

Medellín, veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022)¹

Proceso	DECLARATIVO RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
Radicado	05001 31 03 001 2011 00342 01
Demandante	JOSÉ ÁNGEL GARZÓN FLÓREZ, AYDEE LÓPEZ GUZMÁN Y MELISSA GARZÓN LÓPEZ
Demandado	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA
Juzgado Origen	DIECIOCHO CIVIL CIRCUITO MEDELLÍN

Decide la Sala la apelación de la sentencia en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES.

1.1 DEMANDA².

Pretende la parte demandante se declare la responsabilidad civil de la demandada y se condene al pago de perjuicios patrimoniales en favor de José Ángel Garzón Flórez en la modalidad de lucro cesante³, así como extrapatrimoniales por daño estético⁴, daño moral y a la vida de relación⁵ y; en favor de las demandantes Aydee López Guzmán y Melissa Garzón López en la modalidad de daño moral⁶.

Expuso que el 4 de febrero de 2007⁷ José Ángel Garzón Flórez sufrió un accidente al cortarse con una lata la muñeca derecha, razón por la cual acudió al servicio de urgencias del Hospital Pablo Tobón Uribe, IPS adscrita a la EPS Comfenalco en la cual se encontraba afiliado el demandante; transcribió la historia clínica de la atención en la que se consigna *“herida que compromete diámetro anterior de la muñeca derecha, sagrado a chorro de varios vasos, creo que hay compromiso de arteria cubital, Dr. Walter Ángel liga vasos sangrantes No 2, que (...) define que no es arteria cubital, cierro por planos, fascia con catgut No 3 puntos (...) no complicaciones”*; seguidamente, citó historia clínica de 5 de noviembre de 2007 con registro *“paciente con mejoría sin ortotatismo, mano sin alteración o lesión tendiniosa (...) se da salida con fórmula de retirar vendaje en dos días y retirar puntos en 8 días”* y; explicó que en la atención no hubo buena vigilancia y clasificación del paciente, hubo error en el diagnóstico, no realizaron exámenes adecuados y el tratamiento quirúrgico no fue el acertado para los síntomas.

¹ Discutido en Sala de decisión del 7 de julio de 2022.

² Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 págs. 7 - 18

³ Por la suma de \$85.804.205,51

⁴ Por la suma de \$20.000.000

⁵ Por 200 SMMLV

⁶ Por 50 SMMLV cada una

⁷ Según historia clínica aportada la atención médica aconteció el 4 de noviembre de 2007

Aseveró que el 9 de noviembre del mismo año acudió al retiro de puntos, presentando limitaciones en el movimiento de sus dedos, el 30 de noviembre acudió a cita con ortopedista quien determinó hipoestesia en área del meridiano con limitación para flexión y ordenó cirugía plástica prioritaria por lesión de flexores, no obstante, la EPS negó la autorización por ser de carácter estético, motivo por el cual interpuso acción de tutela con medida provisional y decisión favorable; que el 16 de enero de 2008, en cumplimiento de la orden judicial se autorizó la intervención y se le realizó *"tenolisis FDS y FDP del 2,3,4 y 5 y FPL der. Neurolisis de nervio mediano y cubital, tenorrafía FCR, RDP del 4to. Der. Tenorrafía + injerto tendinoso del FCU der. Neurografía nervio mediano y cubital"*, luego realizó fisioterapia para la recuperación de movimiento; que el 9 de julio de 2008 se reporta en anotación de la historia clínica *"atrofia de la musculatura intrínseca de la mano derecha, no función de los músculos intrínsecos cubitales y poco de los del mediano con atrofia de la región tenar, hay flexoextensión de los dedos por los músculos extrínsecos, sensibilidad protectora del mediano pero no del cubital"* y; que en seguimiento de la patología, el 17 de diciembre de 2008 el médico tratante apreció la existencia de *"un trauma severo en mano derecha (...) reparada tardíamente con recuperación parcial de su función (...) tiene atrofia de la musculatura (...) debilidad (...) función de la musculatura intrínseca es mínima por decir nula"*.

Agregó que José Ángel Garzón Flórez es esposo de Aydee López Guzmán y padre de Melissa Garzón López y que fue valorado el 28 de octubre de 2010 por el ISS y se dictaminó una pérdida de capacidad laboral de 51.20% estructurada a partir de la fecha del accidente.

1.2 CONTESTACIÓN.

La CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA (en lo sucesivo COMFENALCO)⁸ reconoció como ciertos algunos hechos de la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las siguientes excepciones de mérito:

- a) *Inexistencia de causa jurídica*: toda vez que al término de la atención de la urgencia y revisión del siguiente día quedó la mano con buena funcionalidad, lo advertido con posterioridad obedece a aspectos de la recuperación del paciente. No existe razón para la formulación de la demanda.
- b) *Ruptura del nexo causal*: el perjuicio padecido no tuvo origen en falla del servicio. La lesión autoinfligida por el demandante es la única responsable del padecimiento.

⁸ Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 págs. 151-161

- c) *Ineptitud de la demanda*: ante la ausencia del juramento estimatorio, por lo que no es posible examinar la pretensión indemnizatoria.
- d) *Preexistencia de enfermedad*: porque la mala recuperación se explica en la inadecuada cicatrización tendinosa, defectuosa reinervación nerviosa y evolución irregular por falta de cuidados.
- e) *Limitación de la cuantía*: por considerar exagerada la estimación del perjuicio. Además, el demandante aparece como soltero en la historia clínica.

La demandada llamó en garantía a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (en adelante LA PREVISORA)⁹ reconoció como ciertos algunos hechos de la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones; precisó que no opera la presunción de culpa, ni nexo de causalidad y no es obligación de resultado, EPS COMFENALCO cumplió las obligaciones a su cargo, las causas provienen de la lesión sufrida y hay ausencia de nexo causal y reprocha los perjuicios reclamados por tasación excesiva.

En relación al llamamiento aceptó algunos hechos y se opuso a sus pretensiones, sostuvo que solo es procedente siempre que se den las condiciones de cobertura pactadas y; que la vigencia de la póliza con la cual se realizó el llamamiento no tiene cobertura en el caso, la que aplicaría en el evento corresponde al certificado No 11, documento del 26/08/2010, con vigencia del 1/08/2010 al 01/08/2011 que presenta un sublímite de \$100.000.000 y un deducible del 10% del valor del siniestro con una suma mínima de \$7.500.000 por daño moral.

1.3 PRIMERA INSTANCIA¹⁰.

El 19 de noviembre de 2019 se profirió sentencia escrita, mediante la cual se declaró la responsabilidad civil contractual de la demandada, a quien se condenó a pagar a JOSÉ ÁNGEL GARZÓN FLÓREZ \$115'277.873 por concepto de lucro cesante y 40 SMLMV por perjuicios morales, por el mismo concepto la suma de \$12.421.740 para cada una de las demandantes AYDEE LÓPEZ GUZMÁN y MELISSA GARZÓN LOPEZ, más el interés legal del 6% anual; adicionalmente, se declaró la prosperidad del llamamiento en garantía estableciendo que correspondía a la aseguradora asumir la condena impuesta hasta el monto de valor asegurado, descontando el deducible; finalmente, se condenó en costas a la demandada.

⁹ Ver archivo 03. CUADERNO 2 rad 001 2011 00342 págs. 67 - 85

¹⁰ Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 págs. 322-363

Como razón de la decisión consideró la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual. Así, en relación a la existencia de una relación jurídica contractual, la encontró satisfecha dada la calidad de afiliación de JOSÉ ÁNGEL GARZÓN FLÓREZ a la EPS; frente a la existencia de un hecho con relevancia jurídica, lo estimó cumplido en virtud de las atenciones brindadas por la EPS y las desmejoras en la salud de la víctima, valorando los registros contenidos en la historia clínica a partir del 4 de noviembre de 2007¹¹ atención inicial de urgencias y la nota de historia clínica de 17 de diciembre de 2008 que plasmó la existencia del trauma en la mano derecha y su reparación tardía¹², así como demás registros que contienen los servicios de salud y manejo del paciente.

En cuanto al tercer elemento, la existencia de culpa médica, indicó que el tratamiento ordenado y llevado a cabo por los médicos adscritos a la EPS Comfenalco, no fue el indicado para la patología sufrida. Para ello acudió a las conclusiones del perito, quien indicó que en la atención de urgencias no se hizo diagnóstico de la lesión, ni solicitó la intervención de los médicos especialistas necesarios, además, tuvo en cuenta testimonio del médico Walter Mario Ángel, quien afirmó que no existió interconsulta formal del paciente, que con frecuencia los médicos generales solicitaban conceptos verbales y que solo se requería hacer ligaduras por multiplicidad de venas que compensan el drenaje venoso, siendo prioritario controlar el sangrado arterial; añadió que la cirugía consistente en ligar los vasos sangrantes y cerrar por planos la herida en la muñeca derecha el 4 de noviembre de 2007, no fue realizado conforme la *lex artis*, resaltando que el perito señaló que el médico general debió practicar hemostasia provisional, impresión diagnóstica, evaluación inmediata por cirujano vascular, precisó que el diagnóstico clínico corresponde a un especialista y debió programarse cirugía urgente con participación de médicos especialistas como anestesiólogo, ortopedista, cirujano plástico y de la mano, de tal manera que, las secuelas hubieran sido mínimas; contrastó las conclusiones del perito con las anotaciones en la historia clínica de la atención inicial y; agregó que las EPS son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados conforme el art. 2° del Decreto 1485 de 1995, orientado a obtener el mejor estado de salud de sus afiliados y que son solidariamente responsables por los daños causados a los pacientes cuando la prestación del servicio de salud es deficiente o inoportuna.

En relación al daño, lo encontró demostrado con ocasión del detrimento en la integridad de la víctima, teniendo en cuenta el dictamen de pérdida de

¹¹ Servicio de urgencias de la IPS Biosigno, donde se le realizó triage con diagnóstico de "traumatismo de la arteria cubital a nivel de la muñeca y de la mano (...) herida de otras partes del antebrazo" y, diagnóstico de "lesión de flexores, miembro superior derecho zona v", "atrofia de la musculatura intrínseca de la mano derecha"

¹² Registro de historia clínica que en su tenor literal indicó: "trauma severo en la mano derecha al cortarse con un machete en su muñeca derecha, la cual fue reparada tardíamente con recuperación parcial de su función".

capacidad laboral que estableció un porcentaje del 51.20% por mano dominante afuncional y el dictamen pericial que definió las consecuencias de haberse realizado tenorrafia y neurorrafia mes y medio después de ocurrida la lesión. En lo relativo a la relación de causalidad adecuada, lo encontró satisfecho, pues de la historia clínica pudo advertir que el actuar de los médicos adscritos a la EPS constituyó una exposición imprudente del paciente a un riesgo injustificado que permite afirmar el nexo de causalidad entre la conducta culposa, el daño y los perjuicios irrogados a la víctima.

Explicó que no se encontraba latente algún eximente de responsabilidad que rompiera el nexo causal, la parte demandada no demostró que su conducta hubiese sido producto de un caso fortuito, fuerza mayor o de la ocurrencia de un hecho extraño.

En lo relativo a la valoración de los perjuicios a la víctima directa consideró que, ante la carencia demostrativa para calcular la cuantía de las ganancias dejadas de percibir, recurría a los parámetros jurisprudenciales y a las reglas de la experiencia para presumir que toda persona laboralmente activa no devenga menos de un salario mínimo, así, luego de liquidar el lucro cesante futuro en relación con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral estableció la condena en la suma de \$115'277.876. Frente a los perjuicios extrapatrimoniales solo estimó probado el perjuicio moral, siendo tasado conforme al prudente arbitrio judicial en la suma de 40 SMLMV para la víctima directa y en relación a las codemandantes en 15 SMLMV cada una.

Frente a las excepciones de inexistencia de causa jurídica, las relativas al nexo causal, cumplimiento de las obligaciones por parte de la EPS, consideró que están vinculados a los presupuestos axiológicos de la pretensión, ya analizados, por lo que serían negadas; agregó que igual suerte debían correr las excepciones de ineptitud de la demanda por ausencia de juramento estimatorio, preexistencia de enfermedad y riesgo inherente al tratamiento, la primera porque el juramento estimatorio fue realizado y además constituye excepción previa, la segunda y tercera porque no se acreditaron. En relación a la excepción de tasación excesiva de perjuicios dijo que no prosperaría, por cuanto los pedimentos de la parte actora se ajustaron a las pruebas aportadas y los morales obedecían al prudente arbitrio del juez.

Finalmente, expuso en relación al llamamiento en garantía que, la póliza se contrató bajo una modalidad mixta de ocurrencia y reclamación *sunset*, por lo que, aunque el contrato de seguro contratado por la EPS se encontraba vigente para la época de los hechos, lo cierto es que, con la constancia de no acuerdo en audiencia de conciliación, la fecha de la presentación de la demanda, el auto admisorio de la demanda y el llamamiento y la

notificación de la aseguradora, se cumplía el término establecido en la póliza correspondiente a la extensión del periodo de reclamos y, de cara a los amparos encontró que se cubría responsabilidad civil por un valor de \$500.000.000, con deducible del 10% y respecto a los perjuicios morales que cubriría hasta el sublímite del 50% de la suma asegurada que aplicaría dentro de la misma, sin ser superior a \$50.000.000 por vigencia, estableciendo la responsabilidad de la llamada en garantía para cubrir el valor de la condena, teniendo presente el deducible del 10%.

1.4 TRÁMITE DE LA APELACIÓN.

La sentencia de primera instancia fue proferida por escrito y notificada en estados, siendo apelada en la debida oportunidad por la llamada en garantía quien presentó por el mismo medio los reparos frente a la decisión. El recurso fue concedido en el efecto devolutivo¹³. Posteriormente, la EPS demandada presentó apelación adhesiva dentro del término legal, indicando los reparos concretos contra la sentencia.

Considerando el actual estado de emergencia sanitaria, se dio aplicación al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020¹⁴, concediéndole al apelante la oportunidad para sustentar el recurso y a la contraparte para la réplica, derecho del cual solo hicieron uso los apelantes.

2. CONTROL DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA DEL SUPERIOR.

En atención a lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, se aprecian reunidos los presupuestos procesales para emitir sentencia porque se verificó la demanda en forma y su trámite adecuado, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y acudir al proceso respecto de los extremos del litigio; debiéndose destacar que no se advierten vicios ni irregularidades que configuren nulidad.

Por disposición del artículo 328 del Estatuto Procesal, salvo decisiones que se deban adoptar de oficio, esta Sala limita el análisis a los reparos concretos efectuados por la parte apelante en contra de la decisión de primera instancia.

3. REPAROS CONCRETOS.

Con el propósito que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones, la llamada en garantía y la EPS demandada en

¹³ Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 págs. 374-375

¹⁴ Mediante la Ley 2213 de 2022, se implementaron de manera permanente las disposiciones de dicho decreto para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, la ley conserva en el artículo 12 la disposición del artículo 14 del decreto en cuanto al trámite de la apelación de sentencias en materia civil y familia.

apelación adhesiva formularon los siguientes motivos de inconformidad. Con base en sus intervenciones se establecerán los problemas jurídicos objeto del estudio.

Reparos de LA PREVISORA¹⁵

- 3.1 **Indebida valoración de la prueba.** Reprochó la conclusión del *a quo* por estimar que el tratamiento ordenado y realizado no fue el indicado para la patología sufrida por el paciente. Enfatizó en las declaraciones de los médicos Walter Ángel y David Fernando Gómez, las que demostrarían que durante la atención inicial se procuró atender las lesiones vasculares, que son las que comprometerían la vida del paciente y la función del miembro, mientras que las demás valoraciones no requerían atención urgente y; agregó, que el médico cirujano que emitió la orden para valoración por cirugía plástica, no la emitió con carácter urgente, tal y como lo señaló el médico David Fernando Gómez.
- 3.2 **Ausencia de solidaridad entre la demandada y la IPS.** Adujo que las funciones legales a cargo de las EPS son promocionar y autorizar servicios de salud, las que se cumplieron en todo momento de forma diligente y expedita, por tanto, la demandada no es responsable de las consecuencias derivadas de errores de médicos o instituciones médicas.
- 3.3 **Reconocimiento excesivo de perjuicios morales.** Acusó la condena por considerarla excesiva, en la medida que, la pérdida de capacidad laboral no la ameritaba.
- 3.4 **Sujeción al contrato de seguro.** Aseveró que debe tenerse en cuenta que la póliza opera bajo la modalidad de cláusulas *claims made*, hechos reclamados y notificados en la vigencia del contrato; añadió que la póliza tiene cobertura de perjuicio inmaterial en la modalidad de daño moral en un sublímite de \$75'000.000 por evento y \$150'000.000 por vigencia, con deducible del 10% y suma mínima de \$7'500.000, por tanto, en caso de condena no se pagaría por daño moral suma superior a \$67.500.000.

Reparos de COMFENALCO¹⁶

- 3.5 **Inexistencia del nexo causal entre la presunta falla en el servicio y el perjuicio reclamado.** Refirió que las limitaciones y restricciones a la movilidad se habrían observado desde el mismo día de la lesión, pues solo tiempo después el paciente empezó a presentar

¹⁵ Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 págs. 368-373

¹⁶ Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 págs. 378-388

limitaciones funcionales y la única razón posible es el proceso de cicatrización, sin perder de vista la gravedad del trauma.

- 3.6 **Cumplimiento de protocolos y función legal.** Señaló que la atención brindada el 4 de noviembre de 2007 cumplió con los protocolos médicos y *lex artis* al ligar los vasos sangrantes y; que la entidad no negó autorización, atención, medicamento, ayuda diagnóstica o intervención requerida por el paciente, la asignación de citas es propia de la IPS.
- 3.7 **No existe persona jurídica que asuma la condena.** Explicó que mediante Resolución No. 153 de 11 de mayo de 2016 se declaró terminada la existencia legal del programa de entidad promotora de salud del régimen subsidiado de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, por tanto, no hay sujeto jurídico que pueda asumir la condena. Añadió que, la Caja de Compensación no prestó las atenciones en salud, sino que fue la EPS.

3.8 Problemas Jurídicos.

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala establecer:

- a) ¿La declaración de terminación de la existencia legal del programa de entidad promotora de salud de la demandada en el transcurso del proceso supone inexistencia de persona jurídica que asuma la condena?
- b) ¿La entidad demandada en esta causa está llamada a responder por los perjuicios reclamados?
- c) ¿Se acreditaron los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil médica, particularmente, la culpa y el nexo causal o, como lo pretenden los recurrentes, debe revocarse la sentencia de primera instancia por su ausencia?
- d) De encontrarse acreditados los presupuestos, ¿se reconocieron excesivamente los perjuicios extrapatrimoniales?

4. FUNDAMENTO JURÍDICO.

4.1 Pago de condena contra entidad liquidada durante el proceso.

El párrafo segundo del artículo 233 de la Ley 100 de 1993 dispone que el procedimiento administrativo de la Supersalud es el mismo de la

Superfinanciera y el artículo 1 del Decreto 1015 de 2002¹⁷, establece que para liquidar una EPS dicha entidad debe aplicar las normas del Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y las demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

El artículo 300 del EOSF¹⁸ prevé que en caso de liquidación los créditos serán pagados en atención al orden establecido por la ley y el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010¹⁹ establece las reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso, precisando que cuando el proceso inició antes de la toma de posesión se debe constituir una reserva razonable, según su prelación para atenderla en caso de un fallo adverso y que, en caso de que hubiere culminado la liquidación se debe entregar a FOGAFIN para el mismo fin²⁰.

4.2 Responsabilidad médica de las EPS.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la responsabilidad solidaria que recae sobre EPS, IPS y médicos tratantes por el daño causado en la prestación de los servicios de salud, destacando que las EPS no son meras captadoras de afiliados y que sus funciones no son meramente administrativas, sino que, conforme lo ha establecido la Ley 100 de 1993, su función se extiende a lograr el cumplimiento de los fines del sistema de seguridad social en salud de cara a la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia. Así lo ha indicado la Corte:

"(...) existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los

¹⁷ Compendiado en el artículo 2.5.5.1.1 del Decreto 780 de 2016.

¹⁸ Modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999.

¹⁹ Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

²⁰ Dispone la norma, en lo pertinente: "Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

(...) Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago".

*beneficiarios de éstos, u otros así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil"*²¹.

De antaño la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*"la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Promotoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados"*²².

En suma, aun cuando sus responsabilidades confluyen con otros actores como las IPS y el personal de la salud, las EPS son garantes de la prestación de los servicios de salud en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, como los disponen la Ley 1438 de 2011²³ y la Ley 1751 de 2015²⁴.

4.3 Responsabilidad civil médica y carga de la prueba.

Es doctrina probable de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que la responsabilidad civil médica se rige por los principios generales de toda acción resarcitoria²⁵ y que sus presupuestos axiológicos son el daño, el actuar culposo del médico y el vínculo de causalidad adecuada entre ellos²⁶.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC2769-2020. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

²² CSJ SC 17 noviembre de 2011.

²³ "ARTÍCULO 61. De las redes integradas de servicios de salud.... Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar, y ofrecer los servicios a sus afiliados de manera integral, continua, coordinada y eficiente, con portabilidad, calidad y oportunidad, a través de las redes."

²⁴ Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.

...

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;

b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite..."

²⁵ Ver Sentencia SC3919-2021 del 8 de septiembre de 2021, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: "«(...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)'. (CSJ SC de 30 ene. 2001, rad. n° 5507)."

²⁶ Ver Sentencia SC4786-2020 del 7 de diciembre de 2020, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: "... en la actualidad, existe una doctrina consolidada que, sin desconocer las nociones de daño, actuar culposo y nexo

En este contexto ha sostenido la jurisprudencia que la culpa médica se debe entender como la inobservancia del estándar del profesional medio del sector, el desconocimiento de las reglas de su arte, el actuar contrario, imprudente o negligente frente a la *lex artis*²⁷.

Así mismo, indica el precedente que, por regla general e independientemente del origen contractual o extracontractual de la prestación, la responsabilidad civil médica se rige por los principios de la culpa probada y, para efectos de asignar las cargas probatorias se ha considerado conveniente acudir a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, de tal forma que, sin perjuicio de casos particulares en los que la Corte ha admitido la excepción a la regla o considerado la flexibilización del deber demostrativo:

*"Corresponderá al perjudicado demostrar el actuar imprudente, imperito o negligente del accionado, último sobre quien pesa la demostración del factor de exculpación, de acuerdo con los artículos 1604 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil (actual 167 del Código General del Proceso)."*²⁸

causal, fijan los derroteros para establecer el deber resarcitorio ocasionado por una falla médica...". En el mismo sentido, Sentencia SC3604-2021 del 25 de agosto de 2021, MP Luis Alonso Rico Puerta: "... ordinariamente, el debate procesal termine centrándose en la demostración de los otros dos puntales de la responsabilidad civil médica, esto es, el actuar culposo del galeno demandado –entendido como la inobservancia de la *lex artis ad hoc*– y su vínculo de causalidad con el menoscabo anunciado en la demanda.". También la Sentencia SC3253-2021 del 4 de agosto de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo: "la prosperidad de una acción resarcitoria de dicho linaje, debe partir de la base de acreditar la concurrencia de un perjuicio, de una culpa y del nexo causal entre los dos anteriores".

²⁷ Al respecto se refieren las providencias citadas. La SC4786-2020: "Por tanto, cuando se persiga la reparación de los daños derivados de un yerro médico, es connatural que el interesado acredite, además del daño y nexo causal, que el galeno carecería de la capacitación requerida, omitió las verificaciones necesarias según la sintomatología, actuó de forma descuidada o temeraria al realizar el procedimiento o, en general, que desatendió las reglas propias de la *lex artis ad hoc*". La SC3604-2021: "Lo anterior explica la necesidad de acudir a una pauta diferenciada, denominada *lex artis ad hoc*, esto es, «(...) el estándar de conducta exigible al profesional medio del sector, que actúa de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el ámbito médico y dentro del sector de especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión. En la jurisprudencia alemana se habla del nivel de diligencia "de un profesional de la medicina respetable y concienzudo, con la experiencia media en el correspondiente campo de especialidad", o dicho de otro modo, de la conducta "que se esperaría de un colega en la misma situación". Del mismo modo, los tribunales ingleses exigen un nivel de diligencia superior al del "hombre normal y razonable", que tome en consideración la experiencia, habilidades, técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio del sector". En la SC3253-2021, citando sentencias del 26 de noviembre de 2010 y del 28 de junio de 2011: "En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen.

²⁸ Sentencia SC4786-2020, en la que además se indica: "La distinción entre deberes de diligencia y de resultado específico ha servido a la jurisprudencia para cualificar la culpa exigida para que se configure la responsabilidad galénica, como ya se dijo, siendo la regla general la culpa probada, esto es, que los médicos únicamente responden cuando se demuestre en el proceso su impericia, imprudencia, negligencia o dolo, mientras que la presunta es una excepción acotada a ciertas materias." En el mismo sentido la SC3253-2021: "Tradicionalmente la jurisprudencia ha comprendido que en el ámbito de la actividad médica, el régimen que gobierna la responsabilidad del profesional sanitario y de las instituciones que prestan sus servicios a los pacientes es el de

Esta doctrina ha sido acogida normativamente, previéndose legalmente que la *"relación de asistencia en salud genera una obligación de medio"*²⁹.

En suma, por regla general, en este tipo de acciones, corresponde al demandante demostrar la omisión o el actuar negligente, imprudente, con impericia o violación de reglamentos del facultativo demandado y el nexo de causalidad entre dicha conducta y el daño causado; mientras que al resistente le incumbe acreditar que fue diligente y cuidadoso, atendiendo las reglas propias de su arte, conforme a estándar de conducta que le era exigible.

5. CASO CONCRETO.

5.1 Terminación de la existencia legal del programa de entidad promotora de salud de la demandada.

El apelante señaló que, con ocasión de la terminación de la existencia legal del programa de entidad promotora de salud de COMFENALCO, no habría sujeto jurídico que pudiese asumir la condena, argumento que no es acogido por la Sala.

La demanda fue presentada el 19 de noviembre de 2010, esto es, con anterioridad a la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el programa de EPS del régimen contributivo de COMFENALCO, ordenada mediante Resolución 361 del 12 de febrero de 2014³⁰ de la Superintendencia Nacional de Salud y, por Resolución No 933 del 12 de abril de 2017³¹ se declaró la terminación de la existencia legal del programa de EPS del régimen contributivo de COMFENALCO, actos administrativos de donde se extrae

la culpa probada, con lo cual, en línea de principio, corresponde al paciente o a quien demande por la atención que se le brindó o por una mala praxis médica, demostrar la culpa de quienes participaron en el acto médico o de las personas que con su actuar negligente, descuidado o imperito causaron un daño. ... Lo anterior, por supuesto, sin olvidar que al momento de determinar si ha concurrido o no culpa en el actuar médico, la Corte, para ciertos eventos, ha morigerado el instituto de la carga de la prueba para la parte demandante, teniendo en cuenta la facilidad o posibilidad que cada extremo tiene para acceder a los medios de convicción." También la SC3919-2021, citando la SC2804-2019 del 26 de julio de 2019: *"Para el caso de la responsabilidad médica, está ya aclimatada entre nosotros, con características despejadas de doctrina probable, la consideración general acerca de que la principal obligación del galeno es de medio y no de resultado, esto es, que su compromiso se contrae a desplegar una conducta diligente en procura de obtener un fin concreto y específico (la mejora o la preservación de las condiciones de salud del paciente), que sin embargo no garantiza, salvedad hecha, claro está, que medie pacto entre las partes que así lo establezca."*

²⁹ Artículo 104 Ley 1438 de 2011: "ARTÍCULO 104. AUTORREGULACIÓN PROFESIONAL. Modifícase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así: "Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. 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..."

³⁰ Ver https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/R_2014_Norma_000361.pdf.

³¹ Ver <http://www.epscomfenalcoliquidada.com/resolucion-933-de-12-de-abril-de-2017>.

que la medida de intervención y la posterior inhabilitación del programa EPS sobrevino durante el trámite del proceso, supuesto último que no constituye la extinción de la demandada como persona jurídica sino, como allí mismo se indica, la liquidación y terminación del "*programa*" de entidad promotora de salud del régimen contributivo de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia.

La liquidación y terminación del programa como EPS no implica la extinción de la persona jurídica autorizada para desarrollarlo y en esa medida no se altera la capacidad para ser parte, pues la convocada no ha dejado de existir, que es lo que importa para decidir la responsabilidad invocada.

De tal forma que la terminación del programa no tiene efectos frente a la decisión sino que casualmente trasciende para la reclamación de la acreencia de la eventual condena según lo reglado en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, donde el ordenamiento jurídico ya no requiere la existencia de una persona jurídica que asuma o resista la condena porque, como se indicó, en la liquidación se debió constituir la reserva correspondiente, de tal forma que el pago de la eventual condena se debe encausar según el procedimiento establecido cuando la demandada ha sido intervenida e incluso liquidada durante el curso del proceso judicial. En suma, el reproche del apelante no tiene efecto alguno frente a la decisión que se adopte en esta instancia, ante una norma que no implica la extinción de la parte, sino que precisa los lineamientos para el pago del derecho litigioso, una vez en firme.

5.2 Responsabilidad solidaria de la EPS.

La llamada en garantía refutó que la demandada no es responsable de las consecuencias derivadas de errores de médicos o instituciones médicas.

Sobre el particular, está decantado por la jurisprudencia que la ejecución defectuosa de los servicios médicos por una IPS compromete a las EPS, estas últimas se obligan en virtud de la afiliación del usuario a garantizar los servicios de salud respondiendo en forma solidaria por los daños que causen, de tal suerte que, en estos casos puede la víctima demandar indistintamente a la EPS, a la IPS o a los médicos tratantes. Añádase que, la Ley 100 de 1993 asigna a las EPS la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud a sus afiliados, luego, los daños causados con ocasión de la prestación del servicio de salud le son imputables a aquellas³².

³² Ver Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. STC. 24 ago. 2016. Exp. 00174-01. M.P. DR. Ariel Salazar Ramírez.

Al margen de que los daños hubieran sido ocasionados en una IPS, ello no descarta la responsabilidad solidaria que recae en la EPS pues, como lo ha establecido la Corte, no basta la mera facilitación de acceso del paciente a una institución o médico, el compromiso va más allá y se extiende a condiciones cualitativas como la calidad, de tal forma que procure evitar las afecciones previsibles y superar los padecimientos de salud, en forma oportuna.³³

En el caso concreto, la prestación del servicio de salud ocurrió en el marco del sistema de seguridad social en salud, es pacífico el hecho de la afiliación del usuario a la entidad demandada, la acusación de la parte actora se encaminó a establecer una inadecuada y tardía prestación del servicio médico en institución adscrita a la red de prestadores de la EPS, luego, bajo la óptica de la línea jurisprudencial que atribuye responsabilidad solidaria entre los múltiples actores³⁴, fuerza concluir que en las circunstancias de este asunto, COMFENALCO está llamado a responder por los perjuicios reclamados, siempre que se acrediten los correspondientes presupuestos axiológicos, en virtud de la responsabilidad solidaria que de antaño ha establecido la jurisprudencia.

5.3 Acreditación de la culpa y nexos causal como presupuestos axiológicos de la responsabilidad médica.

El debate se concentra en la demostración de dos elementos estructurales de la responsabilidad civil médica, la culpa y el nexo de causalidad, en virtud de los motivos de inconformidad de los apelantes.

a) La culpa.

La PREVISORA discrepa de la decisión del *a quo* estimando que hubo indebida valoración probatoria, en su sentir, las declaraciones de los médicos Walter Ángel y David Fernando Gómez demostrarían que durante la atención inicial del paciente se procuró atender las lesiones vasculares que comprometían la vida del paciente, sin que las demás valoraciones requirieran atención urgente y la orden para valoración por cirugía plástica no se emitió con carácter urgente.

³³ En Sentencia SC2769-2020. La Corte sostuvo: *"no es suficiente que se facilite el acceso de los usuarios a los centros de atención hospitalaria o los especialistas particulares, ya sea que obren por cuenta de las EPS o como agentes alternos, para que se entienda cumplido el cometido de éstas dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, toda vez que su compromiso se extiende a propender porque se logren evitar las afecciones previsibles y superar satisfactoriamente los padecimientos detectados, todo ello con prontitud y brindándole al paciente un trato acorde con la dignidad humana"*.

³⁴ 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.

COMFENALCO agregó que la EPS cumplió su función legal, en la medida que no negó autorización, atención, medicamento, ayuda diagnóstica o intervención requerida por el paciente y la asignación de citas es propia de la IPS.

En la demanda se invoca culpa médica por la falla en la prestación del servicio médico en la atención inicial de urgencias recibida por el señor Garzón Flórez con ocasión del accidente que lesionó su mano derecha, toda vez que no tuvo buena vigilancia, clasificación frente a los síntomas padecidos, fue erróneamente diagnosticado, no se hicieron exámenes y tratamiento adecuados, pero además se informó sobre la existencia de una acción de tutela interpuesta por la negativa a autorizar cirugía plástica.

Considera la Sala que fue acertada la decisión de instancia en cuanto a la acreditación el elemento culpa de cara a los medios de prueba que demostraron su configuración tanto en la atención inicial de urgencias como en el manejo tardío del trauma.

En el dictamen pericial se estableció que el médico general de urgencias se limitó a controlar el sangrado profuso, sin hacer diagnóstico clínico de la lesión o herida, solicitó la intervención de médico vascular, quien realizó hemostasia y solo definió como diagnóstico lesión venosa sin compromiso arterial, sin embargo *"no hizo diagnóstico de la lesión sufrida por el señor José Ángel Garzón, no aplicó protocolos de procedimiento"*³⁵.

Estableció el perito que el siguiente es el protocolo médico que debió seguirse: *"1. Control de sangrado; 2. Estabilización del paciente mediante sueros intravenosos analgésicos; 3. Diagnóstico clínico (Así sea impresión diagnóstica); 4. Interconsultas urgente con los médicos especialistas que considere necesarios. En este caso, cirujano vascular periférico, ortopedista, cirujano plástico de mano. Lo cual se cumplió parcialmente puesto que no intervino sino el cirujano vascular y el cual tampoco aplicó ningún protocolo como es: 1. Hemostasia mediante clanes vasculares. 2. Diagnóstico clínico detallado (por tratarse de médico vascular con suficiente entrenamiento e idóneo para este tipo de lesiones traumáticas. 3. Interconsulta urgente con los médicos especialistas necesarios, en este caso médico ortopedista, cirujano plástico de la mano, anestesiólogo. 4. Programación urgente para cirugía con todos los médicos especialistas requeridos. Todo lo anterior el mismo día de la consulta urgente, lo cual no se cumplió" (Subrayado fuera de texto).*

En la historia clínica se puede apreciar que carece de anotaciones que den cuenta de la emisión de interconsultas con otros médicos especialistas o

³⁵ Ver archivo 05. CUADERO 3 rad 2011 342 págs. 125-137

programación urgente de cirugía con los facultativos que, según el perito, se requerían el mismo día de la consulta.

Agréguese que, el dictamen técnico de experto médico es sin duda uno de los medios demostrativos que ofrece mayor convicción cuando se trata de establecer si la actividad de los facultativos contravino la *lex artis*; la experticia practicada goza de validez, las partes tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, sin que se hubiera señalado la existencia de errores que ameritara el trámite de objeción por error grave³⁶, experticia que además no se evidencia incongruente frente a la historia clínica u otras pruebas que militan en el expediente.

No es de recibo la inconformidad de la aseguradora apelante en cuanto a la indebida valoración probatoria que, en su criterio, debió impulsar a concluir al juzgado que la atención inicial al paciente fue adecuada porque se atendieron las lesiones vasculares que comprometían la vida; por el contrario, los testigos técnicos emitieron declaraciones útiles y pertinentes para ratificar las conclusiones del perito.

El médico David Fernando Gómez Valderrama³⁷ indicó *"No encuentro correlación entre la evaluación realizada inicialmente y cuatro o cinco días después, es posible que al inicio de la atención se haya desviado la atención al examen de la parte vascular, es decir el sangrado"*³⁸, denotando que, la atención se "desvió" a lo vascular, como lo advirtió el perito sobre la atención parcialmente brindada al paciente.

A su turno, el médico Walter Ángel³⁹ aseveró: *"debo aclarar que soy cirujano vascular y que en este tipo de traumas realizo las reconstrucciones vasculares y el manejo de las lesiones tendinosas las realiza el cirujano plástico al igual que la reconstrucción nerviosa (...) "**"Si un cirujano plástico fuera el que evaluara ese trauma con seguridad haría un diagnóstico más completo y certero que si lo hace un médico general"*, ratificando la tesis sostenida por el perito en lo concerniente al profesional idóneo para realizar un diagnóstico más detallado y preciso frente al accidente sufrido por el paciente.

³⁶ El artículo 238 del C.P.C. (vigente para la oportunidad de contradicción) establecía: "1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

(...) 5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare".

³⁷ Según historia clínica, médico ortopedista que valoró el paciente el 30 de noviembre de 2007. Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 2011 342 pág. 32

³⁸ Ver archivo 07. CUADERNO 5rad 001 2011 342 págs. 2-6

³⁹ Según historia clínica, médico vascular que participó en la valoración del paciente en la atención inicial de urgencias. Ver archivo 07. CUADERNO 5rad 001 2011 342 págs. 7-12

En tal escenario, no es de recibo el reproche del apelante al asegurar una indebida valoración probatoria por falta de apreciación de los testimonios de los médicos que declararon que en la atención inicial de urgencias se impartió cumplimiento a los protocolos médicos de cara a las lesiones vasculares, como quiera que, si bien ello hace parte del protocolo, lo cierto es que no era suficiente como se determina de las pruebas conjuntamente valoradas que dan cuenta de omisiones médicas frente a la lesión sufrida por el paciente y la falta de valoración integral; según el perito *"debió hacer diagnóstico clínico preciso, detallado, completo, (...) debió requerir de los especialistas, anestesiólogo, ortopedista, cirujano plástico y de mano, (...) realizar programación para cirugía con el plan quirúrgico de reparación de todas las lesiones",* aspectos puntuales sobre los que reposa el elemento estructural de la culpa galénica.

Adicionalmente, si bien el testigo David Fernando Gómez Valderrama aseveró que según la historia clínica no se advertían indicaciones para efectuar una cirugía tendinosa y que se plasmó que no existía compromiso tendinoso, lo cierto es que existe registro de *"paciente mareado mano encalambrada"*, respondiendo el perito frente a la causa del encalambramiento que *"El trastorno sensitivo en palma de mano que presenta el señor Garzón Flórez es debido a la lesión nerviosa"*, por ende, se encuentran síntomas del paciente, sin observaciones adicionales en la historia clínica frente a su manejo, reiterándose que, en todo caso, el servicio de salud inicial debió observar el protocolo que comprende acciones adicionales y diferentes a enforcarse en forma exclusiva el sangrado o la parte vascular, pues según el perito debió brindársele atención adecuada teniendo en cuenta la gravedad *"principalmente por el sitio de la lesión"*.

El plan de manejo debía abarcar interconsulta con especialistas como cirujano plástico y ortopedista de cara a que se ordenaran los exámenes y pruebas complementarias necesarias para lograr una correcta valoración del alcance de la herida, la exploración de la zona lesionada que permitiese no solo analizar lo vascular, sino también otros aspectos que pudiesen afectar la funcionalidad, movilidad de la mano.

Súmese a las anteriores circunstancias constitutivas de culpa médica, la defectuosa prestación oportuna de los servicios de salud en la efectivización de evaluación por especialista en cirugía plástica y que se evidencian de la acción de tutela interpuesta por el paciente⁴⁰. Nótese que, se generó orden médica con nota de prioridad para consulta por cirugía plástica del 30 de noviembre de 2007⁴¹, en historia clínica se consignó la necesidad de evaluación y manejo por cirugía plástica advirtiéndose sobre

⁴⁰ Ver archivo 05. CUADERNO 3 rad 001 2011 342 págs. 61-97

⁴¹ Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 pág. 32

la complejidad de la lesión⁴², sin que se materializara oportunamente el servicio; el fallo de segunda instancia en tutela estimó que la falta de autorización oportuna para evaluación por la especialidad vulneró el derecho a la salud del accionante, precisando frente a la asignación de cita que a la EPS le competía *"obtener con las entidades y especialistas contratados una atención pronta, oportuna y eficaz a los pacientes, máxime cuando el caso lo amerita tal y como lo reporta el médico tratante"*⁴³, argumentación que comparte la Sala.

En este punto es importante advertir que, conforme el artículo 23 de la Ley 1122 de 2007 *"las citas médicas deben ser fijadas con la rapidez que requiere un tratamiento oportuno por parte de la EPS, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad correspondiente"*.

En tal escenario, se desecha el argumento del apelante al señalar que la EPS cumplió los deberes legales, encontrándose no solo la acreditación de culpa por las omisiones en la atención de urgencias, sino también que existen circunstancias que dejan entrever culpa por defecto en la falta de oportunidad en la prestación de los servicios de salud requeridos a cargo de la EPS.

En suma, se encuentra demostrado el elemento culpa por incurrir en omisiones negligentes y contrarias a la *lex artis ad hoc* ante la falta de evaluación integral, oportuna y adecuada de cara a las condiciones particulares del paciente que impidieron la prescripción de un tratamiento adecuado para la recuperación de la lesión acaecida⁴⁴, así como la falta de materialización oportuna de valoración con especialista en cirugía plástica, razones por las cuales se estima acertada la configuración del presupuesto en estudio, como lo concluyó el *a quo*.

b) Nexos de causalidad.

⁴² Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 pág. 34

⁴³ Sostuvo además el Juzgado 17 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín: *"el presente caso se trata de la negativa de la E.P.S. a autorizar la evaluación por la especialidad de cirugía plástica prescrita por el médico tratante, dicha actuación constituye en su misma una violación de derecho fundamental a la salud, además, se evidencia que la autorización fue expedida una vez notificada la pretensión constitucional y la atención requerida, la cita para ello, pese a la urgencia y la prioridad indicada por el médico tratante, es prologada en el tiempo"* (Subrayado fuera del texto).

⁴⁴ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en la SC3253-2021, citando sentencias del 26 de noviembre de 2010 y del 28 de junio de 2011: *"En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposos en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. ... En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia."* (Subrayado fuera de texto).

Es sabido que no basta que el profesional haya incurrido en culpa para declararse la responsabilidad, es menester además que el interesado compruebe que la misma se proyecta en la verificación del daño que se imputa haber ocasionado, a saber, debe verificarse el nexo causal entre la acción u omisión culposa y el daño sufrido.

El recurrente refirió que no existió nexo causal, toda vez que las limitaciones y restricciones a la movilidad se habrían observado desde el mismo día de la lesión y que solo tiempo después el paciente empezó a presentar limitaciones funcionales, siendo la única razón posible el proceso de cicatrización, destacando a su vez, la gravedad del trauma sufrido.

De las pruebas recaudadas emerge incontestable que el error negligente en la atención inicial de urgencias y el manejo oportuno del trauma tuvo incidencia en el resultado dañino que invoca el demandante.

En la experticia a la que ya se aludió, el perito concluyó sin ambages que "la falta de atención quirúrgica inmediata fue la causa **dominante** de las secuelas definitivas que presenta el señor Garzón Flórez", además que, "con la intervención quirúrgica urgente o inmediata como se le pudo haber ofrecido al señor Garzón Flórez las lesiones, secuelas, deficiencias o incapacidad física normalmente son mínimas".

Tesis coincidente con la declaración del testigo David Fernando Gómez Valderrama, quien manifestó frente al interrogante sobre las causas de las limitaciones en la movilidad de la extremidad que, "Hay múltiples, la primera es la localización de la herida ocurrida en un sitio crítico donde se agrupan cantidades de estructuras muy importantes para la movilidad de la mano (...) el pronóstico además depende de factores como: la edad del paciente, enfermedades asociadas, el compromiso que tenga el paciente con su tratamiento de rehabilitación, el momento en el cual se realiza la cirugía, es de mejor pronóstico operar este tipo de lesiones en las dos primeras semanas", derivándose como lo concluyó el perito que, era decisivo y determinante en el grado de afectación de la lesión tendinosa el adecuado y oportuno manejo médico.

Revisada la historia clínica allegada puede constatar que, la atención inicial de urgencias se generó los días 4 y 5 de noviembre de 2007, siendo posteriormente atendido el 9 de noviembre del mismo año por "cuadro de parestesia en dedos, consulta por dolor en mano derecha, limitación en la extensión de los dedos (...) hipoestesia de ellos" generándose orden para cita con ortopedista, misma que fuera materializada el 30 del mismo mes y año, consulta en la que se ordenó en forma prioritaria evaluación por cirugía plástica y, en consulta del 9 de enero de 2008 se prescribió la realización

de "tenolisis (...) Neurolisis (...) tenorrafia + inherto tendinoso (...) Neurorrafia"⁴⁵, procedimiento que solo fue realizado hasta el 16 de enero de 2008⁴⁶.

El perito estimó que debió programarse cirugía con todos los médicos especialistas requeridos, "el mismo día de la consulta", el médico Walter Ángel señaló "tendones y nervios no son una urgencia inmediata y puede diferirse horas o días para que los evalúe un cirujano plástico en busca de obtener un mejor resultado funcional", por su parte, el ortopedista David Fernando Gómez al indagar sobre el tiempo para realizar procedimiento quirúrgico de lesión tendinosa en un paciente respondió: "debe realizarse con prontitud idealmente en las primeras dos semanas, contadas a partir de la lesión", a su turno en historia clínica del 17 de diciembre de 2018 se anotó "trauma severo en mano derecha al cortarse con un machete en su muñeca derecha, la cual fue reparada tardíamente con recuperación parcial se su función"; emerge de lo anterior que, el diagnóstico y manejo impartido no fue oportuno, pues el procedimiento quirúrgico se realizó más de dos meses después de ocurrido el accidente, siendo de gran trascendencia la intervención temprana, lo que no ocurrió, agravó las secuelas y condiciones de salud del paciente, en palabras del perito constituyó la causa dominante del daño.

Desde tal perspectiva, se estima que, de haberse efectuado oportunamente la intervención quirúrgica las secuelas de la lesión hubiesen sido mínimas. Al respecto, el perito al interrogársele sobre las consecuencias de la práctica de la tenorrafia y neurorrafia mes y medio después de acaecida la lesión indicó: "Con tratamiento adecuado completo y oportuno son mínimas, pero las hay. Con tratamiento quirúrgico adecuado pero tardío como se le dio al señor Garzón Flórez, las secuelas o lesiones definitivas son más graves".

Las apreciaciones del perito, las declaraciones de los testigos técnicos y la historia clínica permiten comprender que, pese a la complejidad y gravedad del trauma, la omisión de la interconsulta supuso un diagnóstico e intervención quirúrgica tardía, de tal manera que en grado sumo empeoró las secuelas del trauma al punto de conllevar a una merma en la capacidad laboral superior al 50%.

Aun cuando repara el recurrente que la causa debe atribuirse al proceso de cicatrización o a la misma lesión, no hay medio demostrativo del que se desprenda tal conclusión, contrario a ello, en el informe pericial al indagarse sobre el proceso de cicatrización enfatizó el perito que las complicaciones se generaron por la cirugía tardía; adicionalmente, si bien admite el perito y los testigos técnicos la complejidad del trauma, propio es entender, conforme las reglas de la experiencia, que una lesión de tal

⁴⁵ Ver archivo 01. CUADERNO 1 rad 001 2011 342 pág. 38

⁴⁶ Ibid pág. 43

talante, evoluciona si no es tratada a tiempo y los facultativos coincidieron en la importancia del manejo pronto de la lesión.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha instituido que se debe efectuar una doble verificación en cuanto al nexo de causalidad. La reflexión debe redundar en dos esferas, una fáctica, y otra jurídica.

Ha dicho la Corte: *"la causalidad material (...) no es ofrecer una respuesta definitiva a la cuestión causal, sino acotar, de entre todos los antecedentes de un suceso dañoso, aquellos que cumplan con parámetros de necesidad y suficiencia respecto de la realización del daño, de modo que habiliten su posterior selección como causa en el contexto de una reclamación jurisdiccional"*⁴⁷.

La jurisprudencia ha aceptado el criterio de la causa adecuada, según el cual, *"el agente debe ser considerado responsable «solo del daño que resulta regularmente y de acuerdo con el curso normal de las cosas de la conducta o actividad desplegada», teniendo en cuenta variables como la previsibilidad, la cercanía temporal entre la conducta y el daño, o la entidad de este en relación con las secuelas de aquella"*⁴⁸ (Subrayado fuera de texto).

Agotado el estudio de causalidad material *"es ineludible acudir al ordenamiento en procura de las herramientas teóricas que permitan establecer si una condición causal concreta es apta para justificar la asignación de un débito indemnizatorio, o lo que es lo mismo, si puede considerarse como la causa jurídica relevante de dicho resultado"*.

Así, según lo ha aceptado la Corte, más allá del concepto de causalidad física, se inserta un contexto de imputación jurídica en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas, para tal efecto, *"se considera al agente como autor del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden imputársele, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación"*⁴⁹.

A partir de las anteriores reflexiones, identificada la causa material, se encuentran pautas jurídicas de conducta que debieron observar los facultativos que atendieron al señor Garzón Flórez en el servicio inicial de

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC 3604 de 2021. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ IMMANUEL KANT, Introducción a la Doctrina del Derecho p. 30. Citado en Sentencia SC 13925/2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez

urgencias y que permiten efectuar la imputación jurídica referida por la jurisprudencia.

En efecto, el Decreto 412 de 1992⁵⁰ que define la urgencia como *"la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte"*; el artículo 10 de la Ley 23 de 1981 que compila normas de ética médica y prevé la dedicación que debe procurar el médico con el paciente frente a una evaluación adecuada, la orden de exámenes necesarios para la precisión del diagnóstico y su tratamiento⁵¹; el artículo 23 de la Ley 1122 de 2007 establece el deber de las EPS de atender con celeridad y la frecuencia que se requiera la complejidad de las patologías, además de fijar con rapidez la citas que se requieran para un tratamiento oportuno, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad⁵².

Los medios de persuasión permiten acreditar el mal manejo adoptado en la atención inicial de urgencias que conllevó a un diagnóstico e intervención quirúrgica tardía en el paciente e impidió la realización de la cirugía plástica que debió efectuarse en forma temprana, según el perito la intervención debió generarse el mismo día y el médico David Fernando Gómez señaló que no debieron superarse dos semanas. No obstante, el procedimiento se practicó dos meses y medio después del accidente.

De lo anteriores elementos de juicio, se extrae que, tales circunstancias permitieron maximizar las secuelas de la lesión, la institución que prestó el servicio de salud, adscrita a la entidad demandada, tenía el deber de conocer las normas en virtud de las cuales pesa sobre ellos la obligación de prestar los servicios de salud de calidad, en forma oportuna y adecuada⁵³, sin embargo, ello no aconteció pese a la complejidad del trauma, instituyéndose la falta del cumplimiento de tales obligaciones como causales potencialmente idóneas y adecuadas como causa, que al trasladarse al escenario jurídico denotan un incumplimiento del deber de conducta médica que debió observarse para evitar el resultado, a saber, el detrimento o menoscabo en las condiciones de salud del señor Garzón Flórez al punto de dictaminarse una pérdida de capacidad laboral del 51.20% por diagnóstico S618 *"secuelas herida muñeca derecha"*.

⁵⁰ Por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones

⁵¹ Norma que dispone: *"el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente"*.

⁵² Norma que prevé: *"Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) del régimen contributivo y subsidiado deberán atender con la celeridad y la frecuencia que requiera la complejidad de las patologías de los usuarios del mismo. Así mismo las citas médicas deben ser fijadas con la rapidez que requiere un tratamiento oportuno por parte de la EPS, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad correspondiente"*.

⁵³ En el marco de los principios previstos en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias del SGSS

Según el criterio de la causalidad adecuada se tienen en cuenta variables como la previsibilidad, en el caso concreto, el médico omitió efectuar una evaluación integral y adecuada pudiendo prever el potencial dañino de su descuido, pese a que el compromiso se extiende a propender porque se eviten o minimicen afecciones previsibles.

De los anteriores elementos de juicio, se concluye que indefectiblemente la conducta descuidada y la actuación tardía es la condición causal concreta del daño, por consiguiente, se comparte la conclusión del juez de instancia al estimar configurado el nexo causal.

5.4 Reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales.

El apelante acusó la condena de perjuicios extrapatrimoniales por considerarla excesiva, en la medida que la pérdida de capacidad laboral no la ameritaba.

La censura del recurrente no saldrá avante, como quiera que del daño sufrido por el actor puede inferirse indiciariamente la afectación subjetiva e intersubjetiva que se refleja de las limitaciones de movilidad, así como las incomodidades que ha tenido que soportar el señor Garzón Flórez como su círculo familiar más cercano (cónyuge e hija), con ocasión del agravamiento del trauma y el compromiso funcional de la mano dominante.

Circunstancias de afectación que ponen al descubierto los testigos de la parte demandante, la señora Luz Marina Suarez⁵⁴ refirió que el accidente afectó a los demandantes como familia, así como al señor Garzón al sentirse impotente de no poder aportar en la casa y por la situación económica tuvieron crisis familiar; la señora Norma Londoño⁵⁵ respondió afirmativamente sobre la afectación psíquica del señor Garzón Flórez agregando que siente pena, esconde la mano y la familia siente tristeza; finalmente, la señora María Fabiola Marín⁵⁶ señaló que el señor Garzón quedó asustado, impresionado porque ya no podía hacer nada.

Los jueces deben observar para su cuantificación el arbitrio judicial, teniendo como referencia los topes jurisprudencialmente fijados, entre los que se advierte la sentencia SC562-2020, en la que se reconoció una suma de aproximadamente 68 y 34 SMLMV para la víctima directa y para sus padres, respectivamente, en el caso de una pérdida total de la visión y otros daños a la salud.

⁵⁴ Ver archivo 05. CUADERNO 3 rad 001 2011 342 pág. 15-19

⁵⁵ Ibid. págs. 21-25

⁵⁶ Ibid. págs. 25-28

Bajo ese marco, teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales en relación a la cuantificación, el menoscabo a la integridad psicofísica como medida simbólica o de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impedirá al señor Garzón Flórez tener una vida en condiciones normales y que afecta a su núcleo familiar cercano (cónyuge e hija), no se comparte el argumento del recurrente al estimar excesivamente tasados los perjuicios morales, pues guardan adecuada proporción, según las circunstancias particulares del agravio y no supera lo establecido en el precedente, razones por las cuales se confirmará la decisión en lo pertinente.

5.5 Sujeción al contrato de seguro.

El recurrente indicó que debía tenerse en cuenta que la póliza opera bajo la modalidad de cláusulas *claims made* y detalló sobre las coberturas de la póliza frente al perjuicio inmaterial, sin embargo, no explica motivo de inconformidad frente a la decisión del *a quo* en lo pertinente.

El motivo de desacuerdo e inconformidad con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia es presupuesto necesario para resolver la alzada, puesto que delimita el pronunciamiento del *ad quem*, sin que sea dable que, en esta instancia, se reabra el debate con base en interpretaciones sobre cuáles son los verdaderos motivos de inconformidad del apelante y no se observan decisiones que deban adoptarse de oficio, luego, según claro imperativo legal establecido en el artículo 328 del CGP, que define la competencia del superior funcional, no se efectuará pronunciamiento frente al asunto.

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN.

La intervención forzosa administrativa para liquidar el programa de EPS durante el trámite del proceso no constituye la extinción de la demandada como persona jurídica, para ello el ordenamiento jurídico prevé la constitución de una reserva razonable conforme a su prelación para atenderla en caso de un fallo adverso; la prestación del servicio de salud en el marco del sistema general de seguridad social involucra multiplicidad de actores como las EPS, IPS y el personal de la salud, respecto de quienes la jurisprudencia ha concluido responsabilidad solidaria y, en particular, la condición de garante de EPS del servicios en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia y; todo lo anterior sin perjuicio de la reunión de los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad civil médica, en el que rige por regla general la culpa probada.

En el caso que se analiza, se encuentran acreditados los requisitos para la prosperidad de la acción, especialmente la culpa y nexo causal como elementos estructurales de la responsabilidad civil que fueron atacados

por los apelantes; la falta de evaluación integral, oportuna y adecuada de cara a las condiciones particulares del paciente impidieron la prescripción de un tratamiento adecuado para la recuperación de la lesión, así como la falta de materialización oportuna de valoración con especialista en cirugía plástica; la conducta descuidada y la actuación tardía es la condición causal concreta del daño (causa material) y la IPS que prestó el servicio de salud, adscrita a la entidad EPS demandada son responsables solidariamente, pues tenían el deber de conocimiento previo de las normas en virtud de las cuales pesa sobre ellos la obligación de prestar los servicios de salud de calidad (causa jurídica), concluyéndose la satisfacción de los presupuestos que estructuran la responsabilidad civil médica, tal y como lo concluyó el *a quo*, sin que la liquidación sobreviniente del programa de EPS a cargo de la demandada enerve la acción, razones por las cuales se confirmará la sentencia de primera instancia y se condenará en costas de esta instancia a la vencida conforme al artículo 365(3) del CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

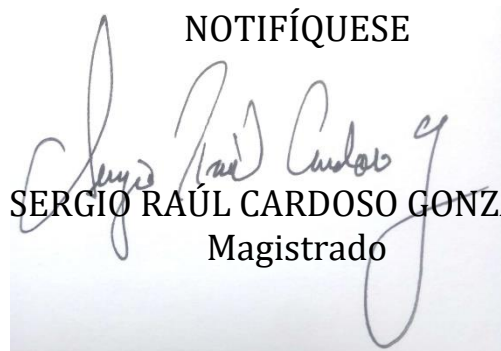
7. RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 19 de noviembre de 2019, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la CAJA DE COMPELACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, fijando como agencias en derecho frente a cada una la suma de (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, una vez se encuentre ejecutoriada la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
Magistrado



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
Magistrado



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
Magistrado