

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, veintidós (22) de marzo de dos mil veintidós (2022)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 22 de marzo de 2022, según acta No. 05)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Popayán, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES (fs. 114 a 119 c. ppal.). Mediante demanda radicada el 28 de junio de 2017, DELIA MARIA GALINDEZ GUACA (afectada directa), JORGE ANDRES e IDALY IBARRA GALINDEZ, LUIS ALBERTO, UNILDE, LUZ DARY y JUAN ÑAÑEZ GALINDEZ, solicitan condenar a la NUEVA EPS y CLÍNICA VERSALLES S.A. a pagar las siguientes sumas de dinero, por los perjuicios a ellos ocasionados, que aseguran se derivan de la responsabilidad contractual y extracontractual en que incurrieron estas últimas:

A favor de	Perjuicios morales	Perjuicios en la vida de relación (Daño a la salud)
DELIA MARIA GALINDEZ GUACA	100 SMLMV	400 SMLMV
JORGE ANDRES e IDALY IBARRA GALINDEZ, LUIS ALBERTO, UNILDE, LUZ DARY y JUAN ÑAÑEZ GALINDEZ	100 SMLMV	

Como sustento de las pretensiones en comento se relata en la demanda, que el 1 de diciembre de 2012 la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA sufrió *“un accidente casero al caerse desde su propia altura, lo que le ocasionó según los exámenes médicos realizados en el Hospital Nivel I de El Bordo Cauca, fractura de fémur derecho”*.

El 5 de diciembre de 2012 fue trasladada a la CLÍNICA VERSALLES S.A. de la ciudad de Cali, institución donde al día siguiente se realizó por parte del doctor JAIRO VILLA *“en su calidad de ortopedista adscrito al citado ente, reemplazo articular de cabeza de fémur y acetábulo inferior derecho”*, y luego de recuperada de la anestesia se procedió a tomar una radiografía de control postquirúrgico. Pasadas unas horas de la cirugía, la señora DELIA MARIA

“presentaba intenso dolor” situación que su hija IDALY le manifestó al “médico de turno, enfermeras jefes y auxiliares de enfermería, quienes referían que ese dolor agudo era normal y que al día siguiente ese dolor iría cediendo”.

El 7 de diciembre de 2012 en horas de la mañana, fue valorada por el ortopedista de turno ALBERTO CAMPO, quien al observar la radiografía tomada después de la intervención señaló que la paciente *“había sufrido una luxación postquirúrgica”*, razón por la que ese mismo día en horas de la tarde le practicó *“una reducción cerrada de manera urgente”* y terminada esa cirugía, nuevamente fue llevada a rayos x para *“constatar el reemplazo articular de cabeza de fémur y acetábulo inferior derecho”*.

El 8 de diciembre de 2012 el doctor ALBERTO CAMPO al observar la radiografía *“concluye que la copa que reemplaza el acetábulo es de un tamaño mayor que el inserto, razón por la cual no encaja de manera correcta”* siendo *“muy posible que se presente una nueva luxación”* y que por ello es necesario practicar otra cirugía, recomendación que fue reiterada el 9 del mismo mes.

Pese a lo manifestado por el ortopedista ALBERTO CAMPO y el dolor intenso que padecía la paciente, el 11 de diciembre de 2012 fue valorada por el doctor JAIRO VILLA (quién practicó la primera intervención) señalando que aquella se encuentra bien *“y que le dará de alta”*, lo que ocurre finalmente el 13 de diciembre de 2012.

No obstante lo anterior, ese mismo día el señor JORGE IBARRA, hijo de la señora GALINDEZ GUACA, presenta una queja ante la CLÍNICA VERSALLES S.A. con copia a la Secretaría de Salud Municipal de Cali, *“por la discrepancia existente entre los dos médicos ortopedistas... a fin de que se resuelva la situación de su señora madre”*.

El 17 de diciembre de 2012 la clínica da respuesta a la queja expresando que *“los ortopedistas no encontraron una estabilidad suficiente del material de osteosíntesis y que por lo tanto sugirieron volverla a revisar quirúrgicamente, hechos ocurridos el 7 de diciembre de 2012 en horas de la tarde. Por lo anterior según se lee en la respuesta el Dr. Villa cirujano ortopedista tratante considera no intervenir quirúrgicamente”*.

El 10 de enero de 2013 la señora DELIA MARIA sufre una nueva luxación de la prótesis que reemplaza el acetábulo como lo había advertido el ortopedista ALBERTO CAMPO y omitido por el doctor JAIRO VILLA, por lo que el 18 de enero de 2013 fue intervenida quirúrgicamente por tercera ocasión *“como*

consecuencia inmediata de la inestabilidad e imprecisión de la prótesis que reemplaza el acetábulo como se puede apreciar con la historia clínica”.

El 21 de enero de 2013, la Coordinadora de Servicio al Cliente de la CLÍNICA VERSALLES le informa al señor JORGE IBARRA que la cirugía de su señora madre le sería practicada el 18 de enero de 2013 a las 5:00 p.m., *“notándose con esto la imprecisión de las respuestas dadas por la entidad en donde en una se le manifiesta que no es necesaria una nueva cirugía y en la respuesta tardía, pues se dio después de la intervención quirúrgica”.*

La señora DELIA MARIA de 78 años *“sufrió por 42 días un intenso dolor”* que se pudo haber evitado desde el 7 de diciembre de 2012 de acuerdo a lo advertido por el ortopedista CAMPO, igualmente sus hijos *“tuvieron que ver como su anciana madre en plena época decembrina se quejaba de día y de noche, sin que su dolor sucumbiera”* incluso después de la recuperación de las cirugías y sus posteriores terapias físicas, situación que ha generado perjuicios de carácter moral y en la vida de relación a los actores.

2. CONTESTACIONES de la DEMANDA y EXCEPCIONES DE MÉRITO.

2.1. CLÍNICA VERSALLES S.A. ¹ (fs. 143 a 182 c. ppal.), resiste las pretensiones del libelo, alegando que no existe causa imputable, nexo causal, culpa, ni falla institucional de la entidad. Para ello explica que *“una de las complicaciones que puede sobrevenir luego de un procedimiento quirúrgico de reemplazo total de cadera es la luxación de la prótesis, y ello bien puede ocurrir en el post quirúrgico inmediato, sin que implique una mala práctica profesional. La cual se resuelve mediante el procedimiento de reducción cerrada que le fue practicado de manera oportuna por el profesional especializado de turno”* y además, *“la lex artis da soporte a que el manejo conservador posterior a la primera luxación de cadera con su reducción, siendo en la mayoría de la veces con respuesta favorable sin decir que no pueda haber posteriormente recidivas de la luxación llevando entonces si a plantear necesidad de una reintervención quirúrgica”.*

Advierte que no es cierto que en la historia clínica se registre por parte del doctor ALBERTO CAMPO la nota que se refiere en la demanda, pues lo único que consignó el galeno con relación a la radiografía postquirúrgica el 7 de diciembre es *“Rx post Qx. Luxación prótesis”*, y en el mismo sentido, la nota del doctor CAMPO del 8 de diciembre *“deja a discreción del médico tratante, Dr. Villa la conducta a seguir con el paciente, al registrar “comentar pte Dr. Villa, es decir que no existía discrepancia”.*

¹ Notificada personalmente a través de apoderada – fl. 142 c. ppal.

Igualmente al señalar en el historial médico *“prótesis inestable” no significa imprecisión de la prótesis*” y de acuerdo a la evolución del paciente y la discrecionalidad científica de que goza cada galeno, se puede optar por una conducta conservadora o más intervencionista, de ahí que si hubo falla, el actor deberá probarlo con validez científica.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO formuló las denominadas:

a) *“Inexistencia de obligación por ausencia de culpa”*, en tanto el equipo de la Institución que prestó los servicios a la paciente fue diligente y actuó con el cuidado recomendado, entendiendo que la actividad médica es de medio y no de resultado, de ahí, que la argumentación del apoderado de los demandantes no cuenta con respaldo probatorio ni jurídico.

b) *“Inexistencia de relación de causa y efecto entre los actos de carácter institucional y los actos del profesional médico y el resultado que pueda haber afectado a la paciente”*, pues el médico tratante optó por realizar la cirugía de reemplazo de cadera como procedimiento aceptado y recomendado que se ajustó a los parámetros científicos indicados, y lo que señala la ciencia médica para ese caso, siendo la *“luxación de cadera y/o reluxación”* un riesgo inherente a este tipo de eventos, lo que significa que no hay evidencia que permita considerar que los especialistas obraran de forma imperita, negligente, imprudente o violando reglas de cuidado.

c) *“Inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley”*, habida cuenta que el resultado que evidenció la paciente constituyó para el galeno *“un fenómeno de irresistibilidad dentro del campo de la práctica médica... pese a haber adoptado las medidas conducentes tendientes a disminuir cualquier riesgo sobreviniente; la historia clínica y la literatura científica así lo confirma”*, máxime cuando en el tipo de responsabilidad que se invoca en la demanda no es suficiente manifestar una causalidad material sino que debe verificarse una causalidad jurídica.

d) *“Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio brindada”*, por el hecho de que el ortopedista que atendió a la paciente cumplió con los deberes profesionales que la ciencia médica le exigía.

e) *“Exoneración por estar probado que el equipo profesional de salud al igual que la institución emplearon la debida diligencia y cuidado”*, teniendo en cuenta que se prestó el servicio de salud a la paciente por profesionales médicos idóneos, calificados y de forma diligente y oportuna, desarrollándose esa labor

dentro de los lineamientos esperados, advirtiendo que los resultados de los procedimientos *“podrían ser esperables, pero nunca predecibles, ya que ningún cirujano por más experto y hábil que sea puede garantizar a la intervención o al tratamiento un resultado ciento por ciento satisfactorio”*.

f) *“Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil”*, dado que no existe relación de causalidad entre la conducta del galeno y el evento o riesgo inherente que se presentó en la paciente, pues no se probó que los profesionales de la salud hayan incurrido en alguna conducta culposa, no hubo impericia, negligencia o imprudencia, al contrario está evidenciado que la atención fue diligente y cuidadosa.

g) *“Riesgo inherente que constituye iatrogenia inculpable”*, en tanto que se da un resultado insatisfactorio pese a que se actuó conforme a la *lex artis*, luego entonces lo que se presentó en la paciente es un riesgo inherente entendido como una *“complicación que se manifestó y que se procuró superar, constituyendo el resultado, un evento que es de presentación inconstante... pudiendo hacer su manifestación de manera temprana o tardía, no siempre evitable ni controlable pese a una buena práctica médica”*.

h) *“Caso fortuito”*, señalando que al no existir causalidad jurídica entre el trauma y la complicación con la atención médica, los factores de atribución deben ser analizados desde la patología de base que presentaba la paciente que no podría ser superada pese a las medidas adoptadas por los médicos tratantes, por lo que el resultado llega a ser inevitable e irresistible.

i) *“Carga de la prueba a cargo del actor”*, la jurisprudencia ha señalado que la medicina no configura una actividad riesgosa y contiene obligaciones que en general son de medio, razón por la que el demandante debe probar los hechos que sustentan su pretensión.

j) *“Inexistencia de daño antijurídico y en consonancia con ello carece de fundamento las peticiones económicas, las declaraciones y condenas”*, cualquiera sea su naturaleza los perjuicios reclamados deben estar demostrados en el proceso, y en este caso, brillan por su ausencia los medios probatorios tendientes a acreditar los que se piden en la demanda, además que los deprecados sobrepasan los límites decantados por la jurisprudencia.

En escrito aparte, efectuó el llamamiento en garantía a ALLIANZ SEGUROS S.A. con fundamento en la póliza No. 021989749/0, vigente para la época de los Rad. No. 19001-31-03-003-2017-00145-01

hechos, no obstante, fue declarado ineficaz según auto del 13 de diciembre de 2018, en razón a que la aseguradora no fue notificada oportunamente (fl. 246 c. llamamiento).

Igualmente, llamó en garantía a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. sustentado en las pólizas Nos. 1501312001153 (10 sept. 2012- 09 sept. 2013 – fl. 89 c. llamamiento), 1501213004798, 1501213004880, 1501214003075 y 1501215003627 vigentes para la época de los hechos, siendo admitido por auto del 11 de abril de 2018 (f. 112 c. llamamiento).

2.2. NUEVA EPS ² (fs. 254 a 279 c. ppal.), por intermedio de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda, señalando que la EPS cumplió con todas sus obligaciones contractuales brindando todos los servicios que requirió la paciente sin que hubiese existido demora, negación u obstrucción para autorizarlos, sin embargo aclara que la entidad no interviene *“en las decisiones médicas, dado que estas facultades son propias de la lex artis”*, por tanto, al cumplir eficientemente su rol de *“aseguradora”*, se rompe el nexo de causalidad de la responsabilidad endilgada.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO formuló las denominadas:

a) *“Inexistencia de responsabilidad solidaria”*, señalando que ni la actuación médica reprochada, ni el cuidado, ni la vigilancia de la paciente fueron desplegadas por la NUEVA EPS, dado que su obligación legal *“consiste en garantizar el acceso a los servicios de salud, obligación que cumple a través de una red prestadora de servicios de salud”*, lo que en este caso se hizo por conducto de la CLÍNICA VERSALLES S.A. quien actúa con *“absoluta independencia y autonomía bajo su absoluta discrecionalidad científica”*, de ahí que la responsabilidad endilgada no está en cabeza de la EPS *“sino en el equipo médico y personal administrativo contratado por la IPS tratante”*.

Que tampoco se puede predicar una responsabilidad solidaria, en tanto aquella sólo puede tener un origen legal o contractual, lo cual no se presenta en este caso, pues la ley no la consagra y no existe un vínculo jurídico entre el equipo médico y la EPS.

b) *“Inexistencia de daño indemnizable imputable a NUEVA EPS”*, dado que la entidad cumplió a cabalidad su obligación contractual de afiliación al haber dispuesto para la atención de la paciente una red de IPS, no obstante, el resultado final *“no está vinculado con la actividad positiva o negativa de NUEVA*

² Notificada personalmente a través de apoderado – fl. 251 c. ppal.

EPS", pues los diagnósticos y tratamientos "son tomados de manera independiente por los galenos de acuerdo a las especiales condiciones del paciente, lo anterior, en ejercicio de la *lex artis propria* de esta profesión".

c) *"Inexistencia del factor de imputación a NUEVA EPS de culpa a título de falla en el servicio"*, la entidad promotora de salud no fue imprudente, ni tuvo un actuar culpable alguno, en tanto no fue negligente en la atención que requirió la usuaria, dado que otorgó las autorizaciones necesarias del servicio médico solicitado por la IPS tratante.

d) *"Cumplimiento cabal de las obligaciones de la NUEVA EPS con su condición de asegurador"*, aseverando que la EPS atendió todos los requerimientos solicitados por la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA y no es responsable dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud de los diagnósticos, procedimientos, rehabilitación y prevención de sus afiliados, tampoco de su especial vigilancia, en razón a que tales obligaciones están radicadas en la IPS tratante,

e) *"Inexistencia de responsabilidad de la NUEVA EPS por hecho de terceros"*, reiterando que los demandantes deprecian una responsabilidad médica por mala práctica, la que no fue realizada por la EPS sino por la IPS de su red de servicios. (Igualmente alega sin sustentar circunstancias de fuerza mayor y/o caso fortuito).

f) *"Inexistencia de falla en el servicio médico imputable a NUEVA EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de NUEVA EPS y el resultado final"*, nuevamente asegurando que la EPS no cometió, si lo hubo, el error en la prestación del servicio de salud, y por tanto, el hecho generador del presunto daño no dependió de la actividad directa de la NUEVA EPS.

g) *"Ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero"*, bajo el mismo fundamento de la excepción anterior.

h) *"Carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endiligada a NUEVA EPS y el daño alegado"*, advirtiendo que la parte demandante omitió "aportar información y las pruebas necesarias para dar sustento a las afirmaciones" realizadas en los hechos del libelo de los que además señala "surgen muchas dudas respecto de los dichos de la parte actora".

i) *"Indebida tasación de perjuicios y enriquecimiento sin causa o cobro de lo no debido"*, no basta con alegar la existencia de perjuicios sino que cada uno debe contar con soporte probatorio, el que no fue allegado, de ahí que las pretensiones económicas deprecadas carecen de causa jurídica y fáctica.

En escrito aparte, efectuó el llamamiento en garantía a la CLÍNICA VERSALLES S.A. con fundamento en el Contrato de Prestación de Servicios de Salud en la Modalidad de Evento de fecha 16 de agosto de 2017, el cual fue rechazado por auto de fecha 3 de mayo de 2018 (f.134 c. llamamiento), al no subsanar los defectos relacionados en proveído del 20 de abril de 2018 (f. 129 lb.).

3. LA LLAMADA EN GARANTÍA³ (fs. 135 a 173 c. llamamiento), MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. por intermedio de apoderada, en réplica a la demanda manifiesta que su asegurado cumplió con sus obligaciones legales en la atención de la señora DELIA MARIA GALINDEZ, sin que le sea imputable la causa eficiente de los perjuicios que se reclaman en el libelo.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO frente a la demanda formuló las denominadas:

a) *"Inexistencia de responsabilidad y de obligación indemnizatoria a cargo de CLÍNICA VERSALLES S.A."*, en el entendido que la demandada desde el inicio de la atención de la paciente, garantizó y brindó permanentemente el acceso al servicio médico, con estándares de calidad, de manera oportuna y sin dilaciones conforme a los protocolos y la *lex artis*, por lo que las imputaciones que se realizan en la demanda son superfluas y ligeras basadas en manifestaciones subjetivas.

b) *"Inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad y de la relación de causalidad entre los actos del Centro Médico y los supuestos perjuicios alegados por los actores"*, habida cuenta que le corresponde a la parte actora demostrar la culpa, el nexo causal y el daño, dado que en tratándose de responsabilidad médica la primera no se presume.

c) *"Acto médico se cumplió conforme a la lex artis y la discrecionalidad científica"*, con sustento en los mismos argumentos de la primera excepción.

d) *"El régimen de responsabilidad civil médica se rige por la culpa probada de acuerdo al artículo 177 del C.P.C. – Inexistencia de obligación de responder por ausencia de culpa"*, bajo los mismos planteamientos del segundo medio exceptivo.

e) *"Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio brindada por los profesionales de la salud"*, teniendo en cuenta que todo procedimiento quirúrgico y tratamientos médicos *"están plagados de riesgos considerables"*, por lo que la obligación del médico frente a su paciente es de medio y no de resultado y se satisface con la conducta diligente para *"alcanzar la curación, sin*

³ Notificada personalmente a través de apoderada – f. 133 c. llamamiento)

que ello implique que el fracaso del tratamiento o la ausencia de éxito se traduzca en incumplimiento o mala praxis médica”.

f) “Carencia de prueba del supuesto perjuicio”, pues no se cuenta con medios suasorios que acrediten la producción, naturaleza y la cuantía del perjuicio alegado, sin que ello sea “susceptible de presunción alguna”.

g) “Enriquecimiento sin causa”, señalando que al no demostrarse los perjuicios ni comprobarse su magnitud, cualquier condena se traduciría en un lucro indebido.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO frente al llamamiento en garantía formuló las denominadas:

a) “Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”.

b) “Inexistencia de cobertura de las pólizas r.c. profesional clínicas y hospitales No. 1501312001153, r.c. profesional instituciones médicas No. 1501213004880, y r.c. profesional instituciones médicas No. 1501215003627, que fueron utilizadas como fundamento de la convocatoria de mi representada”.

c) “Límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la póliza que enmarcan las obligaciones de las partes”.

d) “No se realizó el riesgo asegurado en la póliza rc profesional instituciones médicas No. 1501214003075, es decir, no ocurrió siniestro, conforme lo establecido en sus condiciones generales”.

e) “Exclusiones de amparo”; f) “El contrato es ley para las partes” y g) “Enriquecimiento sin causa”.

4. LA SENTENCIA APELADA. En ella se resolvió: i) Declarar probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas CLÍNICA VERSALLES S.A. y NUEVA EPS; ii) denegar por improcedentes las pretensiones de la parte demandante; iii) abstenerse de emitir pronunciamiento sobre el llamamiento en garantía realizado por CLÍNICA VERSALLES S.A. contra MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.; y iv) condenar en costas a la parte demandante.

Lo anterior, tras considerar el funcionario de primer grado, que de acuerdo con la documental obrante en el legajo, se demostró que frente a la fractura de fémur derecho que sufrió la señora GALINDEZ el 6 de diciembre de 2012, los médicos tratantes le practicaron un reemplazo total de cadera de ese lado, y al día siguiente, 7 diciembre, se detectó la luxación de esa prótesis que se le había

implantado, la que fue tratada mediante el procedimiento denominado reducción cerrada.

Que de acuerdo con la literatura médica aportada ⁴ y la declaración de la Doctora ANA MARÍA ÁLVAREZ representante legal de la CLÍNICA VERSALLES, las luxaciones e infecciones son riesgos propios y complicaciones más frecuentes de la cirugía de reemplazo de cadera, más aún en casos como el de la demandante, que conforme explicó la referida galena, venía padeciendo con antelación de una patología denominada osteopenia, esto es, la reducción de la calidad de los huesos.

Que ante ese escenario, no puede afirmarse que la parte demandada incurriera en desatención de la *lex artis* en el tratamiento de la paciente, pues realizó el procedimiento de reducción cerrada para corregir la luxación de la prótesis ocurrida con posterioridad a la cirugía de artroscopia de cadera derecha, lo que en principio produjo los efectos esperados, pues hasta ser dada de alta la paciente el 13 de diciembre de 2012, los registros de la historia clínica no apuntan a una nueva luxación, cuestión que se presentó luego de haber estado en su casa por varios días, lo que obligó a que el 18 de enero del año 2013 se le practicara un nuevo procedimiento quirúrgico.

Que aun cuando en la demanda se plantea que el tratamiento al que fue sometido la señora GALINDEZ GUACA le produjo un dolor más allá del que debía soportar, lo cierto es, que las cirugías a ella practicadas conllevaban un dolor, pero según se desprende de los registros clínicos la paciente recibía tratamiento para el mismo, y para el 11 de diciembre de 2012 como se apuntó a folio 71, el dolor estaba controlado, lo cual se corrobora con el interrogatorio de parte de la actora, quien indicó que después del segundo procedimiento se sentía bien y había retomado sus actividades normales como cocinar y cuidar sus pollos, evidenciando que esa última intervención, que era la que correspondía hacer de acuerdo a la ley del arte, fue exitosa, lo que llevó a que el 13 de diciembre se autorizara su salida.

Que si bien los otros demandantes hijos de la lesionada elevaron quejas y no estuvieron de acuerdo con los procedimientos de la clínica, ello no implica la violación de los deberes que le correspondían a la institución médica, y tampoco

⁴ Refiriéndose a las citas realizadas por la CLÍNICA VERSALLES en la contestación de la demanda, del *Acta Ortopédica Mexicana 2014, artículo de revisión, evaluación y tratamiento de la luxación protésica de cadera*, Dabaghi A,* Saleme J,* Ochoa L** que el fallador dijo haber consultado y verificado en el link www.medigraphic.org.mx suministrado por esa entidad.

puede sostenerse, que los estudios de enfermería que realizó el señor IBARRA GALINDEZ, lo califiquen para dictaminar sobre el tratamiento brindado a la paciente.

Que es cierto que el doctor CAMPO GUILLÉN en informe quirúrgico del 7 de diciembre de 2012, visible a folio 74 del cuaderno principal, refiere una importante inestabilidad con fácil recuperación y que la paciente es candidata para cirugía de revisión acetabular, más no señaló que la paciente presentara una nueva luxación ni que debía practicarse un segundo reemplazo de cadera, como se dice en el hecho sexto de la demanda; y en la nota de esa misma fecha, el doctor CAMPO alude a la luxación de la prótesis, pero no ordena la práctica de una nueva cirugía abierta sino la reducción cerrada de la luxación, como en efecto se hizo.

Que los demandantes no lograron demostrar que la pasiva desatendiera la obligación de medios que le correspondía, y por ende las excepciones propuestas por la EPS e IPS demandadas encaminadas a desvirtuar la presunta falla en la prestación del servicio de salud que se les atribuye, están llamadas a prosperar, y por consiguiente se niegan las pretensiones de la demanda, sin que sea necesario, por sustracción de materia, emitir pronunciamiento sobre el llamamiento en garantía.

5. LA APELACIÓN. La interpone el apoderado de la parte demandante, expresando sus reparos concretos frente a la valoración probatoria de la historia clínica, pues el *a quo* tuvo por acreditado que se dio cumplimiento a la *lex artis* con los procedimientos quirúrgicos y post quirúrgicos realizados a la paciente DELIA MARIA GALINDEZ GUACA, sin tener en cuenta las notas de ortopedia realizadas por el Doctor CAMPO, en las que evidencia la inestabilidad de la articulación con tendencia de fácil luxación, y que la paciente es candidata a cirugía para revisión acetabular, de donde emerge el nexo causal entre la actuación de la CLÍNICA VERSALLES y el daño sufrido por la señora GALINDEZ GUACA durante los días que tuvo que soportar el intenso dolor, dado que la Clínica no debió dar de alta a la paciente antes de realizar por lo menos una junta médica entre los dos galenos, el que realizó la intervención quirúrgica y el que consignó la nota de ortopedia, para determinar si la cirugía era necesaria de manera inmediata o debía postergarse por un mes si llegara a darse el caso de una re luxación, máxime cuando el Doctor CAMPO estaba previniendo a la Clínica, que luego de realizada la reducción cerrada era necesaria la práctica de la revisión acetabular, lo cual no se hizo, sino que los facultativos decidieron

darle el alta y solo practicaron dicho procedimiento cuando vieron la consecuencia de re luxación.

Igualmente expresan su desacuerdo con la valoración probatoria del folio 73, en el que consta que el 08 de diciembre el Doctor CAMPO observó prótesis inestable con fácil tendencia a la re luxación, lo cual finalmente sucedió, sin embargo no se consideró tal advertencia, como tampoco la anotación conforme a la cual se debía efectuar de manera pronta una revisión quirúrgica del acetabular, con lo que se evidencia la negligencia de los galenos, al darle el alta y luego esperar hasta que la paciente sufriera la re luxación.

Que por lo anterior la valoración probatoria no es correcta, por cuanto le otorga la razón a las prácticas médicas con base en las manifestaciones de una médico general, que también es la directora de la Clínica y no tiene la especialidad de ortopedia para manifestar cuál era el procedimiento post quirúrgico adecuado luego de la reducción cerrada.

En consecuencia, solicita revocar la decisión apelada, y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

6. ACTUACIÓN RELEVANTE DE SEGUNDA INSTANCIA. Ejecutoriado el auto que admitió la alzada, se dispuso la prórroga para emitir decisión de fondo, y entrado en vigencia el Decreto legislativo 806 del 4 de junio del 2020 ⁵, se corrió traslado para la sustentación escrita de la apelación y la manifestación que a la misma tuvieran los no apelantes ⁶.

7. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN. El apoderado de la parte demandante desarrolla sus reparos concretos, expresando que el funcionario de primer nivel no realizó un análisis riguroso de las pruebas que demuestran que “a partir del 08 de diciembre se cometieron errores en el tratamiento postquirúrgico que generaron una grave consecuencia para la paciente”, según se corrobora con las anotaciones visibles a folios 72, 73, y 74 literal d, en las que el Ortopedista ALBERTO CAMPO GUILLEN realiza tres “advertencias” luego del procedimiento de reducción cerrada, de que la señora GALINDEZ GUACA debía ser intervenida nuevamente para revisión acetabular, por presentar prótesis inestable con fácil tendencia a la re luxación, lo que pidió comentar con el Doctor VILLA, consignas que no fueron atendidas por la CLÍNICA VERSALLES, ni siquiera se realizó una junta

⁵ Por el cual se adoptaron entre otras, diversas medidas para “...agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

⁶ Mediante auto de fecha 24 de agosto de 2020, en la forma y términos señalados en el Art. 14 del D.L. 806 del 4 de junio de 2020.

médica para debatir el caso, sino que se autorizó la salida de la paciente el 13 de diciembre de 2012.

Que dichas circunstancias no fueron valoradas por el *a quo* como causantes del daño producido a la demandante, como tampoco se apreció la manifestación realizada el 13 de diciembre por el hijo de la demandante JORGE ANDRES IBARRA GALINDEZ a la Secretaría de Salud del Valle del Cauca, con copia a la CLÍNICA VERSALLES (folios 65 y 66), de que no está de acuerdo con la decisión de dar salida a la paciente, teniendo en cuenta que existen diferencias de conceptos entre los criterios de los ortopedistas VILLA y CAMPO, y la respuesta a dicho requerimiento emitida por la CLINICA VERSALLES en la que aduce que el Doctor VILLA ortopedista tratante considera que no es necesario realizar una nueva intervención quirúrgica para revisar la cirugía practicada, elementos todos estos que tienen total relevancia en los acontecimientos que finalmente se presentaron y que ocasionaron el daño cuyo resarcimiento se reclama.

Que el daño está acreditado con la re luxación de la prótesis que reemplaza el acetábulo que sufrió la señora GALINDEZ GUACA el 10 de enero de 2013, tal y como lo había advertido el ortopedista CAMPO, y el nexo causal se desprende de la negligencia del Doctor VILLA y la CLÍNICA VERSALLES, quienes no aceptaron el concepto del Doctor CAMPO y decidieron darle salida a la paciente, con la consecuencia ya conocida.

Que los perjuicios sufridos por los actores son "evidentes", pues no cabe duda de los dolores y traumatismos a los que fue sometida por más de un mes la señora GALINDEZ GUACA, y la afectación que en adelante padeció para el desarrollo de sus actividades normales en condiciones dignas, con los cuales se demuestra el perjuicio a la salud (perjuicio a la vida de relación), así como también el daño moral para ella y su hijos, quienes por causa de la negligencia de la parte demandada, debieron asumir la aflicción por ver el sufrimiento de su madre convaleciente, que resultó afectada con una re luxación que era prevenible, y finalmente, que tuviera que ser intervenida quirúrgicamente un mes después.

Que el fallador no le otorgó ninguna credibilidad al interrogatorio de parte del señor JORGE ANDRES IBARRA GALINDEZ, de profesión enfermero jefe, por considerar que no contaba con las calidades profesionales de un ortopedista para sustentar sus respuestas, pero los testimonios practicados a instancias de la pasiva si le merecieron mérito suasorio, aun cuando ninguno de ellos proviene de un ortopedista.

Que en relación con el riesgo de re luxación luego de la cirugía de reemplazo de cadera, el Juez se apoya en un artículo aportado en la contestación de la demanda que proviene de una revista médica, según el cual dicho riesgo debe ser asumido por la paciente porque para este tipo de procedimientos es alto, sin embargo omite analizar que en este caso la lesión en comento no fue una cuestión del azar, sino que obedeció a la negligencia de los galenos de la CLINICA VERSALLES quienes no acataron las tres advertencias efectuadas por un ortopedista de su propia nómina, pues de haberlo hecho la paciente no habría sufrido la re luxación y por ende tampoco el daño.

Por lo tanto solicita revocar el fallo de primer grado, y en su lugar despachar favorablemente las pretensiones del libelo.

8. ALEGATOS DE LOS NO APELANTES. La parte demandada y la llamada en garantía se oponen a la alzada y solicitan confirmar el fallo impugnado, argumentando lo siguiente:

8.1. El apoderado de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. aduce, que contrario a lo expresado en la censura, el Juez si tuvo en consideración todas las anotaciones de la historia clínica en las que consta lo relativo a la atención en salud proporcionada a la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA por la Clínica demandada, y *“en virtud de estos registros y de la misma literatura científica que aportó el demandante – sic- que se pudo comprobar que la responsabilidad que se pretende en contra de la CLÍNICA VERSALLES es inexistente”*.

Que en el proceso se logró acreditar que la decisión de los médicos de dar de alta a la paciente fue adecuada, puesto que el registro clínico apuntaba a que el procedimiento había sido exitoso en tanto la señora GALINDEZ GUACA no demostraba signos diferentes a los propios de la intervención practicada, al punto que la misma demandante aseguró que después de la intervención se sentía bien.

En lo que atañe al presunto nexo causal entre la actuación de la CLÍNICA VERSALLES y el daño ocasionado a la demandante, manifiesta que no se encuentra demostrado, toda vez que *“la parte actora no incorporó ningún elemento de convicción con la suficiente virtualidad demostrativa para acreditar cómo es que el actuar de la accionada fue la causa determinante y eficiente para el perfeccionamiento del daño que exige se le repare... al plenario no se allegó ningún medio de convicción por parte del actor que permita si quiera tener un indicio de la presunta mala praxis que fundamenta sus pretensiones. En*

efecto, no se advierten pruebas técnico-científicas allegadas por el extremo activo del litigio, y de tal suerte, el recurrente no puede justificarse en un análisis subjetivo y ausente de técnica para considerar estructurada la responsabilidad civil que se discute en esta contienda”.

Que de acuerdo con la prueba documental, “en concreto con la literatura médica aportada por el demandante – sic-, se evidenció que la luxación que sufrió la paciente, la cual constituye el daño planteado en el escrito genitor, es un riesgo inherente al procedimiento realizado a la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA; es decir, es una de las consecuencias que más comúnmente se presentan... Por lo que no resulta admisible indicar que la luxación que se presentó, fuera consecuencia de un actuar negligente por parte de los profesionales de la salud, en tanto que, como lo explicó el Despacho, la luxación es una complicación propia del tratamiento que se adelantó a la paciente”.

Que al tratarse de una causa en la que se discute un asunto de naturaleza científica, mal haría el Juzgador al no otorgar un valor probatorio prevalente a las interpretaciones que realizan los expertos en la medicina, sumado que “las reglas de la experiencia y la sana crítica advierten que las manifestaciones que se realizan por los accionantes en un interrogatorio de parte referentes a acontecimientos médicos como este, normalmente pueden verse contaminados por una apreciación subjetiva y no científica de lo acaecido, incluso aunque, en casos como este, el demandante tenga la calidad de enfermero jefe, como quiera que ve afectada su esfera cognitiva por la relación afectiva o emocional con la víctima. Ello sin tener en cuenta inclusive que, el paso del tiempo es un factor que también contribuye en que se formen vacíos en la narrativa de los hechos, o que se creen confusiones sobre circunstancias que pueden resultar relevantes para el Juzgador. En esa medida, es cardinal que se otorgue primacía a las manifestaciones que puede realizar una médica, toda vez que estos viabilizan identificar cuál fue el desarrollo de los hechos y sus consecuencias; lo anterior, se insiste, sin que ello implique la omisión de valoración de otros elementos de prueba o que se les reste importancia”.

Que la parte demandante estima que a la declaración de la médica ANA MARÍA ÁLVAREZ PALAU no debía otorgársele valor probatorio, por tratarse de una profesional de la salud sin la especialidad en el área de ortopedia, sin embargo “habiendo percibido el actor que en este proceso se discute una actuación médica, era su indelegable función el incorporar medios de prueba técnicos, especializados en el área de ortopedia, que dieran lugar a sus aseveraciones. No

puede el actor, bajo el pretexto de una decisión judicial inclinada a las manifestaciones de una médica general, dejar de lado que quien omitió introducir elementos de convicción técnicos en el ámbito de la ortopedia fue él”.

Que además de la historia clínica y la literatura médica, el extremo activo no allegó otros elementos de juicio que contradigan o desvirtúen lo manifestado por la médico ÁLVAREZ PALAU, *“incluso, el accionante omitió incorporar probanzas científicas adicionales para confirmar su interpretación de lo consignado en la historia clínica. La carga de la prueba que les correspondía para acreditar la ocurrencia de los hechos de acuerdo a lo señalado en el libelo genitor, y de acuerdo a lo que revelaron en sus respectivos interrogatorios no fue debidamente asumida, como quiera que, básicamente, sólo les bastó su dicho... dicha carga la asumió enteramente la parte demandada, y de ellas se pudo acreditar que la actuación de la CLÍNICA VERSALLES fue perita y conforme a los protocolos que rigen la lex artis.”.*

Que si bien el inconforme no realizó ninguna manifestación en lo que atañe a la relación aseguraticia con la CLÍNICA VERSALLES S.A., en todo caso reitera la posición de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. expuesta en el escrito de contestación de la demanda y del llamamiento que dicha institución le realizó, y pide que en el eventual escenario de revocar la sentencia de primera instancia, a esa aseguradora no se le imponga ninguna obligación indemnizatoria, atendiendo los argumentos de defensa por ella expuestos.

8.2. El apoderado de la CLINICA VERSALLES refiere, que el juez de primera instancia sí graduó y calificó las pruebas que fueron aportadas por las partes, entre ellas, la historia clínica, la declaración técnica de la Doctora ANA MARÍA ÁLVAREZ médica de profesión, la literatura científica como prueba documental e incluso, la declaración de todos los que componen la parte demandante, cosa distinta es que dicho ejercicio no favoreció las pretensiones del libelo.

Que el apelante pretende hacer creer, que existió diferencia conceptual entre los doctores CAMPO y VILLA, cuando en realidad no existe ninguna nota del primero en la que ordene que la paciente debe pasar a cirugía.

En cuanto a la orden de salida de la paciente datada el 13 de diciembre de 2012, aduce que la Doctora ANA MARÍA ÁLVAREZ explicó en su declaración de parte, que el alta médica fue ordenada siete días después de realizar procedimiento de reducción cerrada bajo anestesia general, que durante los días posteriores a la reducción cerrada y hasta el 13 de diciembre de 2012, la

paciente no presentó una nueva luxación o alteración en la movilidad de la prótesis, conforme a los registros contenidos en la historia clínica de los diferentes especialistas en ortopedia y traumatología quienes examinaron y valoraron a la paciente, que la re luxación no obedeció a un error médico o a la falta de una segunda cirugía, sino que fue consecuencia de la materialización de un riesgo inherente, que como está descrito en la literatura científica que se allegó como prueba, es la segunda causa de complicación más frecuente de la cirugía de artroplastia total de cadera.

8.3. El gestor judicial de NUEVA EPS S.A., manifiesta, que no existe prueba de un hecho generador del daño, bien por acción u omisión, imputable a esa entidad, sino que las secuelas que se desencadenaron corresponden a factores propios de la patología que presentaba la paciente, relevando que no se acreditó por la parte actora que la señora GALINDEZ GUACA recibiera un tratamiento erróneo, por el contrario, está demostrado que fue atendida por profesionales idóneos en la materia acatando los protocolos médicos del caso, *“de forma responsable, diligente, inmediata y perita por parte del cuerpo médico y de enfermería tratante, en razón a las patologías que presentó”*, y que luego de 7 días en vigilancia hospitalaria sin que se evidenciara luxación, fue dada de alta.

Que en el plenario se probó que uno de los riesgos y complicaciones más frecuente de la cirugía practicada a la paciente (*reemplazo/artroplastia total de cadera*) es la luxación, la cual es tratada con el procedimiento de reducción cerrada, tal como efectivamente le fue practicado por los facultativos de la IPS CLÍNICA VERSALLES DE CALI, luego entonces no se observa *“falla médica o incumplimiento de la lex artis en los tratamientos y/o procedimientos instaurados a la paciente GALINDEZ GUACA, lo que de paso desvirtúa una de las pretensiones principales endilgadas en la demanda, pues no se evidencia prueba alguna ni técnica ni científica, que pueda sustentar los dichos y reproches hechos por la parte actora”*.

Que de acuerdo con las probanzas, la señora GALINDEZ GUACA fue diagnosticada con osteopenia, condición que la hacía más propensa a sufrir luxaciones en el post operatorio, no obstante, la ocurrencia de dicha luxación no se puede apreciar como una falla médica o inobservancia de la Lex artis, sino que una vez observada la historia clínica de la paciente, se determina el riesgo del procedimiento al cual fue sometida que unido a su patología de base, *“jugaron un papel importante en el resultado no querido por las partes”*.

Que la junta médica cuya no realización cuestiona la parte actora, no encuentra ningún sustento técnico ni científico, aunado que no se demostró el nexo causal entre el daño alegado por la actora y los tratamientos y diagnósticos brindados a la paciente.

CONSIDERACIONES

1. Tal como lo señaló en el fallo impugnado el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Popayán, los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento, ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia proferida por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del CGP, siendo del caso pronunciarse en principio **“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”** (inciso primero del Art. 328 *ibidem*), para revocar o reformar la decisión si a ello hubiera lugar.

2.1. Por consiguiente, los esbozos teóricos y referentes jurisprudenciales sobre la institución de la **responsabilidad civil médica** que citó el juzgador de primer grado a lo largo de su fallo, pueden entenderse en su mayoría replicados en esta decisión al no ser ellos blanco del ataque del impugnante.

2.2. Basta simplemente precisar que el **marco jurídico** sobre la responsabilidad civil medica lo dan, en lo que resultan aplicables los artículos 63, 1604, 1613 a 1616, 2341 y ss. del Código Civil, Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), el Decreto 3380 de 1981 y la Ley 100 de 1993 y sus concordantes⁷.

2.3. De entrada se advierte, que la exigencia de responsabilidad civil a las instituciones que prestan servicios de salud, se encuentra admitida desde antaño por los estrados judiciales, sin que ello implique que ésta Sala y la

⁷ Este tipo de responsabilidad se ha definido jurisprudencialmente como: “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 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...” (CSJ SC12947-2016, 15 sep. 2016, rad. No. 11001 31 03 018 2001 00339 01 MP. MARGARITA CABELLO BLANCO)

judicatura en general, arrope la sofisticada premisa, de que siempre que un paciente tiene quebrantos o complicaciones de salud subsiguientes al ingreso a un establecimiento hospitalario y/o a un procedimiento o tratamiento médico u análogo, automáticamente se estructuran en contra de la institución y/o de los profesionales que lo atendieron, los presupuestos de la responsabilidad civil, toda vez que en este tipo de responsabilidad, como en cualquiera otra, **deben concurrir TODOS** los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión.

2.4. Dicho de otro modo, la responsabilidad civil, contractual o extracontractual tiene aplicabilidad en el campo médico, ya sea individual o institucional, de manera semejante a cómo puede examinarse en otros campos, siendo en todo caso como **regla general, un régimen de responsabilidad por CULPA PROBADA** ⁸.

2.5. Sobre la **responsabilidad médica institucional** tiene dicho la jurisprudencia, que aquella se origina cuando “*se incurre en culpa profesional o institucional del caso (...). Luego, para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos*” ⁹ lo que es predicable cuando se demanda a las denominadas EPS y/o IPS (Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadora de Salud).

Explica también la Corte, que en el marco de la **responsabilidad organizacional**, “*para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, esto es, aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario e imputarlo a aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción*

⁸ Acorde con la tradicional jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, esta clase de responsabilidad puede presentarse de dos formas: “*la «contractual» se estructurará, cuando previamente existe una relación jurídica entre las partes, es decir, subyace una convención válida, cuyo incumplimiento es fuente de perjuicios para alguno de los extremos de tal enlace. La «extracontractual», por su parte, se origina al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre quienes se han enlazado por causa del daño*”. CSJ SC15996-2016, 29 nov. 2016, rad. No. 11001-31-03-018-2005-00488-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva de julio 12 de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta, en G.J. CCXXXI N° 2470, pág. 306.

del mismo... La culpa de la persona jurídica se establece en el marco de una unidad de acción selectivamente relevante donde deben tomarse en consideración los flujos de la comunicación entre los miembros del sistema además de las acciones y omisiones organizativas”¹⁰.

3. Tras estas precisiones iniciales, los problemas jurídicos que se plantean para resolver el recurso de apelación, se contraen a establecer: i) si el juez de primer grado incurrió en una indebida valoración probatoria, que lo llevó a desestimar equivocadamente las pretensiones resarcitorias; evento en el cual, se determinará ii) si es procedente revocar la decisión apelada y en su lugar acceder a la indemnización por los conceptos y montos solicitados en el libelo.

4. La Tesis de la Corporación es, que contrario a lo expresado por el censor, el *a quo* efectuó un adecuado análisis suasorio, concluyendo acertadamente que al no hallarse demostrados los presupuestos de la responsabilidad médica demandada, no es procedente acceder a lo pretendido, y por consiguiente, la sentencia apelada será confirmada. A la anterior conclusión se arriba con apoyo en el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. Al inicio del escrito genitor, se indica que la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA reclama la indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad médica de tipo “contractual”, y los demás actores procuran a su favor el resarcimiento del daño ocasionado en virtud de la responsabilidad “extracontractual”, en su condición de hijos de la afectada directa, parentesco que se excluyó del debate probatorio en la fijación de litigio, en tanto se encuentra debidamente acreditado con los respectivos registros civiles de nacimiento (fs. 8 a 14 c. ppal.)

4.2. Para la fecha de ocurrencia de los hechos, según se desprende de la copia de la historia clínica visible a folios 20 a 49 y 67 a 86 del cuaderno principal - documento que no ha sido tachado ni desconocido por ninguna de las partes -, la señora GALINDEZ GUACA se encontraba afiliada en calidad de cotizante a la NUEVA EPS, y recibió la atención médica que motiva su reproche en la IPS CLINICA VERSALLES S.A.

¹⁰ CSJ STC3722-2019, 26 mar. 2019, rad. No. 11001-02-03-000-2019-00800-00 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

De tal suerte que, como en el Sistema de Salud *“la relación con los afiliados se califica como “contractual” (artículo 183 de la Ley 100 de 1993)”*¹¹, y nada han discutido las partes al respecto, se tiene por demostrado el primer presupuesto de la responsabilidad médica que se demanda a favor de la presunta afectada directa, siendo en este caso una **“obligación de medio”**, al no acreditarse por la parte interesada, pacto especial alguno entre médico-paciente que comprometiera al primero a garantizar un resultado específico, y por lo tanto, en palabras de la jurisprudencia **“es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia, impericia o falta de cuidado de los facultativos”, y al demandado, “le basta demostrar diligencia y cuidado”**¹².

4.3. Con relación al **daño** cuya reparación se reclama dentro de esta *litis*, -y válido tanto para la que se entiende hecha bajo la especie contractual, como para la extracontractual-, acorde con lo señalado expresamente en la demanda, se concreta en el intenso dolor que la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA padeció *“por 42 días”, “pese a que el mismo pudo haberse evitado desde el día 7 de diciembre de 2012”,* el sufrimiento de sus hijos *“al ver como su anciana madre en plena época decembrina se quejaba de día y de noche, sin que su dolor sucumbiera”,* y la luxación postquirúrgica que la paciente presentó, lo que conllevó a la realización de una nueva intervención quirúrgica el 18 de enero de 2013, según se desprende de la copia de la historia clínica.

4.4. Ahora, en lo que concierne a la **“culpa”** o **“negligencia médica”** imputada al extremo pasivo, y que constituye un elemento indispensable de la responsabilidad reclamada para que pueda estructurarse la obligación de indemnizar, es donde se presenta el principal punto de quiebre entre la sentencia apelada y la impugnación, pues mientras el Juez de primer nivel descartó la existencia de una conducta antijurídica atribuible a los demandados, la parte actora insiste en la presunta omisión o negligencia del personal médico de la CLÍNICA VERSALLES, quienes no atendieron tres (3) advertencias realizadas por el Doctor CAMPO luego del procedimiento de reducción cerrada, de que la señora GALINDEZ GUACA debía ser intervenida nuevamente para revisión acetabular, por presentar prótesis inestable con

¹¹ CSJ SC003-2018, 12 ene. 2018, rad. No. 11001-31-03-032-2012-00445-01, MP. LUIS ARMANDO TOLOSA V.

¹² *Ibidem*.

fácil tendencia a la re luxación, lesión esta última que efectivamente sufrió días después.

4.4.1. Sobre el particular, memórese, que al estar en presencia de una obligación de medio, **corresponde a la parte demandante acreditar la negligencia, omisión o descuido que se le atribuye al extremo pasivo**, constitutivos de culpa médica, y es así que examinados los medios suasorios obrantes en el plenario, advierte la Corporación que **no existe certeza alguna al respecto**, principalmente, por la ausencia de una prueba científica o testimonio experto, que permita establecer con **contundencia** que el proceder de los profesionales de la salud de las entidades demandadas, consignado en la respectiva historia clínica, fue contrario a la *lex artis* bien por acción u omisión, o si se desatendió algún protocolo existente para casos semejantes al de la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA.

En este punto conviene resaltar, que de acuerdo con la jurisprudencia patria, **al ser el Juez ajeno al conocimiento médico:**

“(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)”¹³.

Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, NO SERÍAN BASTANTES PARA DEJAR SENTADO CON CERTEZA LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE QUE SE TRATA, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, “(...) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)”¹⁴ (Resaltado fuera del texto).

De manera que, no habiéndose aportado o solicitado por los interesados una prueba de carácter científico o al menos un testimonio técnico que respalde sus aseveraciones sobre la supuesta falla en el servicio o negligencia médica que se endilga a los demandados, y en vista de que tampoco se trata de una cuestión que pueda calificarse como de simple sentido común o de sana lógica, **con la sola lectura de la historia clínica y los interrogatorios de parte de**

¹³ CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878 – Cita incluida en el texto original.

¹⁴ CSJ SC003-2018, 12 ene. 2018, rad. No. 11001-31-03-032-2012-00445-01, MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

los demandantes no es posible establecer la responsabilidad médica demandada.

4.4.2. En efecto, de la bitácora médica aportada como prueba –en su mayoría ilegible–, se extrae la cronología de la atención en salud recibida por la señora GALINDEZ GUACA, y en lo escasamente comprensible la Sala observa lo siguiente:

- El 1 de diciembre de 2012 la señora DELIA MARIA GALINDEZ GUACA de 78 años de edad, ingresó al servicio de urgencias del Hospital Nivel I de El Bordo – Cauca, tras una caída desde su propia altura que le produjo “dolor y limitación al movimiento de extremidad inferior derecha, además de dificultad para la bipedestación”, se le toma RX de cadera que arroja como resultado **“fractura capsular de fémur derecho”** (fl. 83 c. ppal.)
- La paciente fue trasladada a la CLINICA VERSALLES, y el 6 de diciembre del mismo año, el Ortopedista y traumatólogo JAIRO H. VILLA BANDERA le practicó el procedimiento denominado **“Reemplazo total de cadera”, sin complicaciones** (fl. 76, 77 y 80 lb.)
- El 7 de diciembre siguiente a las 8:30 am., el Ortopedista ALBERTO CAMPO GUILLEN revisa a la paciente, indica que la misma refiere “dolor severo cadera”, que **el RX postquirúrgico arrojó “luxación prótesis”,** y ordena **“pasar a cirugía... reducción cerrada luxación prótesis cadera”** (fs. 67 y 73 lb.), **intervención que se practicó el mismo día por el Dr. CAMPO,** determinando que la señora presenta **“importante inestabilidad con reluxación fácil, paciente candidata para revisión acetabular”** (fl. 74 lb.).
- A las 12:30 hrs. de esa misma data, el DR. CAMPO dispone **“traslado piso, continuar igual manejo médico, no flexionar cadera... valoración por Dr. VILLA”** (fl. 72 lb.)
- El 08 de diciembre el Dr. CAMPO anota **“prótesis inestable con fácil tendencia a la reluxación... considero realizar revisión QX de acetábulo... programar cirugía, comentar DR. VILLA”** (fl. 73 lb.), **“programar cirugía revisión acetabular”** (fl. 72 lb.)
- El 13 de diciembre siguiente, **el Ortopedista tratante Dr. VILLA** encuentra a la paciente en aceptable estado, signos vitales estables, **“NO SIGNOS DE LUXACIÓN, NO FRACTURA”** y ordena su salida (fs. 67 y 70 lb.).

- El 14 de diciembre de 2012 el Dr. VALVERDE a petición de familiar de la paciente, gestiona traslado en ambulancia, luego de comentar con el Dr. CAMPO quien considera apropiado realizar el traslado de esa manera, por limitación a la flexión de cadera mayor a 80 grados (fl. 70 lb.).

- El **18 de enero de 2013** le fue practicada **cirugía de "revisión de prótesis de cadera derecha total"**, hallándose **"prótesis luxada con versión de copa acetabular verticalizada retrovertida + fractura intertrocantérica de fémur"**, por lo cual se procede a *"extracción de prótesis femoral y acetabular previas, preparación del acetábulo y fémur, se realiza revisión acetabular y femoral con colocación de copa acetabular constreñida con corrección de versión fijada con 2 tornillos, reducción abierta de fx intertrocantérica de fémur fijada con prótesis femoral cementada + alambre Qx; se realiza pruebas clínicas y se evidencia prótesis estable"*, sin complicaciones. Nota del Ortopedista CAMPO GUILLEN (fs. 53 y 56 lb.)

4.4.3. En su interrogatorio de parte el demandante JORGE ANDRES IBARRA GALINDEZ, de profesión enfermero jefe, hijo de la señora GALINDEZ GUACA, señaló, que de acuerdo con la "nota" del cirujano tratante ¹⁵, el "aparato" que le colocaron a su progenitora *"era muy grande... entonces, claro, el hueso no encajaba bien y tenía facilidad de salirse"*, sin embargo, pese a que existía un concepto de un ortopedista que decía que debían intervenirla nuevamente, el otro especialista *"insistió en que le dieran salida"*, así que por sus conocimientos en el área de la salud, radicó ante la entidad un oficio *"diciendo que les advertía que su mamá había quedado mal operada y que necesitaba otra intervención quirúrgica que le asegurara que quedara bien"*, sin embargo ello no ocurrió sino días después cuando aquella sufrió una nueva luxación.

4.4.4. El documento en mención corresponde a una queja fechada el 13 de diciembre de 2012 dirigida a la CLINICA VERSALLES S.A. (fs. 61- 62 lb.), en la que el señor IBARRA GALINDEZ expone su inconformidad respecto al manejo de la paciente y los conceptos *"entre uno y otro especialista, ya que uno dice que todo está bien y que le va a dar salida y el otro dice que hay que volverla a intervenir quirúrgicamente"*, por lo que solicita que previo a ordenar el egreso de su señora madre, se cuente con el concepto de un tercer especialista.

¹⁵ En los folios cuyo contenido es legible no se observan dichas anotaciones.

En respuesta a tal misiva, **la Directora de calidad de la CLINICA VERSALLES en oficio datado el 17 de diciembre de ese mismo año** (fl. 58 lb.), hizo un recuento de los dos procedimientos quirúrgicos practicados hasta ese momento (hemiartroplastia de cadera derecha con prótesis total y reducción de luxación de cadera), y refirió: **“Posterior a este evento 2 ortopedistas, no encontraron una estabilidad suficiente del material de osteosíntesis colocado a la paciente, por lo tanto sugirieron volverla a revisar quirúrgicamente, pese a que la paciente evolucionó satisfactoriamente sin nuevos episodios de luxación con placas normales; el grupo de ortopedia liderado por Dr. JAIRO VILLA cirujano ortopedista tratante, considera no intervenir quirúrgicamente, y educar a los familiares sobre el cuidado de la paciente y así evitar futuras luxaciones”.**

4.4.5. En concordancia con la respuesta en comentario, **la Médico General ANA MARIA ALVAREZ PALAU, apoderada de la CLINICA VERSALLES S.A.** – debidamente facultada para esos efectos-, en su interrogatorio de parte relató lo siguiente:

“La señora Delia es una paciente de 78 años de edad a quien identifican con osteopenia en los estudios imagenológicos con los que se confirmó la fractura de cadera... La osteopenia es una disminución en la densidad ósea y es un paso previo a la osteoporosis. O sea, el hueso ya no tiene su densidad usual y hace que sea un poco más poroso de lo habitual... El grupo de ortopedia considera que se debe llevar a un reemplazo total de cadera... es llevada a procedimiento quirúrgico el 6 de diciembre por un ortopedista calificado que además tiene una profundización adicional en su estudio académico en reemplazos y articulares y se realiza el cambio de la porción ósea que está fracturada por una prótesis para lograr mantener la movilidad de la articulación, el procedimiento se lleva a cabo sin complicaciones aparentes... al día siguiente en la valoración médica, el ortopedista de turno encuentra que la evolución normal que se esperaba no estaba, la paciente tenía un dolor fuera del normal para un post operatorio y habían unos hallazgos al examen físico que hacían sospechar que la prótesis que se había instaurado en el procedimiento quirúrgico pudiese estar luxada... se confirma esa luxación, y con el diagnóstico de luxación de la prótesis el ortopedista define la conducta que la literatura científica avala como primera instancia para un caso de estos, que es llevarla a una reducción cerrada de la cadera, esta reducción por ser la cadera una articulación grande con muchos músculos involucrados, se realiza bajo anestesia general, entonces es nuevamente llevada a quirófano para poder realizar el reposicionamiento de la prótesis... se logra sin dificultad también durante esa intervención, y la paciente queda 7 días, 6 días más en vigilancia intra hospitalaria, siendo valorada por diferentes ortopedistas, DÍAS EN LOS CUALES NO ENCUENTRAN NUEVAMENTE LUXACIÓN O ALTERACIÓN EN LA MOVILIDAD DE LA PRÓTESIS QUE PUEDAN HACER PENSAR QUE CURSE CON UN NUEVO EPISODIO DE LUXACIÓN... POR LO CUAL SE DEFINIÓ SALIR”.

Explicó igualmente, que de acuerdo con la literatura médica, en ese tipo de cirugías que le practicaron a la señora GALINDEZ GUACA, **“la luxación de cadera es una de las complicaciones más frecuentes... la literatura es muy clara en definir que las luxaciones que son tempranas son aquellas que ocurren antes de los 6 meses después de haber sido operado el paciente, la primera opción terapéutica es la reducción cerrada y los pacientes que tienen la reducción cerrada, dos terceras partes de esos pacientes no van a requerir nuevas intervenciones, así que con una reducción será satisfactoria y exitosa”**; además señaló, que **“la cirugía ortopédica, específicamente la de la prótesis de cadera, tiene riesgos adicionales como fracturas durante el proceso de fijación de la prótesis diferente a las que llevaron a la inserción de la prótesis, fisuras, lesión neuro vascular porque es un área que tiene muchos nervios y vasos que pasan por ahí y que van al miembro inferior”**.

Cabe anotar, que no existe ninguna razón para dudar de la credibilidad de la referida declarante, pues el vínculo laboral con la CLINICA VERSALLES no conlleva per sé a presumir que va a faltar a la verdad o tergiversar lo sucedido, por el contrario, se advierte que la misma narró lo pertinente con apoyo en las anotaciones del registro clínico, ofreció explicaciones desde sus conocimientos como médico general de una manera comprensible, coherente, informada y detallada, sin aventurarse a realizar afirmaciones sobre los materiales utilizados, la forma en que se realizaron los procedimientos, el acierto y eficacia de los mismos, reconociendo que no cuenta con los estudios y capacitación en la especialidad de ortopedia para ilustrar sobre esa temática.

4.5. Nótese que de los reseñados elementos de prueba, ninguno demuestra que para la fecha en la que se ordenó el egreso de la paciente (13 de diciembre de 2012), la misma presentara otra luxación que ameritara su intervención quirúrgica mediante el procedimiento denominado “revisión acetabular”, como tampoco está acreditado CIENTÍFICAMENTE que de haberle practicado dicha cirugía en aquella oportunidad, la señora GALINDEZ GUACA no sufriría con posterioridad una re luxación.

Téngase en cuenta que aun cuando se aprecian en el historial médico las anotaciones o “advertencias” del Doctor ALBERTO CAMPO GUILLEN a las que alude insistentemente el apelante, **igualmente se observa el concepto del Ortopedista tratante JAIRO H. VILLA BANDERA, quien determinó que para esa**

data la señora GALINDEZ GUACA no presentaba signos de luxación ni de fractura, por lo que a criterio de ese profesional cuya pericia, conocimiento y experiencia no se han puesto en duda, sí resultaba procedente disponer su salida de hospitalización, determinación ésta que la parte actora cuestionó, sin preocuparse al menos por proveer las explicaciones de un profesional de la salud de iguales o mejores calidades que el prenombrado, que ilustrara al operador judicial sobre el porqué el facultativo erró en el diagnóstico o en el manejo dado a la paciente.

4.6. Adviértase además, que de acuerdo con la prueba arrojada, fue con el paso de los días que la paciente sufrió la nueva luxación, lesión ésta que como bien lo explicó la Doctora ALVAREZ PALAU en su interrogatorio, era un **RIESGO INHERENTE** a las intervenciones quirúrgicas que se le practicaron ¹⁶, **aseveración que no fue desvirtuada por ningún medio**, y que se mencionó desde la contestación de la demanda, citando para el efecto un **artículo científico de “EVALUACIÓN Y TRATAMIENTO DE LA LUXACIÓN PROTÉSICA DE CADERA”** publicado en la revista **“Acta Ortopédica Mexicana 2014”** ¹⁷, que en algunos de sus apartes señala:

“La luxación de cadera es la segunda complicación más frecuente de una ATC - artroplastia total de cadera-, presentándose con una incidencia de 2.4 a 3.9% en procedimientos primarios y una incidencia de hasta 28% en cirugías de revisión (...)

(...) La mayoría de los pacientes que presentan estos problemas requieren ingresar al hospital para una o más reducciones cerradas y en ocasiones necesitan de cirugía de revisión (...)

*La clasificación por temporalidad, de acuerdo con el procedimiento quirúrgico, es la que encontramos de mayor utilidad, ya que puede orientar al cirujano hacia los posibles problemas que están condicionando una luxación y el éxito que tendrá el paciente con un tratamiento no quirúrgico. **Las luxaciones de cadera pueden clasificarse en 3 grupos:***

Temprana: Ocurre dentro de los primeros 6 meses.

Intermedia: Ocurre en el período después de los 6 meses hasta los 5 años.

Tardía: Ocurre después de 5 años del procedimiento quirúrgico.

De manera general, las luxaciones tempranas responden de manera favorable a tratamiento no quirúrgico y tienen bajo índice de recurrencia. Las causas más frecuentes son insuficiencia de la musculatura abductora por un inadecuado restablecimiento del offset (brazo de palanca de los abductores), mala posición de los implantes y un pobre apego al tratamiento postquirúrgico.⁷ En el caso de las

¹⁶ En el interrogatorio de parte el enfermero jefe JORGE ANDRES IBARRA GALINDEZ, hijo de la paciente, reconoció que su progenitora sí suscribió el consentimiento informado de los procedimientos practicados, aunque dichos documentos no se allegaron al expediente.

¹⁷ <https://www.medigraphic.com/pdfs/ortope/or-2014/or142l.pdf>

luxaciones tardías, las posibilidades por las que se luxa la prótesis generalmente son intrínsecas a la misma. Dentro de las más frecuentes están el aflojamiento aséptico, desgaste de las superficies de fricción y en ocasiones, el deterioro de la masa muscular. En ese caso, la necesidad de realizar una cirugía de revisión es mucho mayor.⁸ (...)” (Destacado fuera del texto).

Bajo ese contexto y a falta de prueba que infirme lo expuesto por la Doctora. ALVAREZ PALAU, deviene acogible la tesis jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia conforme a la cual:

“Cuando se materializa una CONTINGENCIA INNATA A LA INTERVENCIÓN, el daño no tiene carácter indemnizable porque no proviene de un comportamiento culposo atribuible al galeno. Sobre este concepto, recientemente decantó la Sala:

«La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos: de riesgo, el cual, según la RAE, es “contingencia o proximidad de un daño (...). Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro (...). Estar expuesto a perderse o a no verificarse”; e inherente entendido como aquello: “Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello”. Por lo tanto, **debe juzgarse dentro del marco de la responsabilidad médica que riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la lex artis...**”¹⁸ (Resaltado fuera del texto).

4.7. Es así, que los demandantes –especialmente el señor JORGE ANDRES IBARRA GALINDEZ- pretenden imponer sus opiniones e interpretaciones de lo consignado en la historia clínica, sin ningún respaldo técnico o científico, como si al operador judicial le estuviese permitido descalificar el proceder de los facultativos, apoyándose en meras conjeturas o apreciaciones subjetivas de las partes.

Itérese lo dicho en apartes anteriores de este fallo, que aun cuando resulta indiscutible la relevancia probatoria del historial médico, la Corte también enseña que ese documento por sí solo “carece de aptitud para revelar las faltas imputados a los convocados al juicio”¹⁹, dado que, **“tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requieren esencialmente**

¹⁸ CSJ SC917-2020, 14 sept. 2020, rad. No. 76001-31-03-010-2012-00509-01 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

¹⁹ Ibidem 14.

pruebas de igual modalidad, demostrativas de una mala praxis"²⁰, y a falta de ellas mal puede determinarse la existencia de una responsabilidad médica.

5. Ante ese escenario, no habiendo atendido la parte actora la carga probatoria que le correspondía en este asunto, en aras de acreditar la presunta falla en el servicio o conducta médica contraria a la *lex artis* que se invoca en el libelo, se responde negativamente el primer problema jurídico planteado, en el sentido de señalar que el funcionario de primer grado no incurrió en una indebida valoración probatoria, por el contrario concluyó acertadamente denegar las pretensiones de la demanda, y en consecuencia se impone confirmar la sentencia impugnada.

Al tenor del numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., ante el fracaso de la alzada, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante aquí apelante y en favor de la pasiva.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de julio de 2019 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Popayán, dentro del asunto de la referencia.

Segundo: Condenar a la parte demandante aquí apelante a pagar las costas de esta instancia. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a *dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes*, la que será incluida en la liquidación correspondiente conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P. (Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016).

Tercero: Una vez ejecutoriado el presente proveído, DEVUÉLVASE el expediente al despacho de origen, previas las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

²⁰ Ibidem 14.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.