DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

TRIBUNAL SUPERIOR SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA

"Al servicio de la justicia

y de la paz social"

S - 163

Procedimiento: Verbal

Demandantes: Nubia Estella Aristizábal y/o

Demandada: Juan Gonzalo Vélez y/o

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 016 2019 00233 02

Procedencia: Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Decisión: Confirma sentencia apelada

Medellín, cinco (05) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Cuestión: Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por **la parte demandante** en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2022 (notificada por estados del día 29 siguiente), por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

Temas: Responsabilidad civil médica, culpa médica, carga de la prueba.

Procedente del Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín y por virtud de apelación interpuesta por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2022, ha llegado a esta Corporación el proceso con trámite verbal promovido por Nubia Estella Aristizábal Montes (en adelante la paciente o la señora Nubia Estella) , Jairo Enrique Aristizábal Giraldo, Liliana Astrid, Sonia Yonaira, Darío Alexis y Sergio Giovanny Aristizábal Aristizábal en contra de la Clínica de Oftalmología Sandiego S.A (en adelante simplemente la clínica), EPS Sura (en adelante Sura o la Eps), Juan

Gonzalo Vélez Tobón y Nora Marcela Mendoza Serna (en adelante los médicos), mediante la cual se pretende:

> *"1. Declarar, que en virtud de la afiliación de la señora Nubia Estella Aristizábal Montes, a la EPS Sura, existió entre ellos un contrato de prestación de servicios de salud*
>
> *2. Declarar que, en virtud de dicha afiliación, la EPS … Clínica … (y los médicos) fueron las personas naturales y/o jurídicas encargadas de prestar el servicio de salud a la señora Nubia Estella Aristizábal Montes*
>
> *3. Declarar, que la pérdida de visión (ojo derecho)* (sic) *de la señora señora Nubia Estella Aristizábal Montes tuvo como causa directa y determinante el incumplimiento del contrato en cabeza de las personas naturales o jurídicas encargadas de prestar el servicio de salud*
>
> *4. Declarar, que a EPS … Clínica … (y los médicos) … son solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes"* (fl. 5 C 1)

Lo anterior, para que consecuencialmente los demandados sean condenados, <u>con corrección monetaria e intereses moratorios,</u> a indemnizar los siguientes perjuicios:

Para Nubia Estella Aristizábal Montes:

- Lucro cesante pasado: $15.265.403,oo

- Lucro cesante futuro: $55.808.980,oo

- Perjuicios morales: 50 SMLMV

- "Daño a la salud como derecho Constitucional o alteraciones a las condiciones de existencia": 50 SMLMV

-Pérdida de oportunidad: 50 SMLMV

Para cada uno de los demás demandantes: 50 SMLMV por concepto de perjuicios morales.

Los actores soportaron los compendiados pedimentos en los hechos que a continuación se compendian:

Que la señora Nubia Estella Aristizábal Montes nació el 10 de diciembre de 1955, contrajo matrimonio con Jairo Enrique Aristizábal Giraldo y de su unión nacieron Liliana Astrid, Sonia Yonaira, Darío Alexis y Sergio Giovanny Aristizábal Aristizábal.

Que la señora Nubia está afiliada a la EPS demandada desde el 29 de junio de 2004, viene siendo tratada desde el año 2012 por una retinopatía diabética y fue operada de cataratas en ambos ojos (en la demanda no se dice en qué fecha), pero al cabo de un año comenzó a sentir molestias en su ojo izquierdo y visión borrosa, lo cual la llevó a consultar por urgencias y allí se le informó que debía ser nuevamente intervenida a causa de una hemorragia vítrea, como en efecto se hizo el 15 de febrero de 2016 por parte de los médicos demandados, pues el Dr. Vélez fungió como retinólogo y la Dra. Mendoza lo hizo como Anestesióloga.

Que a la paciente le fue aplicada una dosis de anestesia y fue dejada a la espera de ser ingresada a cirugía, pero esa espera le causó un hematoma retrobulbar y por esa razón el cirujano estimó inviable intervenirla, ordenando así su regreso a casa con mucho dolor que se manejó con ayuda de medicación, pero al cabo de 3 meses fue evaluada por otro retinólogo que le ordenó un examen de nervio óptico, con ayuda del cual determinó que había perdido la visión por su ojo izquierdo (pdf 13 subsanación).

Que la señora Aristizábal Montes no firmó consentimiento informado alguno y de cualquier manera los galenos no actuaron de forma prudente, diligente y cuidadosa, amén que inobservaron la *lex artis,* pues de haberlo hecho la paciente no habría sufrido las consecuencias que en efecto sufrió gracias a un descuido ocurrido aquel 15 de febrero de 2016, que a la postre le impidió mejorar su condición de salud y le privó de disfrutar de su visión en pleno, como lo demuestra su actual estado de salud y las fotografías tomadas por la

señora Liliana Astrid Aristizábal en el momento mismo en que su madre salió de la Clínica.

Que la pérdida de visión ha traído a la directamente afectada un 43.7% de pérdida de capacidad laboral, amén de serios sentimientos de angustia y congoja, porque ya no se siente segura para desplazarse de forma autónoma y tampoco disfruta de la compañía de sus seres queridos en reuniones, dado que ha preferido "recogerse" en su hogar y ello a su vez ha repercutido en la salud mental de los demás integrantes de la parte demandante, quienes han sufrido una profunda tristeza a causa de los hechos narrados en la demanda.

RÉPLICA

La demanda fue admitida por auto del 15 de julio de 2019 (pdf 14). Una vez notificados, los demandados procedieron a contestarla de la siguiente manera:

- Juan Gonzalo Vélez Tobón (pdf 23)

Manifestó desconocer todo detalle sobre la relación familiar del grupo demandante, pero aclaró que sí le consta el estado de salud de la señora Nubia Estella desde el 19 de enero de 2013, fecha en que comenzó a atenderla por una retinopatía diabética causada por una diabetes con historia superior a los 25 años, debido a la cual él mismo le había realizado diferentes procedimientos a lo largo del tiempo, es decir, su relación no se limitó a la simple cirugía de cataratas como se afirmó en la demanda tanto como que atendió directamente a la actora de la siguiente manera:

> - en febrero de 2013 la paciente tenía antecedentes de hipertensión arterial y diabetes, amén que consultó por pérdida de agudeza visual por el **ojo derecho** (20/200) consecuente a retinopatía vaso proliferativa, catarata y hemorragia vítrea. De inmediato se le ordenó intervención quirúrgica en el ojo derecho y uso de láser en el izquierdo.
>
> - en atención del 24 de junio de 2013 se detectó una agudeza visual de 20/25 por el ojo derecho y de 20/30 por el ojo izquierdo, es decir con la cirugía la visión mejoró significativamente.

- el 28 de octubre de 2013 la paciente consultó por urgencias porque había perdido la visión por el ojo izquierdo 8 días atrás. Ese día se le diagnosticó nuevamente una hemorragia vítrea severa por retinopatía vaso-proliferativa avanzada, que le valió una intervención quirúrgica llevada a cabo el 5 de diciembre de ese año con unos resultados totalmente exitosos, pues pasó de una *"agudez visual de movimiento de manos a 20/30"* (fl. 3).

- el 31 de julio de 2014 la paciente sangró nuevamente por su ojo derecho y se le ordenó láser selectivo, que fue aplicado el 22 de octubre de ese año.

- durante el año 2015 presentó nuevas hemorragias vítreas que fueron evaluadas y tratadas oportunamente, como lo relata la historia clínica.

En conclusión, la señora Aristizábal siempre ha sido una paciente con enfermedades de difícil manejo y varias complicaciones, entre ellas la retinopatía diabética que supone un alto riesgo de pérdida de visión.

Continuó alegando que la demanda no menciona con claridad la fecha en que se practicó una cirugía de cataratas que derivó en una molestia posterior, razón es por la que manifestó que nada le constaba al respecto, pues lo cierto es que apenas el 4 de febrero de 2016 la paciente consultó por un cuadro de dos días de evolución consistente en visión borrosa y percepción de reflejos de luz por el ojo izquierdo, en el cual su agudeza visual era de nula como se dice en la misma demanda, mientras que su ojo derecho reportó una relación de 20/20.

De suerte que para el momento en que ocurrieron los hechos narrados en la demanda la paciente y el médico se conocían de tiempo atrás, pues este le había realizado varias cirugías para corregir insistentes hemorragias vítreas. Empero, aquel 15 de febrero de 2016 en realidad no se pudo ejecutar el acto quirúrgico completo, porque hubo motivos que justificaron su suspensión, tales la hemorragia retrobulbar cuya supuesta relación con la anestesia en realidad no le constaba, porque estuvo a cargo de una profesional diferente.

Lo que sí negó de manera categórica fue que la paciente hubiera sido dejada en la sala de espera posterior a la aplicación de los medicamentos anestésicos, porque ese procedimiento ocurrió en el recinto de la preanestesia, bajo monitoreo y vigilancia. De suerte que ninguna injerencia tuvo en la suspensión de la cirugía esa supuesta espera, habida cuenta que los galenos estimaron necesario tomar esa medida con ocasión de la agravación de las condiciones de salud de la señora Nubia Estella, mismas que se trataron con la práctica de una cantotomía.

En lo relacionado con el consentimiento informado, fue enfático en manifestar que la paciente sí lo firmó como de hecho lo hizo en muchas otras ocasiones, lo que da cuenta que conocía los beneficios y riesgos de la cirugía que, en todo caso, no se llevó a cabo por las razones expuestas. Por ende, las apreciaciones de los actores al respecto no pasan de ser miradas apenas subjetivas de lo sucedido, en franco desconocimiento de que la obligación médica era de medio y no de resultado y bajo argumentos de tal indeterminación que por momentos se habla de una pérdida de visión por el ojo derecho (hecho 2.15), cuando ese ojo ni siquiera fue intervenido en el año 2016.

Propuso, entonces, las que denominó "excepciones" de "daño preconstituido – daño ya existente", "ausencia de nexo causal", "ausencia de nexo causal, porque la pérdida de la visión es inherente", "falta de legitimación en la causa por pasiva" y "ausencia de culpa".

- Sura (pdf 25)

Con respecto al estado civil de los demandantes manifestó que se atenía a la prueba solemne que exige la materia, pues la única relación que ha tenido con la señora Nubia Estella se limita a la afiliación que registra desde el 29 de junio de 2004 en calidad de beneficiaria, en el marco de la cual siempre le ha prestado todos los servicios de salud. Empero, aseguró que no le constaba detalle alguno sobre el tratamiento seguido por la paciente para atender su retinopatía diabética, por lo cual se atenía única y exclusivamente a las notas de historia clínica de la que se puede deducir, acompañada de las afirmaciones de la demanda, una confesión en cuanto a los antecedentes médicos y patológicos de la reclamante directa.

Con respecto a las molestias en el ojo izquierdo de la demandante y la consecuente visión borrosa afirmada en la demanda, aseguró que no le constaba la época en la que comenzaron esos síntomas y por ello se remitía al contenido de la historia clínica. Empero, manifestó que siempre autorizó todos los servicios médicos requeridos por la paciente, incluida la cirugía en cuyo proceso anestésico afirmó haber sufrido daños de la cual no le consta fecha o particularidad alguna, habida cuenta que fue intervenida directamente por los médicos que hacen parte de la Clínica demandada.

Añadió que no le constaba la supuesta tardanza en el ingreso al quirófano, el alegado hematoma retrobulbar o la falta de firma del consentimiento informado, por lo cual se atenía a la historia clínica con la aclaración de que ese es uno de los riesgos inherentes en este tipo de procedimientos, en cuyo desarrollo toda decisión médica siempre está a cargo de los profesionales de la salud y por ello la EPS simplemente cumple con autorizar los servicios requeridos, que para el caso de la actora en año 2016 ascendieron a casi 70. En consecuencia, sobre la consulta de que la demandante sostuvo con médicos particulares, con todo y sus ayudas diagnósticas, resultaban ser un tema por completo ajeno a la EPS.

Así las cosas, las afirmaciones sobre la cadena causal que llevó a que la actora sufriera las lesiones narradas en la demanda son en realidad fruto del subjetivismo de su apoderado, quien en todo caso no posee las calidades académicas o científicas para sostenerlas, máxime cuando la señora Nubia Estella padecía de tiempo atrás una retinopatía diabética que de forma natural puede derivar en una hemorragia vítrea, misma que *per se* puede dar lugar a cierta pérdida de capacidad laboral que en todo caso no es imputable a la EPS.

Por lo demás, con respecto a los padecimientos morales del grupo familiar demandante, aseguró no tener constancia alguna y aclaró que ninguno de sus actos puede ser calificado de negligente, dicho lo cual propuso las que llamó "excepciones" de "ausencia de responsabilidad", "inexistencia de nexo causal", "inexistencia de la obligación indemnizatoria en cabeza de EPS Sura", "excesiva tasación de perjuicios" e "inexistencia de responsabilidad civil contractual".

- La Clínica (pdf 26)

Comenzó aceptando como cierto lo relativo al estado civil de las personas demandantes, para proceder a manifestar que no le constaba nada sobre la afiliación de la señora Nubia Estella a la EPS demandada, ni mucho menos sobre la fecha en que comenzó el tratamiento de su retinopatía diabética. Empero, lo que sí aceptó es que esa enfermedad le ha sido tratada a la paciente desde el año 2013, fecha para la cual ya había padecido diabetes por 25 años tanto como que fue operada de cataratas en ambos ojos, debido a que sufrió hemorragias vítreas y otras patologías que fueron atendidas por el Dr. Juan Gonzalo Vélez desde el año 2013.

Prosiguió cuestionando que en la demanda no se afirmó con claridad la fecha de la cirugía de cataratas narrada en el hecho 2.6, pero lo cierto del caso es que según la historia clínica la señora Aristizábal consultó el 4 de febrero de 2016, mediante el servicio de urgencias, por un cuadro de dos días de evolución de visión borrosa y percepción de reflejos de luz por el ojo izquierdo, es decir, por pérdida de visión derivada de una retinopatía diabética que llevó una vez más a hemorragia vítrea severa, conforme lo diagnosticó el Dr. Juan Gonzalo quien advirtió la necesidad prioritaria de una cirugía, de hecho ampliamente conocida por la demandante porque ya había sido sometida anteriormente al mismo procedimiento.

Esa cirugía en efecto fue programada para el 15 de febrero de 2016 y estarían al frente los médicos demandados, pero no se pudo practicar por complicaciones *"intraoperatorias, como se relata en la misma demanda"* (sic fl. 3), mismas que en todo caso no tienen causalidad alguna con lo afirmado en la demanda, pues no es cierto que a la paciente se le haya aplicado la anestesia para ser dejada en espera, porque lo realmente ocurrido fue que la señora Nubia Estella fue ingresada a la sala de preanestesia para ser monitoreada, y una vez aplicado el medicamento siempre es necesario esperar a que haga efecto. En consecuencia, a la actora le sobrevino un hematoma como derivación de la hemorragia vítrea que presentó, sin causalidad alguna que conecte esas patologías con la aplicación de los medicamentos anestésicos.

Ahondó en el tema explicando que el cirujano Vélez Tobón alcanzó a iniciar el acto quirúrgico, pero al practicar una vitrectomía central tuvo que abandonar su labor y realizar una cantotomía lateral, debido a que la paciente presentó un serio sangrado que es apenas inherente en los pacientes con retinopatía diabética proliferativa severa, lo que en el caso de la demandante se agravó por las múltiples hemorragias sufridas a consecuencia de su diabetes, cardiopatía y vasculitis, en atención a todas las cuales fue dejada en observación y sólo hasta las 7:20 de la noche, previa medicación analgésica, fue dada de alta en compañía de su familia, para regresar al día siguiente y ser revisada en dos ocasiones por la anestesióloga Nora Marcela Mendoza.

Entonces, aseguró que la demanda no era del todo precisa en el relato vinculado con la pérdida de visión de la demandante, pues lo cierto es que por su ojo izquierdo ya la había perdido desde el 4 de febrero de 2016 cuando consultó con el Dr. Vélez. Por tanto, el 13 de abril de 2016 cuando fue evaluada por el Dr. Miguel Uribe Trujillo, retinólogo de su planta de profesionales, ya estaba consolidada la limitación visual. De suerte que las afirmaciones subjetivas del apoderado demandante no pueden ser prueba alguna de una supuesta negligencia, dado que esta nunca existió si se tiene en cuenta que la Clínica prestó con diligencia todos los servicios requeridos por la paciente.

Por otro lado, en cuanto a la pérdida de capacidad laboral de la señora Nubia Estella, aseguró que en ninguna parte del dictamen se afirma como fecha de estructuración el 15 de febrero de 2016. Por ello, refiriéndose a los perjuicios fundados en ese dictamen y a los de orden subjetivo, manifestó que nada le constaba al respecto porque corresponde a los demandantes acreditar los hechos en que fundan sus pedimentos.

Con base en todo lo anterior, propuso las que denominó "excepciones" de "inexistencia de responsabilidad civil", "riesgo inherente" y "tasación excesiva de los perjuicios".

- Nora Marcela Mendoza Serna (pdf 27)

Por haber participado en los hechos en el marco de su ejercicio como anestesióloga, manifestó que nada le constaba sobre las relaciones familiares

de los demandantes y resaltó que su afiliación a la EPS se ha venido desarrollando en la modalidad de beneficiaria, razón esa por la que no procedería una eventual condena por lucro cesante en atención, precisamente, a la falta de ingresos de la señora Nubia Estella.

Con respecto a la condición médica de la paciente, manifestó que la historia clínica del 4 de febrero de 2016 permitía corroborar que para entonces ya presentaba percepción positiva de luz en su ojo izquierdo, es decir, tenía instaurado el daño que a la postre trajo como consecuencia la pérdida de visión. Por ende, en ese menoscabo de la salud nada tiene que ver el procedimiento anestésico local llevado a cabo el 15 de febrero de 2016, porque:

a) como especialista en anestesiología es una profesional idónea para atender casos como el presente, pues conoce las técnicas para aplicar el procedimiento anestésico.

b) a la señora Nubia Estella se le aplicó anestesia local con base en el estudio de riesgo anestésico, pues para el momento de la cirugía ya tenía antecedentes de hipertensión, diabetes, ateroesclerosis, dislipidemia severa, revascularizada miocárdica con safena en 2008, neumopatía por humo de leña, cardiopatía dilatada isquémica, insuficiencia renal crónica amén de antecedentes quirúrgicos tales como cirugía de corazón, cataratas de ambos ojos y corrección de hemorragia vítrea. Por tanto, la paciente no era candidata a anestesia general por el riesgo de infarto, muy a pesar de que la local tiene como riesgo inherente el sangrado que de hecho fue oportunamente informado con antelación a la cirugía. Además, la paciente arrojó en la "escala de Lee" un riesgo de infarto o muerte perioperatoria del 10%, mientras que la medicación local apenas supone un riesgo inferior al 1%.

Hechas las anteriores aclaraciones, la profesional manifestó que no respondía la verdad la parte demandante cuando afirmó que a la señora Nubia Estella se le aplicó la anestesia y simplemente se le dejó en espera, porque lo que se hizo fue ingresarla a la sala de preparación de cirugía, un espacio aséptico y monitoreado, donde fue canalizada bajo los protocolos institucionales de la Clínica y se remitió con destino a la sala de preanestesia para recibir 2mg de

midazolam (una pequeña cantidad de sedante), hecho lo cual, y una vez estaban reunidas las condiciones para pasar al quirófano, le fue aplicada la anestesia local con ayuda de lidocaína 20 mg, bupivacaina 20 mg, hialuronidasa 7,5 unidades, cuya aplicación hacia necesaria una espera de 10 a 20 minutos para la verificación de reacciones alérgicas o complicaciones, que la paciente de hecho no presentó.

En consecuencia, la señora Nubia Estella no fue ingresada a cirugía de forma inmediata porque era necesaria una espera prudente, de cara a garantizar el efecto de los medicamentos anestésicos. Cumplido lo anterior, fue ingresada al quirófano y allí se le recibió por el médico con el "ojo izquierdo bloqueado", es decir, anestesiado, pero de ninguna manera con la instalación de un hematoma retrobulbar habida cuenta que este fue identificado por el cirujano cuando inició el procedimiento, en el cual pudo constatar la existencia de la hemorragia que lo ocasionó y que a la postre ameritó la suspensión de la intervención.

Por otro lado, afirmó que la paciente no fue enviada para la casa con "mucho dolor", puesto que en primera medida se le controló la hemorragia y en sala de recuperación se le aplicaron medicamentos para el dolor, luego de lo cual se logró su estabilización y se ordenó su remisión a casa en compañía de su familia, siendo ya las 7:20 PM con nota de regreso a revisión el día siguiente, que en efecto llevó a cabo la propia anestesióloga. De esa razón se valió para dejar claro que sólo le constaba lo observado en las consultas posteriores de revisión, entre ellas las del 25 de febrero y 8 de marzo de 2016, de lo que se sigue que nada podía responder sobre las supuestas consultas atendidas por médicos externos a la clínica.

En adición, refiriéndose a que supuestamente otros galenos diagnosticaron una pérdida de visión como consecuencia del procedimiento, aseguró que con antelación (desde el 4 de febrero de 2016) la paciente ya había perdido la visión por el ojo izquierdo, tanto como tenía percepción positiva de luz. De modo que las imputaciones de la demanda que se orientan a sostener una supuesta negligencia médica, a su juicio, no son más que miradas subjetivas del caso sin sustento probatorio.

Propuso, entonces, las que llamó "excepciones" de "ausencia de culpa o diligencia debida", "inimputabilidad del daño por preexistencia del mismo", "ausencia de nexo causal", "obligación de medio en la relación médico-paciente", "tasación excesiva de perjuicios" y "riesgo inherente".

DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

Sura llamó en garantía a la Clínica y esta a su vez llamó en garantía a Seguros del Estado (C 02 y 03). Por tanto, de ser necesario y procedente, la Sala estudiará esas causas revérsicas de manera individual.

SENTENCIA IMPUGNADA

Trabada la relación procesal y evacuado el trámite pertinente, el Juzgado de origen profirió sentencia escrita en la que resolvió lo siguiente:

> *"PRIMERO: Declarar fundada la excepción de ausencia de culpa alegada por parte de los médicos e instituciones accionadas, alegada por todos ellos en sus escritos de contestación.*
>
> *SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se absuelve a la parte demandada, de todas las pretensiones que en su contra han formulado los demandantes.*
>
> *TERCERO: Como efectos de la decisión, igualmente se absuelve a los llamados en garantía Clínica de Oftamología San Diego S.A. y Seguros del Estado S.A., de cualquier petición que en su contra formularon los llamantes.*
>
> *CUARTO: Como efecto de lo decidido, se condena a la parte actora a pagar los gastos procesales en que haya incurrido la parte accionada, por efectos del proceso".*

Para decidir de la manera como lo hizo, el Juez comenzó afirmando que estaban reunidos los presupuestos procesales, dicho lo cual procedió con un resumen de la demanda y de la contestación de cada uno de los sujetos que integran la parte demandada.

Previo a entrar en las consideraciones, se planteó como problemas jurídicos a resolver los que estructuró así:

> *"(E)l centro del litigio consiste en averiguar si a los demandados les asiste responsabilidad en los eventuales daños y perjuicios que la demandante reclama, ocasionados o derivados de la intervención quirúrgica, o si por el contrario como lo alegan los accionados y llamada en garantía, se trata de sucesos que constituyen riegos inherentes; y si los asiste a esta partes, cualquiera de los alegatos que brindan como fundamento de las excepciones perentorias. Investigar por medio de las pruebas, la verdadera situación de las partes; pero la parte actora, igualmente solicita indagar si en el prementado procedimiento, se presentó una mala práctica médica; pues en resumen, es tal acusación el fundamento de la demanda".*

Para resolver los antedichos problemas jurídicos, realizó algunas consideraciones en torno a los presupuestos axiológicos de la pretensión de responsabilidad en general y de la contractual, en particular. También, dedicó un acápite considerativo a la "naturaleza de la obligación" en el que recordó que los deberes de los médicos están regulados en la ley 23 de 1981 y el decreto 3380, normas esas que deben integrarse con el Código Civil y los "postulados de enlace" de la responsabilidad civil, para concluir que lo debido por el médico es la prestación eficiente de una conducta profesional, y no la obtención de un resultado determinado, pues

> *"son muchos los pronunciamientos y estudios respecto del tema; que el compromiso del médico con el paciente estriba en desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer en lo posible el interés primero de su paciente cuál es su curación, sanación o restablecimiento, sin que el facultativo se comprometa a la obtención de un resultado concreto, el que puede ser imposible de predecir dadas las innumerables variables que se pueden presentar en las varias etapas de atención del paciente como son el diagnóstico, la información, el consentimiento, el tratamiento y las actividades subsiguientes al mismo".*

Ya sobre el caso concreto comenzó diciendo que en el interrogatorio todos los demandantes aceptaron que la cirugía de la señora Nubia Estella, originalmente programada para el 15 de febrero de 2016, en realidad no se pudo llevar a cabo porque se presentó una hemorragia retrobulbar que motivó la suspensión del acto. Además, agregó el Juez, *"cuando se interroga a la señora Nubia Estella Aristizábal del motivo de la demanda en contra de dicha persona señala que el motivo lo configura el hecho que la haya dejado sola luego de haberse presentado el incidente".* Esa situación levantó extrañeza en el juzgador, porque

> *"la misma parte actora, en la descripción que hace de lo sucedido en los hechos numerados 2.7 a 2.10, da a entender que el procedimiento para el cual había sido programada no fue posible llevarlo a cabo, por cuanto se le presentó una hemorragia en el ojo que se trata de intervenir, lo que obligó al médico tratante realizar "cancotomía lateral" con el fin de detener la complicación.*
>
> *De otro lado, también en sus declaraciones, los demandantes indican que la pérdida de la visión por parte de la señora Nubia, fue causa de haberle aplicado una anestesia local, y por el hecho de no haberle brindado la atención necesaria y oportuna, según los protocolos médicos; y sobre ello se insiste en las alegaciones finales; pero lo cierto es que, dentro de la demanda y en ninguna pieza procesal se puede apreciar, de qué manera, esa supuesta deficiente atención pudo generar la causa para que la señora Nubia perdiera su visión".*

De modo que si bien en la demanda simplemente se afirma que la pérdida de la visión por el ojo izquierdo de la actora obedece a una negligencia médica, lo cierto es que no se *"explica como (sic) esa situación le genera tales perjuicios a la señora Aristizábal",* al punto que ninguna prueba se trajo para soportar la supuesta incidencia de la "demora" de pasar a la paciente al quirófano de cara a la instalación del daño, lo cual se agrava aun mas en perjuicio de los demandantes cuando estos en sus interrogatorios cambiaron su versión, para sostener *"que, dado las patologías que sufre la señora Nubia desde hace mucho tiempo, y los varios procedimientos de la misma naturaleza, debieron someterla a unos cuidados más profundos, especialmente al momento de aplicarle la anestesia, que debió ser general;*

motivo que tampoco se explica en su relación con los daños de que se queja la paciente".

Así las cosas, sin ningún medio de prueba que apoye los supuestos de hecho enarbolados en la demanda, se torna difícil resolver un asunto como el presente en tanto que

> *"la misma jurisprudencia reclama la colaboración de la ciencia para poder determinar de manera cierta los hechos que soportan las pretensiones dentro de esta naturaleza de acciones, asistencias que, como lo reclama la parte accionada, no obra por parte alguna; en fin, como lo alegan todos los demandados, la parte actora no logra demostrar los acontecimientos que soportan la demanda, y con ellos, los elementos de la responsabilidad, como son el daño, la culpa y el nexo de causa entre ellos".*

Por el contrario, los demandados allegaron las "peritaciones" de los médicos especialistas Gustavo Rodríguez Calderón y Juan D. Bravo Acosta, mismas que a la luz del artículo 228 del C.G.P no fueron objetadas y dejan ver *"todos aquellos antecedentes de salud que respecto de la paciente consigna su historia clínica, para inferir, que así como lo dicen todos los demandados, una de las causas pudo ser sus propias patologías, que muestran una persona con sumos riesgos para enfrentar cualquier intervención médica (…)".* Esas condiciones médicas, agregó el *a-quo,* no fueron desconocidas por la parte demandante según se puede leer en el hecho 2.12.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante se alzó en su contra, alegando como reparo concreto el que pasa a individualizarse **(por escrito dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la sentencia):**

ÚNICO. *"(E)n el presente proceso se dio por demostrado sin estarlo, la inexistencia de los elementos de la Responsabilidad Contractual y como tal los presupuesto del incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos, conclusión a la que arriba el Despacho por una indebida valoración de la prueba, en especial la historia clínica de la Demandante; pues contrario*

a lo afirmado en la decisión, si se cuenta dentro del proceso con un medio de prueba que lleve al juez al convencimiento necesario en ese sentido" (sic escrito reparos).

Ese reparo se fundamentó en que la señora Nubia Estella Aristizábal Montes es, y era para el momento de la cirugía, una paciente con importantes alteraciones de la presión arterial en el órgano de la visión, situación que hacía estrictamente necesario que

> *"fuera observada con un mayor control y cuidado desde la valoración de los exámenes prequirúrgicos, la etapa preoperatoria, la intervención propiamente dicha y la etapa postoperatoria; la no atención de esas condiciones especiales de la paciente llevaron al resultado que se reprocha; si los galenos en su formación y conocimiento, con apego a la Lex Artis hubieran y tenido en cuenta las condiciones particulares de la paciente como son sus enfermedades de base, habrían desarrollado la atención con un mayor control previendo que lo previsible no se presentara (…)"*

No obstante lo anterior, las notas de cirugía que obran entre los folios 85 a 89 del pdf 26 dejan ver que el 15 de febrero de 2016 la paciente ingresó a la Clínica demandada, a las 2:42 PM le marcan el ojo a intervenir y se lo dilatan, a las 3:10 le fue aplicada la anestesia local y apenas a las 5:20 PM ingresó al quirófano para el inicio de la cirugía finalmente suspendida. Lo trascendental es, entonces que entre las 3:10 PM y las 5:20 PM la paciente no fue monitoreada como lo afirmó la Dra. Mendoza Serna, de donde se deduce que esa sola circunstancia constituye la culpa que edifica la responsabilidad civil.

DE LA SUSTENTACIÓN EN ESTA INSTANCIA (LEY 2213 DE 2022)

El recurso de apelación fue admitido mediante auto fechado el 11 de agosto de 2022 (notificado por estados del día 16 siguiente). El 24 de agosto de este año el apelante presentó escrito contentivo a la sustentación del recurso, del cual remitió copia a los intervinientes en los términos del parágrafo contenido en el artículo 9º de la ley 2213 de 2022. En esta oportunidad, además de reiteran lo manifestado en los alegatos de primera instancia y en el escrito a través del cual se introdujeron los reparos concretos, agregó que

"la fuente del daño reclamado nace del cumplimiento defectuoso de las obligaciones que le corresponden al profesional de la salud y a las entidades encargadas de la prestación del correspondiente servicio.

La parte Demandada tenía la obligación de aplicar a la señora Nubia Estella Aristizábal Montes todos los procedimientos clínicos y los conocimientos científicos tendientes a mejorar su salud; luego, la omisión de las condiciones particulares de la Demandante como su enfermedad de base documentadas en su historia clínica, llevaron a que se produjera el daño, lo que genera la responsabilidad civil contractual, en este caso, la responsabilidad médica.

En presente asunto, el cumplimiento de la obligación asistencial fue defectuoso; pues teniendo en cuenta las características particulares de la paciente, no se hizo una supervisión adecuada de su evolución y no se cumplieron a cabalidad los protocolos".

De todo lo anterior, a su juicio, da cuenta la historia clínica de la paciente que en realidad no fue valorada, con apoyo en la sentencia SU 129 del 6 de mayo de 2021, porque

"(E)n la decisión objeto de recurso, no se hizo una valoración en conjunto de los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso, en especial lo manifestados por la doctora Nora Marcela Mendoza Serna en su interrogatorio de parte y lo recogido en las notas de la cirugía obrantes a folio 85 al 89 del archivo 26 del expediente digital (folio 394 y siguientes del cuaderno físico y que corresponde a la Contestación de Demanda por parte de la Clínica Oftalmológica San Diego); lo anterior lleva a un defecto factico de la decisión"

Además, debe aclararse que previo al mentado memorial de sustentación, por conducto de la Secretaría de esta Sala se recibieron las siguientes solicitudes

- Presentada el 24 de agosto de 2022 por la abogada Diana Lizeth Velásquez Restrepo, apoderada del demandado Juan Gonzalo Vélez Tobón, solicitando declarar desierto el recurso.

- Presentada el 24 de agosto de 2022 por la abogada Ángela Patricia Giraldo Ospina, apoderada de la demandada Clínica Oftalmológica San Diego S.A., solicitando declarar desierto el recurso.

- Presentada el 24 de agosto de 2022 por el abogado Jorge Iván Madrigal Franco, apoderado de la parte demandante, sustentando el recurso de apelación. De dicho memorial acreditó haber remitido copia a la contraparte en la misma fecha.

También, una vez allegada la sustentación del recurso, los no apelantes se pronunciaron por medio de los siguientes escritos:

- Presentado el 26 de agosto de 2022 por la abogada Diana Lizeth Velásquez Restrepo, apoderada del demandado Juan Gonzalo Vélez Tobón, solicitando declarar desierto el recurso.

- Presentado el 30 de agosto de 2022 por el abogado Martín Giovani Orrego Moscoso, apoderado de la demandada EPS Medicina Prepagada Suramericana S.A., pronunciándose sobre el recurso y solicitando declararlo desierto.

- Presentado el 31 de agosto de 2022 por el abogado Felipe Jiménez Chavarriaga, apoderado de Seguros del Estado S.A., pronunciándose sobre el recurso.

- Presentado el 31 de agosto de 2022 por la abogada Ángela Patricia Ospina, apoderada de la demandada Clínica Oftalmológica San Diego S.A., pronunciándose sobre el recurso.

- Presentado el 1º de septiembre de 2022 por la abogada Diana Lizeth Velásquez Restrepo, apoderada del demandado Juan Gonzalo Vélez Tobón, pronunciándose sobre el recurso.

- Presentado el 1º de septiembre de 2022 por el abogado Nelson Joany Álzate Gómez, apoderado de la demandada Nora Marcela Mendoza Serna, pronunciándose sobre el recurso.

Todos los intervinientes en la etapa de traslado del recurso de sustentación, salvo algunos que además solicitaron la declaratoria de desierto, manifestaron que la sentencia de primera instancia debía ser confirmada en atención a que no se probaron los presupuestos axiológicos de la pretensión.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con lo decidido y argumentado por el juzgador de Primer Grado, y teniendo en cuenta el reproche de la parte demandante, de la siguiente manera pueden plantearse los problemas jurídicos centrales que debe abordar la Sala en esta ocasión:

> ¿En realidad debió prosperar la denominada "excepción de ausencia de culpa", como lo concluyó el juzgador de primer grado? o, por el contrario, como lo estiman los apelantes, ¿están acreditados todos los presupuestos axiológicos de la pretensión de responsabilidad civil?

Los anteriores problemas jurídicos suponen la solución previa del siguiente:

> ¿Fue debidamente sustentado el recurso de apelación?

Superado el trámite correspondiente al recurso, corre la oportunidad de resolverlos y a ello se procede con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La regulación del recurso de apelación en el C.G.P

Es claro que el recurso de apelación de sentencias interpuesto con posterioridad a la vigencia del decreto 806 de 2020 se rige por las disposiciones del Código General del Proceso, con las puntuales modificaciones introducidas por aquél que, básicamente, tocan con su trámite ante el *ad-quem* y con la forma en que se decide, como pasa a verse.

La regulación del recurso de apelación en el Código General del Proceso está contenida del artículo 320 al art. 330, y específicamente la apelación de sentencias comprende varios momentos: <u>el primero es el de su interposición</u>,

el cual tiene que darse de manera verbal, inmediatamente después de pronunciada si fue emitida en audiencia, debiendo el juez resolver sobre su concesión al finalizar la audiencia, aunque no se hubiesen señalado allí los reparos concretos: *"(E)l juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda,* ***así no hayan sido sustentados los recursos****."* (negrillas fuera del texto original. Art. 322-1)

<u>El segundo momento es el señalamiento de los reparos concretos,</u> lo que, conforme al segundo inciso del numeral 3º del artículo 322 puede hacerse al momento mismo de interponer el recurso en audiencia, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización. Señalamiento de reparos que supone precisar brevemente los reproches que se hacen a la decisión y "*sobre los cuales versará* ***la sustentación que hará ante el superior".*** Si no se señalan los reparos concretos en la forma y oportunidad previstas, el juez de primera instancia declarará desierto el recurso.

Ahora, esos reparos tienen que embestir lo que constituye la base de la decisión, pues solo así podría esperarse que el superior la reforme o revoque, como lo expresa art. 320 inc. 1º del citado estatuto: *"(E)l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante****, para que el superior revoque o reforme la decisión…".* Y ello es así debido a la limitante que a la competencia del juzgador *Ad-quem* impone el mismo estatuto, este no puede abordar oficiosamente aspectos no reparados por el apelante, salvo que se trate de asuntos sobre los cuales deba el superior pronunciarse oficiosamente (art. 328 C.G.P.).

<u>El tercer momento es el de la sustentación</u>, el cual, por mandato imperativo de la ley tiene que surtirse ante el superior, so pena de que este lo declare desierto (cuarto inciso del ordinal 3º del art. 322). Luego, recibido el expediente por el superior, se procede al examen preliminar de que trata el artículo 325 del citado estatuto, al cabo del cual, si no encuentra cumplidos los requisitos para que se hubiese concedido, lo declarará inadmisible y devolverá el expediente al despacho de origen. En caso contrario, lo admitirá.

1.1. De las modificaciones introducidas en la materia por el decreto 806 de 2020 y la ley 2213 de 2022

Sea lo primero destacar que entre los considerandos del mentado decreto se lee:

> *"(Q)ue este marco normativo procurará que por regla general las actuaciones judiciales se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial. Por lo que se debe entender que las disposiciones de este decreto complementan las normas procesales vigentes,* ***las cuales seguirán siendo aplicables a las actuaciones no reguladas en este decreto".***

Ya en lo referente al recurso de apelación de sentencias, el artículo 14 *ibídem* (también artículo 12 ley 2213) es del siguiente tenor, en lo pertinente:

> *"(A)pelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:*
>
> *(…)*
>
> *"Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante* ***deberá sustentar*** *el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado.* ***Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.***
>
> *Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicaran, se escucharan alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso."*

De suerte que sólo modificaron los citados cuerpos normativos lo atinente a la forma de sustentar y decidir el recurso que, para los interpuestos a partir de su vigencia, ya no sería oral en audiencia (salvo si se decretan pruebas),

sino por escrito presentado a través de medios virtuales, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que lo admite o del que niegue la solicitud de pruebas. No se modificó el contenido de la sustentación que, entonces continúa regido por el inciso final del artículo 327 del C.G.P. conforme al cual *"(E)l apelante deberá sujetar su alegación* ***a desarrollar*** *los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*". Tampoco se modificó la consecuencia que se deriva del incumplimiento de la susodicha carga.

De lo visto se sigue que no es sustentación del recurso lo que se hubiese esgrimido ante el *a-quo* en la oportunidad prevista por el artículo 322 numeral 3- segundo inciso C.G.P; lo hasta allí actuado no constituye más que el señalamiento de los reparos concretos. La sustentación es el tercer paso en la regulación de la apelación de sentencias, la cual, por mandato legal, tiene que surtirse **en principio** ante el superior, debiéndose precisar además que consiste en ampliar, extender, ensanchar, explicar, perfeccionar, esclarecer, en fin, **DESARROLLAR** los argumentos expuestos ante el a-quo, sin desbordar los reparos concretos señalados en oportunidad, que por demás tienen que referirse, obviamente, a lo que constituyó el sustento de la decisión atacada. Y es esa disertación así hecha ante el superior, lo que otorga a la vez que define la competencia de este para decidir, conforme al artículo 328, que tampoco fue modificado por el citado decreto 806.

Empero, lo anterior debe entenderse en armonía con lo considerado por la Corte en la sentencia STC5569-2021 del 19 de mayo del año pasado[1], en la que recogió la postura que venía sosteniendo desde la sentencia STC3472-2021 (7 abril, rad. 00837-00), en tanto que cuando se trata de recursos de apelación interpuestos y tramitados en vigencia del decreto 806, la mayoría de los Honorables Magistrados que integran esa Corporación consideró lo siguiente:

> *"en vigencia del Código General del Proceso, declarar desierta la apelación cuando la parte recurrente deja de asistir ante el ad-quem a sustentarla, tiene fundamento exclusivo en el sistema de oralidad que*

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia de tutela STC5569-2021 del 19 de mayo de 2021.* Radicado 11001-02-03-000-2021-01407-00. M.P. Aroldo Wilson Quiróz Monsalvo.

gobierna el comentado estatuto (criterio respaldado por la Corte Constitucional en SU-418/19), al devenir improbable la sustitución de las intervenciones orales por escritas; ***sin que, por obvios motivos, tal razonamiento tenga cabida cuando en el rito respectivo prevalece lo escritural, como sucede con la vigencia del decreto 806 de 2020, al estarse aquí frente a una formalidad innecesaria en caso de haberse sustentado desde la primera instancia****, merced a que esta última norma, insístase, no busca velar por la oralidad"* (negrillas fuera del texto original)

Luego, cuando al momento de introducir el recurso el apelante no solo exprese los reparos concretos en contra de la sentencia de primera instancia, sino que los **sustente** a través de una suficiente exposición ante el *a-quo,* se abre paso para que en segunda instancia se desate la alzada porque así se cumpliría la carga de que trata el inciso final del artículo 327 del C.G.P, ahora en armonía con el entendimiento jurisprudencial de lo preceptuado por el artículo 14 del decreto 806 de 2020.

2. De la responsabilidad civil del médico y la solidaridad de la institución a que está adscrito

Al profesional de la salud le es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte -*lex artis ad hoc-,* sobre él gravitan prestaciones concretas sin llegar a un extremo rigor de catalogarla como el ejercicio de una actividad peligrosa, en consideración a la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas; en este contexto la responsabilidad del médico, por regla general, no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa probada – asentado en una responsabilidad subjetiva –, desde luego no como aquel error en el que no hubiese incurrido una persona prudente y diligente en iguales circunstancias en las que se encontraba el agente que causó el daño, sino en razón de aquellas obligaciones y deberes de conducta específicos que le son exigibles a un profesional.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal de cierre de la justicia ordinaria, tratando el tema de las obligaciones y los deberes que los galenos asumen, ha señalado de forma invariable, lo siguiente:

"(…) Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, (…). Por tanto, 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".[2]

Por lo tanto, la responsabilidad civil médica, como especie de responsabilidad profesional que es, está sujeta a los deberes y obligaciones que tal profesión demanda, de ahí que si en las fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los demás presupuestos necesarios para toda responsabilidad civil, hay lugar a la indemnización plena de los perjuicios.

Con todo, es claro entonces que las acciones indemnizatorias que van dirigidas frente al proceder de un profesional de la salud, están gobernadas por el principio probatorio que establece el artículo 167 del Código General del Proceso, por lo que es carga del demandante acreditar sus elementos estructurales, entre ellos, la culpa del facultativo y el nexo causal entre el acto médico y el daño.

Finalmente, aclárese que es invariable la línea en la cual se sostiene que tratándose de daños causados en el desarrollo de la prestación del servicio de salud, en cuyo entramado participan Entidades Promotoras e Instituciones Prestadoras de Salud, Clínicas, hospitales y médicos,[3] **cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima** (art. 2344, Código Civil)

---

[2] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 30 de enero de 2001. Ex. 5507. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 20 de junio de 2016. Rad.11001-31-03-039-2003-00546-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Esa postura se viene sosteniendo incluso desde que la **Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia de Casación del 30 de enero de 2001 (Ex. 5507 M.P. José Fernando Ramírez Gómez)** entendió que la actuación del galeno hace solidariamente responsable a la clínica u hospital al cual se adscribe, en atención a los deberes *in eligendo* e *in vigilando* que nunca le dejan de ser obligatorios por el solo hecho de no ejecutar materialmente la atención médica

Además, la línea decisoria pasa, entre muchas otras, por las sentencias del 11 de septiembre de 2002 (M.P José Fernando Ramírez. Exp 6430), 17 de noviembre de 2011 (M.P. William Namén Vargas Ref. 1999-00533-01), 18 de mayo de 2005 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp. 14415), y se recoge en la proferida el 30 de septiembre de 2016 en cuyo texto así se explican magistralmente las razones que la sostienen:

> *"(E)l rompimiento de los moldes clásicos en los que se enmarcaba el ejercicio de la medicina como profesión liberal, caracterizada por las obligaciones emanadas de la relación médico–paciente, ha hecho que el esquema de la responsabilidad civil fundado en la culpa individual se muestre insuficiente frente a las reclamaciones por daños a la salud producidos por la estructura organizacional de las entidades del sistema de seguridad social, pues bajo este nuevo modelo surge una amplia gama de problemas que ameritan una solución distinta a la luz del paradigma de sistemas."*[4]

3. De la carga de la prueba

Por regla general es al demandante a quien compete probar cada uno de los elementos atrás analizados, habida cuenta que así lo impone la regla de juzgamiento prevista por el artículo 167 del C.G.P, pues si bien por virtud del principio de comunidad de la prueba, esta se adquiere para el proceso, pudiendo entonces beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes-, va ínsito allí que es la parte que no cumplió la respectiva carga quien debe soportar las consecuencias adversas de que la respectiva prueba no llegue al plenario. Sobre el particular viene al caso el siguiente pasaje doctrinal:

---

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 30 de septiembre de 2016.* Rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

"no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quien asume el riesgo de que falte. (…) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que constituye su objeto, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba, ésta surte todos sus efectos quienquiera que la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga, exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado. Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte".[5]

CASO CONCRETO

Precisión preliminar sobre la sustentación del recurso de apelación

Dada la insistencia de algunos de los no apelantes, lo primero que debe precisar la Sala es que el recurso de apelación se presentó en vigencia de la ley 2213 de 2022, en cuyo artículo 12 se regla que *"(E)jecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días",*

Recuérdese, entonces, que la alzada se admitió mediante auto del 11 de agosto de 2022 (notificado por estados del día 16 siguiente), mismo que quedó ejecutoriado el 19 de agosto. Por tanto, el término para allegar la respectiva

[5] Devis Echandía, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo I, pág. 484.

sustentación vencía el pasado 26 de agosto y la parte demandante radicó el respectivo memorial el día 24, razón esa por la que no existe motivo alguno que lleve a considerar una deserción.

CASO CONCRETO ÚNICO REPARO

Resulta pertinente recordar que la responsabilidad civil en este caso se funda esencialmente en los siguientes hechos:

- la señora Nubia Estella Aristizábal Montes debía ser intervenida quirúrgicamente el 15 de febrero de 2016, con ocasión de una hemorragia vítrea en su ojo izquierdo.

- una vez la médica demandada le aplicó la anestesia la paciente fue dejada en sala de espera, lo cual llevó a que desarrollara un hematoma retrobulbar que impidió la realización completa del acto quirúrgico.

- 3 meses después del procedimiento suspendido la paciente fue evaluada por un retinólogo quien, con ayuda de un examen de nervio óptico, determinó que había perdido la visión por el ojo izquierdo.

- de la historia clínica de la señora Nubia Estella se concluye que es, y era para el momento de la cirugía, una persona con *"considerables alteraciones de la presión arterial del órgano de la visión, situación que hacía necesario que la intervención quirúrgica a la cual iba a ser sometida fuera observada con un mayor control y cuidado desde la valoración de los exámenes prequirúrgicos, la etapa preoperatoria, la intervención propiamente dicha y la etapa postoperatoria"* (sic hecho 2.12 fl 3 pdf 09)

- la paciente no firmó consentimiento informado.

- la señora Aristizábal Montes fue remitida a su hogar después del procedimiento suspendido, sin consideración a la gravedad de su situación.

Ahora, por vía de apelación no se menciona nada sobre la supuesta ausencia de "firma del consentimiento informado", es decir, no se cuestiona en este

grado que el Juez hubiera dado por probado que los médicos no faltaron a su deber de dispensar la información necesaria, de cara a que la paciente decidiera libremente si se sometía o no a la intervención quirúrgica, con su previa necesidad anestésica. Ese cargo concreto de responsabilidad, entonces, se da por descontado porque la Sala debe limitar el análisis a los argumentos que componen el reparo concreto.

El mentado embate, precisamente, consiste en que

> *"(E)n el presente proceso se dio por demostrado sin estarlo, la inexistencia de los elementos de la Responsabilidad Contractual y como tal los presupuesto del incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos, conclusión a la que arriba el Despacho por una indebida valoración de la prueba, en especial la historia clínica de la Demandante; pues contrario a lo afirmado en la decisión, si se cuenta dentro del proceso con un medio de prueba que lleve al juez al convencimiento necesario en ese sentido"* (sic escrito reparos).

El sustento ofrecido por los demandantes es que la señora Nubia Estella Aristizábal Montes es, y era para el momento de la cirugía, una paciente con importantes alteraciones de la presión arterial en el órgano de la visión, situación que hacía estrictamente necesaria una mayor diligencia en la práctica de los procedimientos pre, intra y posquirúrgicos. Empero, el Juez consideró que no existía prueba al respecto de la negligencia médica, desconociendo que la historia clínica de la paciente dejaba ver que el 15 de febrero de 2016 la ingresó a la Clínica demandada, a las 2:42 PM le marcaron el ojo a intervenir y se lo dilataron, a las 3:10 le fue aplicada la anestesia local y apenas a las 5:20 PM fue llevada al quirófano para el inicio de la cirugía que finalmente fue suspendida. Lo trascendental es, entonces que entre las 3:10 PM y las 5:20 PM la paciente no fue monitoreada como lo afirmó la Dra. Mendoza Serna, de donde se deduce que esa sola circunstancia constituye la culpa que edifica la responsabilidad civil.

Pues bien, las partes están de acuerdo en que la cirugía originalmente programada para el 15 de febrero de 2016, en la que debía corregirse una hemorragia vítrea en el ojo izquierdo de la señora Nubia Estella, no se llevó a cabo de forma completa porque un hematoma retrobulbar impidió su

finalización, al punto que el médico optó por realizar una cantotomía y abandonar el acto ante lo improcedente del mismo debido al profuso sangrado (fl. 23 pdf 01). En consecuencia, para la Sala está claro que el Dr. Juan Gonzalo Vélez Tobón en realidad se redujo al abordaje quirúrgico inicial y la cantotomía necesaria para liberar el sangrado.

De hecho, los demandantes en su interrogatorio se quejan es de la supuesta negligencia con que trataron a la señora Nubia Estella, desconociendo que ella sufría numerosas patologías que obligaban a una atención con mayor detalle, a tono con lo narrado en el hecho 2.12 de la demanda. Sin embargo, para fundamentar la supuesta culpa de los demandados, en la apelación se insiste en la indebida valoración de la historia clínica especialmente en lo relacionado con las notas de cirugía que obran entre los folios 85 a 89 del pdf 26.

Allí se puede leer que la paciente estuvo esperando la cirugía desde las 3:10PM hasta las 5:20 PM cuando fue efectivamente ingresada al quirófano número 5. Esa tardanza sería entonces, según los apelantes, la que ocasionó un hematoma retrobulbar que a la postre le restó a la señora Nubia Estella toda agudeza visual en su ojo izquierdo. Empero, a pesar de lo tajante de las afirmaciones, ninguna prueba se trajo al plenario para acreditar cuál fue la incidencia de esa supuesta tardanza de ingreso al quirófano en el resultado final. Es más, no se allegó prueba alguna de la que pueda concluirse que ese tiempo tomado entre la anestesia y la cirugía en realidad constituye una demora, en el marco de lo que la *lex artis* exige en estos casos.

En otras palabras, sólo se cuenta con las afirmaciones de la parte demandante que no pueden ser atendidas, porque nadie puede fabricar su propia prueba y en asuntos eminentemente técnicos la prueba por lo general debe ser del mismo cariz, debido a que el Juez desconoce todo respecto de la ciencia médica. Entonces, ningún beneficio aporta a su postura manifestar que el Juez dio por probada la inexistencia de culpa cuando supuestamente no lo estaba, debido a que el *onus probandi* contenido en el artículo 167 del C.G.P preceptúa justamente lo contrario, esto es, si la teoría de los demandantes es que el equipo médico incurrió en una responsabilidad civil, es apenas evidente que a aquellos les correspondía probar los presupuestos axiológicos de esa pretensión.

En cambio, la parte demandada aportó los dictámenes rendidos por los señores Juan David Bravo Acosta y Gustavo Adolfo Rodríguez Calderón, el primero en calidad de médico especialista en oftalmología y retinología y, el segundo, en anestesiología. De esas pericias se corrió traslado a la parte demandante mediante auto del 9 de febrero de 2021 (pdf 49) y no le merecieron reparo alguno, tanto como que el archivo siguiente, el pdf 50, contiene un memorial donde su apoderado simplemente informa la dirección electrónica de cada uno de los sujetos que integra ese extremo.

Lo resaltable en el caso del concepto del Dr. Bravo Acosta es que el daño reclamado por los demandantes, la pérdida de visión por el ojo izquierdo de la señora Nubia Estella, en realidad ya estaba instalado cuando esta consultó el 4 de febrero de 2016, pues ese día se le encontró en su ojo derecho una visión de 20/20 y en su ojo izquierdo una OS: P+.P positivo, *"que significa que la paciente solamente percibía la luz proyectada por una linterna"* (fl. 9 pdf 032). Siendo así las cosas, el menoscabo a la salud que a la postre constituye el eje de la petición indemnizatoria ni siquiera tuvo lugar en el marco temporal en que la paciente estuvo bajo tratamiento de los galenos.

Es más, según ese perito, el oftalmólogo demandado acertó al indicar la necesidad de una cirugía prioritaria después de observar que al fondo del ojo izquierdo se notaba una hemorragia vítrea, misma que no se pudo corregir por múltiples complicaciones propias de la paciente, tales como *"diabetes crónica mal controlada y asociada a otras coomorbilidades (sic), hipertensión arterial crónica, falla renal – nefropatía diabética, cardiopatía isquémica – by pass previos, varios procedimientos intraoculares previos en un ojo severamente enfermo por su retinopatía diabética proliferativa y hemorragias a repetición"* (fl. 11 *ibídem*)

Aunque lo anterior es suficiente para concluir que en realidad no se acreditó la culpa y tampoco la relación de causalidad entre el daño que afirmó sufrir la señora Aristizábal y alguna negligencia de los demandados, no sobra advertir que el perito Rodríguez Calderón, especialista en anestesiología y reanimación, consideró que la Dra. Nora Marcela Mendoza Serna *"actuó en forma diligente, brindando manejo médico adecuado durante la complicación, con analgésicos y medicamentos osmóticos que disminuyen la presión intraocular. Adicionalmente hizo un manejo integral en el post operatorio, practicando*

exámenes complementarios y ordenando el tratamiento farmacológico" (fl 7 pdf 30). Lo anterior, después de explicar que la modalidad de anestesia elegida y su administración estuvieron precedidas de un juicio acorde con la *lex artis.* Cosa diferente fueron las complicaciones propias de las comorbilidades padecidas por la actora, que en todo caso no estaban en la órbita de control de los médicos.

Así las cosas, ni siquiera una valoración de la historia clínica en la forma propuesta en la apelación alcanza para acceder a las pretensiones, pues en ese documento simplemente se describen las condiciones de salud de la paciente sin apreciación alguna, como en efecto debe ser porque ese documento simplemente es el registro obligatorio de las condiciones de salud del tratado, y es necesaria para una adecuada asistencia médica. También, según los artículos 34 de la Ley 23 de 1981 y 1° de la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de *Salud "(P)or la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica*", es un documento con reserva legal *"en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención*".

Todo ello de suyo, y conforme al literal b del último precepto, implica el registro de los datos e informes acerca de "*la condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden incidir en la salud del usuario*.", datos éstos que, obviamente, obtiene el médico interrogando al propio paciente y sus familiares -anamnesis- que contribuirán al acierto en la determinación de un diagnóstico y a la adopción de una mejor conducta terapéutica, pero que de ninguna manera pueden ser analizados en un ejercicio automático de responsabilidad, en la medida que los datos allí contenidos son el insumo para que los expertos, tratándose de asuntos periciales, conceptúen sobre la materia de su competencia, salvo casos evidentes vinculados con la culpa virtual (res ipsa loquitur) que aquí no interesan.

Precisión final sobre la resolutiva de la sentencia

El *a-quo* resolvió en la sentencia lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar fundada la excepción de ausencia de culpa alegada por parte de los médicos e instituciones accionadas, alegada por todos ellos en sus escritos de contestación.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se absuelve a la parte demandada, de todas las pretensiones que en su contra han formulado los demandantes.

TERCERO: Como efectos de la decisión, igualmente se absuelve a los llamados en garantía Clínica de Oftamología (sic) San Diego S.A. y Seguros del Estado S.A., de cualquier petición que en su contra formularon los llamantes".

La parte resolutiva, desde el punto de vista de la técnica procesal, merece reparos por parte de la Sala en cuanto a: i) el acogimiento de unas supuestas excepciones que, sin ser tales, no había lugar a analizar porque las pretensiones estaban llamadas al fracaso por falta de prueba de sus elementos axiológicos; ii) los llamantes fueron absueltos, lo que de suyo obsta cualquier pronunciamiento sobre la pretensión revérsica.

Con respecto a lo primero, debe considerarse que en sentido estricto los demandados no propusieron verdaderas excepciones de mérito, en tanto que sus manifestaciones sólo estuvieron orientadas a negar los hechos de la demanda bajo los que se estructuraron los elementos axiológicos de la pretensión. En ninguna medida, pues, se pusieron de presente verdaderos hechos nuevos con aptitud para enervar los pedimentos. A propósito, la Corte ha dicho con respecto a las excepciones de fondo [6]

"(L)a excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por

[6] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación de 11 de junio de 2001. Exp. 6343.

regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

(…)

Por ello, no es obligación irrestricta del Juez pronunciarse sobre cualquier planteamiento que la parte demandada haga en manifestación general de su defensa,

> *"habida consideración de que -insístese- "cuando el demandado dice que excepciona pero limitándose, (...) a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto"; de donde se sigue que la verdadera excepción difiere en mucho de la defensa común consistente en oponerse a la demanda por estimar que allí está ausente el derecho peticionado; y es claro también que "a diferencia de lo que ocurre con la excepción cuya proposición (...) impone la necesidad de que el juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final; sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el juez al estimar o desestimar la acción" (CXXX, pag. 19)*

Con respecto a la "absolución de los llamados en garantía", debe precisarse que a resolver sobre las pretensiones propias del llamamiento en garantía sólo hay lugar cuando la demanda prospera, pues lo que ordena el artículo 64 del C.G.P es que dentro del proceso en el que naturalmente es condenado el llamante se resuelva sobre el *"(…) derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial*

del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva (…)".

Así las cosas, si las pretensiones ni siquiera prosperaron, ningún sentido tiene "absolver" a los llamados porque a resolver sobre la relación que a ellos interesaba no había lugar. Por esa misma razón, Seguros del Estado S.A no será beneficiaria de la condena en costas.

Por tanto, la decisión apelada será confirmada, salvo su numerales **primero** y **tercero,** los cuales se revocarán por las razones que acaban de explicarse. Además, se aclarará al numeral **segundo** para precisar que la absolución de los demandados obedece a la falta de acreditación de los presupuestos axiológicos de la pretensión.

DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de procedencia y fecha indicadas, **pero por las razones ofrecidas en esta providencia** y **ACLARANDO** su numeral **SEGUNDO** para precisar que la negativa de las pretensiones obedece no a la prosperidad de excepción alguna, sino a que la parte demandante no probó los elementos axiológicos de la pretensión. Además, **REVOCA** los numerales **primero y tercero** de su parte resolutiva. **Costas** en esta instancia únicamente a favor de EPS Medicina Prepagada Suramericana S.A, Clínica de Oftalmología San Diego S.A, Juan Gonzalo Vélez Tobón y Nora Marcela Mendoza Serna, y a cargo de la parte demandante.

Ejecutoriada esta decisión, la suscrita ponente fijará las agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
MAGISTRADO

JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO

Firmas son de la siguiente causa:

S - 163

Procedimiento: Verbal

Demandantes: Nubia Estella Aristizábal y/o

Demandada: Juan Gonzalo Vélez y/o

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 016 2019 00233 02

Procedencia: Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Oralidad de Medellín

Decisión: Confirma sentencia apelada

Firmado Por:
Piedad Cecilia Velez Gaviria
Magistrada
Sala 002 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: 7264e2407577b45a859fd3bdacc65cb1e61bb6f7a74be012ad0bbab7f763a89c
Documento generado en 05/10/2022 01:27:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica