9 ago. 2010) y fue reconstruido (16 ago. y 15 nov. 2011), aportándose por los litigantes como constancia de las pruebas recaudadas las que se relacionan:

(i) Guía de manejo de apendicitis aguda del E.S.E. Hospital San Rafael de Fusagasugá (folios 68 al 70, cuaderno 1).

(ii) Guía de tratamiento por apendicitis aguda de Clínica La 100 (folios 71 al 73, cuaderno 1).

(iii) Textos científicos sobre diagnóstico de apendicitis (folios 74 al 77, cuaderno 1).

(iv) Plan Andaluz de Urgencias y Emergencias para el manejo del dolor abdominal agudo (folios 79 al 82).

(v) Dictamen de calificación de invalidez de Seguros Bolívar (folios 83 al 89, cuaderno 1).

(vi) Historia clínica del paciente en la Clínica Partenón (folios 100 al 111 y 269 al 282, cuaderno 1).

(vii) Historia clínica por atención en el Hospital Engativá (folios 112 al 141, cuaderno 1).

(viii) Constancia sobre terminación de la relación médico paciente y retiro voluntario de la Clínica Partenón (folio 180, cuaderno 1).

(ix) Declaraciones rendidas por Iván Mauricio Neira Melo y Ana María Romero Romero (folios 187, 188, 193 y 194, cuaderno 1).

(x) Interrogatorio de parte absuelto por el promotor (folios 189 y 190, cuaderno 1).

(xi) Consentimiento informado para intervención quirúrgica (folio 210, cuaderno 1).

c.-) Que antes de proferir sentencia de primer grado, el *a quo* hizo uso de las facultades de los artículos 37, numeral 4, y 180 del Código de Procedimiento Civil, para oficiar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca y la Sociedad Colombiana de Cirugía, exigiendo «*copia del dictamen pericial ordenado en auto del 20 de noviembre de 2009*», según las comunicaciones libradas en esa época con los números 2859 a 2860 (folios 311 al 314, cuaderno 1).

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

d.-) Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez y Medicina Legal enviaron respuestas negativas, por la inexistencia del material referido (folios 315 al 317, cuaderno 1)

e.-) Que el Tribunal confirmó el fallo desestimatorio de primera instancia, coincidiendo en que las aspiraciones del accionante eran por la vía contractual, sin que fuera materia de reclamo en la apelación, y que no se demostró *«un comportamiento culposo, que hubiera sido determinante en la causación del daño que reclama»*.

11.- No se configura el ataque por los errores de hecho endilgados por las razones que se pasan a desarrollar:

a.-) Se enrostra al sentenciador que no extrajo de la historia clínica algunos puntos determinantes de la responsabilidad endilgada, restándole peso a su contenido y sin advertir inconsistencias en la misma.

Tal compilación informativa en la que se individualiza a la persona que requiere de atención médica y se relata de forma discriminada la forma como se le presta, lo que comprende una descripción del estado de salud de arribo, los hallazgos de su revisión por el personal encargado, los resultados de las pruebas y exámenes que se practiquen, los medicamentos ordenados y su dosificación, así como todo lo relacionado con las intervenciones y procedimientos a que se somete, es una herramienta útil para verificar la

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

ocurrencia de los hechos en que se sustentan los reclamos del afectado con un procedimiento de esa naturaleza.

Su conformación debe ser cronológica, clara, ordenada y completa, pues, cualquier omisión, imprecisión, alteración o enmendadura, cuando es sometida al tamiz del juzgador, puede constituir indicio en contra del encargado de diligenciarla.

De todas maneras su mérito probatorio debe establecerse «*de acuerdo con las reglas de la sana crítica*», debiendo ser apreciada en conjunto con las pruebas restantes, máxime cuando su contenido se refiere a conceptos que en muchos casos son ajenos al conocimiento del funcionario.

Sobre el tema la Sala en SC de 28 jun. 2011, rad. 1998-00869-00, dijo que

*Relativamente a la historia clínica es preciso comenzar por acotar que se trata del documento en el que por exigencia legal debe dejarse constancia de los distintos acontecimientos relacionados con las condiciones de salud del paciente y con el acto médico al que es sometido. Al respecto, resulta pertinente subrayar que su elaboración es obligatoria y que en ella deben consignarse, en orden cronológico, las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención (artículo 34, Ley 23 de 1981; artículo 1º, Resolución 1995 de 1999, expedida por el entonces Ministerio de Salud). Está compuesta por la*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*identificación del usuario; los registros específicos donde se consignan los datos e informes sobre la atención prestada, los que debe adoptar todo prestador de salud mediante el acto respectivo y respetando los contenidos mínimos de información señalados por la Resolución 2546 de 1998; y los anexos o sea los documentos que sirven de sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas (...) Según lo dispuesto en el artículo 3° de la citada resolución, se caracteriza por: a) su integralidad, puesto que “debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria”; b) secuencialidad, pues los registros de la prestación del servicio deben consignarse en la secuencia cronológica de la atención; c) racionalidad científica, dado que su diligenciamiento debe evidenciar en forma lógica, clara y completa el procedimiento realizado en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo; d) disponibilidad, es decir, la posibilidad de utilizarla cuando sea requerida; e) oportunidad, el registro debe efectuarse tan pronto se presta el servicio (...) Además de cumplir una función asistencial, en la medida que permite conocer los antecedentes de salud del paciente y brindarle atención continuada por equipos distintos, facilita la realización de estudios de investigación y epidemiología, a la vez que permite la evaluación de la calidad del servicio, la planificación y gestión sanitaria. Sin embargo, junto con esas atribuciones, cumple otra de carácter probatorio en la medida que contiene la historia médica del paciente. No obstante, incumbirá al juez, en cada caso concreto, ponderar, de la mano de las reglas de la sana crítica, el valor probatorio. Para*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*que esas funciones puedan realizarse cabalmente, es menester que sea diligenciada con rigurosidad, relatando todos los detalles necesarios y suficientes que justifiquen el diagnóstico y el tratamiento. De ahí que la citada resolución imponga a los médicos y al personal paramédico que intervenga en la atención de un enfermo la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones desarrolladas, conforme a las características antes referidas (artículo 4º, Resolución 1995/99) ... Adicionalmente, por mandato del artículo 36 de la Ley 23 de 1981 se impone un deber de claridad a cargo de quien diligencia la historia clínica, de manera que le incumbe asentar los datos de manera comprensible, cualidad ésta que debe valorarse desde la perspectiva del paciente (...) Pero, como se dijera, adicionalmente tiene un significado probatorio en las causas judiciales, habida cuenta que, dadas las obligaciones que el ordenamiento impone respecto de su diligenciamiento, ella debe contener una descripción detallada de antecedentes personales y familiares del paciente, síntomas referidos por éste, resultados del examen físico, impresión diagnóstica, las derivaciones, análisis, estudios, etc. requeridos para determinar el diagnóstico definitivo, el tratamiento brindado, el seguimiento de la dolencia -progresos, retrocesos, etc.-, las intervenciones quirúrgicas, secuelas y los demás aspectos específicos para el caso. Desde esa óptica el juez, como ya se dijera, la valorará conforme a las reglas de la sana crítica, sin dejar de advertir que su autoría corresponde o puede corresponder a una de las partes de la relación jurídica, circunstancia que reclama del juzgador especial ponderación (...) Como quiera que en un momento dado puede consistir en la única prueba a favor del paciente, no son pocos los eventos en los que la ausencia del aludido documento o su diligenciamiento incorrecto o incompleto puede comportar en alguna medida un cercenamiento de las expectativas probatorias de aquel. En esa perspectiva la ausencia de historia o su*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*elaboración incompleta puede eventualmente, dependiendo de las circunstancias de cada caso, aparejar secuelas para quien debiendo diligenciarla no lo hizo o lo hizo inexactamente, supuesto que puede generar un grave indicio en contra del profesional.*

De entrada se advierte que ninguna relevancia tienen las observaciones que hace el impugnante sobre la valoración que debe dársele a esa compilación informativa en la Clínica Partenón, así se haya aportado en copia, puesto que fue estimada en su integridad por el *ad quem* sin reparos y en su real contenido.

Al respecto se resaltó que

*(...) la historia clínica, ciertamente, revela que el actor ingresa por el servicio de urgencias de la Clínica Partenón con cuadro de dolor abdominal, a las 5:22 p.m. del 5 de diciembre de 2006, de 11 horas de evolución, cuya primera impresión diagnóstica es una gastroenteritis infecciosa, que al paciente se le ordenan examen de sangre, parcial de orina y rayos x [folios 100 a 104], cuyos resultados la misma demanda, dice, no revelaron anormalidad alguna, versión de los hechos que tampoco discute la demanda, y que respecto de este último examen, puede corroborarse, fácilmente, con el contenido del documento visible a folio 109 (...) Se encuentra probado, igualmente, con la historia clínica y el dicho del actor que, a partir de ese diagnóstico presuntivo se decidió tratar al paciente con ranitidina y metoclopramida, y que de persistir el dolor lo indicado era suministrarle buscapina intramuscular (...) Que al día siguiente, esto es, el 6 de diciembre de 2006, a las 8:40 a.m. el demandante acude nuevamente a la Clínica Partenón pues el*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*dolor abdominal que lo condujo la primera vez a dicho centro médico persistía, y que irradiaba el dorso y el testículo derecho, abdomen levemente distendido en flancos, puño percusión izquierda positiva (...) De igual manera, que casi dos horas después, a las 10:50 a.m., se reciben “reportes de paraclínicos” con nuevos datos de laboratorio dicientes, para la Clínica, de urolitiasis, patología que, dice la demanda, consiste en la formación de cálculos en los uréteres, por lo que se solicita la práctica de ecografía abdominal total, cuyo resultado sugiere una nefrolitiasis, ordenándose, pues, la remisión al especialista en urología (...) Que solo hasta las 7:40 p.m. de ese mismo día, 6 de diciembre se le diagnostica apendicitis aguda y su remisión al departamento de cirugía (...) El anterior resumen lo que deja ver es que el error diagnóstico, en la forma que lo plantea la demanda, no existe, en primer lugar, porque si el resultado de los exámenes de sangre y rayos x, practicados el 5 de diciembre de 2006, según lo dice la misma historia clínica, y lo confirma la demanda, no era indicativo de anormalidad alguna, entonces el diagnóstico inicial presuntivo de gastroenteritis infecciosa no es yerro propiamente dicho al no lucir disonante con lo que para ese momento revelaba la sintomatología del paciente.*

Tal exposición revela que no solo se tuvo en cuenta lo que allí consignó el primer centro asistencial, sino que se discriminaron las diferentes oportunidades en que acudió el paciente y los dictámenes que en su momento se le dieron, frente a la sintomatología presentada, lo que coincide con el material aportado, sin que se vislumbre un cercenamiento o desfiguración del elemento de prueba.

Cosa muy distinta es que del mismo no se tuviera por establecida la culpabilidad del centro hospitalario en un

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

error diagnóstico y de tratamiento, en vista de que no se discute que los síntomas presentados por el enfermo fueran extraños a los padecimientos señalados en un comienzo o alguna inconsistencia en los exámenes practicados inicialmente que arrojaron resultados *«dentro de límites normales»*.

El accionante estructura el ataque dándole una interpretación particular a la historia clínica, partiendo de los hallazgos finales, para tener por suficiente la existencia de la apendicitis aguda como prueba de la equivocación en el diagnóstico.

Sin embargo, el juzgador precisó que *«no es cierto que haya existido un error diagnóstico de entrada cuando se presume la existencia de una gastroenteritis infecciosa, simplemente, porque los exámenes de laboratorio y rayos x no sugerían, para ese momento, la apendicitis que padecía el demandante»*, para dolerse de que *«existe orfandad probatoria»*, porque *«la carga de traer el convencimiento al juzgador de que el centro hospitalario demandado incurrió en culpa en un error de diagnóstico (...) era algo que pesaba en hombros del demandante»*, siendo que *«en casos como estos, la prueba que viene a despejar cualquier polémica en torno a la culpa, o no, en que por negligencia pudo haber incurrido el médico, sin duda es la pericial»*, sin que así lo pidiera el gestor.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Los argumentos del recurrente no pasan de ser una propuesta de valoración alterna del medio de convicción, sin que se revele una equivocación flagrante en la motivación del fallo, en el sentido de que la prueba documental no era suficiente para verificar un proceder culposo de la clínica, toda vez que para revelarlo se requería de una experticia, que fue la razón concreta del resultado adverso.

Independientemente de la validez o certeza de las observaciones dadas por el impugnante, lo cierto es que las mismas no surgen espontáneamente de la lectura de la historia clínica ni encuentran respaldo en las restantes probanzas. Como se resaltó en la providencia combatida, en ninguna de ellas existe una labor comparativa entre lo que sucedió y lo que hubiera consistido una adecuada prestación del servicio médico, bajo las específicas situaciones presentadas, labor para la cual está establecida la colaboración de auxiliares expertos, que no se llevó a cabo en esta oportunidad.

Ni siquiera podría decirse que gravitaba un indicio grave en contra de la Clínica, puesto que ninguna discusión existe sobre la información consignada en la historia, el que se hubieran dejado de registrar hechos determinantes de responsabilidad o que fuera sometida a ajustes y correcciones.

Tampoco se revela la incidencia de que en algunos apartes se refiera a *«un intenso dolor abdominal (...) que*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*irradia dorso y testículo derecho» y en otros a un «dolor (...) en flanco izq», siendo que ninguna de las anotaciones es desvirtuada o se colija que se refieren a lo mismo, lo que también era materia de estudio por un experto.*

Quiere decir que en esta ocasión, como también se señaló en SC de 28 jun. 2011, rad. 1998-00869-00, *«el impugnante le atribuye al fallador haber apreciado indebidamente la historia clínica (...), sin determinar en qué consistió tal yerro ni demostrarlo, pues circunscribió su labor impugnativa a formular un simple alegato cual si se tratara de un debate de instancia».*

b.-) En lo que se refiere al consentimiento informado y la *«manifestación voluntaria suscrita por el demandante, de no continuar con la atención que en su oportunidad le brindaba la Clínica Partenón»*, que hacen parte de la historia clínica, tampoco se evidencia una equivocación manifiesta en lo que de ellos se extrajo.

El primero ninguna relevancia tuvo en la decisión, salvo para coincidir con lo resuelto por el *a quo* en que la responsabilidad predicada era de naturaleza contractual, sin que fuera un punto cuestionado en la apelación y por ende queda por fuera de la discusión en esta senda.

En cuanto al último, si el fallador de primer grado negó la tacha de falsedad que se propuso respecto del mismo y se guardó silencio en la alzada, también quedaba superada

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

cualquier desavenencia sobre la validez del escrito. Además cualquier reparo sobre su contenido lo superaba la sola manifestación del impugnante en el sentido de que *«queda en el proceso que el señor aquí demandante **sí pidió su salida voluntaria**, ante la falta de atención por no contar con los recursos económicos solicitados por la Clínica para iniciar el tratamiento quirúrgico de apendicetomía de urgencias»* (resaltado ajeno al texto).

c.-) Respecto de la historia clínica abierta en el Hospital Engativá, la literatura relacionada con el diagnóstico y tratamiento de la apendicitis aguda, así como la calificación de invalidez que dio Seguros Bolívar, todos ellos se relacionan con la situación presentada luego del retiro de la Clínica Partenón, sin que vistos individualmente o en conjunto revelen el comportamiento culposos de la contradictora.

Incluso, como lo recalcó el juzgador *«con todo y que con la demanda se haya allegado prueba documental, relativa a las guías de manejo para la apendicitis aguda, y alguna literatura médica, es claro que la interpretación de esa información debe estar mediada por un experto en la materia»*, lo que no implica una desatención o desfiguración de su contenido, sino que para darle pleno alcance era perentorio obtener un concepto especializado, que no se produjo en este caso.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Tal situación no es rebatida en el escrito de sustentación de esta vía extraordinaria, en la que se citaron dichos elementos como aportados pero sin que se individualizara la trascendencia de cada uno de ellos en la decisión cuestionada o en qué consistió el desatino del Tribunal al valorarlos.

d.-) Frente a los dos testimonios y el interrogatorio absuelto por el promotor, sobre los cuales se advirtió que *«de los primeros sólo se establece que el paciente acudió a la Clínica aquí demandada, los síntomas que presentaba, así como que el diagnóstico final fue el de apendicitis aguda»* y el último *«recaba en que no fue operado, por no disponer del dinero exigido para cubrir el valor de la cirugía, declaraciones de las cuales, por supuesto, no se extrae el plurimencionado error en el diagnóstico, como que ni siquiera aluden a él»*, esa sola cita da fe de su apreciación, sin que le asista razón al inconforme en el sentido de que fueron preteridos.

Además, la sola forma como fueron practicados aquellos, mediante la formulación de cuestionarios escritos con preguntas asertivas que llevaban implícito el sentido de la respuesta, le restaban peso si se tiene en cuenta que de conformidad con el numeral 5° del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, en este tipo de prueba *«no se admitirá como respuesta la simple expresión de que es cierto el contenido de la pregunta, ni la reproducción del texto de ella»*.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Bajo esa óptica nada se extrae de lo que contestó Ana María Romero Romero, que sólo se limitó a decir en todas sus respuestas «Si», sin ningún agregado que contuviera una narración exacta y completa de lo que sabía, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos, además de la forma como llegaron a su conocimiento.

A pesar de que Iván Mauricio Neira admitió ser Médico Cirujano con Especialidad en Urología, al servicio de la demandada, y al ser preguntado si *«considera que existió error al manejo clínico del cuadro de dolor abdominal agudo del señor Matiz»* dijo que *«si hay error diagnóstico ante el diagnóstico de un abdomen agudo si es erróneo el uso de analgésicos sin tener la causa claramente definida»* (sic), allí mismo agregó *«pero asumiendo que la interpretación inicial no dio a pensar en la posibilidad diagnóstica de un abdomen quirúrgico agudo **no podría decir que fue erróneo** hago énfasis en que hubo una mala interpretación del cuadro clínico que pudo haber llevado a la toma de conductas no apropiadas»* (resaltado fuera de texto), conclusión esta que coincide con lo señalado en el fallo en el sentido de que *«lo propio es descender al estudio de las probanzas para hallar allí, no tanto si el diagnóstico inicial no atinó, pues ese no es un hecho discutido, sino cuánto de culpa del centro hospitalario existió en ese presunto error de diagnosis, por supuesto si ese error fue la causa efectiva del daño»*.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

Por ende, ningún reparo admite el que se concluyera que de esas declaraciones *«no se extrae el plurimencionado error en el diagnóstico, como que ni siquiera aluden a él»*.

Lo mismo pasa con el interrogatorio absuelto por Eduardo Alejandro Matiz González, por cuanto la relevancia de esa clase de diligencia como prueba autónoma sólo se predica si es constitutiva de confesión, al admitirse expresamente hechos perjudiciales para el absolvente, pues, en lo que le favorece debe estar respaldado por las restantes probanzas, toda vez que sería irregular acoger a ciegas aquellas atestaciones que provienen de la parte a la que beneficia.

Como lo recordó la Corporación en SCC de 25 mar. de 2009, rad. 2002-00079-01,

*(...) no puede confundirse la confesión con la declaración de parte, habida cuenta que “la confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio del cual se intenta provocar la confesión judicial... En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario o, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba” (sentencias de 13 de*

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

*septiembre de 1994, 27 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2002, entre otras).*

12.- Ya en relación con el error de derecho por no haberse decretado una prueba de oficio que supliera las carencias demostrativas con que se encontró el fallador de segundo grado, citando para el efecto el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, tampoco se logra demostrar el quebranto ostensible que exige la vía indirecta de casación.

Como se dejó expuesto con antelación, la desidia del funcionario judicial de hacer uso de las facultades conferidas por los artículos 37 numeral 4, 179 y 180 *ibidem*, ocasiona el quiebre de la decisión de fondo en aquellos casos en que su decreto es perentorio, sin que ello conlleve liberar a los litigantes de sus deberes.

La prueba pericial, como lo advierte el precepto probatorio que invoca el opugnador, *«es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos»*, que, en principio, requiere de solicitud del interviniente interesado en demostrarlos.

Sin embargo, en algunos eventos y a pesar del silencio de los participantes, por imperativo legal, le corresponde al sentenciador asumir una posición activa para esclarecer aquellos aspectos oscuros que obstaculizan su labor. Es el

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

caso de la prueba de ADN «*en los procesos para establecer paternidad o maternidad*» o cuando establecida la obligación de indemnizar «*no existe prueba suficiente para la condena en concreto*», al tenor de los artículos 1° de la Ley 721 de 2001 y 307 del estatuto procesal civil, respectivamente.

A pesar de que el citado artículo 233 *ejusdem* contempla que «*cuando el tribunal o juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión*», no corresponde a una imposición normativa sino a la contemplación de una potestad de la cual puede hacerse uso o no. Además, lo que justifica su ejercicio es la preexistencia de una experticia que se advierte insuficiente para los fines propuestos y no su completa ausencia, ya sea porque se dejó de pedir o se fracasó en su intento.

De tal manera que si con lo que se encontró el administrador de justicia fue con una «*orfandad probatoria*», no le correspondía en ninguna de las instancias, «*abogar porque la misma, en tanto solicitada por la pasiva, fuera efectivamente evacuada, pues es claro que el juez no puede tener, de ninguna manera, la virtualidad de remplazar la actividad persuasiva de las partes*», como lo precisó en el fallo.

Así lo señaló la Sala en SC de 21 feb. 2012, rad. 2006-00537-01, según la cual

*El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, disciplina el decreto de un dictamen pericial en el proceso, salvo cuando se objeta por error grave, hipótesis en que puede decretarse otro, y en todo caso, únicamente cuando el juzgador considere que el practicado no es suficiente, “ordenará de oficio la práctica de otro ... si se trata de una prueba necesaria para su decisión” (...) La norma jurídica, en consecuencia, es clara y somete al ponderado o razonable juicio del fallador la posibilidad de ordenar oficiosamente otra pericia si la existente no basta y la nueva es estrictamente necesaria para decidir, aspectos todos que son objeto de su valoración y determinación, confiados a su discreta y ponderada autonomía (...) En tal caso, el legislador no establece el deber legal de decretar la prueba sino que difiere al juzgador apreciar la insuficiencia del ya practicado y su necesidad para fallar, lo cual no aconteció a juicio del Tribunal en la hipótesis litigiosa, por lo cual, mal puede estructurarse el pretendido error de derecho.*

13.- Consecuentemente, al quedar sin sustento las acusaciones que se conjuntaron para su estudio, no prosperan.

14.- Teniendo en cuenta que la decisión es desfavorable al impugnante, de conformidad con el último inciso del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 19 de la Ley 1395 de 2010, se le condenará en costas.

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

15.- Se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho. Para su cuantificación se tendrá en cuenta que la contradictora guardó silencio (folio 95).

#### **IV.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 1° de abril de 2013, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de Eduardo Alejandro Matiz González contra Clínica Partenón Ltda.

Costas a cargo del recurrente y a favor de la opositora, que serán liquidadas por la Secretaría, e incluirá en estas la suma de tres millones de pesos (\$3'000.000) por concepto de agencias en derecho.

**Notifíquese y devuélvase**

**JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ**

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**Radicación n° 11001-31-03-029-2008-00469-01**

**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**