



República de Colombia
Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado Ponente

PROCESO: CIVIL – RESPONSABILIDAD CIVIL
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL
RADICACIÓN: 20001-31-03-001-**2015-00282-01**
DEMANDANTE: CARLOS DANIEL MENDOZA MAESTRE Y OTROS
DEMANDADO: CLÍNICA DEL CESAR S.A. Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA SENTENCIA APELADA

Valledupar, Nueve (09) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 23 de junio de 2017 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, al interior del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

Carlos Daniel Mendoza Maestre, Rosario Elena Maestre Montero, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor Danis Yireth Mendoza Maestre, Francisco José, Juan Carlos y Yan David Mendoza Maestre, promovieron demanda contra la Clínica del Cesar S.A., Salud Total E.P.S. y el médico Carlos Alberto Peña Waltero, para que: **i)** se declare que entre Carlos Daniel Mendoza Maestre y Salud Total EPS existió contrato para la prestación de servicios de salud y que ésta última incumplió sus obligaciones contractuales materializadas en la prestación defectuosa de los servicios de salud por la Clínica del Cesar; **ii)** que los demandados son civil y solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios, materiales e inmateriales ocasionados a los demandantes con motivo de la violación de la *lex artis* o deficiente y equivocada atención médica que la Clínica del Cesar S.A. y el doctor Carlos Alberto Peña Waltero le brindaron a Carlos Daniel Mendoza Maestre.

En consecuencia, deben ser condenados a pagar perjuicios morales al demandante Carlos Daniel Mendoza Maestre por la suma de “*cien salarios mínimos legales mensuales*”, “*por concepto de lucro cesante consolidado y futuro \$46.861.724.00*” y “*por concepto en la modalidad de daño a la vida en relación y/o condiciones de existencia, cien salarios mínimos legales mensuales*”; frente a los demás demandantes, que se les condene al pago “*por concepto de perjuicios morales en suma equivalente a sesenta salarios mínimos legales mensuales*” y costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, se expuso que el 11 de mayo de 2010 Carlos Daniel Mendoza Maestre sufrió accidente de tránsito, por el que fue llevado de urgencias a la Clínica del Cesar S.A., ubicada en esta ciudad, donde le diagnosticaron “*politraumatismo y fracturas de tibia y peroné interrogadas*” y fue hospitalizado.

Al día siguiente fue llevado a cirugía a cargo del doctor Carlos Alberto Peña Waltero, quien realizó “*reducción abierta de fractura de fémur conminuta más osteosíntesis con clavado bloqueado, alambre e injerto óseo en el fémur*”. El 14 siguiente le dio de alta y le recetó “*cefradina 500 mg, vía oral cada 8 horas*”.

El 16 de mayo siguiente acudió en segunda consulta por dolor de cabeza y se le practicó examen físico, donde se encontró consciente y orientado, sin embargo, le ordenaron TAC y fue dado de alta.

El 28 de mayo del mismo año acudió de nuevo a esa Clínica en tercera consulta por dolor en el muslo derecho de más de 12 horas y porque observó salida de material seroso; fue hospitalizado por “*infección en el sitio quirúrgico*”, le realizaron curaciones y el 9 de junio se le dio la tercera alta “*con tratamiento de cefradina vía oral*”.

El 10 de julio nuevamente acude en consulta -cuarta vez- por persistir la “*secreción en el muslo derecho*” y se describió en la historia clínica “*sobreinfección de la herida quirúrgica*”. El 13 de ese mes fue operado de nuevo y el 14 “*le hicieron irrigación en la herida con rifampicina, le ordenaron*

un cultivo y antibiograma". Del resultado del cultivo se obtuvo: "*stafilococo epidermis*", le ordenaron oxacilina como tratamiento antibiótico y le dieron salida el 23 de ese mes bajo el diagnóstico "*osteomielitis*".

Luego, el 20 de noviembre reingresó a la Clínica del Cesar por dolor y edema en el muslo derecho -quinta vez-, siendo diagnosticado con "*fractura de fémur derecho osteosíntesis sobre infectada, absceso en el muslo e infección en el sitio quirúrgico*" y el 23 siguiente cambiaron sus antibióticos por "*clindamicina y ciproflaxina*", sin embargo, por la agravación de la herida se ordenó examen de VIH y nuevo cultivo; el primero resultó negativo y el segundo arrojó la presencia de "*stafilococos aureus y enterobacter cloacae (bacterias nosocomiales)*".

Posteriormente, solicitó su remisión a centro de atención de IV nivel y fue enviado a la Clínica Reina Catalina de Barranquilla, a donde ingresó el 17 de diciembre con anotación de: "*paciente con 7 meses de evolución de fractura de fémur derecho que fue manejado con osteosíntesis, presentó infección en sitio operatorio y fue necesario retirar el material de osteosíntesis y pasar a un fijador externo*".

El 5 de enero de 2011 fue operado por el doctor Luis Torres, quien le retiró el fijador externo del fémur, "*le resecó con fragmento de 3 cm en el fémur la parte infectada, le implantó un nuevo fijador externo para transporte óseo y le puso aloinjerto estructural, matriz ósea y autoinjerto óseo, sin complicaciones*". No obstante, el 14 de marzo ingresó a dicho centro por 3 días de "*secreción purulenta fétida por el fijador externo de transporte óseo*" y lo trataron con "*imipenen 2 gramos intravenoso cada 12 horas*". El 29 de marzo nuevamente le retiran el fijador de transporte óseo, sin complicaciones y el 14 de abril dicho galeno le puso uno nuevo.

Finalmente, inició un plan de alargamiento óseo por el acortamiento del fémur de 8 a 10 centímetros que sufrió a causa de los procedimientos "*equivocados en la Clínica del Cesar*", pues eso se originó en la "*osteomielitis crónica activa con secuelas irreversibles de fractura de fémur derecho, consolidación defectuosa, fémur en antecurvatum, discrepancia de longitud y anquilosis de rodilla*", lo cual le ocasionó incapacidad total para desempeñar

cualquier tipo de actividad física que implique esfuerzo, como caminar largos trayectos o permanecer de pie por tiempos prolongados. Adicional a ello, quedó con múltiples cicatrices desde la cadera hasta la rodilla y *“jamás podrá recuperar su estado inicial de salud”*, al punto que *“la Junta Regional de Calificación le determinó un PCL de 34.55%”*.

2. ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

Admitido el libelo con auto de 3 de septiembre de 2015 y su reforma con auto de 9 de septiembre de 2016, se notificaron las enjuiciadas, quienes dieron respuesta oportuna.

2.1. Contestación de Salud Total EPS.

Aceptó el hecho relacionado con el accidente de tránsito donde resultó lesionado el demandante Carlos Daniel, pero afirmó que no le constan los hechos clínicos sucedidos antes del 8 de junio de 2010, comoquiera que dicho evento y la atención inicial fue cubierta por el SOAT, expedido por la aseguradora QBE Seguros, hasta cuando en dicha fecha se cubrió el tope máximo del mismo y la IPS Clínica del Cesar S.A. le comunicó mediante factura No. AB.212765 que el paciente se encontraba hospitalizado en dicha institución con el diagnóstico de fractura de fémur derecho y que iniciaba su cobertura.

Afirmó que al 10 de julio de 2010 cuando el paciente ingresa a la Clínica por herida sobre infectada, ya había sido intervenido en tres oportunidades, reingresando por persistir secreción en el sitio posquirúrgico. También aceptó el hecho de que el 23 siguiente fue dado de alta con diagnóstico de osteomielitis.

Dijo que entre el 16 y el 23 de julio al paciente se le dio manejo para el dolor, tuvo varias atenciones por reactivación de la sintomatología infecciosa, requiriendo lavados quirúrgicos y manejo con esquema antibiótico, manejo en casa con traslados para sus controles médicos realizados por consulta externa y hospitalarios, hasta el 20 de noviembre siguiente cuando ingresó a consulta refiriendo dolor constante. Sin

embargo, dijo que no es cierto que en la historia clínica se refiriera: *“infección en sitio quirúrgico”*, pues en realidad se plasmó: *“fractura de fémur derecha, osteosíntesis sobreinfectada y absceso en el muslo derecho”*.

Refirió que al paciente se le realizaron dos cultivos, el 25 de noviembre y 16 de diciembre, encontrando *“staphylococcus aureus”* y *“enterobacter cloacae”*, se determinó que su caso era crónico complicado, sin mejoría, por lo que fue remitido por el doctor Carlos Alberto Peña Walteros, ortopedista, a institución de cuarto nivel.

En dicha institución, en realidad lo que refirió la historia clínica al describir el motivo de remisión fue: *“paciente con cuadro clínico de 7 de meses de evolución caracterizado por presentar fractura de fémur derecho posterior a accidente de tránsito tratado en la Clínica del Cesar, paciente quien posteriormente presentó infección en sitio operatorio sin cicatrización de herida quirúrgica más secreciones seropurulentas, no consolidación de la fractura, tratado con múltiples antibióticos sin mejoría alguna”*, por lo que es claro que las complicaciones que presentó fueron posteriores al procedimiento de reducción y colocación del fijador, lo que permite predicar que no se originaron por una mala práctica médica o falla en la atención.

Finalmente, frente a la intervención de alargamiento óseo, dijo que no se dio porque los procedimientos que se le adelantaron en la Clínica del Cesar hayan sido inadecuados, pues la intervención quirúrgica era la indicada para el diagnóstico que tenía el paciente, sino porque *“era necesario ante la disminución de tejido que producto de la inadecuada cicatrización e infección presentó el paciente”*.

Frente a las pretensiones de la demanda, aceptó la existencia del contrato de prestación de servicios de salud con el usuario Carlos Daniel Mendoza Maestre, pero se opuso a la declaratoria de incumplimiento del mismo respecto de la atención que le brindó y a la declaratoria de responsabilidad solidaria contractual y extracontractual entre los demandados por los perjuicios presuntamente generados al extremo activo. Para ello planteó como excepciones las que denominó: *“los hechos y pretensiones de la demanda no son de responsabilidad de Salud Total EPS”*

dado el cumplimiento de sus obligaciones como entidad promotora de salud”; “falta de legitimación en la causa por pasiva de Salud Total EPS dado que no encuentra obligada a responder por los actos médicos amparados por póliza de SOAT de QBE Seguros”; “los hechos y las pretensiones de la demanda no son responsabilidad de Salud Total E.P.S., la EPS cumplió con las funciones propias del aseguramiento en salud de conformidad con la relación contractual existente”; “la fractura grave conminuta de fémur tiene mayores riesgos de complicaciones posteriores al tratamiento quirúrgico”; “las consecuencias de la evolución en el posoperatorio no es un daño indemnizable a cargo de Salud Total E.P.S.”; “la obligación de los médicos es de medio y no de resultado”; “los daños alegados por la actora no tiene relación de causalidad con las actuaciones del asegurador en salud”; “inexistencia de daños morales y a la vida de relación de Carlos Daniel Mendoza Maestre y sus familiares, por no estar probados en el proceso”; “el lucro cesante alegado por el demandante no reúne la característica de certeza, requerido para su reconocimiento”; “el quantum de la indemnización de los perjuicios es excesivo y desproporcionados: la indemnización debe estar acorde con el daño producido”; “genérica”.

Objetó el juramento estimatorio rendido por los demandantes y llamó en garantía a la Clínica del Cesar S.A. en virtud del contrato para la prestación de servicios de salud, modalidad de pago por evento, que suscribieron el 25 de abril de 2009 y que estaba vigente para la fecha en que fue atendido el demandante Carlos Daniel Mendoza Maestre, según el cual ésta se obligó a responder por cualquier responsabilidad que se le endilgue a la EPS, pues se comprometió a prestar los servicios de salud a los afiliados de la entidad con plena autonomía científica, técnica y administrativa.

En consecuencia, pidió resolver sobre la relación contractual que existe con la IPS Clínica del Cesar S.A. y, por esa vía, condenarla a pagar en su favor, las sumas de dinero que por todo concepto hubiese o tuviera que pagar eventualmente en razón del presente proceso.

2.2. Contestación de Clínica del Cesar S.A. a la demanda.

Aceptó los hechos relacionados con el diagnóstico dado inicialmente al demandante Carlos Mendoza Maestre: fractura en el tercio medio distal de su fémur derecho conminuta, es decir, ruptura del hueso en dos o más partes, como también la fecha en que fue atendido por urgencias luego de su accidente y el procedimiento quirúrgico al que fue sometido el 12 de mayo de 2010.

Señaló como falso el hecho de que, a su primera alta, solo se le ordenara tratamiento con antibiótico, pues la realidad fue que también se le ordenó curaciones cada 3 días, el retiro de las suturas trascurridos 15 días, emitió incapacidad médica por 30 días y cita de control luego de finalizado dicho tiempo.

También aceptó el hecho relativo a la consulta por dolor de cabeza y la práctica del TAC, que arrojó como resultado paciente sin ninguna alteración neurológica. Frente al motivo de la tercera consulta y la continuada secreción que presentaba la herida, dijo que era cierto, pero que también el paciente continuaba en tratamiento farmacológico, aséptico y antiséptico.

Convalidó los hechos relacionados con la cuarta consulta, el resultado del examen de cultivo y la salida luego de ser tratado por osteomielitis, generadas a causa de la fractura.

Aceptó el quinto ingreso del paciente en noviembre de 2010, por remisión de su EPS, quien presentaba material osteosíntesis sobre infectado y un absceso en el muslo derecho, cuyo antecedente era la fractura que sufrió en abril de ese año, pero además, *“en su mano izquierda en el año 2006, lo cual es indicativo de encontrarse frente a un paciente inmunosuprimido colonizado por gérmenes infecciosos”*, por lo que inmediatamente fue abordado clínica y paraclínicamente, con suministro de analgésicos para manejar el dolor, antibióticos para la infección y exámenes de laboratorio.

Reconoció al cambio de antibióticos en el tratamiento, pues los nuevos eran mas eficaces de cara al tratamiento de procesos infecciosos como los

evidenciados en el paciente. También, revalidó el hecho de la orden de examen de VIH y segundo cultivo, lo cual demuestra *“que jamás escatimó esfuerzos y recursos para tratar al paciente”*.

Aseveró que las bacterias *stafilococcus aureus* y *enterobacter cloacae* no son gérmenes eminentemente nosocomiales, como afirmaron los demandantes, y que tampoco fueron adquiridas al interior de sus instalaciones, dado que adoptó todas las medidas profilácticas y antisépticas requeridas en el manejo del paciente. No obstante, *“es innegable la resistencia múltiple del germen infeccioso, toda vez que está claramente descrita en la historia clínica, la terapia antibiótica a la que fue sometido el paciente y que este tenía un antecedente de osteomielitis en su mano izquierda en el año 2006”*.

Además, refirió que el *stafilococcus aureus* *“es el organismo comúnmente mas aislado de todas las formas de osteomielitis (...) es una bacteria anaerobia facultativa, inmóvil y no esporulada que se encuentra ampliamente distribuida por todo el mundo, estimándose que una de cada tres personas se halla colonizadas, aunque no infectadas por ella”*.

Afirmó que no es cierto que las complicaciones hayan sido causadas en su sede, pues si bien allí padeció los efectos de las mismas, esto no alcanza para dar credibilidad a dicha afirmación. También, que no le consta la remisión que luego se le hiciera al paciente a otro centro médico por parte de su EPS. No obstante, dijo ser cierto el hecho de la cirugía que le practicó el 5 de enero de 2011 el médico Luis Torres, dado que *“la resección de la porción del fémur y el implante de un nuevo fijador externo fueron necesarias a causa de la osteomielitis o infección ósea evidenciada en el paciente”*.

También aceptó lo relativo al cambio de antibióticos ordenados en la Clínica Reina Catalina -imipenen-, antibiótico de cuarta generación o último espectro, lo que permite inferir el grado de resistencia del germen. Y, las intervenciones que realizó dicho galeno el 29 de marzo y 14 de abril de 2011.

Cerró catalogando como falso el hecho de que la causa del acortamiento del fémur sea inherente a la fractura, pues reiteró, el paciente

ya presentaba con antelación episodio de osteomielitis en su mano izquierda, *“indicativo de ser inmunosuprimido colonizado por gérmenes infecciosos”*.

Se opuso a la prosperidad de todas las excepciones comoquiera que actuó con diligencia, pertinencia y cuidado en la atención del paciente Carlos Daniel Mendoza Maestre, a quien prestó la asistencia médica conforme a la lex artis vigente al momento de los hechos y que demandaba su estado de salud. Planteó como excepciones las que denominó *“diligencia y cuidado en la atención del paciente y causalidad fortuita como ausencia de culpa en la producción del daño y supuesto de inexistencia del nexo causal entre el resultado y la actividad médica”* e *“inexistencia de los elementos hecho, daño, culpa y nexo causal en el acto médico desplegado”*.

No obstante, llamó en garantía a la aseguradora Liberty Seguros S.A., para que, en caso de una condena adversa, entre a acatar las disposiciones que se contraigan al fallo con base en la *“póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 273089”*, vigente desde las 00:00 horas del 21 de mayo de 2009 hasta las 24:00 horas del 21 de mayo de 2010, con la cual dicha compañía se comprometió a amparar a los terceros por las contingencias derivadas de dicha actividad.

2.3.- Contestación de Clínica del Cesar S.A. al llamamiento en garantía de Salud Total E.P.S.

Se opuso a la pretensiones comoquiera que no está obligada a responder por la obligación indemnizatoria exigida a Salud Total EPS, pues no le ha causado perjuicio alguno al demandante principal. Además, refirió que ésta se basa en una cláusula abusiva que no puede ser interpretada en su contra. Excepcionó *“inexistencia de la posición de garante por la calidad en la prestación del servicio, diligencia y cuidado en las actuaciones de la Clínica del Cesar e inexistencia de culpa y nexo de causalidad en relación con el daño aducido”*.

2.4.- Contestación de Liberty Seguros a la demanda y al llamamiento en garantía.

Afirmó que no le constaban los hechos de la demanda principal, objetó la tasación de los perjuicios realizada por la parte demandante y se opuso a las pretensiones bajo el entendido que no existe obligación frente a dicho extremo procesal de pagar sumas de dinero. Excepcionó *“inexistencia de nexo causalidad entre los servicios médicos que se suministraron al señor Carlos Daniel Mendoza Maestre por parte de la Clínica del Cesar S.A. y el daño que alude en la demanda”*; *“inexistencia de responsabilidad patrimonial por causa de la actividad médica y necesidad de la prueba, haber sido diligente y prudente la atención médica”*; *“ausencia de los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza del demandado”*; *“ausencia de prueba del presunto daño y su cuantía”*; *“tasación excesiva del perjuicio”*; *“enriquecimiento sin justa causa”*.

A los hechos del llamamiento dijo que es cierta la expedición de la póliza de seguros de responsabilidad civil clínicas y hospitales No. LB273089, sin embargo, no se extiende a todo tiempo de perjuicios, sino a los patrimoniales. Afirmó que su reclamación se sujeta a las condiciones generales del contrato de seguro y a las particulares que en su momento se suscribieron con el asegurado. Excepcionó *“inoperancia de la póliza, por haberse hecho la reclamación al asegurado y a Liberty seguros S.A. de forma extemporánea de conformidad con las condiciones generales del contrato de asegurado”*; *“inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad de la Clínica del Cesar S.A. en el hecho generador de la demanda”*; *“inexistencia de solidaridad frente a Liberty Seguros S.A.”*; *“deducible”*; *“límite de cobertura de acuerdo a los sublímites pactados”*; *“innominada”*.

2.5.- Contestación de Carlos Alberto Peña Walteros.

Aceptó el diagnóstico de la fractura y la orden de hospitalización que libró en razón de la cirugía de reducción abierta de fractura de fémur conminuta más osteosíntesis, pues fue quien la realizó. Frente a los demás ingresos que tuvo el paciente a la Clínica del Cesar S.A., dijo que no le constaban porque no fue quien las ordenó, sin embargo, según la historia médica, las tenía por ciertas.

También dijo que era parcialmente cierto el hecho de que solo ordenó tratamiento con cefradina de 500 mg cada 8 horas por 10 días, una vez finalizó la intervención quirúrgica, pues también ordenó analgésicos por el mismo tiempo, retiro de puntos a los 15 días, cita por consulta externa y curaciones cada 3 días.

Aceptó los hechos relacionados con la secreción que tuvo la herida luego de la operación, pero también dijo que el tratamiento que se dio con rifampicina al paciente era el adecuado y ajustado a la *lex artis*. De igual forma, aceptó los resultados de los exámenes de cultivo que ordenó, destacando que la parte actora los narró sin respetar la cronología que marca la historia clínica, según la cual el 21 de noviembre de 2021, fecha del quinto ingreso del paciente por herida sobreinfectada, ordenó realización de cultivo, cuya muestra fue tomada ese mismo día y el resultado llegó el 25 siguiente con germen aislado "*staphylococcus aureus*" y luego de darle manejo médico, ordenó el segundo cultivo, cuya muestra se tomó el 13 de diciembre y el resultado arribó el 16 siguiente con germen aislado "*enterobacter cloacae*". De ahí que "*las bacterias no fueron aisladas en la misma fecha*".

No obstante, pese a que al paciente se le suministró el tratamiento antibiótico "*al que eran sensibles los gérmenes aislado como lo indica la lex artis*", hubo poca respuesta a los múltiples lavados y al tratamiento de antibioticoterapia instaurado, por lo que ordenó su remisión a una institución de mayor nivel de complejidad. Frente a la atención que allí recibió el paciente, dijo que no le constaba.

Por lo anterior, se opuso a todas las pretensiones, por cuando no se acreditó la violación al deber objetivo de cuidado, como tampoco la presunta culpa o negligencia médica, ni el nexo causal entre su conducta y el daño sufrido por el demandante Carlos Daniel Mendoza Maestre. Excepcionó: "*régimen de responsabilidad médica se rige por la culpa probada de acuerdo al artículo 167 del Código General del Proceso*"; "*ausencia de culpa atribuible*"; "*inexistencia de nexo causal*"; "*inexistencia de falla médica*".

imputable por configuración de un riesgo inherente al procedimiento realizado” e “innominada”.

2.6. Descorrido el traslado de las objeciones planteadas al juramento estimatorio por parte del extremo demandante, el 23 de febrero, 9 de mayo y 23 de junio de 2017 se llevaron a cabo las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, en las que se interrogaron a las partes, decretaron y practicaron las probanzas requeridas por las mismas (documentales y testimoniales), de las que se destaca en favor de la parte demandante un dictamen pericial a cargo del Hospital Universitario de Santander y de la demandada Clínica del Cesar, dictamen pericial de la Fundación de la Sociedad Colombiana Ortopédica y de Traumatología de Bogotá.

De oficio, el estrado de primera instancia decretó el dictamen pericial rendido por el ortopedista y traumatólogo Benjamín Abel Jiménez Angulo, y también requirió a la Universidad Nacional de Colombia para que designará un especialista en ortopedia y respondiera el cuestionario de preguntas presentado por Salud Total E.P.S. en su contestación de la demanda.

No obstante, únicamente solo fue efectivo el recaudo del dictamen pericial ordenado de oficio, del cual se les dio la oportunidad de contradicción a las partes en audiencia celebrada el 9 de mayo, empero no se utilizó por ninguno (fls. 791-802 y disco compacto obrante a folio 969 cdno. ppal. No 2.).

3. LA SENTENCIA

Concedida a las partes la oportunidad para alegar de conclusión, se dictó sentencia el 23 de junio de 2017 declarando probadas las excepciones planteadas por los demandados.

A la demandada Clínica del Cesar S.A. se le tuvo por acreditada la defensa: *“diligencia y cuidado en la atención del paciente y causalidad fortuita como ausencia de culpa en la producción y supuesto de inexistencia del nexo causal entre el resultado y la actividad médica e inexistencia de los*

elementos hechos, daño, culpa y nexo causal en el acto médico desplegado"; a Carlos Alberto Peña Walteros, se le tuvo por probada la defensa: *"ausencia de culpa atribuible al Dr. Carlos Alberto Peña Walteros"*; a Salud Total E.P.S. se le tuvo por probada la defensa: *"la EPS cumplió con las funciones propias del aseguramiento en salud de conformidad con la relación contractual existente, la obligación de los médicos es de medio y no de resultados"*; y a Liberty Seguros S.A. las denominadas: *"inexistencia de nexos de causalidad entre los servicios médicos que se suministraron al señor Carlos Daniel Mendoza Maestre por parte de la Clínica del Cesar S.A. y el daño que se aduce en la demanda, inexistencia de responsabilidad patrimonial por causa de la actividad médica y necesidad de la prueba y haber sido diligente y prudente la atención médica"*. Por ende, desestimó lo pretendido en la demanda y condenó en costas a los demandantes por \$10.645.800.

En sustento, allí se definió, en esencia, que los demandantes no lograron acreditar la negligencia médica en el tratamiento del paciente Carlos Daniel Mendoza Maestre tras el accidente de tránsito que le ocasionó la fractura conminuta del fémur de su pierna derecha, como tampoco *"un agravamiento injustificado de las condiciones del usuario del servicio de salud o el sometimiento inapropiado a una práctica riesgosa y lesiva del personal de la Clínica del Cesar Ltda., [por ende], no puede estructurarse la responsabilidad de los demandados"*.

4. DEL RECURSO

Inconforme, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación y sustentó su disenso en que erró el *a quo* al momento de apreciar los elementos de prueba obrantes en el plenario. Afirmó que ello derivó en la equivocada valoración de la culpa, pues se inobservó las anotaciones de la historia clínica respectiva que dan cuenta de un supuesto error en el diagnóstico inicial del señor Carlos Daniel, el incumplimiento de los protocolos médicos en la cirugía que se le practicó el 12 de mayo de 2010, la contaminación de los instrumentos suministrados al paciente incluso antes de dársele de alta el 14 de mayo de 2010 y de la atención que recibió entre el 10 y 23 de julio siguiente, pues de las declaraciones recibidas en audiencia, incluso del peritaje recaudado de oficio por el despacho, se

advirtió que pese a que el paciente tenía osteomielitis, infección grave, fue dado de alta para ser tratado en casa.

Acusó *“la errada interpretación de la demanda”*, pues el despacho tuvo por cierto el resultado del primer cultivo practicado al demandante Carlos Daniel que plasmó la presencia de *stafilococcus epidermis*, cuando en el expediente y en la historia clínica no se evidenció prueba de ello, lo cual era importante para delimitar el antibiótico al que era sensible el germen y si se llevó o no el tratamiento adecuado.

También *“la indebida interpretación del deber de seguridad de las clínicas y hospitales”*, pues demostró que las infecciones que perjudicaron a Carlos Daniel fueron contraídas en la Clínica del Cesar S.A., sin desconocer que el tratamiento para atacarlas fue ineficaz, *“toda vez que desde el mes de julio de 2010 se le diagnosticó osteomielitis y solo hasta diciembre fue remitido a la Clínica Reina Catalina”*.

Afirmó que se dio por probado, sin estarlo, el consentimiento informado por parte de Carlos Daniel y que se desconoció el nexo causal pese a que *“en la demanda se encuentran debidamente determinados los errores en la atención médica”*. Finalmente, esgrimió que no se valoraron las pruebas relativas al daño material y moral.

5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Arribado el expediente a esta Colegiatura el 2 de agosto de 2017, mediante auto del 4 de agosto siguiente se admitió el recurso formulado y mediante proveído de 11 de junio de 2021 se ordenó correr traslado para sustentarlo por escrito en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

En término, el extremo activo reiteró sin mayor variación las inconformidades planteadas ante el fallador de primer grado.

Descorrido el traslado, Salud Total EPS manifestó que erró la parte demandante en sus apreciaciones porque en estos casos opera el régimen

de culpa probada, de ahí que quien presenta los supuestos de hecho debe acreditarlos. En gracia de discusión, refirió que está probado con el peritaje recaudado que todo el procedimiento médico y atención del paciente fue acorde a los protocolos médicos vigentes y se cumplieron las condiciones de asepsia requeridas. Dijo que más allá de discutir si las bacterias eran o no intrahospitalarios, se demostró que los tratamientos y procedimientos aplicados respetaron la *lex artis*. En lo demás, reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

Liberty Seguros S.A. reiteró que es carga de la parte demandante e interesada, probar todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad endilgada, en este caso, la contractual, como la extracontractual. Así, dijo que en el caso pese a que existe daño, no está acreditada la relación de causalidad con alguna conducta o comportamiento de los profesionales de la salud de la Clínica del Cesar S.A. derivada de la atención e intervención quirúrgica practicada a Carlos Daniel Mendoza Maestre.

La Clínica del Cesar S.A. también alegó la falta de demostración del nexo causal, al igual que la carencia de pruebas encaminadas a determinar que las bacterias eran hospedadas exclusivamente en los ambientes hospitalarios, a contrario sensu sí se acreditaron las condiciones de asepsia y antisepsia que rodearon la atención médica brindada al paciente.

El doctor Carlos Alberto Peña Walteros se sumó a la alegada falta de acreditación de la culpa y refirió que la actividad médica no es catalogada actividad peligrosa, por lo que las obligaciones que de ella se derivan son de medio, que no de resultado.

Para resolver el recurso presentado, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

6. CONSIDERACIONES

Verificada la ausencia de irregularidades que puedan ocasionar la invalidación de lo actuado, así como la satisfacción de los presupuestos procesales, es del caso resolver el fondo del litigio.

Así las cosas, la Sala debe determinar si la autoridad de primera instancia acertó o no al declarar probadas las excepciones propuestas por los demandados como forma de desestimar las aspiraciones del libelo, las cuales redundan en la falta de acreditación de la culpa, a lo que también en últimas se dirige el ataque del extremo apelante, pues los medios de prueba que endilgó desconocidos fueron determinantes para exonerar de responsabilidad a los convocados.

Luego, de encontrar razón en los dichos del recurrente, se procederá a estudiar si era necesario o no estimar los elementos de prueba relativos a la acreditación de los daños, aspecto al que también encaminó la apelación.

Entonces, se hará un breve recuento de la responsabilidad, sus modos y la carga de la prueba en tratándose específicamente la de tipo médico, para ahí sí, descender al caso concreto y definir el asunto.

6.1- De la responsabilidad civil y sus modos.

Es axioma general en nuestro ordenamiento jurídico que aquel que injustamente cause un perjuicio a otro está en el deber de resarcirlo en forma íntegra y, para ello, se han establecido las vías de la responsabilidad civil contractual – cuando hay de por medio alguna convención entre las partes – o extracontractual cuando el daño se ha producido por fuera de los alcances de una negociación.

Es claro, entonces, que esa dualidad de sendas para reclamar la reparación de agravios demarca distinciones entre un evento y otro. O lo que es igual, unos son los presupuestos que exige la ley y la jurisprudencia en el terreno de la responsabilidad contractual, y otros diferentes los que se deben acreditar en el marco de la llamada responsabilidad aquiliana.

A la par, se ha reconocido tradicionalmente la responsabilidad que cabe frente a los profesionales del área de la salud o de las entidades promotoras y prestadoras de dicho servicio cuando producto de tan importante labor infringen daños indemnizables a un paciente con quien

existía contrato de prestación del servicio, o respecto de un tercero que en calidad de afectado indirecto recibió el impacto negativo de la falla médica.

La H. Corte Suprema de Justicia, respecto de la citada responsabilidad, tiene adoctrinado que:

[l]a atención sistémica e integral de la salud, no es ajena a los errores, sean excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, con repercusiones jurídicas, aparecen los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado. Por esto, al ser injustificados, son susceptibles de reparación integral, “in natura” o por equivalente.

Así que, causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos de la responsabilidad médica, la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla. Igualmente, la culpabilidad, según su naturaleza (subjetiva u objetiva) o de la modalidad de las obligaciones de que se trata (de medio o de resultado).

Para determinar la responsabilidad correspondiente, el baremo o límite lo constituye el criterio de normalidad emanado de la Lex Artis. El galeno, dada su competencia profesional, se presume que, en su quehacer, actúa en todo momento y lugar con la debida diligencia y cuidado. En el proceso, por esto, debe quedar acreditado el hecho contrario, esto es, el desbordamiento de esa idoneidad ordinaria calificada. Bien, por infracción de las pautas de la ley, ya de la ciencia, ora del respectivo reglamento médico o de las reglas de la experiencia o del sentido común.

6.2.- De la responsabilidad médica deviene obligación de medio (regla general), pero la carga de la prueba es flexible.

Es sabido que los profesionales de la medicina se comprometen a desarrollar su actividad con la prudencia y diligencia debidas, haciendo el mejor uso de sus conocimientos y habilidades para brindar a sus pacientes una atención encaminada a emitir un correcto y oportuno diagnóstico de las patologías que los afecten, así como a la prescripción del tratamiento adecuado.

Sin embargo, causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos integradores de la responsabilidad médica: conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad, según la naturaleza de la responsabilidad (subjetiva u objetiva) o de la modalidad de las obligaciones de que se trata (de medio o de resultado).

Aquí se habla de obligación de medio conforme expresa el canon 104 de la Ley 1438 de 2011: “(...) *El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional*”, ello basándose en la competencia profesional, en clara distinción con las obligaciones de resultado, estas últimas, en virtud de “*estipulaciones especiales de las partes*” (artículo 1604 Código Civil).

Así, de igual forma, lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, según la cual, por regla general, de allí no se deriva una obligación de resultado en cuanto a la recuperación de la salud, sino de medios, para procurar la satisfacción de ese objetivo.

Al respecto, en SC15746-2014 se dijo que,

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

(...) Esa responsabilidad no solo se predica de los galenos, en sus diferentes especialidades, pues, los centros hospitalarios están obligados directamente a indemnizar por las faltas culposas del personal a su servicio, toda vez que es a través de ellos que se materializan los comportamientos censurables de ese tipo de personas jurídicas (...) Esto aunado a que la relación entre el centro asistencial y el enfermo es compleja, bajo el entendido de que comprende tanto la evaluación, valoración, dictamen e intervenciones necesarias, como todo lo relacionado con su cuidado y soporte en pos de una mejoría en la salud, para lo que aquel debe contar con personal calificado y expertos en diferentes áreas (...) Por ese motivo, en este tipo de acciones se debe examinar si existe entre las partes una vinculación integral o se prescindió de alguno de los servicios ofrecidos, como puede ocurrir cuando el enfermo se interna en una clínica pero escoge un profesional ajeno a la planta existente, para que se encargue de un procedimiento específico, por su cuenta y riesgo.

Dicha diferenciación es importante con miras en la distribución de la carga probatoria, respecto de los supuestos de hecho normativos y de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. En punto de las obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia, impericia o falta de cuidado, mientras en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica, no es la misma. En las obligaciones de medio, le basta demostrar diligencia y cuidado (artículo 1604-3 Código Civil), en tanto que en las de resultado, al descontarse el elemento culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

La diferencia entre obligaciones de medio y de resultado, por lo tanto, sirve para facilitar y solucionar problemas relacionados con la culpa médica y su prueba, sin perjuicio, claro está, de otras reglas de morigeración, cual ocurre en los casos de una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares, pues si bien al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso «*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», en asuntos de esta naturaleza que se rigen por el sistema de culpa probada, la jurisprudencia ha admitido que el deber de demostrar la existencia de responsabilidad médica o su ausencia, excepcionalmente puede recaer en quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos de convicción.

En ese sentido, en profusos pronunciamientos, la H. Corte Suprema de Justicia se ha referido a la denominada flexibilización de la carga de la prueba, por virtud de la cual, los hechos relevantes para la correcta definición de procesos de esta estirpe, los debe acreditar la parte que esté en mejor posibilidad de hacerlo (SC21828-2017).

En tiempo reciente, la Corte, retomando esas enseñanzas, ha puntualizado que “ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C. [hoy 167 C.G.P.], en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar. (CSJ, SC 12947 del 15 de septiembre de 2016, Rad. n.º 2001 00339 01; se subraya). (...).”

No obstante, lo anterior, las pruebas que aquí se esgrimen deben ser contundentes en extremo o, en otros términos, deben constituir prueba

fehaciente de la negligencia endilgada a las convocadas, *“pues en materia de responsabilidad médica discutida en un proceso jurisdiccional se abre un debate probatorio de mayor calado, orientado a establecer la verdad de lo acontecido y sus consecuencias, siendo esos documentos solo parte del acervo probatorio pero en modo alguno plena prueba de un elemento tan determinante en esta materia como lo es el actuar culposo generador del daño”* (SC3367-2020).

6.3.- Caso concreto.

En el ***sub examine***, en virtud del litisconsorcio voluntario conformado por activa, se tiene que las partes no discutieron la relación contractual existente entre Carlos Daniel Mendoza Maestre y Salud Total E.P.S., la que contrató la prestación de los servicios de salud con la I.P.S Clínica del Cesar S.A. y que expresamente manifestó en su contestación a la demanda: *“es cierto que entre Salud Total EPS-S S.A. y el señor Carlos Daniel Mendoza Maestre existió contrato de prestación de servicios de salud”* (fl. 825 cdno. Ppal. 2), por lo que, frente a dicho demandante, la responsabilidad se enmarca en el campo negocial, mientras que en lo que respecta a Rosario Elena Maestre Montero (madre), Danis Yaireth, Francisco José, Juan Carlos y Yan David Mendoza Maestre (hermanos), la situación se ubica en la responsabilidad extracontractual dada la ausencia de convenio entre ellos y las demandadas.

Entonces, se tiene por sentado la existencia del contrato de prestación de servicios de salud entre la EPS convocada y el usuario/paciente, producto del cual obtuvo la prestación de servicios del contratista de aquella, IPS Clínica del Cesar S.A.

En tal medida, resulta claro que el régimen aplicable a la pretensión de Carlos Daniel Maestre Mendoza atañe al de responsabilidad contractual por ser el destinatario de los servicios médicos. Cosa distinta de los restantes demandante, quienes, por resultar sujetos ajenos por completo a dicho contrato, quedan cobijados por el sistema de responsabilidad extranegocial para enrutar por esa vía las reclamaciones que enarbolaron como ofendidos indirectos.

Bajo esa órbita, por el mandato *pacta sunt servanda* las falencias en la prestación del servicio médico alegadas por el contratante afectado le imponen acreditar la *“existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado, son los elementos que estructuran la responsabilidad contractual”*¹. Todo porque, conforme con el artículo 1613 del Código Civil, la responsabilidad contractual se deriva de la *“inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones”* acordadas².

En cambio, en lo que concierne a las víctimas indirectas que acudieron a este asunto les compete demostrar los elementos característicos de la responsabilidad extracontractual: daño, culpa y nexo causal.

En lo que puntualmente tiene que ver con la responsabilidad endilgada a las entidades promotoras de salud con estribo en fallas ocurridas en el campo de la medicina, la H. Corte Suprema de Justicia en SC5199-2020 reiteró su postura relativa a que:

(...) la Ley 100 de 1993 consagró que el “sistema de seguridad social tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana mediante la protección de las contingencias que la afectan”; y que dicho sistema comprende “las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley (...)” (art. 1º; se subraya) ... A su turno, el artículo 2º de ese ordenamiento jurídico explicitó que dicho servicio “se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, integralidad, unidad y participación” y precisó que el primero de ellos comporta “la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente” (se subraya).

Añádese que el artículo 178, al señalar las funciones de las citadas empresas [E.P.S.], les impuso las de “[o]rganizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional” y “[e]stablecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud” (se subraya).

¹ CSJ SC 3 mar. 2007. Expediente 6879.

² Ídem.

4.3. Nítido es, por lo tanto, que la obligación que recae (...) no se limita a garantizarle a sus afiliados y a los beneficiarios de éstos, la simple y llana prestación del servicio de salud, sino que va más allá, en tanto implica el deber de que dicha prestación se realice en condiciones de “eficiencia” y “calidad” que, conforme lo definió expresamente la propia ley, supone que lo sea “en forma adecuada, oportuna y suficiente”.

Quiere esto significar que, con cimiento en la normativa condensada en la citada jurisprudencia (Ley 100 de 1993) y los preceptos del Código Civil arriba aludidos, a las empresas promotoras de salud les atañe esmerarse por asumir las atenciones de los pacientes con criterios de calidad, integralidad, eficiencia, oportunidad y suficiencia como muestra de esmerada diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de medio que contraen en virtud de un contrato. No hay duda, pues, del deber que ellas tienen de prestar ese servicio esencial en las condiciones más óptimas posibles porque él toca nada más y nada menos que con un aspecto vertebral de la vida humana: la salud y bienestar del usuario.

No obstante, los padecimientos que en dicho contorno puedan invocarse por parte de los pacientes no deriva automáticamente responsabilidad del personal médico, porque en todo caso los perjudicados están abocados a probar los presupuestos que se dejaron reseñados arriba, dependiente de la vía seleccionada (contractual o extranegocial).

Desde esta perspectiva, se precisa que la relación de causalidad es un elemento común a los dos regímenes de responsabilidad ventilados en el *sub judice*, es decir, que tanto el demandante Carlos Daniel como las víctimas indirectas estaban obligados a evidenciar que las afectaciones de las cuales dicen haberse derivado el daño son producto del comportamiento negligente que le endilgaron a Salud Total E.P.S. y Clínica del Cesar S.A., por conducto de su personal médico. De otra forma, no puede estructurarse la responsabilidad contractual ni la extracontractual, según quedó anotado líneas atrás.

Y es que en esta materia el nexo causal reviste particular importancia precisamente por la cohesión que debe unir el hecho dañino con el resultado que legitima al ofendido para reclamar resarcimiento.

Bajo ese panorama, revisados los argumentos expuestos por el extremo recurrente es claro que el material probatorio que catalogó como mal apreciado, no permitía concluir algo diferente a la falta de acreditación de los elementos axiológicos de la responsabilidad, específicamente, el relativo al nexo causal entre el daño producido y las gestiones desplegadas por el personal médico que atendió a Carlos Daniel Mendoza Maestre, elemento basilar con independencia de la responsabilidad que se esté achacando, pues es común a la contractual y extracontractual, y al cual debió encaminar todos los esfuerzos la parte interesada.

Véase que sin restar mérito a los medios de pruebas que barajó la parte demandante, lo cierto es que no fueron útiles y conducentes para demostrar la negligencia del personal médico durante la intervención quirúrgica o el tratamiento postoperatorio requerido por el paciente, sino que en efecto sirven para tener por probado que hubo una infección a posteriori del procedimiento quirúrgico de reducción abierta de fractura de fémur conminuta más osteosíntesis con clavado bloqueado, alambre e injerto óseo en el fémur, que a la larga produjo un nuevo procedimiento denominado alargamiento óseo, pero no que la afectación se produjo como consecuencia de la mala práctica médica, negligencia o irrespeto de los protocolos médicos acordes a dicho procedimiento.

Sin desconocer que las conclusiones en cuanto al *“diagnóstico equivocado”*, *“incumplimiento de los protocolos profilácticos en la cirugía del 12 de mayo de 2010”*, *“contaminación en la clínica”* y *“valoración deficiente en el reingreso del día 16 de mayo de 2010”*, a las que arribó el extremo apelante, son apreciaciones propias y subjetivas extraídas de su revisión de la historia clínica que relata la atención médica dada al paciente, la cual si bien fue debidamente incorporada y decretada como prueba en el expediente, no luce suficiente para tener por probado el nexo causal entre el hecho dañoso imputado y el daño, a donde debían dirigirse los interesados.

Desconociendo que, al respecto y pese a que en nuestro ordenamiento no existe el sistema de tarifa probatoria, lo cual abarca la materia de la responsabilidad médica o cualquier otra disciplina objeto de análisis y

juzgamiento, cuando se tratan asuntos médicos, donde los conocimientos son claramente especializados, se requiere particularmente que las pruebas de esa modalidad demuestran la mala praxis, lo cual se hubiese puesto de presente mediante un dictamen pericial que permitiera sustentar y dar noción de buen derecho a sus dichos, pero llama la atención que dicha parte no lo produjo, pues en estricto sentido el único peritazgo que se recaudó en el litigio, fue el producido por el especialista en ortopedia y traumatología Benjamín Abel Jiménez Angulo, por oficio de la directora del proceso, quien se apoyó en él para emitir su fallo, en uso de buena razón y sensatez, en virtud de tratarse de una ciencia ajena a su manejo.

Frente al punto, la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria, ha dicho que:

Existiendo en la materia libertad probatoria, al ser el juez ajeno al conocimiento médico, la Corte tiene sentado que “(...) 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 (...)”.

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 (...)”. (CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878, reiterada en SC003-2018). Resaltado ajeno

A lo anterior se suma el hecho de que el acervo probatorio traído por los demandantes fue escaso, habida cuenta que, por decir lo menos, salvo los interrogatorios de las partes demandadas, los testimonios que pidió de los señores Oscar Cayón Rosado, José González De La Hoz, Eleida Nieves Ballesteros, Luis Torres, Zulys Beatriz Morales Fuente y Amilkar Manuel Teherán Molina, iban todos dirigidos a acreditar los perjuicios morales y el estado de salud de Carlos Daniel Mendoza Maestre al momento que ingresó a la Clínica Reina Catalina de Barranquilla, luego de las atenciones recibidas en la Clínica del Cesar S.A. Es decir, tampoco se procuró complementar con un testigo técnico científico las conclusiones que, se itera, extrajo de la historia clínica de atención al paciente.

Por eso, fue que la juzgadora del caso en primera instancia para proferir su fallo y concluir como lo hizo, se edificó no solo en el dictamen pericial por ella procurado, si no también en las declaraciones brindadas por Cesar Rodríguez Pantaleón, Victorio Martínez y Rafael Barros Calixto, médico general, anestesiólogo y microbiólogo que participaron de la atención del paciente en su momento, pruebas decretadas por solicitud de las demandadas, y de todo lo cual extrajo que la atención médica no fue negligente o con culpa. No obstante, que, se enfatiza, la carga de la prueba la tenía el extremo demandante.

En lo relativo a la presunta falta de demostración del consentimiento informado, escuchado el interrogatorio de parte del demandante Carlos Daniel Mendoza Maestre, efectuado por la juez de primera instancia, se le preguntó: *“digamos si antes de que usted fuera intervenido quirúrgicamente y le implantaran material de osteosíntesis, el médico le informó el riesgo del procedimiento y si usted estaba de acuerdo con asumirlo”* a lo que respondió: *“pues, a uno lo hacen firmar algo, si, si, si le hacen firmar algo, pero el procedimiento no fue el adecuado porque a mí me mandaron pa la casa sin curación (...) por eso me compliqué (...)”* (min 22:41 - 23:27 audiencia inicial, 23 feb. 2017, fls. 916-917 cdno. Ppal. No. 2). Lo cual deja entrever que dicho aspecto no es cierto, pues el mismo afectado, reconoció que fue indagado al respecto y aceptó.

En suma, para la Sala es claro que los esfuerzos de los interesados no fueron suficientes para acreditar la convergencia de todos los elementos de la responsabilidad endilgada, aspecto que claramente la habilita a hacer sustracción de materia en cuanto a la crítica que se elevó frente a la *“indebida”* apreciación de los elementos de prueba dirigidos a demostrar los daños patrimoniales y morales, dado que, para apreciar lo relativo al resarcimiento de los perjuicios, se debe partir de la base de estar acreditada debidamente la responsabilidad. Por ende, frente al punto tampoco es dable censurar la actuación de primera instancia, pues en realidad no había paso a efectuar dicho análisis.

En consecuencia, con base en las razones expuestas y sin más disertaciones por innecesarias, se confirma la sentencia apelada.

Se condena en costas de segunda instancia al extremo recurrente, por lo que se fija como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que incluirá el Juzgado de primera instancia en la liquidación de costas de conformidad al artículo 366 del C. G. del P.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2017, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. Se fija como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que incluirá el Juzgado de primera instancia en la liquidación de costas de conformidad al artículo 366 del C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado

Apelación de sentencia civil, radicado: 20001-31-03-001-2015-00282-01.