



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL RIOHACHA  
SALA CIVIL – FAMILIA - LABORAL  
RIOHACHA- LA GUAJIRA**

Riohacha, dos (02) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: Dr. **CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.**

Ref.:	
PROVIDENCIA:	Sentencia de segunda instancia
PROCESO:	Ordinario de Responsabilidad Médica.
DEMANDANTE:	YANIRETH MARGOTH PÉRTUZ HERNÁNDEZ Y OTROS
DEMANDADO:	COMFAGUAJIRA Y OTROS
JUZGADO ORIGEN:	Segundo Civil del Circuito de Riohacha.
RADICACIÓN:	44 001-31-03-002-2017-00121-03

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 05** del dos (02) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ, PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO Y CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el Decreto 806 de 2020 artículo 14 inciso 3º y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia del siete (7) de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, en el proceso de la referencia.

Dando alcance al art. 279 y 280 del C.G.P., esta sentencia se omitirá la lectura de antecedentes, los cuales son suficientemente conocidos por las partes de éste proceso.

**ANTECEDENTES:**

**1. CAUSA PETENDI**

Se trata de una demanda ordinaria cuya pretensión es declarar la responsabilidad médica, propuesta por YANIRETH MARGOTH PÉRTUZ HERNÁNDEZ, OCTAVIO HERIBERTO PELUFO MEDINA, SANDERSON, SINDY PAOLA Y YORISMAN PELUFFO PÉRTUZ, contra la entidad promotora de Salud, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE LA GUAJIRA, COMFAGUAJIRA, representada legalmente por LUIS EDUARDO MEDINA ROMERO, SOCIEDAD MÉDICA CLÍNICA RIOHCHA SAS, SOMEDICA SAS representada legamente por WILVER FERNANDO CHOCONTA VARGAS, y contra la COMPAÑÍA DE SALUD

COLSALUD S.A. representada legalmente por JULIO RAMÓN PIZARRO PÉREZ y contra el médico LÁCIDES ALFONSO MOSCOTE AMAYA con el fin de que sean condenados a pagar las INDEMNIZACIONES Y/O REPARACIÓN INTEGRAL POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES, MATERIALES Y FISIOLÓGICOS causados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia provenientes de la responsabilidad médica de naturaleza y origen contractual, y en subsidio extracontractual, causados por las fallas del servicio médico asistencial de las demandadas con ocasión de la atención médica y/o procedimientos quirúrgicos y hospitalarios a que fue sometida la señora YANIRETH MARGOTH PERTÚZ HERNÁNDEZ.

Señalaron los demandantes que con posterioridad al procedimiento VIDEOLAPOROSCOPIA DIAGNÓSTICA, realizada por el doctor LÁCIDES MOSCOTE AMAYA, el 12 de agosto de 2013, en la SOCIEDAD MÉDICA CLÍNICA RIOHACHA, la señora PÉRTUZ HERNÁNDEZ, ingresó en varias oportunidades a instituciones hospitalarias, según historias clínicas provenientes de la CLÍNICA RIOHACHA, CLÍNICA MAR CARIBE, BONABONA PREVENIR, CLÍNICA LACEDES, COMFAGUAJIRA, CLÍNICA BAUTISTA Y CLÍNICA LA MISERICORDIA; según las diferentes historias clínicas, se consignó como diagnóstico: dolor abdominal, obstrucción intestinal por bridas, edema generalizado con sepsis persistente de foco pulmonar, síndrome convulsivo, síndrome mental orgánico, endocarditis infecciosa. Funda la demanda en la actuación del médico LÁCIDES MOSCOTE AMAYA, SOMEDICA S.A.S. quienes no solicitaron ni obtuvieron el consentimiento informado de la señora PÉRTUZ HERNÁNDEZ, para la realización del procedimiento denominado VIDEOLAPAROSCOPIA DIAGNÓSTICA, que el profesional de la salud LÁCIDES MOSCOTE AMAYA, incurrió en una mala praxis médica al realizar el procedimiento, dado que a la paciente se le debió practicar una cirugía denominada LAPAROTOMÍA DE PRECISIÓN EXPLORATORIA, por sospecha de lesión de visera hueca, además, que el personal de la salud de la clínica MAR CARIBE Y SOCIEDAD MÉDICA CLÍNICA RIOHACHA, no acertaron con el diagnóstico ni le prestaron los servicios médicos asistenciales y procedimientos quirúrgicos que su caso ameritaba.

#### **ACTUACIONES PROCESALES:**

Admitida la demanda por auto de junio dos de 2017, después de haber subsanado la demanda, ver folio 567 del cuaderno digital número tres, se notificó la demanda a cada una de las partes, procedieron a contestar así:

2.1. CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE LA GUAJIRA COMFAGUAJIRA RESPONDIÓ LA DEMANDA, COMO SE APRECIA A FOLIO 594 Y SUBSIGUIENTES.

Afirmó que eran ciertos los siguientes hechos: 3.1., 3.4., 3.7., 3.8., 3.13., 3.14, 3.15., 3.18., 3.19., 3.21. a 3.25., 3.28., 3.39.

No le constan los hechos 3.3., 3.5. 3.6., 3.9. a 3.12, 3.16 y 3.17, 3.20., 3.26. y 3.27. 3.29. a 3.38., 3.40.

Adveró no ser ciertos los siguientes hechos: 3.2., 3.16.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las siguientes: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR FRAUDE AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA LA OBTENCIÓN DE BENEFICIOS, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, AUSENCIA DE NEXO CAUSAL, TASACIÓN EXCESIVA DE PERJUICIOS, BUENA FE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA.

2.2. MÉDICO LÁCIDES MOSCOTE AMAYA, respondió de la siguiente manera:

Afirmó que eran ciertos los siguientes hechos: 3.1., 3.4., 3.7., 3.8.

Parcialmente cierto el 3.10., 3.11., 3.13., 3.14, 3.15., 3.18., 3.19., 3.21. al 3.23., 3.27, 3.27, y 3.39.

No le constan los hechos: 3.16. al 3.19., 3.24. al 3.26. 3.30. al 3.31, 3.34 al 3.37.

Adveró no ser ciertos los siguientes hechos: 3.3., 3.6., 3.8., 3.29, 3.32., 3.33., 3.40., no es un hecho afirmo del 3.20.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las siguientes: AUSENCIA DE CULPA DEL DR. LÁCIDES MOSCOTE, AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD, AUSENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR PARTE DEL DR. LÁCIDES MOSCOTE AMAYA, EXCESIVA TASACIÓN EXCESIVA DE PERJUICIOS, EXCEPCIONES INNOMINADAS, ADEMÁS OBJETÓ EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

2.3. SOCIEDAD MÉDICA CLÍNICA RIOHACHA

Afirmó que eran ciertos los siguientes hechos: 3.1., 3.2., 3.4., 3.7., 3.9., 3.11 al 3.13., 3.14, 3.15., 3.18., 3.19., 3.21. al 3.26., 3.39.

Son parcialmente ciertos los hechos: 3.5, 3.8., 3.10., 3.14.

No le constan los hechos: 3.16. al 3.20, 3.27., 3.6., 3.9. a 3.12, 3.16 y 3.17, 3.20., 3.27. 3.28., 3.30. y 3.31. 3.34 al 3.37.

Adveró no ser ciertos los siguientes hechos: 3.29., 3.32., 3.33., 3.38.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló como excepciones de fondo las siguientes: AUSENCIA DEL OBLIGATORIO NEXO CAUSAL entre la conducta adoptada por la demandada SOCIEDAD MÉDICA CLÍNICA RIOHACHA SAS y el procedimiento quirúrgico practicado por parte del doctor LÁCIDES MOSCOTE especialista ginecológico, y EDUARDO PIÑERES CIODARO especialista en anestesiología. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A INDEMNIZAR O REPRAR (SIC) EL DAÑO, FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.

LAMÓ EN GARANTÍA a LIBERTY SERGUROS S.A.

#### 2.4. COMPAÑÍA COLOMBIANA DE SALUD – CLÍNICA MAR CARIBE

Afirmó que eran ciertos los siguientes hechos: 3.1., al 3.3., 3.17. y 3.18., 3.39.

No le constan los hechos 3.4., al 3.13., 3.21., al 3.25., 3.28., 3.30 a 3.37. .12, Adveró no ser ciertos los siguientes hechos: 3.38.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

EXCEPCIONES: CADUCIDAD, CUALQUIER OTRA QUE SE ENCUENTRE PROBADA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O INEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS DEMANDADOS.

El apoderado de la parte demandante describió el traslado de las excepciones de fondo como se aprecia a folio 718.

A folio 756 obra oficio remitido por el Juzgado a medicina legal para que emitiera peritaje respecto de los procedimientos practicados.

#### 3. AUDIENCIA INICIAL DEL ART. 372 DEL C.G.P. (fl. 736 y SS Cuaderno 4 del expediente digital).

Se realizó el 12 de febrero de 2019 sin lograr conciliación alguna, cumpliéndose allí, todas sus etapas donde se fijó el litigio, se decretaron las pruebas, que, después de practicadas determinó el traslado a los apoderados para el alegato final.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La funcionaria de primera instancia empieza por analizar los presupuestos procesales, los que encuentra cumplidos, recordó la demanda que subsume dentro de la responsabilidad civil contractual, encontró acreditada la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, analizó la responsabilidad médica, de la mano con la jurisprudencia nacional.

Planteo como problema jurídico ¿Cuál es el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto, teniendo en cuenta que se intentan dos acciones, la contractual respecto de la víctima directa y la extracontractual respecto de sus familiares?

¿Si se encuentran acreditados los presupuestos LEGALES necesarios para declarar a Comfaguajira, Sociedad Médica Clínica Riohacha SAS, COLSALUD S.A. y LÁCIDES MOSCOTE ANAYA AMAYA son civil y solidariamente responsables por los presuntos daños sufridos por los demandantes, como consecuencia de las supuestas fallas del servicio médico asistencial con ocasión de la atención de médica quirúrgicos y hospitalarios que le fueron practicadas a la demandante, o si

están llamadas a prosperar las excepciones de mérito alegadas por las demandados y llamadas en garantía?

Seguidamente estudió el REGIMEN DE RESPONSABILIDAD, recordó que, se demandó de manera principal, para que previa declaración de la responsabilidad civil y solidaria de la persona natural y las personas jurídicas demandadas, provenientes de la responsabilidad médica de naturaleza contractual y en subsidio la de origen extracontractual, que *“de manera individual, conjunta y/o solidaria les quepa a los demandados...”* para el pago de los perjuicios patrimoniales y extramatrimoniales.

Luego hace el estudio de la responsabilidad civil en general y en particular de la responsabilidad médica, para lo cual se apoyó en sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC 159 del 19 de noviembre de 2016 MG Ponente RICO PUERTO.

En concreto abordó los siguientes ejes temáticos:

Consentimiento Informado: La funcionaria trae en su apoyo doctrina de la Corte Suprema de Justicia, y luego de hacer el análisis probatorio correspondiente, encuentra prueba documental, que demuestra que no solamente la demandante sino además su compañero permanente, firmaron el consentimiento informado, no acogiendo los argumentos del apoderado demandante en este punto.

Análisis de la conducta de cada uno de los demandados:

Concluye que no hay de prueba de la conducta desplegada por cada uno de los demandados y que la parte activa no cumplió con la carga de probar que aquellos, no obraron conforme a LEX ARTIS, ni demostró el nexo causal, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, esto, con fundamento en la historia clínica.

Además reprochó la ausencia de prueba pericial, para lo cual averó *“...la parte actora debió presentar la prueba pericial de personas o instituciones especializadas en el ramo, que de manera clara y contundente le informaran a la administración de justicia la existencia de la culpa que se pregona...teniendo en cuenta que los jueces no tienen el conocimiento científico que les permitan determinar si los medicamentos suministrados fueron los adecuados o no, si el manejo conservador consignado en la historia clínica por los especialista quienes decidieron no intervenir fue el adecuado o no, si los exámenes realizados fueron los adecuados o no, si el alta médica en la condiciones en que fue conferida era lo adecuado o no, todo ello según la lex artis, y así entonces concluir sin sombra de duda que el actuar del personal médico fue negligente porque debieron indefectiblemente practicarle a la paciente el procedimiento denominado “Laparatomía (sic) de precisión...se pregunta el despacho ¿debía aun en dichas condiciones operar a la paciente? ¿Eran más los beneficios de dicha operación que los riesgos? ¿O eran más los riesgos que los beneficios? Interrogantes todos ellos no satisfechos probatoriamente, en concordancia con lo antes expuesto reconoce la demandante*

*Sindi Paola en el interrogatorio surtido en la audiencia inicial que en Santa Marta se reunió un grupo médico y deciden que la paciente no está para cirugía”*

En cuanto al nexo causal expuso “...En efecto, la documental en mención dan (sic) cuenta de hechos, conductas, situaciones especiales y tratamientos practicados, para cuya adecuada ponderación resulta menester el auxilio de la prueba pericial que el Juzgado echa de menos, y que en este caso la parte demandante pretende suplir con las historias clínicas que se dejaron resumidos; perspectiva desde la cual, se reitera, que el juez es ajeno a la ciencia médica, y no puede determinar con fundamento en los referidos documentos la causa de los padecimientos de la actora.”

Respecto al “dictamen pericial No. 5471 expedido por la Junta Regional de Invalidez del Cesar de fecha 17 de noviembre de 2015, donde se determinó que la señora YANIRETH MARGOTH HERNANDEZ PERTUZ presenta una pérdida de capacidad laboral del 33. 25% por enfermedad común, con fecha de estructuración 1º de octubre de 2015; sin embargo, las conclusiones a las que llegaron los responsables de la calificación, no ofrecen al Juzgado los soportes necesarios para establecer que la atención médica suministrada a la demandante en las instalaciones de la Clínica Riohacha y Mar Caribe fueron las causantes de las patologías que presenta...”

Más adelante observó la funcionaria a quo “Ha de indicarse que...el referido dictamen pone de presente los problemas de salud que para la fecha de su realización aquejan a la demandante YANIRETH pero no dan cuenta que los mismos hayan sido ocasionados por negligencia de las entidades demandadas o impericia del personal de salud adscrito a éstas, por otra parte tampoco da cuenta del nexo causal entre la conducta asumida en la atención en salud y dichos padecimientos, lo único cierto es que la señora en cuestión tiene una pérdida de capacidad laboral a raíz de los citados padecimientos.”

Para finalmente no encontrar acreditados los elementos de la responsabilidad médica, para sentenciar así: “(...) **RESUELVE: PRIMERO:** Absolver a la Caja de Compensación Familiar de la Guajira CONFAGUAJIRA, Sociedad Médica Clínica de Riohacha SAS, Colmédica SAS, COMPAÑÍA COLOMBIA DE SALUD COLSALUD S.A. y Lácides Moscote Amaya de las pretensiones de los demandantes YANIRE MARGOTH PÉRTUZ HÉRNANDEZ, OCTAVIO HERIBERTO PELUFO MEDINA, SANDERSON PELUFFO PÉRTUZ, SINDY PAOLA PELUFFO PÉRTUZ Y YORISMAN PELUFFO PÉRTUZ, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO:** En consecuencia se Declara terminado el Proceso verbal de Responsabilidad Médica YANIRE MARGOTH PÉRTUZ HÉRNANDEZ, OCTAVIO HERIBERTO PELUFO MEDINA, SANDERSON PELUFFO PÉRTUZ, SINDY PAOLA PELUFFO PÉRTUZ Y YORISMAN PELUFFO PÉRTUZ contra la Caja de Compensación Familiar de la Guajira CONFAGUAJIRA, Sociedad Médica Clínica de Riohacha SAS, Colmédica SAS, COMPAÑÍA COLOMBIA DE SALUD COLSALUD S.A. y Lácides Moscote Amaya **TERCERO** condénese en costas a la parte demandante...”

## RECURSO DE APELACIÓN

**Reparos concretos:** El primer reparo tiene que ver con el consentimiento informado, que según el apelante no cumple los requisitos legales, que no hubo adecuada valoración de la prueba ni se hizo conforme a la sana crítica respecto de la atención médico asistencial. Que el galeno no acreditó porque no fue a la audiencia de conciliación, que hubo un inadecuado registro de la información en la historia clínica. Inexcusable carencia de sangre en la clínica Riohacha, que se le dio credibilidad a testigos sospechosos, que se falsea la historia clínica cuando se consigna allí las pruebas radiológicas o en cualquier otro tipo de prueba que tenía ovarios, cuando la demandante no tenía ovarios. No se tuvo en cuenta en verdad por parte del despacho los registros y anotaciones médicas que se hicieron en la clínica mar caribe y en la clínica DONADONA de dónde iban a inventarse la clínica MAR CARIBE y la clínica DONADONA que había una herida quirúrgica, que había un sangrado, eso no proviene de por arte, y otras cuestiones los derrames que tenía y los lavados entonces eso no lo inventaron ellos.

## CONSIDERACIONES.

### Presupuestos procesales.

Se encuentran reunidos los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser partes y para comparecer, así como la competencia del juzgador, para decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, sin que se observe causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación. Además, existe Legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva ya que tratándose del tema de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, están legitimados los demandantes como perjudicados y el galeno y los centro médico asistenciales como demandados, por ser a quienes se atribuye el hecho que causó el daño que se pide reparar.

### Problema jurídico.

El recurrente, en esencia plantea un problema de valoración probatoria.

Esta Corporación, está limitado, por el artículo 357 del C.P.C., hoy art. 328 del C.G.P., al haber apelante único.

Antes de abordar el fondo del asunto se debe señalar que las partes no han cuestionado, el tipo de responsabilidad médica demandada, contractual y extracontractual.

Así delimitado el tema, se debe definir un marco conceptual que permita abordar el caso.

Los elementos de la responsabilidad civil que comparten la extra contractual con la contractual, son DAÑO, CULPA, Y NEXO CAUSAL y se añade a la contractual la celebración de un contrato válido.

A continuación, se debe precisar conceptualmente cada punto.

Arturo Valencia Zea, en su obra Derecho Civil, Tomo III, pág. 202 dice:

Supuestos de la responsabilidad civil:

*“La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y el otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esa relación de hecho, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por ese motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por, tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien, a pesar de haber causado un daño a otro, no obstante no es obligado a repararlo”*

La culpa y el dolo están definidos en el art. 63 del C.C., norma a la cual debemos remitirnos en razón, a la redacción del art. 2341 del Código civil, que señala “El que ha cometido delito o culpa...”

La culpa se ha definido por la Corte Suprema de Justicia, así:

*“...Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar”*

La culpa, pues se presenta en dos casos:

a) *Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.*

b) *Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente (...)*

*Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.*

*(...) De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones”. (CSJ, Sentencia de junio 2/58)*

Se toma para definir el elemento culpa médica, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual fue Magistrado Ponente, el Dr. Dr. JOSE FERNANDO

RAMIREZ GOMEZ, del treinta (30) de enero de dos mil uno (2001), expediente No. 5507.

*“...pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que **“...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”**. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el “contrato se hubiere asegurado un determinado resultado” pues “si no lo obtiene”, según dice la Corte, “el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”, a no ser que logre demostrar alguna causa de “exoneración”, agrega la providencia, como la “fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998”.*

En reciente providencia, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con ponencia del Dr. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, No. SC8219-2016, radicado 11001-31-03-039-2003-00546-01, de veinte (20) de junio de dos mil dieciséis (2016), cito su propio precedente, así:

**“Sobre este tema la Corte en SC15746-2014 dijo que:**

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

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

***un profesional ajeno a la planta existente, para que se encargue de un procedimiento específico, por su cuenta y riesgo.***

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual fue Magistrada Ponente, la Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO, SC12947-2016, 11001 31 03 018 2001 00339 01, de quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), habla sobre la culpa probada, la culpa virtual.

Ahora debemos examinar, si como lo afirma el recurrente, frente al acto médico que aquí nos ocupa, si se aportó la prueba que demuestre la culpa galénica, cuando se atiende a la señora PÉRTUZ HERNÁNDEZ que resultó con el cuadro clínico que originó la atención médica recibida por los demandados.

En estos procesos, como lo tiene sentado la doctrina, la carga de la prueba está distribuida así: Al demandante le corresponde demostrar los hechos concretos de la culpa del médico y al médico le corresponde demostrar que actuó conforme al lex artis. Además, se debe examinar si la obligación del médico es de medio o de resultado, pues, ello influye en la determinación de las cargas probatorias, claro, sin olvidar que se halla autorizada la flexibilización de la carga de la prueba, pero como lo definió el CGP, y la corte Constitucional cuando estudio el tema, la carga dinámica debe pedirse por las partes al juez, se debe decretar por auto y no se puede sorprender al contrario pidiendo en segunda instancia su aplicación.

**MARCO CONCEPTUAL**

Sirvieron de referencia, los siguientes textos digitales:

En el presente asunto se hace necesario entrar a conceptualizar con base en la información que existe en internet, los siguientes conceptos:

*La laparotomía exploratoria es un examen de diagnóstico en el cual es realizado un corte en la región del abdomen, con el objetivo de observar los órganos e identificar la causa de determinado síntoma o alteración en exámenes de imagen. Este procedimiento es realizado en el centro quirúrgico por cirujanos con el paciente bajo anestesia, pues se trata de un procedimiento invasivo.*

*Se recomienda que la persona permanezca en el hospital para que se le haga seguimiento médico y se recupere de forma más rápida del procedimiento, además de disminuir el riesgo de complicaciones, como hemorragias e infecciones.* Tomado de la página web: <https://www.tuasaude.com/es/laparotomia-exploratoria/>

*Qué es la pelvis congelada: La pelvis congelada hace referencia a la presencia de múltiples adherencias formadas por tejidos cicatriciales entre los órganos pélvicos que desestructuran, en mayor o menor grado, la anatomía normal.*

*El síndrome de la pelvis congelada es una de las principales causas de dismenorrea. También produce dolor pélvico crónico y lumbago crónico. Cuando la enfermedad se encuentra en estado avanzado, los órganos internos se adhieren unos a otros dando lugar a la pelvis congelada. <https://salud.ccm.net/faq/28650-pelvis-congelada>.*

#### DEFINICIÓN DE LISIS

*Dstrucción de una célula, normalmente por rotura de la membrana celular mediante un agente específico o un proceso físico.*

#### LISIS DE BACTERIAS:

*Todas las células tienen una membrana hecha de fosfolípidos con proteínas embebidas. Las bacterias tienen además una pared celular externa. Los antibióticos del grupo de las penicilinas alteran o inhiben la síntesis de proteínas de la pared celular de las bacterias, causando su destrucción o lisis.*

*Última actualización: 16/02/2016, tomado de la siguiente página web:*

*<https://www.encyclopediasalud.com/definiciones/lisis/>*

#### Trócar:

*m. Instrumento quirúrgico que consiste en un punzón introducido en una vaina o cánula, la cual se puede retirar una vez realizada la punción. Es utilizado para punciones evacuativas y exploradoras (biopsias).*

*Las adherencias intraperitoneales, bandas fibróticas formadas a partir de una reacción cicatricial del peritoneo, ocurren frecuentemente después de cualquier cirugía abdominal o pélvica. Estas adherencias, también denominadas bridas, pueden generar una amplia gama de síntomas y complicaciones clínicas o quirúrgicas (1-5). Las diversas alternativas tradicionales de tratamiento y prevención han demostrado resultados deficientes que se reflejan en su alto costo de atención (6).*

*Las adherencias o adhesiones pélvicas y abdominales son adherencias tisulares que se producen en órganos del abdomen y zona pélvica, normalmente relacionadas con intervenciones quirúrgicas, ginecológicas o enfermedades inflamatorias.*

*Hioscina o Butilbromuro de Hioscina es una sustancia activa presente en medicamentos catalogados como antiespasmódicos, también se utilizan en tratamiento de molestias y dolores causados por espasmos abdominales.*

*Las presentaciones de Hioscina son en solución inyectable con 1 ml, grageas con 10 mg, supositorios con 10 mg, gotas con 10 ml, entre otras.*

*Se encuentra recomendada para dolores abdominales de moderados a fuertes, para calmar el dolor de estómago asociado a espasmos (contracciones) o cólicos de los*

*órganos del abdomen y la pelvis, como el intestino, colon, vesícula, uretra, vejiga, útero.*

*Qué es: La Hioscina es un fármaco de acción rápida y eficaz, ya que actúa relajando el músculo liso del tracto gastrointestinal, biliar y genitourinario; es un espasmolítico.*

*Para qué sirve: Este medicamento se cataloga como antiespasmódico, por lo que se utiliza en el tratamiento de molestias y dolores causados por espasmos abdominales.*

*Cómo se utiliza: En el caso de grageas, la vía de administración es oral y la dosis recomendada es de 1 a 2 grageas, cada 6 u 8 horas. Tomado de la página web <https://prixz.com/salud/hioscina-que-es-y-para-que-sirve/>*

Solo se mencionan unos pocos conceptos médicos tomados de la web, pero precisamente, esta Corporación está huérfana de un peritaje que de luces y resuelva finalmente, si el acto médico desplegado por los demandados cumplió con el lex artix.

#### **1. PROBLEMA GENERAL:**

¿Si la parte demandante aportó al proceso la prueba de la responsabilidad médica, en sus manifestaciones de culpa médica originada en imprudencia, negligencia e impericia, o desconocimiento del LEX ARTIS, así como del nexo causal entre la atención recibida y los padecimientos de la demandante?

Lo primero a señalar es que no hay discusión sobre la atención de parte del médico y de los centros asistenciales demandados a la señora PÉRTUZ HERNÁNDEZ.

Tampoco es tema de discusión, que en el lapso que va de la primera atención a señora PÉRTUZ HERNÁNDEZ a su dada de alta, fue intervenida según da cuenta la historia clínica, tiempo en el cual, adicional al padecimiento por el que consultó, sobrevino una alteración de su estado de salud, a tal punto que fue internada en la UCI, es que, cuando ingresa por primera vez la demandante al centro asistencial, no tenía esas dolencias.

La sentencia de primera instancia viene fundada en la falta de prueba de dos de los elementos sustanciales de la responsabilidad médica (culpa galénica) y el nexo causal, y en el análisis de la sentencia primigenia, se reprochó a la parte demandante no aportar el dictamen pericial que soportara las pretensiones de la demanda, sin olvidar que, en las pruebas decretadas se ordenó un dictamen pericial, así:

Pericial: ordenar un dictamen pericial a medicina legal a la historia clínica de la señora YANIRET PERTUZ HERNANDEZ que se generó en la clínica MAR CARIBE, para determinar si los procedimientos practicados se encontraban acorde al origen de sus dolencias.

Situación que evidencia que el apelante no aportó con el proceso prueba pericial, ni la petición en su demanda. Además se libró el oficio correspondiente, ver folio 756, que tiene constancia de recibido, sin que se tenga noticia de que paso con aquel.

Cuando hablamos de responsabilidad médica, se debe analizar, si las partes, en la demanda o en el decreto de pruebas o en la práctica de aquellas, aportaron fundamentos de la LEX ARTIS respecto de la atención practicada a la señora PÉRTUZ HERNÁNDEZ. Esto es importante porque se va a enjuiciar un acto médico de profesionales de la medicina, que tiene un marco conceptual filosófico, teórico y práctico, ajeno a las disciplinas jurídicas.

Así, como se afirma en la sentencia de primera instancia, no hay prueba pericial que informe sobre el LEX ARTIS, esto es, se desconocen los protocolos médicos que ilustran como es el “deber ser” el acto médico del procedimiento que originó la presente demanda, o de las atenciones médicas que se surtieron posterior a ello.

La apelación parte de cuestionar el consentimiento informado, empero, cuando se presenta la demanda, no se argumentó falta de requisitos legales, sino de inexistencia del documento que lo recogiera, así, ésta alegación luce novedosa en esta instancia. Además, en la apelación se introduce extemporáneamente un documento que soporta la apelación, esto es, el documento denominado, PAQUETES INSTRUCCIONALES GUÍA TÉCNICA “BUENAS PRÁCTICAS PARA LA SEGURIDAD DEL PACIENTE EN LA ATENCIÓN EN SALUD” que concierne al consentimiento informado, empero, este documento no fue allegado con la demanda, ni hubo aporte de éste al momento de descorrer el traslado de fondo de las excepciones de la demanda, ni fue decretado como prueba. Así, no se puede valorar este documento. Empero, el consentimiento informado anexado en la contestación de la demanda, señala de manera general, los datos pertinentes frente a este, y no hay inexistencia del consentimiento informado.

Frente a la valoración probatoria de cada uno de los demandados, que según el apelante no fue en conjunto, ni con sana crítica, se habrá de decir que la sola prueba documental, historia clínica, demuestra el estado de salud de la demandante al ingresar a los centros asistenciales, la atención médica recibida, los diagnósticos recibidos, los procedimientos e intervenciones realizados, los exámenes ordenados, las medicinas que se prescribieron, empero, como la responsabilidad médica es de culpa probada, esto es, el demandante tiene que probar los hechos que permiten inferir que hubo culpa médica por negligencia, impericia, imprudencia, no actuar conforme a LEX ARTIS y que el resultado de los padecimientos de aquella sufre son causa de la atención médica recibida.

Aprueba este cuerpo colegiado, como en el alegato presentado por el apelante en esta Corporación, se usa un lenguaje médico, propia de aquella disciplina, que se introduce a forma de peritaje, empero quien hace esas afirmaciones, no es profesional de la medicina y menos de la especialidad del galeno que interviene, ver los numerales 2.2.1 al 2.2.11, para sólo mencionar algunos de ellos, que se

enuncian por vía de ejemplo “...se incurrió en errores médicos como ordenar buscapina compuesta...La conducta médica de mantener a la paciente con el medicamento tramadol obviamente enmascaró el dolor...” Es que en esos cuestionamientos, el apoderado del demandante funge de perito, pero en el expediente, no existe esta prueba que permita corroborar las afirmaciones del recurrente, si la medicación formulada es conforme al lex artix, además, a donde se dice quienes intervinieron que el tramadol enmascara el dolor.

En suma, los cuestionamientos centrales que debía hacer la parte demandante a un perito médico especializado en ginecología, brillan por su ausencia, dentro de los cuales, la funcionaria de primea instancia solo menciona algunos, y pese a que es posible derrotar la ignorancia en los temas generales que se debaten, como lo serían las definiciones para avocar el estudio de la histórica clínica, solo un par médico, puede, con vista en la historia clínica, determinar si la atención recibida por el paciente fue adecuada, si se hicieron las intervenciones requeridas, si las medicinas formuladas fueron las adecuadas, si los exámenes ordenados fueron oportunamente practicados, si se debía o no intervenir quirúrgicamente, o si en concreto, en los actos médicos, los galenos tuvieron que sopesar y estudiar la conducta a seguir conforme al LEX ARTIX. Los testigos expertos que se trajeron al plenario, en realidad no permiten deducir responsabilidad sobre estos temas. Así, la pregunta que emerge es, ¿qué prueba queda? y la respuesta es, solo la Historia Clínica, entendiendo que el interrogatorio del médico tratante no puede valorarse como un testigo, porque no está permitido a las partes fabricar su propia prueba, ver sentencia de casación SC14426-2016, Radicación nº 41001-31-03-004-2007-00079-01, ponencia del Dr. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, siete (7) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

“(...)

*En relación con la declaración de parte y la confesión, esta Sala ha explicado en múltiples ocasiones que son disímiles y por lo tanto, el juzgador no puede confundirlas, pues la primera «es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos, resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio del cual se intenta provocar la confesión judicial. (...).*

*“En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”» (se destaca; CSJ SC 113, A3 Sep. 1994; CSJ SC, 27 Jul. 1999, Rad. 5195; CSJ SC, 31 Oct. 2002, Rad. 6459; CSJ SC, 25 Mar. 2009, Rad. 2002-00079-01; CSJ SC9123, 14 Jul. 2014, Rad. 2005-00139-01, entre otras).”*

Así, del examen de la declaración del Dr. LACIDES MOSCOTE no se aprecia que hubiere admitido hechos que le perjudiquen.

Otro ataque refiere *“Un inadecuado registro de la información en la historia clínica e inexcusable carencia de sangre en la clínica Riohacha.”* Aunque el demandante tenga razón en alguno de sus cuestionamiento, defectos de la historia clínica, especialmente en la anotación que señala, *“...las pruebas radiológicas o en cualquier otro tipo de prueba que tenía ovarios, cuando la demandante no tenía ovarios”*, lo cierto es que subsisten las falencias anotadas falta de prueba del LEX ARTIX y valoración de un acto médico por un par del médico que practicó el procedimiento. Ahora la falta de sangre en la Clínica para un procedimiento que no se realizó allí en virtud de la remisión de la paciente a la ciudad de Santa Marta, está probado con la historia clínica, empero, hubiere sido culpa galénica si se procede a realizar un procedimiento en el cual se puede requerir la sangre de la paciente y no se tiene. Este punto no puede ser reprochado al galeno que inicialmente atendió en la Clínica Riohacha a la demandante. Respecto a que *“en la Clínica Mar Caribe y en la clínica DONADONA de dónde iban a inventarse la clínica mar caribe y la clínica DONADONA que había una herida quirúrgica, que había un sangrado...los derrames que tenía y los lavados”*, como se dijo precedentemente, la historia clínica es la única prueba de lo sucedido y está información específica a la que apunta el apelante, no está cuestionada, entre otras cosas porque apunta a la consecuencia, no a la causa, si fue un error de esa clínica consignar información que no es cierta respecto de la condición histórica médica de la paciente.

Sobre el indicio grave como sustento de una sentencia, la Corte Suprema en reciente sentencia, dijo con ponencia del Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, SC3253-2021, Radicación n.º 08001-31-03-010-2010-00067-01, cuatro (04) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

*“Por su importancia, entonces, el legislador ha tomado especial cuidado en señalar las directrices indispensables para su cabal diligenciamiento, y sobre las mismas, esta Corporación ha señalado:*

*“[S]u elaboración es obligatoria y que en ella deben consignarse, en orden cronológico, las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención (artículo 34, Ley 23 de 1981; artículo 1º, Resolución 1995 de 1999, expedida por el entonces Ministerio de Salud). Está compuesta por la identificación del usuario; los registros específicos donde se consignan los datos e informes sobre la atención prestada, los que debe adoptar todo prestador de salud mediante el acto respectivo y **respetando los contenidos mínimos de información señalados por la Resolución 2546 de 1998**; y los anexos o sea los documentos que sirven de sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas. Según lo dispuesto en el artículo 3º de la citada resolución, se caracteriza por: a) su integralidad, puesto que ‘debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y*

*rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria’; b) secuencialidad, pues los registros de la prestación del servicio deben consignarse en la secuencia cronológica de la atención; c) racionalidad científica, dado que su diligenciamiento debe evidenciar en forma lógica, clara y completa el procedimiento realizado en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo; d) disponibilidad, es decir, la posibilidad de utilizarla cuando sea requerida; e) oportunidad, el registro debe efectuarse tan pronto se presta el servicio. Además de cumplir una función asistencial, en la medida que permite conocer los antecedentes de salud del paciente y brindarle atención continuada por equipos distintos, facilita la realización de estudios de investigación y epidemiología, a la vez que permite la evaluación de la calidad del servicio, la planificación y gestión sanitaria. Sin embargo, junto con esas atribuciones, cumple otra de carácter probatorio en la medida que contiene la historia médica del paciente”<sup>1</sup>.*

*Ahora bien, en la apreciación de la historia clínica también ha apuntado esta Sala, que la misma se rige por los principios de la sana crítica, sin olvidar que como “su autoría corresponde o puede corresponder a una de las partes de la relación jurídica”, ello “reclama del juzgador especial ponderación”, precisándose, igualmente, que “la ausencia del aludido documento o su diligenciamiento incorrecto o incompleto” puede “generar un grave indicio en contra del profesional”<sup>2</sup>.*

**Al ahondar en esto último, la Sala ha insistido en que en el esquema sobre el que está montada la responsabilidad civil en Colombia, esto es, el de culpa probada, la defectuosa elaboración de una historia clínica no hace automáticamente responsables al profesional o institución médica, habida cuenta que**

**“[A] partir de la omisión total de la historia clínica, o de la presencia de tachaduras, enmendaduras, borrones, intercalaciones, etc., o del aporte de una incompleta, pueda el juez, atendidas las circunstancias, deducir un indicio más o menos grave en contra de la entidad o el profesional demandado. Pero se trata sólo de eso, de un indicio, mas no de la acreditación de la causación del daño por el solo efecto de la omisión en el cumplimiento de este deber profesional. Es una prueba crucial tanto para la exoneración del médico como para derivarle responsabilidad, pues como en ella se recoge todo el itinerario del tratamiento galénico del paciente, tiene el profesional de la salud la posibilidad de brindar al juez, en caso de ser demandado por responsabilidad profesional, los elementos de juicio que permitan a la autoridad concluir que la diligencia, el cuidado, la prudencia, la aplicación de la lex artis, fueron adecuadamente cumplidas tanto por él como por el equipo médico,**

<sup>1</sup> CSJ SC de 28 de junio de 2011, Rad. 1998-00869-00.

<sup>2</sup> CSJ SC ib.

**paramédico, y por los establecimientos hospitalarios. De allí que una historia clínica irregular, mal confeccionada, inexistente, con abreviaturas, tachones, intercalaciones y demás anomalías, o que sea incomprensible, puede ser un indicio grave de negligencia profesional porque en sí misma, tal irregularidad es constitutiva del incumplimiento de una obligación determinada, que es la de llevarla correctamente**<sup>3</sup>.

**De tal manera que si bien la historia clínica es estelar en la definición de los procesos de responsabilidad médica, su ausencia o defectuoso diligenciamiento no pasa de ser, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada, un indicio grave en contra de quien tiene el deber de llevarla, pero en manera alguna se traduce en un reconocimiento de la culpa médica endilgada.**

Frente a la credibilidad de los testigos ya se dijo precedentemente, que al no haber intervenido en los procedimientos, mal pueden declarar sobre hechos ajenos a la percepción de sus sentidos (prueba testimonial), y además porque no pueden ser tenidos en cuenta al no ser pares del médico demandado, obsérvese que sus especialidades son: **OMALDIS GUERRA** es médico en cirugía general pero que únicamente refiere hechos de su actuación cuando atiende a la paciente de regreso de Santa Martha. Henry Eduardo Galarza Villalobos cirujano general con una especialidad en cirugía LAPAROSCOPICA y radiología quien sólo dio detalles de los exámenes y lecturas de ellos, pero sobre la atención o lex artix no ofrecen información relevante.

Referente a la carga dinámica de la prueba, esta corporación se remite a la Sentencia C-086/16, magistrado ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, del veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), en la que decidió: “Declarar exequible, por los cargos analizados, la expresión “podrá” contenida en el inciso 2º del artículo 167 de la ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

Así, el argumento del apoderado no se acompasa a las normas que gobiernan el tema artículo 167 del CGP, en tanto no pidió en la etapa probatoria, que se diera aplicación a esa figura, el juez no profirió auto de oficio en el que decidiera sobre su distribución, sin olvidar que esas decisiones tienen los recursos ordinarios. En segunda instancia no se puede sorprender a las partes pidiendo aplicación de la carga dinámica de la prueba, específicamente frente al dictamen pericial que determinó la Pérdida de Capacidad Laboral de la demandante, máxime que estos dictámenes como cualquier otra prueba debe ser valorado por la juez, como efectivamente lo fue, según el audio de la sentencia.

Y aunque, el artículo 1604 del C.C., regula el tema de la carga de la prueba en las relaciones contractuales, lo cierto es que ni los médicos expertos, ni el dictamen pericial que determinó la pérdida de la capacidad laboral, señalan la existencia de una culpa médica o desconocimiento del LEX ARTIX, o imprudencia, negligencia o impericia.

---

<sup>3</sup> SC5641-2018

Ahora frente al indicio derivado de la no asistencia del médico LÁCIDES MOSCOTE AMAYA, el Código General del Proceso trae estas normas sobre el indicio, así:

*“(…) ARTÍCULO 240. REQUISITOS DE LOS INDICIOS. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso.*

*ARTÍCULO 241. LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO INDICIO. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.*

*ARTÍCULO 242. APRECIACIÓN DE LOS INDICIOS. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.*

*(…)*”

Sobre este tópico, La Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, sentencia SC3526 de 2017, del catorce (14) de marzo de 2017, dejó establecido:

*”(…)*

*De lo dicho se sigue, que el indicio grave contemplado en el artículo 22 de la Ley 640 de 2001, cuando la persona que no comparece a la audiencia de conciliación extrajudicial es quien luego resulta demandada en un proceso, opera en relación con dicha parte, sin otro condicionamiento, y, mucho menos, sin que tenga alguna incidencia el hecho de que ella hubiese o no propuesto excepciones meritorias.”*

Lo anterior, de cara a los reparos concreto que efectuó la apelante frente a las siguientes actuaciones:

Conciliación extrajudicial:

Está probado documentalmente que hubo conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad ver folio 554 cuaderno tres del expediente digital, convocada por orden judicial de la tutela 44001-31-03-002-2016-00118-01, a la cual no asistió el médico demandado LÁCIDES MOSCOTE AMAYA, ni el representante legal de clínica Riohacha, ni el representante legal de clínica COLSALUD.

La primera convocatoria fue para el veinte (20) de diciembre de 2016, fecha cuando se le concede los tres días para que los ausentes, presenten excusas y fija los días dentro de los cuales deben presentarlas, 21, 22, 23 de diciembre de 2016. Solo Comfaguajira presentó excusa y se convocó una nueva para el 31 de enero de 2017, en esa calenda solo asiste LÁCIDES MOSCOTE AMAYA y los demás demandados no, la única que se excusó fue el representante legal de COSALUD, hay expresa constancia que se le concedieron tres días para presentar la excusa, presentada la excusa motiva que se fije la audiencia para el 27 de febrero de 2017.

Las anteriores referencias corresponden a folios 554, 555, 556 y 557.

A folio 556, el defensor del pueblo dejó la siguiente constancia:

En cuanto a los convocados CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE LA GUAJIRA - COMFAGUAJIRA a asiste a través de apoderado el doctor HUGO NELSON MONTALVO MANAJARREZ identificado con la CC # 9.144.796 y TP # 92615 del CSJ; SOCIEDAD MEDICA CLINICA RIOHACHA S.A.S., asiste a través de apoderado la doctora MARTHA CECILIAN GUARIN MEJIA identificado con la CC # 40.926.745 y TP # 93212 del CSJ; La COMPAÑÍA COLOMBIANA DE SALUD COLSALUD S.A., asiste a través de apoderado el doctor CARLOS ALBERTO PÉREZ PRADO identificado con la CC # 85.474.491 y TP # 107254 del CSJ, según poder que otorga el representante legal el señor JULIO RAMON PIZARRO PEREZ quien se identifica con la cedula de ciudadanía 4.973.586, se deja constado que anexa poder, con su debida nota de presentación personal, por lo que se le reconoce personería jurídica para actuar.

En cuanto al convocado LACIDES MOSCOTE AMAYA se verifica que falta por asistir. Que para no generar un círculo vicioso, se procede a dar por terminada la audiencia de conciliación se declara fallida.

Conforme a lo anterior se da por agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción civil, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35. Modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 y el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en consecuencia se expide la presente constancia de NO CONCILIACIÓN por fallida y se devolverán los documentos aportados con la solicitud.

Se firma la presente acta por la parte asistente y la Defensora del Pueblo.

El cuestionamiento que se hace aquí, es si la asistencia a esa diligencia prejudicial es facultativa, no obligatoria, la tesis de la funcionaria se debería acoger, empero, ni en los tres días posteriores a la fecha de la primera y tercera conciliación extrajudicial el médico LÁCIDES MOSCOTE AMAYA presentó excusa, así, caería la norma en el vacío, haciendo nugatorio los efectos que consagró la ley. Es que la ley no dijo, que las partes pueden o no acudir a la audiencia, sino que indicó una carga procesal con una consecuencia jurídica, tomar esa falta de asistencia como indicio grave en contra del ausente, que es lo que emerge de lo hasta aquí narrado.

Sin dejar de observar que los apoderados de las personas jurídicas, fueron los que asistieron a la última audiencia de conciliación extrajudicial, y según los certificados de existencia y representación legal, CLINICA RIOHACHA tiene su domicilio en Riohacha y COLSALUD tiene domicilio en Santa Marta, empero este hecho no viene cuestionado en el presente asunto.

Finalmente, y aunque exista indicio grave en contra del médico LÁCIDES MOSCOTE, como afirmó la Corte Suprema de Justicia, en las citas jurisprudenciales precedentes, el solo indicio no basta para determinar la responsabilidad médica.

En suma, se debe confirmar la sentencia apelada.

### **DECISIÓN.**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR íntegramente la sentencia de siete (7) de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha, dentro del proceso de la referencia por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia, a cargo de la parte APELANTE, conforme lo establece el artículo 365 y s.s. del C.G.P. Como agencias en derecho se fija dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de los demandados, que deberán ser tenidos en cuenta al momento de la liquidación concentrada de costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**APROBADO**  
**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**  
Magistrado Ponente.

**APROBADO**  
**PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**  
Magistrada.

**JOSÉ NOÉ BARRERA SÁENZ**  
Magistrado.  
(Con ausencia justificada)