

Radicación n° 11001 31 03 034 2005 00301 01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION CIVIL

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada ponente

SC7817-2016

Radicación n° 11001 31 03 034 2005 00301 01
diecisiete de mayo de dos mil dieciséis)

(Aprobado en sesión de

Bogotá. D. C., quince (15) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación que EMMA CECILIA DÍAZ ARENAS, a través de apoderado, interpuso frente a la sentencia proferida el 30 de agosto de 2012 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario que ella y ANATILDE ARENAS DE DÍAZ, HÉCTOR DÍAZ HERNANDEZ, HÉCTOR, ÁLVARO y EUGENIO DÍAZ ARENAS iniciaron contra ORLANDO RICAURTE y MARÍA DEL PILAR ARCHILA GÓMEZ.

ANTECEDENTES

1. Se solicitó declarar civil y solidariamente responsables a los convocados por los daños "causados como consecuencia de un falso diagnóstico de cáncer de seno a EMMA CECILIA DÍAZ ARENAS". En segundo lugar pidieron el reconocimiento de los siguientes conceptos:

A aquella los perjuicios materiales concretados en las secuelas de la intervención quirúrgica, los morales representados en el sufrimiento padecido al enterarse del diagnóstico de la catastrófica enfermedad, y los fisiológicos que afectaron su vida, llevándola a variar sus condiciones de existencia.

A ANATILDE ARENAS DE DÍAZ, HÉCTOR DÍAZ HERNANDEZ, HÉCTOR, ÁLVARO y EUGENIO DÍAZ ARENAS, en sus calidades de madre, padre y hermanos, los perjuicios morales dimanantes del equivocado diagnóstico "y la posterior intervención a que fue sometida"; sumas todas que se reclamaron indexadas desde su fecha de causación hasta la de condena.

2. Como soporte fáctico de sus pretensiones, relacionaron los hechos que a continuación se sintetizan:

Debido a una molestia presentada por la paciente en su seno derecho, su médico tratante de la EPS CAPRESUB, Dr. DAVID CORDERO, "le ordenó una ecografía de seno" que se realizó "el 13 de diciembre de 1995 en el Centro Mamográfico del Dr. HERNANDO SÁNCHEZ RESTREPO" el cual arrojó "microquistes, es decir pequeñas acumulaciones de líquido, las cuales se consideran completamente normales, pero también se observó la existencia de una fibrosis de predominio derecho sin configurar masa. (...)", recomendándose una mamografía de base.

Efectuado el procedimiento el 15 de enero de 1996 se advirtió la presencia en el seno derecho de un "nódulo de 0.8 centímetros que se confirma en el cono de compresión focalizada no visible ecográficamente por lo cual se sugiere biopsia bajo mamografía estéreo tactica", enviándose las muestras de tejido mamario obtenido por "Biopsia Tipo Trucut mediante mamografía para estudio histopatológico" al consultorio de los galenos patólogos PILAR ARCHILA GÓMEZ y ORLANDO RICAURTE GUERRERO "mediante orden de servicio No 46566", quienes el 23 de enero de 1996 rindieron reporte informando la "existencia de **carcinoma tubular y cribiforme** bien diferenciado grado nuclear I". (Negrilla original del texto).

Expresaron que la noticia de padecer un cáncer produjo a la paciente "y a su círculo familiar cercano (...) una profunda tristeza, angustia y depresión" dada su naturaleza de incurable que generalmente se extiende a otras partes del cuerpo, marcándose "un cambio absoluto en la visión de la vida futura y en la relación general con el mundo exterior".

El servicio de CAPRESALUB la remitió al Cirujano-Oncólogo Dr. ELÍAS QUINTERO ARANGO, "quien le comunicó que el procedimiento a seguir era realizar una cirugía; (...) le ordenó diversos exámenes pre quirúrgicos, entre ellos algunos para determinar si el cáncer había hecho metástasis (...) y le indicó que debía hacer conciencia de que padecía una enfermedad crónica e incurable".

Conforme a las prescripciones médicas, la cirugía se practicó en la Clínica Palermo el 16 de febrero de 1996, retirándose los ganglios linfáticos de la axila y el "cuadrante donde estaba el tumor principal"; decisión que se tomó luego de que la paciente prestara el consentimiento para ello "bajo el supuesto de que dicho tumor era efectivamente canceroso, lo que hacía necesario una intervención de esta dimensión".

Tomadas las muestras de los tejidos supuestamente afectados por las células, se analizaron por el Laboratorio de Patología del Centro Hospitalario "y no encontró el carcinoma que habían diagnosticado los patólogos PILAR ARCHILA GÓMEZ y ORLANDO RICAURTE GUERRERO", según se lee en el informe de 16 de febrero de 1996.

Señalaron que ante la contradicción de los dictámenes enviaron las placas de la biopsia realizada por los médicos demandados al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA con el objeto de obtener un tercer diagnóstico que esclareciera la situación, el cual determinó, "que en efecto, la señora EMMA CECILIA DÍAZ no padecía un CÁNCER DE SENO, sino que por el contrario tenía un FIBROADENOMA", tal como lo había calificado la CLINICA PALERMO.

El 17 de enero de 2000, la División de Servicios de Salud de CAPRESUB, pidió a la Dra. PILAR ARCHILA realizar un estudio a la paciente, quien respondió mediante comunicación el 26 enero del mismo mes y anualidad, confirmando la existencia del error en el primer informe, concluyendo "que se trataba de un diagnóstico falso positivo, impresión que corroboró ahora al analizar nuevamente el caso, el cual corresponde a una lesión proliferativa benigna tipo adenosis esclerosante y sus variantes"; situación aceptada por el Dr. RICAURTE GUERRERO y posteriormente ratificada por los convocados ante el Tribunal de Ética Médica.

Como resultado del error y la posterior cirugía, vio reducido en tamaño su seno derecho, trayéndole efectos en el brazo por exigir "cuidados especiales", impidiéndole desarrollar a plenitud algunas actividades que antes realizaba normalmente, como tomar el sol, sostener vida íntima, practicar el volley ball, entre otras; molestias esas que "evidentemente generan una incapacidad laboral que estimamos superior al 10%".

3. Admitida la demanda, el extremo pasivo por conducto de mandatario judicial la contestó oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Igualmente propusieron las excepciones de mérito que denominaron "inexistencia de la obligación por adecuada práctica médica", "cumplimiento de la lexartis", "indebida tasación de perjuicios" y la genérica.

4. Luego de agotarse las formas propias del proceso ordinario, se finiquitó la primera instancia mediante proveído de 13 de enero de 2012, declarando a los demandados civilmente responsables de los perjuicios morales alegados en el libelo "como consecuencia de un falso diagnóstico de cáncer de seno a la señora EMMA CECILIA DÍAZ ARENAS"; última ésta a quien se le reconoció perjuicios por daño a la vida de relación. Contrario sensu, se denegó el daño material.

Los valores se tasaron así:

"a) Por concepto de perjuicios morales:

A favor de EMMA CECILIA DÍAZ ARENAS en su calidad de directamente afectada con el falso diagnóstico de cáncer de seno, lo equivalente a cuarenta y cinco (45) SMLMV al momento del pago.

A favor de ANATILDE ARENAS DE DÍAZ en su calidad de madre de la afectada lo equivalente a diez (10) SMMLV al momento del pago.

A favor de HÉCTOR DÍAZ HERNÁNDEZ en su calidad de padre de la afectada lo equivalente a diez (10) SMMLV al momento del pago.

A favor de HÉCTOR ORLANDO DÍAZ ARENAS en su calidad de hermano de la afectada lo equivalente a cinco (5) SMMLV al momento del pago.

A favor de ÁLVARO AUGUSTO DÍAZ ARENAS en su calidad de hermano de la afectada lo equivalente a cinco (5) SMMLV al momento del pago.

A favor de EUGENIO DÍAZ ARENAS en su calidad de hermano de la afectada lo equivalente a cinco (5) SMMLV al momento del pago.

b) Por concepto de daño a la vida de relación:

A favor de EMMA CECILIA DÍAZ ARENAS en su calidad de directamente afectada con el falso diagnóstico de cáncer de seno, lo equivalente a veinte (20) SMLMV al momento del pago".

La providencia del juzgador a quo se apeló tanto por la parte actora como por la pasiva; la primera argumentó que persigue fundamentalmente la concesión del daño material por lucro cesante, configurado en la pérdida de la capacidad laboral del 10.27%, y el incremento de la condena por daño moral. A su vez, los opositores persistieron en la inexistencia de un acto culposo, dado que el tema versó sobre "un falso positivo" derivado de un "diagnóstico diferencial", actuándose con prudencia y probidad.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Dispuso lo siguiente:

"PRIMERO. ADICIONAR la sentencia proferida el 13 de enero de 2012 por el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar próspera la objeción del dictamen pericial.

SEGUNDO. CONFIRMAR las restantes determinaciones adoptadas en la sentencia proferida el 13 de enero de 2012 por el Juzgado 34 Civil del Circuito de esta vecindad".

Comenzó por destacar la concurrencia de los presupuestos procesales y la inexistencia de vicios para invalidar lo actuado; formulando los problemas jurídicos a resolver así:

"se encuentra en primer lugar, determinar si en el caso concreto, existe un diagnóstico diferencial que permita eximir de responsabilidad civil médica a los encartados, en caso negativo, proceder a establecer el arribo de la indemnización del daño material vía lucro cesante a partir de la incapacidad laboral de la paciente –previo definirse la objeción grave contra el dictamen pericial– y el posible incremento en la condena por perjuicios morales irrogados".

Discurrió en algunos aspectos de la responsabilidad médica y dijo, que "específicamente, el acto médico genera obligación de resarcir económicamente cuando media culpa propia de una persona prudente (Art. 63 del Código Civil)"; memorando que a ese régimen se le aplican las mismas reglas generales, debiendo concurrir los elementos culpa, probada o presunta; nexo o relación de causalidad y el daño, que lo definió como "el perjuicio concreto experimentado por la persona, dentro de cuyo concepto debemos entender los originados directa o indirectamente por el sujeto activo (...)".

Abordó la carga de la prueba en la responsabilidad médica y, aunque precisó "que la obligación en el servicio prestado por el galeno es de medio y no de resultado", ello en principio supone que aquella carga "se surta a espaldas del demandante, no obstante en ocasiones, es permisible que el Juez con apoyo en criterios de equidad, la lógica y la sana crítica, en el entorno del haz probatorio, pueda establecerse presunciones de hombre para constituir una responsabilidad a partir de la culpa en el acto médico", trayendo a cuento jurisprudencia sobre la materia.

Al descender en la cuestión específica del litigio, manifestó que "mientras la defensa intenta exculparse bajo la tesis de un diagnóstico diferencial", por no poderse deslindar con acierto entre una FIBROADENOMA y un CARCINOMA, según los razonamientos de la literatura médica ignorada por el fallador a quo, "nótese que la evocada doctrina médica de la que tanto pregonan los demandados, solamente se quedó en simples afirmaciones y citas en sus escritos", mientras que "el testimonio técnico del tratante de la demandante Dr. ELÍAS QUINTERO ARANGO (...) al preguntársele sobre los elementos de juicio para reconsiderar la presencia del tumor maligno, claramente expuso (...) que si bien existe un aminorado porcentaje de falsos positivos en este tipo de análisis y diagnósticos, puede incurrirse en equívocos", como lo admitieron los demandados al contestar el escrito genitor; respuesta de la que, dedujo, al realizar la biopsia "ni siquiera desplegaron un mínimo de diligencia técnica y académica para descartar un eventual falso positivo de carcinoma".

De lo anterior coligió que los galenos encartados debieron, a lo menos, evacuar "importantes etapas del método científico en el interregno del diagnóstico, una de ellas la exploración de la paciente a partir de su historia clínica para confirmar sus antecedentes fisiológicos, tratamientos y exámenes previos (...) así mismo, la confrontación de datos recaudados para excluir hipótesis como falsos positivos", desnudando "un error culposo capaz de engendrar responsabilidad civil médica".

Luego, analizó la impugnación de la parte actora, anunciando, delantadamente, que se comparte lo dispuesto por el fallador de primer grado en ese aspecto, pasando a revisar la "objeción por error grave fulminada contra la experticia rendida"; misma de la que dijo, que presentada la

valoración de la pérdida de capacidad laboral de la señora EMMA CECILIA DÍAZ ARENAS estimada en un 10.27%, y estudiados los reparos realizados al dictamen fundados en la inobservancia de las exigencias para calificar el origen y pérdida de esa capacidad; no incluirse el origen del accidente de la enfermedad y, no adelantarse algún tipo de rehabilitación a la afectada, lo siguiente:

"Arribando a la específica objeción que nos ocupa, ciertamente, tanto de la experticia como de su aclaración y complementación, no se observan los soportes probatorios a partir de los cuales se dice llegar a las conclusiones sentadas, pues pese a que se advierte haber examinado la historia clínica, no se precisa en qué modo fue valorada, qué ítems fueron avalados y cuáles no, qué factores de la epicrisis fueron decisivos para la obtención del resultado como se mostró, es más, en la aclaración se alude a cuatro exámenes, cuando ello no lo dice la experticia. Ahora, las conclusiones de la pericia resultan abstractas y etéreas, al punto que da cuenta de una incapacidad permanente parcial, sin especificar en qué consiste, cual el órgano o la función afectada y de qué manera (...) Bajo estos señalamientos, se abre paso la objeción por error grave planteada por la demandada".

Discurrió sobre la conceptualización del daño, expresando que respecto del lucro cesante, "en el caso concreto se desvanece en la medida que resulta próspera la objeción contra el dictamen rendido y no se prueba presupuesto para condenar por daño material, ora, en gracia de discusión, esas conclusiones periciales de todas maneras se demeritaban", en virtud de lo testificado por el médico tratante, en el sentido "que la paciente no tiene ninguna limitación desde el punto de vista funcional para realizar ejercicios y deportes que demandan esfuerzos (...)".

Señaló, que también fracasa el reparo frente al monto tasado para los perjuicios de carácter moral pues, a pesar del desasosiego y tristeza generadas por el equivocado diagnóstico y la mutilación que sobrevino a la cirugía innecesariamente practicada, "la indemnización para el daño moral está comprendida dentro de los márgenes del arbitrio iudice que ha trazado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia".

Sobre el detrimento a la vida de relación, lo definió acorde con planteamientos doctrinales y jurisprudencia nacional, exponiendo que revisado el material probatorio se advierte que se magnificó el sufrimiento, pena y aflicción de la demandante, sin que los elementos de convicción revelen el grado superlativo en que se presentó su afectación.

Finalmente manifestó que aunque las recomendaciones del Dr. QUINTERO ARANGO se impartieron para evitar "linfoademas o infecciones de la extremidad", agregó que la paciente no padecía "ninguna secuela de tipo funcional y no había ninguna limitación de carácter físico (...) ella puede practicar labores cotidianas e incluso deportes que impliquen esfuerzo", además que, anotó, con posterioridad la señora DÍAZ "desplegó su vida con normalidad, siguió laborando, formó un hogar, tuvo una hija", sin evidenciarse las consecuencias nocivas en grado sumo a la vida de relación.

La parte actora interpuso recurso de casación pero el Tribunal solamente lo concedió respecto de la señora EMMA DÍAZ ARENAS, negándolo al resto de los impugnantes (folios 133-138). Posteriormente, la Corte lo admitió y en tiempo hábil se sustentó.

LA DEMANDA DE CASACION

Con sustento en la causal primera de casación que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se formuló un único cargo.

CARGO ÚNICO

Se acusa la decisión de violar indirectamente, los artículos 1613, 1614, 2341, 2344 del Código Civil y 16 de la ley 446 de 1998, por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho y de derecho, este último con violación medio de los artículos 174, 175, 177, 187, 227, 233, 237, 238, 240 del CPC, así como de los dispuesto por los cánones 1º al 14 del Decreto 919 de 1999.

Los yerros atribuidos a la sentencia de segunda instancia los presentó inicialmente así:

"a.- Incurre en errores de hecho y de derecho al declarar probada la objeción por error grave contra el informe de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el cual se cuantificó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la recurrente en el 10.275.

b.- Incurre en errores de derecho al tener el testimonio de un médico, solicitado por la parte demandada, como prueba de que la demandante no sufrió incapacidad laboral.

c.- Al incurrir en los anteriores errores la sentencia viola las disposiciones del Código Civil citadas anteriormente, de acuerdo con las cuales el responsable de un daño está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause con su conducta culposa".

Errores de hecho

Dijo, que con el objeto de acreditar la incapacidad parcial que sufrió la actora como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada, producto del error médico consistente en un falso diagnóstico, el fallador a quo pidió "un informe técnico a la Junta Regional de Calificación de Invalidez"; mismo que se rindió "teniendo en cuenta el Decreto 917 de 1999, que contiene el manual único para calificación de invalidez"; discurriendo sobre los conceptos y criterios ahí establecidos, particularmente sobre la regulación de las "instrucciones generales para los calificadores".

Seguidamente expuso que, si el informe técnico se lee de forma aislada, sin considerar el Manual con base en el cual se expide, se arribaría a la misma conclusión del Tribunal; es decir, que carece de las explicaciones suficientes; no obstante manifestó que si se revisa "en (...) los libros, capítulos, numerales y tablas de ponderación, es claro que cada una de las deficiencias está perfectamente precisada sigue el procedimiento (sic) adoptado para determinar la incapacidad aplicado (sic) era el **legalmente previsto para tal efecto**". (Negrilla original del texto).

Aseguró que el artículo 13 del Manual, al definir las incapacidades, relaciona sus características y "los criterios generales para su calificación y clasificación"; por suerte que el procedimiento no es arbitrario y está sometido al "concepto de integralidad" dimanante de los subsistemas trasuntados, lo mismo que las categorías de las incapacidades según el "puntaje máximo individual".

Señaló igualmente: "En nuestro caso, según puede identificarse en el dictamen, la primera tabla se denomina Discapacidad y ésta a su vez contiene los siete diferentes tipos de discapacidades, tal y como lo ordena el Manual.

Ahora, cada categoría está clasificada con base en las ocupaciones del ser humano en donde debe considerarse no sólo el órgano ejecutor principal de dichas actividades como tal, sino también los sistemas, órganos y funciones que apoyan, retroalimentan e intervienen en la realización de la actividad valorada. (...)".

Transcribió las limitaciones para "usar el transporte" y dijo, que en la experticia la Junta calificó la quinta discapacidad de la "disposición del cuerpo" con un porcentaje del 0.20%, "la destreza" con el 0.10%, y "la discapacidad de situación" con un 0.20%.

En relación con la minusvalía, habló de su ubicación en el Manual, definición, clasificación y "las reglas para la asignación", refiriendo que la de la señora EMMA CECILIA DÍAZ ARENAS se fijó en una proporción del 5.50%, el cual "se evaluó únicamente en las categorías de minusvalía ocupacional, de integración social, autosuficiencia económica y en función de la edad".

Abordó la calificación "de la DEFICIENCIA que corresponde al tercer acápite del dictamen" y anotó que la Junta "dispuso que la señora EMMA CECILIA DÍAZ tiene una deficiencia del 3.47%. Ese porcentaje resulta de las tablas 7, 5, 2, 6 y 2, 9 del Manual", reproduciéndolo.

Denunció que la sentencia incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba porque dejó de ver el contenido del documento, dado que su lectura,

"permite deducir que se tuvo en cuenta la historia clínica pues allí se menciona expresamente que fue así. Y permite claramente determinar que los factores decisivos para el resultado se obtuvieron por el análisis de (i) la discapacidad, en los ítems señalados en el dictamen; (ii) la minusvalía; y (iii) la deficiencia.

En el dictamen se hace referencia puntualmente a la ponderación dada a cada uno de los ítems de todos los factores anteriores, para lo cual –como ya quedó explicado– era necesario verificar el manual adoptado mediante el Decreto 917 de 1989".

Reseñó que el juzgador ni reparó en la disposición reglamentaria, ni consultó el Manual "que es norma legal" aplicable para "examinar la prueba y entender su alcance"; pues de hacerlo, de un lado, "habría entendido que la estimación de la incapacidad, sí se basa en ítems y factores"; y de otro, que los adjetivos "abstractas y etéreas" para demeritar el peritaje, solo era posible utilizarlos "a.) si no se sabe que es una discapacidad, minusvalía y deficiencia; b.) si no se conocen los factores descritos en el manual (...) y c.) si no se sabe a qué se refiere cada numeral de la incapacidad y no se entiende por lo tanto la razón por la cual se le asigna porcentaje a los numerales (...)".

En síntesis, concluyó que si el juez plural "no leyó el informe detenidamente y tampoco leyó ni tuvo en cuenta el manual, es evidente que no vio el objeto de la prueba".

Errores de derecho

Los yerros de jure los denunció, haciéndolos consistir en que el Tribunal "no tuvo en cuenta uno de los criterios establecidos en el artículo 241 del CPC, que es el relativo a la competencia de los peritos", y en el caso, el informe lo rindió la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que es "la encargada de rendir este tipo de dictámenes", pero además, expone, fue elaborado "por dos médicos y un terapeuta ocupacional que son personas técnicas y especializadas en valorar la incapacidad laboral de un paciente sin que exista razón para negarle toda credibilidad a este medio probatorio analizado desde la perspectiva del Juez que precisamente requiere del auxilio del perito cuando no es experto en los temas sobre los cuales debe versar la experticia".

De donde, advierte, el fallador incurrió en error de derecho al concluir que prosperaba una objeción grave contra el informe técnico, desconociendo el "alcance de esta noción, no obstante

citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde el punto se explica con claridad".

Se duele de la apreciación del Tribunal para quien, "el dictamen es incompleto en la medida que no son claras sus conclusiones", más, señala, "la falta de claridad (...) conduce a solicitar la aclaración por el experto, no puede conducir a dar por probada una objeción como si el experto hubiese rendido dictamen sobre un objeto distinto de forma tal que el fallador no pueda apreciar dicha prueba".

Añade que la objeción por error grave se dirige a destruir y eliminar la prueba, y se motiva justamente en la imposibilidad de apreciarla o valorarla, situación que "no corresponde al desarrollo argumentativo del Tribunal" quien, dijo, infringió el artículo 238 del CPC, puesto que lo ordenado por ese Estatuto frente a un dictamen confuso o desprovisto de fundamentos es su aclaración, merced a lo determinado por el canon 240 ibidem.

En síntesis, reiteró, que si el juzgador estimaba que el informe no era nítido o que si la argumentación sobre la que se soportó era abstracta y etérea, "debía solicitar su aclaración".

Finalmente rechazó, que la sentencia soportara igualmente la prosperidad de la objeción en el testimonio del médico Dr. ELIAS QUINTERO ARANGO; "ello no resultaba conducente para acreditar la incapacidad temporal de la demandante", pues "lo que se hace aquí es permitir que una opinión técnica, que no ha sido sometida a contradicción, se tenga como prueba pericial".

CONSIDERACIONES

1. Por sabido se tiene que con el recurso de casación se juzga la legalidad de la sentencia combatida y no el litigio mismo; de no ser así, mutaría la naturaleza de la opugnación excepcional convirtiéndola en una tercera instancia no prevista por la ley.

Su propósito es fundamentalmente que la Corte decida, dentro de los límites trazados por la acusación, si aquella está ajustada o no a la ley sustancial o, en su caso, a la procesal. En la misma dirección cumple memorar que el Juez de instancia goza de una discreta autonomía para apreciar los medios persuasivos, según los dictados de la sana crítica, esto es, está bajo el apremio de enjuiciar las pruebas con soporte en el sentido común, la lógica, las reglas de la ciencia y de la experiencia; de manera que, para los jueces en sus distintos grados, en línea de principio, "sus conclusiones al respecto son intocables en este recurso extraordinario".

2. En el caso sometido a revisión de la Sala, el cargo estructurado en los errores de hecho y de derecho atribuidos a la sentencia refieren al daño patrimonial no reconocido (lucro cesante), por suerte que la responsabilidad en que incurrieron los médicos patólogos demandados al conceptuar, luego de leer las muestras de tejido mamario analizadas, que la paciente DÍAZ ARENAS tenía un "carcinoma tubular y cribiforme", no se encuentra en discusión.

3. Sin embargo, aunque no es el eje de la censura la existencia de la responsabilidad civil declarada en las instancias derivada del ejercicio médico, útil es recordar que a pesar de los grandes avances científicos que han logrado aumentar las expectativas de vida de la población, la medicina, definida por la DRAE como la "ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano", no es exacta, por estar sujeta en su praxis 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 incertidumbre que la tornan imprevisible frente a principios o criterios con vocación de dogma.

4. Dentro de los contornos de la única acusación propuesta con arreglo a la primera de las causales establecidas en el artículo 368 del CPC, por violación indirecta de la ley sustantiva, se imputaron al fallo controvertido yerros de facto y de jure en la valoración del dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez Regional de Bogotá, que certificó la pérdida de la capacidad laboral de la señora EMMA DÍAZ en un 10.27%.

4.1 Al respecto sea necesario recordar, que en principio, una de las exigencias del recurso extraordinario de casación impone que, sobre una misma prueba no se puede denunciar al tiempo las dos variables de la senda indirecta fundamentadas en los desatinos planteados en la demanda objeto de estudio.

Por ello, resulta incompatible esgrimir simultáneamente, con relación a un idéntico medio de convicción, ambas especies de error, dado que en virtud del principio lógico de contradicción, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo[1].

Ha considerado la Sala sobre el punto que:

"Tiénese, entonces, que resulta desatinada la censura en la que no pueda inferirse con la debida precisión y claridad, la clase de error que el recurrente le atribuye al fallador, si de hecho o de derecho; o cuando hace tal señalamiento, calificándolo como de hecho, pero sustentándolo como si fuese de derecho, o viceversa; o cuando en el cargo le enrostra al fallador la comisión de las dos formas de error predicadas con respecto a una misma prueba; o, en fin, cuando se omite la demostración de uno y otro en la forma anotada, hipótesis todas estas en las que no le corresponde a la Corte dilucidar el proceder irresoluto de la censura, ni puede suplir las deficiencias que se adviertan en su formulación". (Subraya fuera de texto) (CSJ SC Sentencia De 4 de diciembre de 2003, radicación n. 6908).

4.2 Haciendo abstracción de la posible descrita deficiencia de técnica alegada por el opositor, y, a pesar de que, es de hacer notar, la prueba pericial controvertida, en el marco de cada uno de los errores formulados, fue cuestionada por aspectos diferentes del mismo medio y además fundarse en razones distintas, que hacían viable la acusación, de todos modos, el embate está abocado al fracaso, como pasa a exponerse.

5. En razón de los postulados que inspiran la evaluación fáctica en los diversos grados, cuando la imputación formulada al fallo sea por la comisión de un yerro de facto –causal 1ª, vía indirecta– su demostración presupone, entre otras exigencias, que la deducción probatoria cuestionada resulte manifiestamente contraria al contenido objetivo de la prueba, lo cual comporta que sólo se estructurará el error en la medida en que sea tan notorio que a simple vista se manifieste, sin mayores elucubraciones y ejercicios dialécticos.

En definitiva, no basta plantear una lectura distinta a la del sentenciador, aun cuando pudiera también ser admisible, de pronto válido como alegato de instancia, pero no como pieza idónea en este escenario extraordinario.

Al efecto, la Corte tiene dicho que,

"el error de hecho se estructura cuando el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente; por el contrario, si la conclusión a la que llegó el ad quem, luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se

genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido por el fallador en la providencia motivo de impugnación". (CSJ SC Sent. Jun. 28 de 2011, radicación n. 1998 00869).

6. Los criterios reseñados vienen al caso que ocupa la atención de la Sala porque, las conclusiones extraídas del material probatorio recaudado en la actuación frente a la referida modalidad de error, no pugnan con su contenido objetivo; por el contrario, los elementos de juicio recabados revelan hechos que, sirven de pábulo a la tesis planteada en la sentencia acusada.

7. Para el recurrente, el yerro de facto consistió básicamente en que el Tribunal analizó aisladamente el dictamen junto a su aclaración y complementación, emanado de la entidad adscrita al Ministerio de la Protección Social, esto es sin tener en cuenta el Manual adoptado por el Decreto 917 de 1999 "con base en el cual se expiden", los criterios de integralidad, calificación de gravedad, clasificación de las discapacidades y en general todas las categorías que debe tener en cuenta la Junta Regional enunciada.

7.1 En la inteligencia del ad quem, debía prosperar la objeción por error grave frente al documento elaborado por la entidad porque el informe no precisa la forma como fue valorada la historia clínica, ni cuales los ítems examinados; tampoco singulariza qué factores de la "epicrisis" fueron determinantes para la obtención de los resultados, deviniendo las conclusiones ahí consignadas en "abstractas y etéreas".

7.2 Por auto de 1º de octubre de 2007, el Juzgado de primera instancia ordenó oficiar a la entidad señalada, a fin de fijar el grado de incapacidad sufrida por la señora EMMA DÍAZ, como consecuencia de la cirugía practicada que originó las reclamaciones formuladas en este proceso (folios 301, 340).

Desde su ordenación hasta su comunicación y contradicción, el tratamiento dispensado a la prueba fue de dictamen pericial y no de informe técnico, según lo revelan las actuaciones sucesivas, incluida la sentencia que finiquitó la instancia (folio 439).

El Comité mencionado con sede en Bogotá, mediante oficio de 8 de septiembre de 2008 (folio 348) requirió a la demandante a efectos de completar el estudio médico, solicitándole la "valoración actualizada por Fisiatria y Cirugía Oncológica, acerca del estado funcional del miembro superior derecho".

En las páginas subsiguientes del cuaderno 1., aparece el "**dictamen No 35469318**" de 6 de febrero de 2009, estimando un porcentaje de pérdida de capacidad laboral parcial de "10.27%". Frente al mismo, el apoderado del demandado ORLANDO RICAURTE GUERRERO solicitó su aclaración y complementación (folios 357, 358), respecto de la cual, señaló la Junta, en misiva suscrita por quien tiene su representación (Art. 16.1 Dec. 2463/01), el secretario Dr. EDUARDO OLANO OLANO (folios 368, 369):

"Nos permitimos puntualizar:

1º Se indica que debe calificarse el grado de limitación, sin embargo es necesario precisar que el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001 se utiliza en los casos en que no se determina la pérdida de capacidad laboral (PCL) y en el presente caso en el Dictamen se definieron la Deficiencia, la Discapacidad y la Minusvalía con sus correspondientes porcentajes.

2º Precisamente, por eso son diferentes los dictámenes con PCL y los previstos en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, si se observa el ordinal 11 del numeral 6º del Dictamen, al valorar la minusvalía ocupacional se calificó con el numeral 42 que corresponde a Ocupación Adaptada. Lo que nos indica que sí se tuvo en cuenta su condición laboral.

3º En el numeral 5.3 de los dictámenes, generalmente se relacionan algunos exámenes, en el caso en estudio se reseñaron cuatro, los que nuevamente se resumen.

4º Con el respeto de la apoderada, las valoraciones solicitadas de Fisiatría y Oncología se efectuaron y fueron aportados por la interesada, por lo que sí se tuvieron en cuenta en el Dictamen, pero esos documentos hacen parte del expediente de calificación, No del expediente del proceso judicial, por lo tanto no procedía que se allegaran al Juzgado".

La respuesta reseñada fue puesta en conocimiento de las partes (folio 373), presentándose por los opositores objeción por error grave, tanto contra el dictamen como de su aclaración y complementación, fundada en que de su contenido no se refleja "rastros del cumplimiento" de los requisitos legales consignados en el Decreto 2463 de 2001.

8. Memorado el elemento persuasivo al que se imputa error de hecho, bueno es destacar que la prueba controvertida en casación tuvo su origen en la necesidad de precisar la incapacidad sufrida por la actora luego de someterse a un procedimiento quirúrgico como consecuencia del diagnóstico realizado por los galenos demandados, quienes al leer la biopsia en seno derecho conceptuaron que tenía un carcinoma mamario.

9. Como se sabe, el apostolado de la medicina impone por su misma naturaleza un riesgo, dado los imponderables y las dificultades propias de su ejercicio; y aunque en unos casos aquellos son mayores que en otros, siempre estará latente que se emita una opinión o se produzca un resultado adverso que puede desbordar la capacidad de reacción o control del profesional, por consiguiente ajeno a su negligencia o culpa.

Tratándose del diagnóstico –piedra angular de la actuación del médico frente al paciente–, y de la labor que cumplen los profesionales de la salud cuando en su ejercicio les corresponde emitir una opinión, rendir un concepto o analizar unos resultados de laboratorio por ejemplo, conviene recordar, según lo hace PENNEAU[2], las distintas etapas que debe recorrer galeno, así: La primera, comienza con la revisión que se hace, lo cual exige tomar los conocimientos primarios de la afección padecida de acuerdo con las señales manifestadas, siendo necesario indagar por los antecedentes patológicos en forma previa a la sintomatología. En segundo orden, se inspeccionan los estudios recomendados (radiografías, análisis de laboratorio, ecografías, tomografías resonancias magnéticas entre otras), que le dispensan al médico la obtención de resultados científicos. La tercera fase, conclusiva por supuesto de las anteriores, se materializa con la emisión de la diagnóstico.

Esta última puede definirse, como la concreción en torno a la patología del paciente y/o reconocimiento de la enfermedad que lo afecta.

Ha manifestado la Sala sobre el particular que aquella, está constituida:

«(...) por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares

condiciones. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la "anamnesis", vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.

Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomienda para acertar en él» (CSJ SC 26 de noviembre de 2010, rad. 1999 08667-01).

10. En el asunto del que conoce la Corporación, el informe de patología de los profesionales demandados ORLANDO RICAURTE y MARÍA DEL PILAR ARCHILA GÓMEZ señaló:

"DESCRIPCIÓN MICROSCÓPICA:

Se observa tejido mamario con fragmentos de un fibroadenoma en áreas y en otras una lesión atípica construida por pequeñas glándulas irregulares revestidas por núcleos ligeramente hiperocromático y en otras constituidas por estructuras glandulares de patrón cribiforme revestidas por células bien diferenciadas y sin necrosis central. Estos hallazgos se interpretan como correspondientes a un carcinoma mamario bien diferenciado grado nuclear I de tipo tubular y cribiforme.

DIAGNÓSTICO HISTOPATOLÓGICO:

BIOPSIA DE OSE SENO DERECHO:

FRAGMENTOS DE CARCINOMA TUBULAR Y CRIBIFORME BIEN DIFERENCIADO GRADO NUCLEAR I FRAGMENTOS DE FIBROADENOMA".(
Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con ese concepto, la paciente se sometió a una operación en la que retiraron los ganglios linfáticos de la axila derecha, extrayendo, a más del presunto tumor toda la zona que lo rodeaba. No obstante, los autos dan cuenta de otros dos informes post quirúrgicos que advirtieron la inexistencia de células cancerígenas, estableciendo que la convocante padecía de Fibroadenoma. Así lo expusieron la Clínica Palermo en el documento de 16 de febrero de 1996 y el Instituto Nacional de Cancerología; estos últimos validados posteriormente mediante la auditoría médica realizada el 11 de enero de 2000. (Folios 26-28).

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá presentó el correspondiente dictamen con miras a precisar el grado de incapacidad sufrida por la accionante, luego de someterse a la intervención quirúrgica motivada en las incorrectas actuaciones médicas determinadas por el "diagnóstico histopatológico" de los demandados al realizar la descripción microscópica de los tejidos mamaros.

Al efecto, como se dijo en precedencia, la incapacidad se estimó en un 10.27%, y al no aceptarla el Tribunal y declarar próspera la objeción por error grave, encuentra la Sala que, dada la

estructura de la contradicción que la ley ha previsto para el dictamen pericial, esa decisión, per se, no configura el yerro denunciado, pues concierne solo al Juez sopesar la experticia en los casos en que su producción haya seguido la regulación legal, sin que ello signifique, desde luego, que la actividad de juzgamiento quede sometida a la obligación de aceptar el concepto tal y como fue presentado, porque el auxilio que presta el concurso de los peritos no lo ata inexorablemente, solo coadyuva la función del operador judicial.

Siguiendo esa suerte el sentenciador refirió a los motivos en que se fundó la objeción, expresando no encontrar ni en la experticia ni en su aclaración bastantes soportes probatorios, en tanto que guardó silencio sobre la manera en que se valoró la historia clínica, los aspectos puntuales estimados, entre ellos los de la "epicrisis"; tampoco dijo nada sobre cuál fue el órgano o la función afectada y su incidencia en el desarrollo de las actividades de trabajo de la paciente.

11. Los peritos formulan una conclusión lógica derivada de sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos basada en la observación de los hechos[3]; su aporte en la consecución de la verdad es, como dice EDUARDO J. COUTURE, un elemento de elaboración en la génesis lógica de la sentencia[4] que exige de los expertos designados un análisis conjunto de las personas o cosas objeto del dictamen, valorando todos los aspectos sobre los que deba emitirse su criterio. (Art. 237 CPC).

El informe de los auxiliares de la justicia se presenta ante el Juez, como un estudio de ciencia, aplicando para ello, los métodos aceptados a nivel general e internacional, que ofrezcan la mayor garantía de certeza, seguridad y confiabilidad. Corresponde al funcionario judicial calificarlo y valorarlo, a fin de definir una controversia entre ciudadanos, verificando la observancia de los requisitos básicos en la realización de la prueba, así como la idoneidad en todo el procedimiento.

Son dos etapas diferentes, debiéndose cumplir primeramente con la interpretación por parte del perito designado, para luego entrar a la definitiva, contemplada por la valoración jurídica que de la prueba realiza el operador judicial. La fuerza vinculante nace de la hermenéutica dispensada a aquella, ya que es el juez el que tiene el poder Estatal derivado de la soberanía, para emitir una decisión definitiva de obligatorio cumplimiento.

El Juez, al observar las conclusiones del dictamen, deberá comprender el tema probatorio, primero, desde el perfil científico que lo identifica y distingue y luego interiorizarlo, arropándolo con el manto jurídico y las consecuentes derivaciones, que provocará la sentencia, sin olvidar y sobres ello se reitera, que la potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o para establecer la convicción sobre la verdad del hecho, no es desde luego absoluta.

No se le puede pedir al Juez que posea una sapiencia igual o superior a la del perito, por lo que el control de la prueba, como ya se esbozó en anotación anterior, se realizará mediante el análisis del grado de aceptabilidad de los conocimientos entregados o por la racionalidad del procedimiento y conclusiones, ponderando con cautela y guiándose por el esquema racional que le permitirá, a través de las reglas de la sana crítica, calibrar y establecer el mérito del medio persuasivo. Deberá también tener en cuenta el juez que ella (la prueba), no traspase los valores superiores que han de preservarse, como que sea lícita, que no colisione con patrones éticos, que no vaya contra las buenas costumbres, la dignidad de la persona u otros derechos fundamentales.

Su evaluación, entonces, debe someterse a la libre y razonada crítica que haga el juzgador, quien, sin duda, no puede desbordar la discreta autonomía que lo asiste al darle mérito persuasivo a los elementos de juicio.

El examen de la prueba pericial, en línea de principio, es entonces intocable en el marco de este escenario excepcional, pues compete al Juez y solo a él dentro de los límites de su soberanía, analizarla sin estar sujeto a ningún valor o tarifa preestablecida. Es él quien cuenta con la suficiente formación para desecharla y por ende apartarse de sus conclusiones o darle el mérito total o parcial que encuentre más ajustado al caso. Por ende, se torna en una exigencia sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda admitirse como prueba de los hechos que analiza, la debida y adecuada fundamentación; "y compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia"[5].

Recuérdese al efecto que, como lo ha dicho la Corte, "es la propia ley la que a esa función le señala confines, imponiendo el razonamiento del análisis respectivo, así como el deber de considerar la firmeza, la precisión y la calidad de los fundamentos del dictamen y los demás elementos probatorios que obren en el proceso (C. de P. Civil, artículos 187 y 241), luego la mencionada autonomía no puede ser convertida en arbitrio por defecto, ya que la actitud del juez, frente a la prueba, jamás podrá ser pasiva sino, muy al contrario, dinámica, activa y acuciosa (...)"[6]. (Subraya fuera de texto).

Habida cuenta de lo expuesto, no es motivo de duda la relativa libertad con que cuenta el Tribunal para examinar la calidad de los fundamentos del dictamen pericial, razón por la cual mientras la inferencia que él extraiga de aquél no sea contraevidente, ilógica y arbitraria, sus juicios al respecto son inmodificables en casación[7].

Trayendo lo dicho a la perspectiva del ataque basado en errores de facto, es claro que tratándose de la apreciación del concepto de expertos, conforme lo ha dicho la Sala[8], se recuerda que aquél puede surgir cuando el fallador lo juzga infundado apareciendo que si lo está, o lo reputa concordante con otras pruebas siendo que en ninguna halla respaldo, o lo estima claro y preciso a pesar que su contenido es ambiguo e incomprensible para el intérprete.

El estudio de la contradicción de la prueba por error grave se justifica, además, en aquellos casos en que aparezca con notoriedad que el perito no aplicó su propio discernimiento, omitió o utilizó reglas distintas del conocimiento, no vio, supuso o cercenó la materia del dictamen.

11.1 Ninguna de las situaciones mencionadas que pueda abrir paso a la objeción por error grave se adecuan a lo dicho por el Tribunal al desestimarlos, puesto que, cual lo expusiera en su discurso argumentativo, "no se observa un soporte probatorio a partir de los cuales se pueda llegar a las conclusiones asumidas", ni un análisis de la historia clínica, pese a que se dice hacerlo, menos una explicación suficiente sobre el modo en que fue valorada.

Contrario a lo pretendido con este recurso los razonamientos plasmados por el ad quem para desechar la experticia no lucen arbitrarios ni absurdos; se observa un análisis serio, juicioso y ponderado en los argumentos expuestos para considerarlo incompleto, desprovisto de un procedimiento racional y sin apoyatura suficiente para concluir que existió una incapacidad del 10.27%, misma de la que tampoco precisa su naturaleza, esto es cómo se afectó, verbigracia, la comunicación, locomoción y destrezas de la señora EMMA CECILIA DÍAZ.

Inclusive, tan robusta se muestra la evaluación que se hizo del informe presentado por la Junta, que la sentencia destacó: "es más, en la aclaración se alude a cuatro exámenes, cuando ello no lo dice la experticia", poniéndose al descubierto sus marcadas inconsistencias.

Igualmente se echa de menos la especificación del órgano o función afectada y cuáles los factores tenidos en cuenta para la obtención de los resultados, desconociéndose, la carga de al menos

enunciar los elementos tenidos en consideración para calificar la génesis y grado de la pérdida de la capacidad laboral, merced a las previsiones del artículo 9º del Decreto 2463 de 2001 "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez", que establece:

"1. Los fundamentos de hecho que debe contener el dictamen con el cual se declara el grado, el origen de pérdida de la capacidad laboral o de la invalidez y la fecha de estructuración, son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio.

2. Los fundamentos de derecho, son todas las normas que se aplican al caso de que se trate".(Subraya fuera de texto).

De otra parte, en el informe se estableció como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad de trabajo, el "10/07/2008", no obstante que la cirugía se practicó el 16 de febrero de 1996, lo que devela que los reparos realizados estaban llamados a tener éxito pues pusieron "al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas", y además "viola la naturaleza de las cosas". (G.J t. LII Pag. 306). Así lo asimiló el Tribunal, discurriendo de conformidad.

11.2 Una de las exigencias para la configuración del yerro atribuido a la sentencia es que al primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso, "que repugna al buen juicio (...)" por violentar "la lógica o el buen sentido común".

En el presente asunto, para la recurrente el juez plural debió tener en cuenta el Manual de Calificación previsto en el Decreto 917 de 1999, mismo que tampoco resulta bastante para superar las deficiencias del dictamen junto a su complementación y aclaración puesto que, no era presupuesto inexorable del Tribunal apreciar disposiciones –contentivas de definiciones en su mayoría– incorporadas en esa normativa reglamentaria para que, a partir de un laborío dialéctico y de comparación fuera analizado el peritaje.

Es más, la argumentación fundamentada en el deber de confrontar la experticia con esa disposición de carácter general, diluye por sí misma las características exigibles del error de hecho, es decir que sea ostensible, evidente y superadas aquellas, trascendente.

11.3 Corolario de lo anterior, debe advertir la Sala que no obstante el riesgo implícito a este tipo de praxis profesional, en las condiciones probatorias que se estudiaron, resulta patente que lo que la recurrente trae a colación en el cargo es una apreciación distinta de la situación fáctica de la que dan cuenta los medios de convicción valorados por el Tribunal; y aunque pudiera tildarse de juiciosa –que no lo es–, lo cierto es que antes que mostrar una tergiversación de la materialidad de los mismos busca imponer su visión de los hechos litigados dándole su propia inteligencia a la prueba pericial, procurando desvirtuar la objeción por error grave, declarada próspera en la sentencia enjuiciada.

Por consiguiente, nada hay que censurarle al funcionario de segunda instancia cuanto hace a la evaluación que hizo del medio de convicción y que lo llevó a denegar la pretensión indemnizatoria por lucro cesante.

12. El segundo aspecto de la acusación, lo hizo consistir el casacionista en errores de derecho porque, dijo, el Tribunal ignoró los criterios establecidos por el artículo 241 del CPC relacionados con la competencia de los peritos, además que la falta de claridad del dictamen, debía conducirlo a solicitar su aclaración pero no a dar por acreditada la objeción por error grave.

Si la denuncia se traza por la misma senda que se escogió –la indirecta– fundada en yerros de derecho, útil es recordar que para que se configure, el desatino debe referirse a la aplicación de las normas legales que regulan la aducción, pertinencia o eficacia de la prueba. Expuesto en otros términos, el desacierto se ubica es en el pensamiento probatorio del juzgador.

12.1 Prima facie se observa, que el censor no desdice de las cuestiones de discernimiento immanentes a esa incorrección; tampoco confuta que se hayan ignorado las reglas de disciplina probatoria que gobiernan la eficacia del dictamen, pese al vago señalamiento realizado; en el fondo, se duele de la forma en que lo apreció bajo la argumentación que fue rendido por dos médicos y un terapeuta ocupacional, todos especializados en evaluar incapacidades laborales de un paciente, sin cumplir rigurosamente, como lo ha reiterado esta Corporación, con el deber de "explicar en qué consistió la infracción de las reglas de derecho probatorio denunciadas como infringidas conforme lo exige el artículo 374 inciso final del C.P.C., habiéndose limitado a mencionar las normas, resumir su contenido y expresar en abstracto que no las aplicó, asunto muy diferente de la demostración exigida por el precepto. (...)". (CSJ SC Sentencia de 30 de septiembre de 2004, radicación n. 7873).

Ahora bien, contrario al ensayo propuesto en la impugnación, justamente por analizarse el canon 241 instrumental civil, se concluyó que el dictamen no fue sólido en su presentación, tras echarse de menos los soportes del resultado reflejado.

Sobre el punto, el citado artículo dispone: "al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso". (Subraya fuera de texto).

12.2 Con soporte en esa norma probatoria, lejos de estructurarse el error de derecho invocado, el Tribunal simplemente lo juzgó carente de bases y fundamentos, apreciándolo en toda su dimensión, apoyado en las reglas que disciplinan su evaluación y respaldado con otros medios probatorios como fue la declaración del médico QUINTERO ARANGO, quien tuvo conocimiento directo de los acontecimientos por fungir como oncólogo de la paciente al practicarle la intervención quirúrgica, testimonio que no fue ponderado como experticia sino como lo que fue: la manifestación de un tercero carente de interés en la controversia con conocimientos técnicos.

Ese galeno expresó en su exposición, que la demandante no presentaba ninguna secuela de tipo funcional y "NO HABÍA ninguna limitación de carácter físico", pudiendo llevar una vida normal, mover su extremidad superior derecha sin dificultad, e incluso "realizar ejercicios y deportes que demandan esfuerzos (...) A la paciente se le dieron recomendaciones más no limitaciones para realizar algunas faenas y actividades que debe conservar para toda su vida (...)". (Folio 186).

12.3 De otra parte, aunque parece olvidarlo el recurrente, la prueba sí fue objeto de aclaración y complementación (folios 368-369), pero la misma se mostró insuficiente para disipar las inquietudes y vaguedades que advirtió la sentencia, declarando, por estructurarse además sobre "bases equivocadas", probada la objeción por error grave.

13. Por último, conviene recordar a propósito de los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez –no constitutivos de actos administrativos como manifestaciones de la voluntad de la autoridad– según lo señalaba el Decreto 2463 de 2001 y lo ratificó posteriormente el Decreto 1352 de 2003 (Parágrafo Art. 40)– que las desavenencias originadas en los mismos se desatarán por la jurisdicción del trabajo, conforme lo ordena el artículo 44 de la última de las reglamentaciones citadas que a su letra dispone:

"CONTROVERSIAS SOBRE LOS DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la Justicia Laboral Ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente.

Para efectos del proceso judicial, el Director Administrativo y Financiero representará a la junta como entidad privada del Régimen de Seguridad Social Integral, con personería jurídica, y autonomía técnica y científica en los dictámenes.

PARÁGRAFO. Frente al dictamen proferido por las Junta Regional o Nacional solo será procedente acudir a la justicia ordinaria cuando el mismo se encuentre en firme". (Subraya fuera de texto).

Corolario de lo memorado en precedencia, el cargo no se abre paso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

Primero.- NO CASAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2012 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario de responsabilidad civil identificado en el encabezamiento de esta providencia.

Segundo.- CONDENAR en costas del recurso de casación al recurrente. Por concepto de agencias en derecho inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.oo) M/cte., por haber sido objeto de réplica.

NOTIFÍQUESE

ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

(Magistrado impedido)

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUÍS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUÍS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

[1] CSJ, SC Sentencia de 30 de mayo de 2014, radicación n. 2007 00080

[2] PENNEAU, Jean, Citado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Páginas 106-108

[3] FENECH, Miguel. Derecho procesal. T. I 2da edición, Barcelona Editorial Labor S.A, Pag. 857.

[4] COUTURE, Eduardo. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. T, I Editorial Ediar. Pag. 140

[5] CSJ SC, sentencia de 9 de octubre de 1953, GJ T LVII Pag 532

[6] CSJ Sentencia de casación de 2 de agosto de 2002, radicación n. 6148

[7] CSJ SC, 8 agost. 2001, Rad. 6182, reiterada CSJ SC, 29 abr. 2005, Rad. 12720-02.

[8] CSJ, Sentencia ibídem.

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

