



Sentencia No. 0338

JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL

Santiago de Cali, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Anunciado el sentido del fallo absolutorio en la audiencia celebrada el pasado 30 de noviembre de 2023, se encuentra a Despacho el presente proceso VERBAL de RESPONSABILIDAD MÉDICA adelantado por **LUIS EDUARDO DUQUE REINA**, quien actúa mediante apoderado judicial, frente a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A, HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. y ALEJANDRO VEGA, para decidir en sentencia de fondo, una vez agotado el trámite procesal pertinente, sin observarse causal de nulidad alguna que invalide lo actuado.

II.- ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA:

- Conforme las manifestaciones de la parte actora, que el 8 agosto de 2015, el señor LUIS EDUARDO DUQUE REINA sufrió un accidente por una caída *en casa*, sufriendo una fractura de epífisis inferior del radio de la mano derecha, lesión por la cual estuvo incapacitado desde esa fecha hasta el 20 de febrero de 2016.

Aduce que fue sometido a intervención quirúrgica en donde se le colocó material de osteosíntesis por parte del médico JUAN CAMILO BLANCO SANCHEZ en la IPS denominada, SC Central Especialistas Cali Norte.

- Expone que fue valorado el 8 de octubre de 2015 el Doctor JUAN CAMILO BLANCO SANCHEZ refiere que la fractura está en proceso final de consolidación, bien alineado y que refiere dolor ocasional, razón por la cual, el Doctor ALEJANDRO VEGA TORRES remite al paciente para el retiro del material de osteosíntesis.

- El día 21 de octubre de 2016 el señor LUIS EDUARDO DUQUE REINA ingresó a cirugía para retiro de material de osteosíntesis en donde se produce una refractura, por lo que se le coloca un nuevo material para reducirla, la intervención es realizada por el Doctor ALEJANDRO VEGA TORRES en ORTHOHAND, hoy en día, HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S.

- Refiere que continuó el tratamiento médico en el Centro Médico Imbanaco, siendo tratado por la Dra. Juliana Rojas quien diagnosticó la lesión en el nervio mediano, lo cual se asegura en la demanda se produjo en razón a la refractura sufrida en la intervención quirúrgica del 21 de octubre de 2016.

- Relata que el señor LUIS EDUARDO DUQUE REINA fue valorado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, quien emitió el dictamen No. 1010028602 – 13713 con fecha del día 12 de agosto de 2021 en el cual se le asignó un Porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral de 40,58%, lo cual atribuye a los daños que se alega se ocasionaron con la fractura.
- Arguye la parte demandante que la fractura se debió a una falta del deber objetivo de cuidado del Dr. Alejandro Vega y que dicha lesión a su vez produjo la lesión en el nervio mediano y la referida pérdida de capacidad laboral. Asevera que el señor DUQUE REINA no consintió la implantación de un nuevo material de osteosíntesis para reducir la fractura, añadiendo que la colocación y el material utilizado no fueron los debidos, en razón al tamaño y la localización de los mismos.
- La parte demandante dirige la demanda también contra El HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. quien asegura es responsable solidario de los daños ocasionados al señor DUQUE REINA toda vez que en dicha institución se llevó a cabo la cirugía en la que se produjo el daño por el que se solicita el resarcimiento.
- Se indica que el Dr. ALEJANDRO VEGA TORRES, adquirió póliza de responsabilidad médica con la compañía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y por tal razón dirige la demanda también contra esta aseguradora.
- Por lo anterior, pretende que: *“PRIMERO: Bajo los presupuestos de hecho precedentemente anotados, así como respecto de todas y cada una de las circunstancias que se prueben en esta demanda y en el curso del proceso, sobre los daños y los perjuicios pasados, presentes y futuros sufridos por el demandante, solicito encarecidamente al Señor JUEZ acceder a las siguientes declaraciones y condenas de forma individual o solidaria contra el Medico ALEJANDRO VEGA TORRES identificado con cédula de ciudadanía No. 94505848, a la empresa aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. identificada con NIT No. 891.700.037- y al HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. identificado con el NIT No. 900.412.444, civilmente responsables de los perjuicios materiales y morales causados al Señor LUIS EDUARDO DUQUE REINA, con ocasión del daño generado por la fractura en mano derecha derivada de una mala práctica médica.*
SEGUNDO: CONDENAR en consecuencia a los demandados, el señor ALEJANDRO VEGA TORRES identificado con cédula de ciudadanía No. 94505848, a la empresa aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. identificada con NIT No. 891.700.037- y al HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. identificado con el NIT No. 900.412.4441 de manera individual o solidaria, a que reconozcan y paguen por concepto de perjuicios patrimoniales y no patrimoniales, las sumas que a continuación se reseñan sobre cada uno de sus perjuicios patrimoniales y no patrimoniales sufridos como consecuencia de las lesiones del señor LUIS EDUARDO DUQUE REINA, así:
-La suma de Veinte Millones Ochenta y Cinco Mil Ochocientos Veintisiete pesos Mcte (\$20.085.827), o la que se pruebe en el proceso, correspondiente

al perjuicio patrimonial del lucro cesante consolidado con ocasión del perjuicio.

-La suma de Cincuenta y Dos millones Novecientos Diecinueve Mil Novecientos Noventa y Cuatro pesos Mcte (\$52.919.994), o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al perjuicio patrimonial del Lucro Cesante Futuro con ocasión del perjuicio.

-Por concepto de daños morales la suma la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

-Por concepto de la alteración a las condiciones de existencia y a la vida de relación la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

-Por concepto de daño a la salud la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

TERCERO: CONDENAR a los demandados, de manera individual o solidaria, al pago de costas y gastos del proceso, así como las correspondientes agencias en derecho, liquidándolas al 20% liquidado sobre el valor de las pretensiones prosperas de esta demanda, de conformidad con el Art. 164 del C.P.C. y concordantes o sustituyentes, a favor del demandante.

CUARTO: CONDENAR a cada uno de los demandados, de manera individual o solidaria, y a favor de cada uno de los demandantes, al pago de todos aquellos perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales con la correspondiente corrección monetaria o aplicación de indexación desde la fecha de su causación hasta el día en que se satisfaga efectivamente su pago, siguiendo la metodología contemplada en sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del primero (1º) de septiembre de dos mil nueve (2009), Exp. 1300131030051995-11208-01.

QUINTO: CONDENAR a los demandados, de manera individual o solidaria, al pago de la suma a la cual ascienda cualquier perjuicio que no haya sido enunciado en este aparte de la demanda, pero cuya ocurrencia sea demostrada a través del proceso.”

2.- CONTESTACION DE LA PARTE DEMANDADA

2.1.- HOSPITAL ORTOPÉDICO SAS

- Expresa que el paciente ingresó por consulta de ortopedia a HOSPITAL ORTOPÉDICO el 29 de marzo de 2016 y fue atendido por el Dr. ALEJANDRO VEGA TORRES, quién ordenó 15 sesiones terapia física y consulta para control en 3 meses y Radiografía muñeca derecha AP Lateral.

Refiere que el Dr. Vega “solamente ordena el Retiro del material de osteosíntesis radio distal, el 06 de septiembre de 2016, como consta en la Historia Clínica la cual registra “paciente que consulta por presentar cuadro de + - 12 meses de evolución de fractura de radio distal derecha tratada con reducción abierta + fijación interna con placa bloqueada de radio distal, refiere cuadro crónico de dolor en región de muñeca derecha asociado a limitación de movimiento, con radiografía de control que muestra material de osteosíntesis adecuadamente

posicionada en tratamiento con terapia física refiere persistencia de dolor.””.

Asegura que el demandante no ha probado los daños que presuntamente le fueron causados, manifestando que este fue atendido por la entidad siete meses después del accidente sufrido por él.

- Insiste en que la atención recibida por el paciente en HOSPITAL ORTOPÉDICO fue oportuna, inmediata, adecuada y de conformidad con los parámetros clínicos, medios disponibles de la *lex artis ad hoc* y guías de manejo para el tipo de lesión, con la aplicación de los principios de seguridad, continuidad, oportunidad, accesibilidad y pertinencia.

Argumenta que, si se presentó en el momento de la cirugía una fractura imprevista, no pueden desconocerse las circunstancias y condiciones del paciente, máxime cuando se tratan de condiciones subjetivas e impredecibles que no son atribuibles al acto médico, toda vez que este es de medios y no de resultados, y pueden presentarse situaciones de fuerza mayor que exoneran al Dr. ALEJANDRO VEGA TORRES y a HOSPITAL ORTOPÉDICO.

- Hace alusión a que el procedimiento quirúrgico fue programado con antelación y que el demandante suscribió el consentimiento informado, que se le proporcionó la información sobre la intervención y los riesgos de esta.

- Explica que no es cierto que la conducta del HOSPITAL ORTOPEDICO SAS y del especialista demandado, fueran la causa de los supuestos daños sufridos por el paciente DUQUE REINA, pues no media prueba alguna que dé certeza de ello, señalando que no hay material probatorio que apunten a lo expuesto en el texto de la demanda.

- Precisa que *“que el consentimiento informado es un acto jurídico por el cual un galeno le informa los pro y contras de un tratamiento a un paciente, y este libre y voluntariamente los acepta o los rechaza, si bien el consentimiento informado no es una excepción a la mala praxis, por otro lado si cubre al galeno de los riesgos inherentes al ejercicio de la medicina, que de otra forma no podría practicarse, pues todo tratamiento médico conlleva riesgo que el galeno trata de minimizar, pero que no puede responder en caso de que estos se den, pues de lo contrario ningún galeno podría practicar la medicina, pues el riesgo seria enorme, pese actuar dentro del marco legal ...”*

- Se pronuncia frente a las conclusiones a las que arriba la parte demandante derivadas de la respuesta dada a una petición del demandante por la Dra. JULIANA ROJAS NEIRA de la clínica IMBANACO, diciendo que dicha prueba no reúne los requisitos para que se tenga en cuenta como dictamen.

Expresa que a pesar de que se hace referencia a un dictamen el mismo no se adjunta, y debería rendirse en cumplimiento de lo señalado en el Art 226 del CG.P.

- **FORMULACION DE EXCEPCIONES DE FONDO:**

Propone como excepciones las siguientes:

***INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS ACTORES:
HOSPITAL ORTOPEDICO S.A.S y Dr. ALEJANDRO VEGA TORRES***

La fundamenta en que para que exista responsabilidad, debe existir un incumplimiento contractual o legal por parte del HOSPITAL ORTOPEDICO S.A.S, o un hecho doloso o culposo en el desarrollo de la actividad médica, lo cual asegura no se presentó frente al demandante.

Reitera que tanto el actuar del Hospital como del médico ortopedista demandada se ajustó al diagnóstico del demandante, a la ciencia médica y que no hubo *mala praxis*, ofreciendo un servicio y tratamiento dentro de los parámetros de la *LEX ARTIS AD HOC*, y que si no existió la recuperación esperada, ello no se debió a negligencia, impericia, tardanza o error alguno del extremo demandado.

Explica que la doctrina y la jurisprudencia han sentado que para que exista responsabilidad por falla del servicio en el acto médico, se requiere la concurrencia de los elementos de responsabilidad “*HECHO MEDICO CULPOSO/ FALLA EN EL SERVICIO*”, “*DAÑO*” y “*NEXO CAUSAL*”, sobre los cuales expone no se cumplen en el presente caso, pues respecto del primer elemento indica que no hubo una acción u omisión que no estuviere ajustada a la *LEX ARTIS*, por negligencia, imprudencia o impericia; respecto del daño, refiere que los daños que se alegan sufridos no devienen del actuar de los demandados, y, respecto de nexo causal asegura que el mismo no se encuentra probado.

LOS ACTOS MÉDICOS SON DE MEDIOS NO DE RESULTADOS

Esta excepción se sustenta en que “*La actividad médica, de acuerdo a lo expresado por la altas cortes se basa en que las obligaciones de los médicos, a contrario sensu de lo relatado por la parte actora, es que son de medio no de resultado, esto quiere decir, que los médicos solo se obligan a tratar al paciente por los medios disponibles y de acuerdo a lo permitido por la LEX ARTIS.*

De otra parte es importante señalar, que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica, en virtud de la cual quien causa un daño en forma dolosa o culposa, debe indemnizarlo ya que está obligado a repararlo.

Las altas Cortes han sostenido, que tratándose de responsabilidad civil de los médicos, ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa. Se ha señalado que el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo.(...)”

***INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR CONCRECIÓN DE UN
RIESGO INFORMADO***

Respecto de esta excepción se argumenta que el señor DUQUE REINA otorgó consentimiento informado, lo que implica que conocía de los riesgos del procedimiento, los cuales decidió asumir.

Expresa que es cierto que el consentimiento informado no es una excepción a la *mala praxis*, pero los riesgos inherentes al tratamiento médico, que son puesto en conocimiento del paciente siendo este quien decide asumirlos.

RIESGO INHERENTE

Explica que todos los procedimientos médicos comprenden complicaciones inherentes al mismo, y que ello no constituye un actuar culposo del profesional de la salud.

IDONEIDAD DEL DOCTOR ALEJANDRO VEGA TORRES

Refiere que el demandado Dr. Vega tiene la suficiente pericia, formación académica y habilitación requerida para el acto médico que se llevó a cabo, del que se duele el demandante.

INEXISTENCIA DE CULPA O MALA PRAXIS MÉDICA

Asevera que no está probada la culpa o la falla médica, siendo necesaria para establecer la responsabilidad médica, que se rige bajo el sistema de culpa probada.

AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL

La exceptiva la sustenta en que no se demuestra la relación entre el daño que se alega sufrido y el acto médico desplegado por el Dr. Vega.

EL SUPUESTO DAÑO ALEGADO NO REÚNE LOS REQUISITOS LEGALES

Increpa que no se demostraron los elementos que configuran el daño, como su carácter de personal, directo y cierto, aunado a que no está probado que el causante del daño alegado sea el Hospital Ortopédico.

IMPROCEDENCIA DE LA SOLIDARIDAD LEGAL POR PASIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 2344 DEL CÓDIGO CIVIL.

Expone que como quiera que el HOSPITAL ORTOPEDICO SAS, no cometió culpa o falla alguna en la prestación del servicio que le correspondió, no puede entonces declararse solidariamente responsable de la eventual obligación indemnizatoria que se establezca en el proceso.

EXCESIVA TASACION DE LOS PERJUICIOS MATERIALES E

INMATERIALES

Refiere que no está discriminado el daño emergente, asegurando que el mismo es inexistente, tanto así que en la demanda se confiesa que no tienen los soportes de este.

Del lucro cesante tampoco se acreditaron los ingresos económicos percibidos por el demandante.

Del daño moral se indica que se sobrepasan los lineamientos que la jurisprudencia patria.

Del daño a la salud refiere que no está probado.

INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR CAUSA DE LA ACTIVIDAD MÉDICA Y POR HABER SIDO DILIGENTE Y PRUDENTE LA ATENCIÓN MÉDICA PRESTADA.

Manifiesta que “las obligaciones emanadas del contrato de prestación de servicio médico que vincula al médico con el paciente se desarrollan a través de lo que conocemos como obligaciones de medios. El compromiso del médico estriba en desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer, en lo posible el interés primario del paciente, que dista de un resultado particular.”

GENERICA

La que se encuentre probada.

2.2.- CONTESTACIÓN DEL DEMANDADO DR. ALEJANDRO VEGA:

- Expone que el demandante sufrió de una fractura de radio distal con tratamiento quirúrgico reducción abierta más osteosíntesis (corrección de fractura más colocación de placa y tornillos), explicando que “*que entre la primera cirugía en agosto de 2015 y segunda cirugía en octubre de 2016, el demandante refiere dolor ocasional postquirúrgica, y durante conciliación en Fundafas una adecuada recuperación de la lesión, lo que no es cierto; ya que el motivo de su primera consulta con ortopedista Alejandro vega hoy demandado, como se puede visualizar en historia clínica del 29 de marzo de 2016, en su 7 mes del primer postquirúrgico se quejaba el demandante de dolor crónico en esa muñeca con limitación para realizar algunos movimientos, y ya refiriendo limitación para su actividad laboral, a pesar de evidenciar fractura con material de osteosíntesis (placa y tornillos) adecuadamente posicionado, razón por lo que se envió a terapia física para rehabilitación funcional y evitar nuevo tratamiento quirúrgico; a pesar de ello, el hoy demandante asiste a nuevo control con ortopedista Alejandro Vega el 09 de septiembre de 2016 ya en el primer postquirúrgico de 1 año de evolución (realizado por el médico JUAN CAMILO BLANCO), continuaba en*

tratamiento analgésico antiinflamatorio terapia física por dolor crónico en su postquirúrgico sin mejoría clínica, ya que el demandante continuaba refiriendo dolor y limitación de movilidad con dificultad para realizar su trabajo, y solicita recomendaciones laborales las cuales se le dan por parte del Dr.VEGA, y por este motivo se da la orden de retiro de material de osteosíntesis(placas y tornillos).”

- Refiere que el demandante fue intervenido quirúrgicamente con el previo otorgamiento del consentimiento informado, habiéndole explicado riesgos, complicaciones, lesión neurovascular, lesiones musculo tendinosas, problemas de consolidación ósea, sobreinfección, los cuales aceptó al otorgar el mencionado consentimiento.

- Informa que “durante retiro de material de osteosíntesis, cuando se presenta la complicación, donde se evidencia ausencia de estrías en cabeza de dos (2) tornillos, lo que dificulta retiro de la placa de radio distal, ya que al conseguir retirar la placa, junto a esta viene adosado el hueso donde estaba apoyada, situación que no se pudo evitar ya que corresponde a aquellas complicaciones de este tipo de procedimental y que no son previsibles, ya que aparecen de manera fortuita al momento de realizar estos procedimiento.

Cabe comentar que de no tratar la fractura, como lo hizo mi representado, expondría al paciente, desde lesiones vasculares, infección, necrosis ósea, y exponerlo a nuevo procedimiento quirúrgico, y como ortopedista estaba en la capacidad de repararla, por lo que él decide realizar reducción abierta más osteosíntesis con nueva placa de radio distal a fin de reparar la fractura y coloca platina.”

- Explica que ante la refractura, se decide proceder a tratarla con la implantación de nuevo material de osteosíntesis, puesto que dicha complicación, imprevisible, comprendía una urgencia vital, entendida como toda condición clínica que implique riesgo de muerte o de secuela funcional grave, y de no hacerlo, se incurriría en riesgos más gravosos a la integridad física del paciente.

- Expone que Dr. Alejandro Vega, no tomó una decisión “apresurada” al tratar la refractura con nuevo material de osteosíntesis, sino que está correspondió a una circunstancia imprevisible que de acuerdo a su experiencia y formación profesional estaba en condiciones de realizar, teniendo en consideración, que se requería manejo oportuno de la refractura, para así evitar una secuela funcional grave.

- Respecto a las alegaciones frente a la dimensión de la platina, indica que estas están diseñadas previamente en formatos específicos para adaptarse a las localizaciones anatómicas y diseñadas para minimizar posibles complicaciones “por ruptura de tendones o estructuras vecinas, el perfil que es el grosor de la placa y sus bordes bien redondeados minimizan la irritación

del tejido circúndate y el largo de la placa se decidió en base a lesión ósea a su tamaño, contando con diferentes largo de placa de esa zona específica de radio distal, placas que varían con la casa médica que ofrece el material ya predeterminadas.”.

- Asevera que se hace una apreciación personal y sin fundamento sobre la colocación de los tornillos, al referirse en la demanda a la imagen presentada a folio No 30 de *“tornillos que ocasionan lesión del nervio”*, pues se hace sin conocimiento médico alguno.
- Respecto a lo dicho en el derecho de petición por parte de la Dra. JULIANA ROJAS, de dicha respuesta no se extrae de cuál de las intervenciones quirúrgicas del señor Duque Reina puede haberse producido la lesión del nervio mediano.

Añade que según la historia clínica del demandante hubo adecuada consolidación, y su sintomatología es por lesión de tejidos blandos (nerviotendones) no frente a la lesión ósea.

- También, reprocha que se asegure que en el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en donde se asignó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 40.58 %; se atribuya tal esta invalidez a la refractura o que el Dr. Vega sea el responsable de la invalidez, pues de la valoración de invalidez nada se dice al respecto.
- Se presenta objeción al juramento estimatorio.

FORMULACION DE EXCEPCIONES DE FONDO:

Propone como excepciones las siguientes:

INEPTITUD DE LA DEMANDA POR NO CUMPLIR LAS EXIGENCIAS DE LEY

Se hacen reparos respecto del poder otorgado, del cumplimiento del requisito de procedibilidad refiriéndose a que la audiencia de conciliación se realizó después de tres meses de su solicitud.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

Pero se alude a la insuficiencia del poder otorgado por el señor Duque Reina a la profesional en derecho.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR HECHO PROPIO

Indicando que es de 3 años, invocando el Artículo 2358 del Código Civil.

CARENCIA O RUPTURA DEL NEXO CAUSAL:

Argumenta que el hecho causante de las lesiones del demandante no fue otro que la propia culpa de la víctima, por hecho propio o por hecho ajeno, pues en la historia clínica refiere caída de propia altura con fractura de muñeca, la que requirió tratamiento quirúrgico reducción abierta más osteosíntesis (corrección de fractura más colocación de placa y tornillos),

Adicionalmente, reitera lo expresado por la Dra. JULIANA ROJAS, quien indicó que el demandante no realizó una adecuada rehabilitación prueba de ello es que a folio 125.

Expresa que la ruptura de nexo causal también corresponde a la realización de la primera intervención quirúrgica practicada por el médico JUAN CAMILO BLANCO SANCHEZ en la IPS SC Central Especialistas Cali Norte, en agosto de 2015, desde donde se evidenciaba que no se presentó una adecuada recuperación de su primera cirugía en agosto de 2015 con síntomas de dolor limitación funcional de extremidad, limitación para su actividad laboral, razón por la que se motivó la orden del material, y posteriormente nuevamente intervenido quirúrgicamente por la Dra. Rojas Neira.

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE SU PROFESION

Se fundamenta en que *“actuar del Dr. Vega concuerda con los parámetros que se rigen en el hospital ortopédico sas., siguiendo los momentos de atención, valoración y como resultado del nexo causal se obtiene la exoneración de responsabilidad tanto del doctor vega como del hospital ortopédico sas., y no se evidencia dentro del expediente ninguna violación de los protocolos ni prueba alguna de negligencia por parte del Dr., Alejandro vega torres.”*.

COBRO DE LO NO DEBIDO

Alega que como no se produjo un hecho generador del daño atribuible al Dr. Vega se configura un cobro de lo no debido ya que no se constituye una obligación de carácter jurídica.

2.3.- CONTESTACION DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. COMO DEMANDADA Y LLAMADA EN GARANTÍA.

- Relata que entre MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. y el Dr. ALEJANDRO VEGA se suscribió una Póliza De Responsabilidad Civil Profesional Médicos Individuales, pero se alega que no se cumplen los

presupuestos de la modalidad en que la misma fue otorgada, para lo cual manifiesta que: *“la Póliza De Responsabilidad Civil Profesionales Médicos Individuales No. 1521216000010 con vigencia entre el 10 de marzo de 2016 y el 10 de marzo de 2017 fue otorgada bajo la modalidad de Ocurrencia más 2 años Sunset, en virtud de esta modalidad, a fin de que la póliza brinde cobertura los hechos deben haber tenido lugar durante la vigencia de la póliza y han de ser reclamados dentro de un periodo de dos años después de finalizada su vigencia, es decir hasta el 10 de marzo de 2019, cosa que no ocurrió en el particular, por tanto, se encuentra configurada la siguiente exclusión del contrato de seguro”*.

- Así mismo formuló objeción al juramento estimatorio.
- FORMULACION DE EXCEPCIONES DE FONDO:

Propone como excepciones las siguientes:

LA CONDUCTA DESPLEGADA POR EL DR. ALEJANDRO VEGA TORRES FUE DILIGENTE, IDÓNEA Y OPORTUNA

EL CONTENIDO OBLIGACIONAL QUE CONLLEVA EL SERVICIO MÉDICO ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A ESTE PARTICULAR ES EL DE LA CULPA PROBADA - REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

TASACIÓN EXCESIVA E INJUSTIFICADA DEL PERJUICIO DENOMINADO LUCRO CESANTE

Respecto de esta excepción se manifiesta que no se encuentra probado.

IMPROCEDENCIA DEL PERJUICIO DENOMINADO DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN

Refiere que en la demanda no se sustenta en qué consistió el perjuicio sufrido, ni se demuestra el mismo.

INEXISTENCIA DE COBERTURA, AL NO CUMPLIRSE LOS PRESUPUESTOS DE LA MODALIDAD DE COBERTURA DENOMINADA OCURRENCIA MÁS DOS AÑOS SUNSET

Reitera que la póliza no tiene cobertura como quiera que el alegado hecho dañoso ocurrió el 21 de octubre de 2016, es decir, durante la vigencia de la póliza, no obstante, la primera reclamación presentada por parte del demandante tuvo lugar el 12 de julio de 2021, fecha en la cual se llevó a cabo la primer

audiencia de conciliación extrajudicial celebrada ante el centro de conciliación FUNDAFAS, la cual fue aplazada fijándose como nueva fecha para la realización de la misma al 06 de agosto de 2021, concluyendo que el reclamo realizado por el demandante no se hizo durante los dos años siguientes a la fecha de finalización de la vigencia de la póliza, encontrándose así la misma por fuera de la cobertura pactada en la póliza.

AL INTERIOR DEL PRESENTE TRÁMITE SE ENCUENTRA CONFIGURADA UNA EXCLUSIÓN TAXATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO EN ATENCIÓN A SU MODALIDAD OCURRENCIA MÁS DOS (02) AÑOS SUNSET

Vuelve sobre el asunto respecto de que la póliza no tiene cobertura atendiendo a que no hubo reclamación dentro la vigencia de esta.

LÍMITES MÁXIMOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA

Explica que se deben tener en cuenta los límites máximos de responsabilidad plasmados en la póliza.

SUBLIMITE PARA PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

Se refiere a que la responsabilidad máxima del asegurador se limita a la suma asegurada.

CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA COBERTURA OTORGADA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MÉDICOS INDIVIDUALES NO. 1521216000010

La funda en que “*de hallarse configurada, según la prueba recaudada, al menos una de las exclusiones consignadas en las condiciones generales o particulares de la póliza, no habría lugar a indemnización de ningún tipo por parte de mi representada*”

CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGURO

Reitera que ante una eventual condena debe ceñirse el Juzgador al límite de valor asegurado en el contrato de seguros y a la demostración de los perjuicios reclamados.

EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES

Asegura que la obligación indemnizatoria a cargo de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., depende del contenido de la póliza suscrita y aceptada por las partes contratantes.

DISPONIBILIDAD DE LA SUMA ASEGURADA

La sustenta en que “*el valor asegurado se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que en el evento que para la fecha de la sentencia se ha agotado totalmente el valor asegurado no habrá lugar a cobertura alguna.*”.

GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS

La que se pruebe.

2.4.- CONTESTACION DE SEGUROS DEL ESTADO LLAMADA EN GARANTÍA DEL HOSPITAL ORTOPEDICO.

- Expone que las pretensiones deben ser desestimadas como quiera que se evidencia dentro del plenario que el extremo demandado actuó de manera diligente, con prudencia, pericia y cuidado, ajustándose a la *lex artis* y a la buena *praxis* que exige el ejercicio de la actividad médica.

Manifiesta que la póliza contratada por el hospital Ortopédico no cubre la responsabilidad del médico Dr. ALEJANDRO VEGA TORRES pues este no está dentro del listado del personal asegurado enlistado en la póliza adscrito al HOSPITAL ORTOPÉDICO.

- De igual manera, expresa que la póliza no cubre perjuicios por concepto de daño a la vida en relación, daño a la salud y daño a la alteración condiciones de existencia y a la vida de relación.

- Adicionalmente, informa que “*póliza es secundaria y opera en exceso del deducible a cargo del asegurado y también opera en exceso de las pólizas primarias, es decir, de la póliza del médico y de la póliza de la EPS, en calidad de contratistas y subcontratistas*”

- FORMULACION DE EXCEPCIONES DE FONDO:

Propone como excepciones las siguientes:

ACTIVIDADES MEDICAS OBLIGACIÓN DE MEDIO Y NO DE RESULTADO

NO SE ENCUENTRAN DEMOSTRADOS LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD MEDICA POR PARTE DE LAS DEMANDADAS

ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI

Se refiere a la carga de la prueba en cabeza del extremo demandante.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EN FAVOR DE LAS DEMANDADAS (CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, HECHO DE UN TERCERO, CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR)

IMPROCEDENTE Y EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS

Hace alusión a que solo se puede resarcir el daño que en efecto hayan sido causados y probados, y en el presente caso, no fueron acreditados los alegados daños.

LA PÓLIZA NO CUBRE PERSONAL MEDICO DIFERENTE AL ENLISTADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 64-03-101000471

Apunta que la póliza cubre exclusivamente al personal enlistado en la póliza adscrito al HOSPITAL ORTOPÉDICO SAS y que el Dr. Vega no se encuentra incluido, por lo que no hay lugar a afectar la póliza por dicha razón.

LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y HOSPITALES NO. 64-03-101000471 NO CUBRE DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN NI DAÑO A LA SALUD, NI DAÑO A LA ALTERACIÓN CONDICIONES DE EXISTENCIA Y A LA VIDA DE RELACIÓN.

Explica que la póliza cubre los perjuicios de lucro cesante y daño moral que cause el asegurado HOSPITAL ORTOPÉDICO SAS, pero no cubre daño a la vida en relación, ni daño a la salud, ni daño a la alteración condiciones de existencia y a la vida en relación, pues no están amparos por la póliza.

IMPOSIBILIDAD DE AFECTAR LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 64-03-101000471 POR AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO HOSPITAL ORTOPÉDICO SAS.

Argumenta que no se cumplen con los presupuestos legales y contractuales para ello, como quiera que no está demostrada la Responsabilidad civil profesional del asegurado HOSPITAL ORTOPÉDICO SAS.

LA PÓLIZA DE SEGURO LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL CLÍNICAS Y HOSPITALES No. 64-03-101000471 ESTARÁ LIMITADA AL EXCESO, AMPAROS, SUB AMPAROS COBERTURAS, DEDUCIBLES, LÍMITES, SUBLÍMITES Y VALOR ASEGURADO Y EXCLUSIONES PACTADOS

Manifiesta que el valor asegurado estará limitado al indicado en la caratula de

la póliza, refiriéndose al tiempo no se puede predicar responsabilidad solidaria frente a SEGUROS DEL ESTADO S.A., pues la responsabilidad de la compañía estará sujeta a el exceso , amparos, subamparos , coberturas, deducibles, límites, sublímites y valor asegurado pactados, siempre y cuando no opere alguna causal de exclusión o ausencia de cobertura por inexistencia de responsabilidad del asegurado e improcedente afectación de la póliza.

EXCEPCIÓN: PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN Y NULIDAD RELATIVA

Se sustenta en que el acto médico del cual se alega la responsabilidad médica del asegurado data el 21 de octubre de 2016, y la prescripción de extintiva ordinaria del contrato de seguro de los dos años se dio el 21 de octubre de 2018, además indica que para el momento de la radicación de la demanda habían pasado los 2 años, y para el momento de la reclamación judicial y extrajudicial y el momento de la admisión y notificación del llamamiento ya habían pasado los dos años, por lo que está probada la prescripción extintiva del contrato de seguro de los dos años.

BUENA FE DE MI REPRESENTADA

Se indica que hubo buena fe en las actuaciones del demandado Hospital.

GENÉRICA

La que se pruebe.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue repartida a esta dependencia judicial el 19 de noviembre de 2021, la cual fue admitida mediante auto interlocutorio No. 2017 de fecha 29 de noviembre del mismo año.
- La parte demandada se encuentra notificada de conformidad con el art. 8 del Decreto 806 de 2020 desde el 26 de abril de 2021, contestando dentro del término legalmente otorgado (10 días), dentro del cual, se formulan excepciones de fondo, a las cuales el despacho mediante auto de fecha 18 de julio de 2023 le corre traslado a la parte demandante, pronunciándose esta sobre las excepciones mediante escrito allegado el 1 de agosto del mismo año.
- La audiencia inicial se desarrolló el 9 de noviembre de 2023, en la que decretaron las pruebas, se practicaron los interrogatorios de parte y se fijó fecha para la audiencia de instrucción y juzgamiento.
- La audiencia de instrucción y juzgamiento fue llevada a cabo el pasado 30 de diciembre de 2023 a las 9:30 de la mañana, a través de la plataforma

lifesize, donde se recibieron los testimonios de los doctores Andrés Rojas Calvache y Marthian Yamani Hermoso Castro, prescindiéndose de los demás testigos por no haber comparecido. Después de escuchar las alegaciones finales, fue anunciado el sentido del fallo absolutorio en favor de la parte demandada, frente a las pretensiones contenidas en la demanda.

Así las cosas, rituada como se encuentra la instancia, procede este Despacho a resolver lo de su cargo, previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES:

1.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Concurren en el presente asunto los presupuestos procesales que permiten decidir el fondo de la controversia, esto es los requisitos necesarios que regulan la constitución y desarrollo formal y válido de la relación jurídico-procesal. De otra parte, no se avizora la existencia de vicio alguno que pueda estructurar nulidad que deba ser puesta en conocimiento de la parte afectada, o que fuere declarable de oficio.

2.- NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN

2.1.- No remite a duda que tratándose de responsabilidad civil médica resulta imperioso, para su buen suceso, la demostración del tríptico sobre el cual descansa, esto es la culpa, el daño y su nexo causal, carga probatoria que gravita en cabeza del actor, aunque ciertamente matizada por las circunstancias particulares de cada caso, o que el juez bajo una óptica flexible pueda acudir a la carga dinámica de la prueba, o deducir presunciones (simples o de hombre), relativas a la culpa, o de indicios endoprocesales por la conducta de las partes, o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *“res ipsa loquitur”*.

Así lo ha venido sosteniendo inveteradamente nuestra Corte Suprema, muestra de ello es la sentencia de 30 de enero de 2001, con ponencia del doctor José Fernando Ramírez Gómez, que al abordar el tópico de la responsabilidad médica, luego de hacer una reseña de antecedentes jurisprudenciales, concluye sentenciosamente que para deducir responsabilidad al profesional de la salud debe mediar la demostración de la culpa, con independencia de si la obligación encuentra una causa contractual o extracontractual. Manifiesta que en esta materia no pueden operar las presunciones de culpa, que en todo caso la actividad médica no puede ser calificada como una “empresa de riesgo”, y que muy lejos está de poderse asimilar a una actividad peligrosa de que trata el artículo 2356 del C.C.

Sostuvo: “...en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, emp[ezó] a esculpir la doctrina de la culpa probada”, criterio que, “por vía de principio general”, es el que actualmente ella sostiene, que fue reiterado en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419,

págs. 407 y s.s.), en la que se afirmó que “(...) ‘el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación’ (...)”, 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), “8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998” (se subraya).

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

“Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, **que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa (...)**”.

En reciente oportunidad, referida a este mismo extremo subjetivo de la culpa médica, volvió a insistir: “**si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad**, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, **deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos**(sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)”.¹

2.2.- La jurisprudencia en orden a establecer este tipo de responsabilidades ha acudido a la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, para salvar ciertos valladares que se erigen en orden a su establecimiento, criterios que pueden ser de valiosa ayuda en determinados casos; no obstante ha vuelto para insistir que no se pueden deducir apriorísticamente, pues será en cada caso la tipología del contrato celebrado el que oriente el cumplimiento o no del débito adquirido, sin lugar a generalizaciones que pueden conducir a grandes inequidades o errores, dijo entonces:

“**porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y**

¹ H. Corte Suprema. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de noviembre de 2011. M. P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma”.

“..de ahí entonces, que con independencia del caso concreto, no es dable, ni prudente, sentar precisos criterios de evaluación probatoria, como lo hizo el Tribunal, pues es la relación jurídica particularmente creada, como ya quedó dicho, la que ofrecerá los elementos para identificar cuál fue realmente la prestación prometida, para a partir de ella proceder al análisis del comportamiento del profesional de la medicina y así establecer la relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, porque definitivamente el médico no puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado ”.²

La Corte Suprema de Justicia se ha inclinado sobre la tesis contractualista frente al tipo de responsabilidad médica, tanto con el médico como con las instituciones promotoras y prestadoras de salud a quienes se les ha confiado prestar este servicio de transcendencia social fundamental de la vida en comunidad. La atención en salud hace parte de los servicios públicos a cargo del Estado los cuales han sido organizados por niveles de atención y participación de la comunidad, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección y control del Estado (Arts. 48, 49, 50 de la Constitución Política, entre otros).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de septiembre de 2002, exp, 6430, explicó que si el médico es ejecutor de la entidad obligada, no es lógico escindir la responsabilidad en dos relaciones de una misma prestación asistencial, *“es tan contractual el origen de la obligación, como su ejecución”*, a la misma conclusión ha llegado un sector de la doctrina en aplicación del artículo 1738 del C.C., el cual dispone que *“en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”*³.

Debe decirse, además, que en la responsabilidad civil coexisten dos criterios para la imputación del daño, el subjetivo como regla general y el objetivo como excepción. El primero requiere calificar la conducta causante del daño a título de dolo o culpa, esto es, la intención de causar daño, imprudencia, impericia, negligencia o violación de los reglamentos que regulen la conducta. El segundo, corresponde a la responsabilidad puramente objetiva en la que se prescinde del análisis del comportamiento del deudor para declarar la responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad fundamentada en la culpabilidad, en la generalidad de los casos corresponde al demandante probar la culpa del deudor, en otras ocasiones se presume pero puede desvirtuarse demostrando su

² H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de enero de 2001. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

³ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos, *Responsabilidad Civil Médica*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

diligencia y cuidado.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que *“La complejidad del cuerpo humano imposibilita que, a pesar de los significativos pasos que día a día se obtienen en materia de salud, prevención y tratamiento de enfermedades, la medicina sea una ciencia exacta. Hay en cada caso en particular una margen de incertidumbre sobre los resultados a lograr con su ejercicio, que escapa al arbitrio de quienes ejercen las diferentes ramas que la conforman. Por esta razón, solo es constitutiva de responsabilidad civil una mala praxis, ya sea por proceder en contravía del conocimiento científico y la experiencia indican o al dejar de actuar injustificadamente conforme a los parámetros preestablecidos, eso sí, siempre y cuando se estructuren los diferentes elementos de daño, culpa y nexo causal que contempla la ley. Aunque en principio la indemnización es por cuenta del profesional que actúa negligentemente, si presta los servicios como subordinado de un centro especializado, dicha entidad responde directamente. Lo que también acontece cuando la reclamación proviene de varios comportamientos o descuidos endilgados al personal asignado por los centros hospitalarios para atender al enfermo”*⁴.

La responsabilidad de los médicos por defectuosa prestación del servicio, tiene como fuente, por regla general, una obligación de medio y no de resultado, debido a la naturaleza social de esta profesión que conlleva el compromiso de poner a favor del paciente toda la diligencia y cuidado de la ciencia médica en procura de la mejoría de la salud (juramento hipocrático). De manera que, en este tipo de responsabilidad, será al demandante a quien corresponde probar que el daño ha ocurrido por culpa del médico o de las instituciones encargadas de optimizar y facilitar el servicio⁵, no obstante, pueden darse, excepcionalmente, casos en los que la obligación sea de resultado porque así fue acordado o porque la naturaleza del servicio médico así lo exige.

Desde la sentencia del 5 de marzo de 1940, la Corte lo dijo:

“La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia y los dictados de su prudencia sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente de la no curación de éste. (...).

“Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos. Algunos expositores sostienen que, salvo estipulación en contrario, el médico en ese caso está vinculado a una operación de resultado”.

En sentencia del 30 de enero de 2001, la Corte reiteró:

“Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico “es de medio”, aunque admitió que “Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos”.

⁴ CSJ, Cas. Civil, Sentencia del 27 de julio de 2015, Rad. 05001-31-03-017-2002-00566-01, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

⁵ C.S.J., Sentencias del 5 de marzo de 1940, G. J., t. XLIX, pp.115 y ss. y del 12 de septiembre de 1985, entre varias.

Se hace necesario precisar que, como lo dice la Corte, las circunstancias de hecho y de derecho varían, que en materia de responsabilidad médica contractual sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de *“la culpa del médico en cabeza de quién reclama”*.

Ahora bien, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, afirmando la determinación de la culpa de las instituciones prestadoras de salud y los deberes objetivos de prudencia, ha precisado:

“[...] [E]l artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

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

[...]

El numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales.

[...]

La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.

El error al que aquí se alude es el “error negligente”, «más claro aún: el que se origina cuando se quiebran por el agente causante del error los criterios y niveles exigibles y esperables de conducta

profesional sanitaria y que, además, como consecuencia del cual se produce [o ha existido el riesgo de que se produzca] en el paciente un efecto lesivo y/o perjudicial. El hecho de que la medicina sea, aún en nuestros días de gran progreso tecnológico, más un arte que una ciencia dura como, por ejemplo, la matemática, la física, la química y que, debido al factor reaccional propio de cada enfermo no pueda predecirse un resultado exacto del tratamiento prescrito para curar una enfermedad o dolencia, NO significa que el “error”, dentro del contexto sanitario en que nos movemos, sea permisible ni tolerable. Muy al contrario, la propia inexactitud e impredecibilidad de las ciencias médicas actuales exigen el agotamiento, la extenuación de la diligencia, de la actividad personal y de la prestación de todos los medios de diagnóstico y tratamiento disponibles, precisamente con el fin de reducir al mínimo posible y tolerable ese margen de inseguridad sobre los resultados». (Gustavo LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ. El error sanitario. Madrid, 2003. p. 20)

La culpa de las entidades del sistema de salud y de sus agentes, en suma, se examina en forma individual y en conjunto a la luz de los parámetros objetivos que existen para regular la conducta de los agentes particulares y su interacción con los demás elementos del sistema. El juicio de reproche respecto de cada uno de ellos quedará rebatido siempre que se demuestre su debida diligencia y cuidado en la atención prestada al usuario.

La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia”⁶.

3.- PROBLEMA JURÍDICO

Según las pretensiones enervadas por el actor y el material probatorio allegado al proceso, el problema jurídico que abordará el Despacho se confina a verificar si en el plenario están o no demostrados irrefragablemente los presupuestos axiológicos de la responsabilidad médica para que pueda edificarse el juicio de reproche pretendido, teniendo en consideración el escueto material probatorio aportado por el extremo demandante.

⁶ CSJ, Cas. Civ., sentencia del 30 de septiembre de 2016, rad. 003-2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

4.- CASO BAJO ESTUDIO

4.1.- Se activa judicialmente en orden a la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual de HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. y ALEJANDRO VEGA; SOLIDARIOS, CIVIL Y EXTRA CONTRACTUALMENTE RESPONSABLES de todos los perjuicios materiales e inmateriales por alegado daño generado al señor LUIS EDUARDO DUQUE REINA con ocasión del procedimiento quirúrgico realizado 21 de octubre de 2016.

Desde el acto mismo de otorgamiento de poder en forma expresa se habla del apoderamiento para la iniciación, adelantamiento y culminación de una DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, bajo este perentorio mandato se procede a confeccionar la demanda, que en forma tautológica alude siempre al fenómeno de la responsabilidad civil extracontractual, estructurada según se expone en el escrito genitor en que se realizó por parte del Dr. Alejandro Vega intervención quirúrgica como parte del tratamiento en razón a una lesión sufrida por él en el radio de la mano derecha.

La demanda, como es sabido, constituye la pieza cardinal del proceso, pues es allí donde el actor concreta su pretensión y enuncia los hechos que le sirven de fundamento. En ella se mide la tutela jurídica reclamada, y de alguna manera, según lo dice la doctrina, constituye un proyecto de sentencia que el demandante le presenta al juez. De ahí que por ley esté sometida a una serie de exigencias que no obedecen a un criterio meramente formalista, sino a la necesidad de revestirla de la precisión y claridad necesarias para tal fin, porque tampoco puede olvidarse que la demanda en forma se instituye como uno de los presupuestos procesales.

Con base en lo determinado en ella ejerce el demandado su derecho a la defensa, y conoce el fallador los límites en los que ha de discurrir su actuar para la definición del litigio, límites que por lo mismo no le es permitido desbordar sin riesgo de adoptar una determinación incongruente con lo discutido en él.

Nuestro máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, siempre ha sostenido:

“Si el demandante no menciona los hechos en su petición, el juzgador no puede tomarla en consideración; y no es admisible tener como fundamento de una demanda hechos que el demandante sólo ha venido a enunciar...en el término de prueba. Hechos expuestos en ella y en la contestación y al proponer las excepciones perentorias es lo que fija el campo de litigio y lo que determina, en consecuencia, los puntos materia de la decisión del juez”.

“Los hechos expuestos en el libelo como fundamento de las pretensiones de la demanda forman parte integrante de la misma, a tal punto que, aunque por otros hechos fuera viable la pretensión de la demanda, si por los expuestos en el libelo la acción no puede prosperar, o si estos no resultan probados, o si

*por último, como en el caso de autos, se demuestra la falsedad de la relación hecha en la demanda, aunque los hechos que se comprueben en el proceso sí pueden servir de fundamento suficiente a las pretensiones del demandante, la acción no puede prosperar, porque lo contrario equivaldría a apartarse de la demanda misma, con grave perjuicio del demandado, quien podría resultar vencido sin haber sido oído y vencido en juicio, y de nada le aprovecharía entonces para su defensa el traslado que de la demanda se le diera...*⁷

Podrá argumentarse que no sólo es potestad del juzgador sino su deber el interpretar la demanda para no sacrificar el derecho sustancial en aras de un excesivo formalismo. Esta afirmación es irrecusable y a ella en copiosos precedentes se ha acudido con no poca frecuencia. Pero también se debe dejar en claro, como lo tiene sentado la jurisprudencia, que esta labor hermenéutica no puede operar de manera mecánica o ilimitada. Primero, porque sólo procede interpretar, por obvias razones, la demanda oscura, imprecisa o confusa, haciéndolo racional y lógicamente y, segundo, porque so pretexto de interpretación no puede el juez alterar ni sustituir la pretensión deducida, ni los hechos sobre los cuales se funda, lo cual nos llevaría a reformas o sustituciones oficiosas del escrito rector, y en el peor de los casos a la formulación misma de la demanda por parte del juez, situación a todas luces inaceptable en un sistema procesal como el nuestro en el que campea el principio dispositivo por lo menos en cuanto se contrae al escrito introductorio del proceso (Art. 2 C. de P. C.).

Contrario a la forma en que se pretendió estructurar la modalidad de responsabilidad deprecada, más allá de los cuestionamientos sobre la idoneidad del médico demandado, del Despacho no comulga con hermenéutica desplegada por la señora procuradora judicial de la parte demandante, pues no puede ponerse en duda que efectivamente se discute en esta instancia responsabilidad civil contractual, tal como se desprende de la jurisprudencia citada líneas arriba.

Bajo esta línea argumentativa, no fue reducido a escrito, circunstancia que conspira para que emerja de manera nítida e indubitable los respectivos débitos prestaciones adquiridos por el galeno, razonamientos estos que conllevan a que esta autoridad judicial concluya que se está en presencia de un debate de responsabilidad contractual derivado de la prestación y ejecución del servicio de salud.

4.2.- Señala la parte demandante en el escrito genitor que, sufrió de fractura del radio de la mano derecha, por lo que se le implantó material de osteosíntesis, que en el curso de la cirugía practicada por el Dr. Vega, en la que se le realizaría el retiro del material, sufrió una refractura, lo que asegura lesionó el nervio mediano, traducándose esto en el deterioro de la movilidad de la extremidad, pérdida de capacidad laboral, así como fuertes dolores, etc., que le han significado perjuicios materiales e inmateriales, alegándose al

⁷ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Sexta Edición. Págs.304 y 305

tiempo, ausencia de consentimiento para que se le implantara nuevamente material de osteosíntesis para reducir la refractura.

El fundamento fáctico narrado en el escrito genitor, sin género de duda se colige que la parte demandante afirma que el daño que le fue causado, descansa sobre la premisa de la lesión del nervio mediano que atribuye presuntamente a la refractura sufrida durante el retiro del material de osteosíntesis, y a que se le practicara un procedimiento que alega no fue consentido.

Del documento denominado “*CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA PROCEDIMIENTOS MEDICO QUIRURGICOS*”, aportado por los demandados Hospital Ortopédico y el Dr. Alejandro Vega como prueba documental, en donde se registra lo siguiente: “*Revisión y Extracción de material de Ost en radio + Reducción*” Este documento aparece suscrito por el aquí demandante, en donde se describen los riesgos y complicaciones más importantes del procedimiento “*sangrado, infección, mala consolidación, mala cicatrización, consolidación viciosa, mala unión, infección sitio operatorio, daño neuro vascular, síndrome compartimental*”.

Delanteramente, debe señalar el Despacho de forma irrefragable, la desidia probatoria observada por la parte demandante y que sin género de duda sellará la suerte de sus pretensiones y de los elementos en que las pretendió estructurar como causante del daño endilgado, dejándolas por ende expósitas. Por ello, no existe ningún conato procesal demostrativo de las presuntas consecuencias lamentables derivadas del acto médico.

Se considera que el orden lógico para resolver los problemas jurídicos planteados es abordar en primer lugar lo concerniente a la aseveración de que la refractura provocada por el Dr. Vega, presuntamente por una *mala praxis* ocasionó la lesión en nervio mediano y a la postre las limitaciones en salud que presenta el señor Duque Reina, y en segundo lugar, lo concerniente a la supuesta ausencia de consentimiento de este para ser sometido a la implantación de un nuevo material de osteosíntesis en razón de la refractura.

De entrada, es visible que la parte demandante aportó la historia clínica del demandante, dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la respuesta a un derecho de petición dirigido a la Dra. Juliana Rojas, e imágenes de radiografías de la zona afectada, que serían las que apuntarían a demostrar los supuestos de responsabilidad, empero, de estos no se demuestra la culpa, ni el nexo causal, como pasa a explicarse.

De la historia clínica se resaltan los procedimientos quirúrgicos a los que fue sometido el aquí accionante, que se concretizan en tres, el inicial, donde se coloca el primer material de osteosíntesis como tratamiento de la fractura de radio, el segundo, el practicado por el Dr. Vega, descrito líneas arriba, en

donde se coloca un nuevo material de osteosíntesis debido a la refractura que se produjo al retirar el primero, y el tercero, dirigido por la Dra. Juliana Rojas, en donde se retiró el segundo material de osteosíntesis.

Lo cierto es que, para el Despacho, el contenido de las historias clínicas, precisamente de las posteriores a la cirugía desplegada por el Dr. Vega, no se extrae que la refractura hubiese provocado la lesión del nervio mediano.

Tal como se lee en la historia clínica del 2 de junio de 2017, tras el examen físico, se deja sentado que hubo mala rehabilitación, que requiere de una mejor rehabilitación en la mano y que es necesario el retiro del material y exploración del nervio, determinando entre los diagnósticos el daño en el nervio mediano⁸.

En historia clínica del 27 de febrero de 2018 se indica “*POP de 8 días de neurolisis de mediano y resección de neurofibroma, mas retiro de material de osteosintesis de placa de radio distal(...)*”

*EX, FS: muñeca derecha: herida quirúrgica en buenas condiciones, no se evidencia signos de infección, PUNTOS EN POSICIÓN. TINEL (sic) A NIVEL DE MUÑECA DESAPARECIO IGUAL QUE MOLESTIAS EN NERVIO MEDIANO A ESTE NIVEL”*⁹

En historia clínica del 17 de julio de 2018 se hizo alusión a la rehabilitación de la primera cirugía, exponiéndose:

*“BUENA EVOLUCIÓN POSTOPERATORIA, (...). SE ADVIERTE AL PACIENTE QUE UNA DE LAS CAUSAS DE VQUE(SIC) LA PRIMERA CIRUGIA FALLARA FUE UNA INADECUADA REAHBILTACION”*¹⁰.

Se puede colegir que, las historias clínicas posteriores a la cirugía realizada por el Dr. Vega no muestran o no permiten inferir que la refractura ocasionó la lesión en el nervio mediano, ni mucho menos que hubiere habido un mal procedimiento por parte del médico ortopedista aquí demandado.

Lo que sí se alcanza a entrever es que no ha habido una adecuada rehabilitación del señor Duque Reina.

Se hace menester mencionar que, de las historias clínicas previas a la intervención quirúrgica que realizó el Dr. Vega, se observa que el motivo de retiro del material de osteosíntesis se debió a molestias y dolor que presentaba el señor Duque Reina a partir de la primera cirugía, así quedó plasmado:

“4 MESES POSQX OTS DE RADIO DISTAL DER REFIERE MUCHO DOLOR TRABAJA EN ACTIVIDADES DE FUERZA ARCOS COMPLETOS

⁸ Folio 27 del archivo digital “01DemandaAnexos202100854”

⁹ Folio 132 del archivo digital “01DemandaAnexos202100854”

¹⁰ Folio 135 del del archivo digital “01DemandaAnexos202100854”

CON DOLOR SIN ALTERACION DISTAL NEUROVASCULAR SIN INFECCION”¹¹

Ahora, dentro del material probatorio también se tiene la respuesta a un derecho de petición formulado a la Dr. Juliana Rojas, del cual se dice en la demanda se extrae que hubo una indebida colocación del nuevo material de osteosíntesis por parte del Dr. Vega y donde se alega se atribuye la lesión del nervio a dicho procedimiento quirúrgico.

No obstante, revisado dicho documento, de este no se extraen dichas conclusiones a las que arriba la parte demandante, como se ve a continuación:

“(…) en la valoración inicial del 2 de junio de 2017, al examen físico se evidenció una clara lesión física del nervio mediano posterior a intervenciones previas realizadas por fuera de esta institución (…)

Los hallazgos en la cirugía confirmaron lo descrito en el examen físico que fue una lesión completa del Flexor pulgar con mala calidad de sus extremos y una lesión del nervio mediano con una fibrosis a su alrededor y severa inflamación de sus flexores, tal como consta en la descripción de la cirugía de febrero 19 de 2018.

(…) Ante la pregunta de que los tornillos de la placa de radio distal estaban largos y habían ocasionado una lesión en el nervio mediano. La respuesta está dada en las peticiones anteriores y la dimensión del daño detallado que el solicita, está claro en la Historia clínica de valoración inicial; que es lo que el manifestó cuando llegó por primera vez.”¹²

Entonces, de lo que se aprecia del documento en cita, no hay afirmaciones por parte de la Dra. Juliana Rojas respecto de que la lesión del nervio mediano haya sido provocada por la refractura o por el procedimiento desarrollado por el Dr. Vega, está la manifestación de que la lesión nerviosa proviene de las intervenciones previas, pero no se determina cuál, o a qué se debió, como tampoco se describe si considera que hubo una indebida implantación del segundo material de osteosíntesis, ello no se expresa ni explícita ni implícitamente de su respuesta.

Por otra parte se tiene el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 12 de agosto de 2021, tampoco es una prueba conducente a establecer la responsabilidad del Dr. Vega, pues de esta no emerge, en primer lugar, que producto de la cirugía en donde se produjo la refractura se haya lesionado el nervio mediano, o que haya habido mala praxis por parte del Dr. Vega.

En el referido dictamen, al abordarse el tema de las afectaciones físicas de la

¹¹ Folio 107 del archivo digital “01DemandaAnexos202100854”

¹² Folio 26 del archivo digital “01DemandaAnexos202100854”

mano del señor Reina Duque se establece:

“En relación con las deficiencias, de acuerdo con la historia clínica obrante al expediente y teniendo en cuenta que el paciente fue valorada mediante videollamada se encuentra paciente de 40 años de edad, lateralidad diestro, ocupación Soldador en empresa durante 11 años, ingresó en Enero del año 2005 hasta 19-10-2016, con cuadro de evolución con diagnóstico de Cicatriz queloides Mano Derecha; Fractura de la epífisis inferior del radio Msd - Pop Osteosíntesis; Dolor Crónico Mixto Mano Derecha (Somático Nociceptivo Y Neuropático; Trastorno mixto de ansiedad y depresión (Enfermedad común) ; Lesión tendinosa de 1er dedo + pop transferencia tendinosa de 3er y 4to dedos (# 2 procedimientos quirúrgicos) (ac); Traumatismo del nervio mediano a nivel del antebrazo msd - lesión de nervio mediano msd reinervada y resuelta.

Examen médico: Paciente en aceptables condiciones generales, le han realizado 4 cirugías, presenta dolor severo no moviliza la mano. 31/08/2018 Cirugía de mano refiere que inició terapia física y lleva 20 sesiones. EF. está activo el flexor transferido pero está adherido, excursión del tendón empeora respecto a control anterior, rigidez de IF pulgar. Cicatriz en antebrazo y muñeca sin alodinia, mejoró la palpación, no hay Tinel en antebrazo, Tinel en pliegue de mano, mejoró sensibilidad de la piel en antebrazo, cierre de puño completo, pero con marcada debilidad de los flexores, muñeca flexión, extensión 10°, pronosupinación completa, hipoestesia en área sensitiva del mediano. Buena evolución POP en cuanto a lo realizado, pero mal rehabilitado, a pesar de múltiples solicitudes para una terapia adecuada y guiada, la debilidad de los flexores, la rigidez articular de pulgar y muñeca así lo demuestran. Se explica que la sensación en mano es reflejo de que el nervio está retransmitiendo. Refiere que no toma los medicamentos neuromoduladores, se reformula, se dan ejercicios, control un mes, 20 terapias más, incapacidad, control con Clínica de Dolor. 02/05/2019 Ortopedia EF MSD con dolor a nivel de mano, AMAS de los dedos limitadas para la extensión y flexión, AMAS de pulgar limitados para flexo extensión y abducción, muñeca con AMAS conservados, antebrazo con adecuada pronosupinación, sensibilidad de zona autónoma del radial con hipoestesia, zona autónoma del mediano con disestesias, zona autónoma del lunar sin alteraciones, Tinel positivo en túnel del carpo. Paciente con cuadro de SDRC MSD, se indica continuar manejo por fisioterapia y clínica del dolor, se da de alta por ortopedia. (...)

Diagnósticos y origen

S541	Traumatismo del nervio mediano a nivel del antebrazo	Traumatismo del nervio mediano a nivel del antebrazo msd - lesión de nervio mediano msd reinervada y resuelta		Accidente común
------	--	---	--	-----------------

»13

¹³ Del archivo digital “01DemandaAnexos202100854”

Así pues, como se ve del extracto en cita, y en la totalidad del contenido del dictamen, no hay manifestaciones que se dirijan a indicar que lo que ocasionó la lesión del nervio mediano fue la refractura, o que las molestias y limitaciones del señor Duque Reina deviene de la intervención a la que se sometió por parte del Dr. Vega, pues en el dictamen en mención se hace una valoración del estado de salud del demandante y al referirse a los traumatismos relacionados a la mano y al nervio mediano no arriba a conclusiones sobre su causalidad, más allá de lo referenciado en las historias clínicas del señor Duque Reina.

Se puede desde ya asegurar que del material documental allegado al plenario, no se extrae prueba ni de la culpa ni del nexo causal entre el acto médico demandado y el daño sufrido por el señor Duque Reina.

Vale hacer alusión a que por parte del demandado Dr. Vega se allegaron copias simples de la investigación adelantada ante la fiscalía en razón a la denuncia por lesiones personales formulada por el señor Duque Reina en su contra, de ahí se observa a folio 328 y 329 de la contestación del demandado Dr. Vega¹⁴, que dentro de dicho trámite se recaudó concepto médico por parte de especialistas en ortopedia quienes evaluaron la historia clínica del señor Duque Reina y absolvieron cuestionario formulado por la Fiscalía encargada respondiendo lo siguiente:

Respuesta al caso consultado al Servicio de Ortopedia del Hospital Universitario del Valle, respecto al paciente LUIS EDUARDO DUQUE REINA.

1: Por qué se le ordenó el retiro del material de osteosíntesis?

R/ según consulta realizado en la clínica Ortohand SAS el 06 de septiembre del 2016, el paciente refiere dolor crónico de muñeca derecha asociado a limitación de movimiento, con radiografías que reportaban adecuado posicionamiento de la placa, en el examen físico el médico tratante reporta, arcos de movilidad preservados, dolor a la palpación en región del material de osteosíntesis, por lo que indica la cirugía

2: Qué tipo de cirugía se realiza el 20 de octubre de 2016

R/ La nota quirúrgica del 21 de octubre de 2016 reporta habersele realizado extracción material de osteosíntesis en radio y se realiza nueva osteosíntesis de radio distal con placa bloqueada por refractura del radio intra-operatoria.

3: De acuerdo a la nota quirúrgica, la técnica utilizada para el retiro del material de osteosíntesis fue adecuada?

R/ La disección quirúrgica se realizó por la misma zona de la primera cirugía que corresponde al abordaje de Henry, epónimo que describe la vía más comúnmente utilizada para realizar osteosíntesis de radio distal. No hay más detalle de la técnica de extracción en la nota quirúrgica

4. Es la refractura una complicación esperada para este tipo de procedimientos?

R/ Hasta un 20% de las extracciones de material de osteosíntesis en los diferentes huesos, pueden presentarse dificultades técnicas, relacionadas a deterioro y condiciones físicas del implante, y su interacción con el hueso afectado, además por el proceso mecánico de extracción y el instrumental utilizado. La refractura puede presentarse intraoperatoria o incluso en un tiempo después, de un 3 al 10% en diferentes estudios.

5. En el caso que nos ocupa, es la refractura una complicación esperada del procedimiento quirúrgico que se realizó el día 20 de octubre del 2016?

R/ Es una complicación que está contemplada al efectuar este procedimiento quirúrgico como está documentado por las estadísticas a nivel mundial, en manejo hecho incluso en grandes centros y por personal experimentado.

6. El manejo dado a la refractura fue el adecuado?

R/ Si, ya que si ocurre una refractura se debe de realizar de nuevo una osteosíntesis, procedimiento que fue realizado en el mismo acto quirúrgico.

¹⁴ Archivo “34ConstestacionDda202100854”

7. Ante la re fractura que otras complicaciones pueden presentarse?

R/ que la re fractura no consolide, se infecte o consolide en la posición inadecuada..

8. Las complicaciones posterior a la re fractura se derivan de esta o de manejo inadecuado de la re fractura?

R/ Las complicaciones no están directamente asociadas a la re-fractura que presento el paciente, sin embargo, puede presentarse inflamación o laceración de las estructuras vecinas como nervios y tendones por contacto o por la reacción inflamatoria generada por el material de osteosíntesis


Dr. EDUARDO VELASQUEZ GIRON

Médico Ortopedista Cirujano de Mano


Dr. RUBEN D. HERNANDEZ SALAZAR

Médico Ortopedista Traumatólogo

Del anterior documento se avizora que la refractura es una complicación del procedimiento de retiro de material de osteosíntesis y que las complicaciones médicas posteriores que presenta el señor Duque Reina no se derivan de la refractura o de un indebido manejo de esta.

El mismo escenario se presenta respecto de los demás medios probatorios recaudados, viéndose que de los interrogatorios de parte, no se descubre tampoco la concurrencia de los supuestos de responsabilidad civil respecto del Dr. Vega ni del Hospital Ortopédico.

Y es que, según se explicó por parte del Dr. Vega en el interrogatorio que rindió, el abordaje quirúrgico y la complicación de la refractura presentada en la cirugía no ocasionaron la lesión del nervio mediano, sino que esta se debe a los traumatismos de los tejidos blandos y la cicatrización de estos, debido a las intervenciones quirúrgicas, presentándose fibrosis y otros factores que contribuyen a la lesión de la que se duele el demandante.

En el interrogatorio rendido por el demandado Dr. Vega expuso que al señor Duque Reina le fueron informados los riesgos y complicaciones, como la que en efecto ocurrió que fue la refractura, que al retirar el material de osteosíntesis inicialmente implantado y al colocar uno nuevo, tras la refractura, no se afectó el nervio mediano, debido a la zona anatómica de este, la cual dista de la zona donde fue implantada la placa nueva.

Aseguró que se realizó el procedimiento en debida forma, reiterando que la refractura es una complicación inherente al procedimiento y que la lesión del nervio mediano no se dio como consecuencia de esta o a una *mala praxis* suya.

De las pruebas testimoniales recaudadas que fueron rendidas por los doctores Andrés Rojas Calvache y Marthian Yamani Hermoso Castro no se encontró tampoco alusión a que la lesión del nervio fuere provocada por la refractura, ni que esta haya sido provocada en una despliegue de *mala praxis* médica del Dr. Vega, sino por el contrario, se trata de una complicación inherente al

procedimiento.

Se procede ahora a abordar el asunto respecto de la ausencia de consentimiento del señor Duque Reina para que se le tratara la refractura ocasionada en la intervención de retiro del material.

Para este Despacho este asunto no es de especial relevancia de cara a los daños que alega haber sufrido el demandante, pues como se reveló tanto de los interrogatorios de parte y los testimonios recaudados el debido proceder médico ante una complicación de dicha jaez es proceder a tratarla de inmediata para que no surjan mayores complicaciones o riesgos, siendo necesario resaltar que no se probó en forma alguna que se haya utilizado material inadecuado al reducir la reciente fractura o que este hubiese sido implantando inadecuadamente.

Así las cosas, la carga probatoria que pesaba en hombros de la demandante era mayúscula, pues debía probar que el acto médico realizado por el médico demandado le ocasionó la lesión en el nervio mediano y las complicaciones médicas que presenta como dolor y falta de movilidad, pero tan solo se limitó a una contradicción dialéctica y puramente retórica, sin despliegue del más mínimo esfuerzo probatorio.

Bajo este escenario, gravitaba en cabeza del demandante acreditar con suficiencia la culpa médica, la existencia y extensión del daño y su necesario nexo causal, pero por su incuria todo quedó en el plano de la simple afirmación.

En efecto, no milita ningún medio de convicción que apunte al aspecto subjetivo de la responsabilidad médica, empezando porque la obligación adquirida es de medio y no de resultado, ahora, la culpa no puede derivarse automáticamente por el simple hecho de que se presentó una complicación durante el procedimiento, que como se ha dejado sentado, es inherente a este y constituía un riesgo para el paciente que aceptó al suscribir el consentimiento informado.

Del material probatorio recaudado no se estableció que el médico hubiere dejado de atender las obligaciones contraídas a favor de su paciente, o la incorrección o mala práctica médica en los procedimientos quirúrgicos realizados, que haya habido negligencia o impericia en la actividad médica, en suma no se acreditó el actuar culpable, o como lo tiene sentado la jurisprudencia invariable de la Corte Suprema: “...el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase y no puede responder sino cuando su comportamiento dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado”.¹⁵

En criterio de esta agencia judicial, no dejar de ser notoriamente desacertado

¹⁵ Ibídem. Sentencia de 15 de enero de 2008.

que desde la demanda se afirme cándidamente que el acto médico produjo en la paciente un daño y no se cuente con el respaldo científico que lo sustente, más aún, no puede colegirse de *ipso facto* que, ante el acaecimiento de la complicación -refractura- debe tenerse como probado el daño ocasionado, está conducta procesal merece reproche de la judicatura, es notorio la ausencia en el plenario de una prueba técnica aportada por la parte actora, por decir lo menos, que demostrara que el procedimiento realizado por el profesional de la salud especialista en ortopedia no fue el adecuado y que fue esta situación la que produjo las consecuencias descritas en la demanda. Inclusive no se evidencia la imposibilidad de la parte actora de, por ejemplo, acceder a una prueba técnica (dictamen pericial, concepto o testimonio técnico o médicos especialistas en la materia, etc.) para demostrar sus dichos en virtud de lo cual fuera indispensable trasladar la carga de la prueba a la parte demandada, razón por la que, se reitera, en este asunto se debe tener en cuenta que las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil de la parte demandada, siguen la regla general según la cual compete a la parte demandante acreditar sus elementos estructurales, en suma, su desidia la pretendió subsanar con la prueba pedida en la demanda, la que fue despachada de forma desfavorable, cuyas razones fueron vertidas por el despacho en la audiencia inicial.

Y es que al tratarse lo anterior de un aspecto eminentemente técnico son insuficientes los razonamientos o explicaciones que pueda esbozar el apoderado judicial de la parte actora pues, como lo dijo la Corte en la sentencia citada en aparte anterior, “...un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas 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...”¹⁶

A riesgo de ser repetitivo, no puede ni debe marginarse que en controversias de esta especie, y por tratarse de asuntos especializados o técnicos, no son suficientes para dilucidar el caso las reglas de la experiencia o del sentido común, o la lógica de lo razonable, por lo cual se precisa acudir al concepto de técnicos o expertos que posean los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que el objeto del litigio reclama, que en este plenario brillan por su ausencia.

Es inconcuso la pasividad probatoria de la parte demandante, para demostrar todas y cada una de sus afirmaciones, así entonces, es preciso recordar que, conforme a los principios elementales del derecho probatorio, el artículo 1757 del Código Civil dispone “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*”, a la vez que el artículo 167 del CGP pregona que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, normas de las cuales se deduce con facilidad que corresponde demostrar los hechos a quien los alegue,

¹⁶ CSJ. Sentencia del 4 de abril de 2001. Exp. 5502.

para así poder obtener los efectos derivados de los mismos. En consecuencia, deviene palmario que es de cargo de las partes probar a cabalidad la existencia de sus obligaciones o su extinción, cuando así lo invoquen como supuestos de su acción o excepción, y ello, valga repetirlo, no es más que una aplicación del principio de la carga de la prueba en orden al cual le compete al sujeto procesal que reclama unos hechos forzosamente evidenciarlos, si aspira deducir algún beneficio a su favor.

Es apenas obvio que los medios de defensa para su prosperidad necesitan que no solo se limite a su presentación o alegación, sino fundamentalmente, como en todo aspecto procesal, a su demostración cierta e irrecusable, que lleve la certeza al juzgador para que este pueda hacer la declaración o acoger el medio exceptivo. Pues es ampliamente conocida la máxima “*Tanto da no probar como no tener el derecho*”, o como reiteradamente lo ha dicho nuestra Corte Suprema “*demuestra quien prueba, no quien enuncia, no quien envía a otro a buscar la prueba*”.¹⁷

5.- CONCLUSIÓN

Con base en las anteriores consideraciones, concluye el Despacho que en el plenario nada obra que respalde la culpa ni el nexo causal del acto médico desplegado por el Dr. Vega y el daño alegado por el señor Duque Reina, lo que consecuentemente impone negar las pretensiones de la demanda, toda vez que no lucen satisfechos los presupuestos axiológicos de la responsabilidad profesional médica deprecada, lo que de contera lleva al Despacho a tener por probadas las excepciones formuladas por el extremo demandado y llamado en garantía, que apuntan a la ausencia de culpa y al rompimiento del nexo causal.

Lo anterior implica igualmente que se tornen improcedentes las pretensiones respecto del Hospital Ortopédico, demandado como responsable solidario, ante la falta de demostración de la responsabilidad.

De igual manera, se hace inane revisar lo concerniente a las Compañías Aseguradoras (Mapfre Seguros Generales, Seguros del Estado) demandadas y llamadas en garantía, precisamente porque no fue establecida responsabilidad ni del Dr. Vega ni del Hospital Ortopédico SAS.

En anterior a lo expuesto el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE CALI** administrando Justicia en nombre de la **REPUBLICA** y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones formuladas por el extremo demandado y llamado en garantía que apuntan a la ausencia de culpa en el acto médico y rompimiento del nexo causal y en consecuencia, **NEGAR**

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencias de febrero 26 y noviembre 19 de 2001, entre otras.

las pretensiones de la demanda, por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante en favor de la parte demandada. Fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$2.500.000 Mcte. Liquídense por la Secretaría del Juzgado.

TERCERO: Cumplido lo anterior, **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

CÓPIESE, NOTIFIQUE y CÚMPLASE.

(Firmado Electrónicamente)

JORGE ALBERTO FAJARDO HERNÁNDEZ
JUEZ
01

JUZGADO 05 CIVIL MUNICIPAL
EN ESTADO NO. 214 DE HOY 14 DE
DICIEMBRE DE 2023 SE NOTIFICA A LAS
PARTES EL AUTO ANTERIOR.
ANA MARIA RODRIGUEZ ROJAS
La secretaria

Firmado Por:

Jorge Alberto Fajardo Hernandez

Juez

Juzgado Municipal

Civil 005

Cali - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: 04c6e321fb6198e9f2f9c21b786402d9266f3dcd04b85e6d927b6a2711abd9b0

Documento generado en 13/12/2023 10:35:28 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>