

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



“Al servicio de la justicia y de la paz social”

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veinticuatro (24) de Julio de dos mil veintitrés (2023)
-discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha-

PROCESO	VERBAL RCM
DEMANDANTES	RUBEN DARIO MÚNERA VASQUEZ LUZ MARLENE GONZÁLEZ CANO ESTIBEN MÚNERA GONZÁLEZ (menor) CRISTIAN CAMILO MÚNERA GONZÁLEZ JOHNNATHAN ANDRÉS MÚNERA GONZÁLEZ ANA EVA VÁSQUEZ DE MÚNERA (Ana Eva Vásquez (Alzate) CARLOS JOSÉ, MARTHA LUCÍA, MOISÉS ALEJANDRO, ANA CECILIA, NELSON DE JESÚS, BLANCA ARGENIS, DORA JEANNETTE, LUZ DARY, GLORIA AMPARO, OSCAR HUMBERTO, SANDRA PATRICIA, JHON FREDY, ROBINSON, Y ROSA MARÍA MÚNERA VÁSQUEZ
DEMANDADO	FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAÚL
RADICADO	05001 31 03 015 2017 00028 02 INTERNO 2023-045
INSTANCIA	SEGUNDA –APELACIÓN SENTENCIA-
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
PROVIDENCIA	SENTENCIA N° 071
TEMAS	Y RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA PRESUPUESTOS
SUBTEMAS	ESTRUCTURANTES- PRUEBA
DECISIÓN	CONFIRMA
MAGISTRADA	MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
PONENTE	

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida en sesión de audiencia celebrada el 07 de febrero del año 2023 por el JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN dentro del radicado referido. La presente providencia se profiere por escrito en aplicación de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto 806 de 2020.

I. ANTECEDENTES

1. LA PRETENSIÓN.

La parte actora formuló las siguientes pretensiones (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta CUADERNOPRINCIPAL/archivo 01. 05001310301520170002800_0001/pag pdf 203): 1. Se DECLARE que la

FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE DE PAÚL es civilmente responsable de la totalidad de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a todos los demandantes.

2. Se CONDENE a la demandada a pagar perjuicios morales así: RUBEN DARIO MÚNERA VÁSQUEZ 100 smlmv, LUZ MARLENE GONZÁLEZ CANO 50 smlmv, ESTIBEN MÚNERA GONZÁLEZ (menor) 50 smlmv, CRISTIAN CAMILO MÚNERA GONZÁLEZ 50 smlmv, JOHNNATHAN ANDRÉS MÚNERA GONZÁLEZ 50 smlmv, ANA EVA VÁSQUEZ DE MÚNERA (Ana Eva Vásquez (Alzate) madre 50 smlmv, y para CARLOS JOSÉ, MARTHA LUCÍA, MOISÉS ALEJANDRO, ANA CECILIA, NELSON DE JESÚS, BLANCA ARGENIS, DORA JEANNETTE, LUZ DARY, GLORIA AMPARO, OSCAR HUMBERTO, SANDRA PATRICIA, JHON FREDY, ROBINSON, Y ROSA MARÍA MÚNERA VÁSQUEZ 20 smlmv para cada uno, para un total de 630 smlmv. Daño a la salud a favor de RUBÉN DARIO MÚNERA VÁSQUEZ el equivalente a 100 smlmv. Lucro cesante consolidado desde la estructuración de la invalidez 29 de marzo de 2014, en 22.80%, hasta la fecha de presentación de la demanda, por 34 meses tomando el salario mínimo de ese momento, \$7'536.093; lucro cesante consolidado hasta la vida probable, por 303.2 meses, \$32'353.840 (se advierte que en la liquidación toma 310.2 meses). Sumas que deberán ser indexadas al momento de la sentencia.

3. La sentencia dispondrá el reconocimiento y pago de intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley.

4. Se CONDENE en costas a la demandada. Presenta el juramento estimatorio conforme el art. 206 CGP y en escrito separado solicita amparo de pobreza el señor RUBEN DARIO MÚNERA VÁSQUEZ con apoyo en el art. 152 CGP.

2. FUNDAMENTO FÁCTICO.

De los hechos narrados en la demanda se extrae que el señor RUBÉN DARIO MÚNERA VÁSQUEZ es hijo, hermano, padre y esposo de los demandantes, vínculo soportado con los registros civiles allegados como prueba documental. Que el señor RUBÉN DARIO el 26 de junio de 2000 sufrió accidente de tránsito a la altura del municipio de Don Matías-Ant., fue atendido en el HOSPITAL FRANCISCO ELADIO BARRERA de éste municipio, donde le prestaron el servicio de urgencias y fue remitido a LA FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN

VICENTE DE PAÚL donde estuvo en tratamiento por varios años. Allí fue intervenido quirúrgicamente el 02 de mayo de 2001 nuevamente el brazo, al observar en la Rx una pseudoartrosis (el hueso no pegó) en húmero derecho, realizando una “OSTEOSÍNTESIS DE HUMERO + INJERTO DE CRESTA ILÍACA”, el 04 de mayo siguiente, en la ronda de ortopedia se anota “...apósitos en cresta iliaca y brazo derecho con material hemático...”, y en la descripción operatoria se registró “...Procedimiento.....Abordaje cresta iliaca y TOMA DE INJERTO ÓSEO...SE COLOCA ABUNDANTE INJERTO DE CRESTA ILÍACA...” .

Se cuenta que el 18 de mayo de 2001 el señor RUBÉN DARÍO consulta a ortopedia del HOSPITAL SAN VICENTE por dolor y protrusión de material por debajo de la piel y se deja anotación “CRESTA ILÍACA CON SECRECIÓN”. Poco a poco se recuperó de las lesiones del accidente, pero lo que siempre le generó molestias fue la cirugía de la cresta ilíaca derecha de donde le extrajeron el material óseo para el injerto.

Señalan que el 20 de febrero de 2014 el señor RUBEN DARÍO consulta en la IPS (CIS) COMFAMA SAN IGNACIO, llevando consigo una orden de resección de la protuberancia de la cresta ilíaca, ese mismo día previa asepsia y bajo anestesia local “se hace incisión oblicua sobre borde inferior de la cicatriz previa. Se identifica reacción granulomatosa 3*4 cm que cubre cuerpo extraño “gasoma” que protruye a través de defecto de 2 cm de alerón ilíaco a través de ese defecto se extraen fragmentos de gasa, pero es altamente probable que en la profundidad quede material residual” suspende el procedimiento, se hace hemostasia, se sutura la piel y se solicita TAC CONTRASTADO para evaluación completa. El 22 de febrero de 2014 se realiza Rx por orden de la IPS COMFAMA DE CALDAS-MEDELLÍN encontrando “MACRO: Nódulo de 2.5 x 2 cm cavitado delimitado por pared fibrosa con áreas amarillas y fragmentos de gasa en su interior. SBT 3F.-.-.-. MICRO: Los cortes histológicos confirman la presencia de granuloma de cuerpo extraño alrededor de material quirúrgico (gasoma). Hay áreas de hemorragia reciente y antigua así como conglomerados de histiocitos de histoplasma espumoso....”.-.-.-DIAGNÓSTICO “INFLAMACIÓN CRÓNICA GRANULOMATOSA DE TIPO A CUERPO EXTRAÑO....”, con este hallazgo el paciente fue remitido a la CLÍNICA SAGRADO

CORAZÓN, donde es hospitalizado, se le realizan exámenes de rigor y el 29 de marzo de 2014, se le realiza cirugía para retirar de la cresta ilíaca los fragmentos de gasa, dejados desde hace aproximadamente 14 años en cirugía realizada en la fundación demandada. En la nota quirúrgica de esta cirugía se describe “...ASEPSIA AREA QUIRÚRGICA, SE REALIZA INCISIÓN EN OJAL SOBRE LA LESIÓN RESECO BORDE, **EXTRAIGO GAZA,** ENCUENTRO LESIÓN PROFUNDA, AUSENCIA DE LA PARED DEL ILÍACO POR DEBAJO DE LA CRESTA, **SE EXTRAE GRAN CANTIDAD DE RESTOS DE GAZA LA CUAL SE ENCONTRABA FRAGMENTADA,** SE EXTRAE MEMBRANA QUE LA CUBRÍA, LAVADO, CURETAJE DEL RESTO DEL ALERÓN, AFRONTO PIEL....” En esta cirugía, dicen, le encontraron “GASOMA” y osteomielitis crónica en hueso ilíaco derecho, producida por los fragmentos de gaza dejados en su cuerpo.

Continúan narrando que el 01 de abril de 2014 el señor RUBÉN DARÍO presenta una secreción serosanguinolenta en moderada cantidad en la herida quirúrgica en la cresta ilíaca, a la cual le tomaron muestra para cultivo y el resultado fue positivo para STREPTOCOCCUS AGALACTICUS, bacteria agresiva y tratada con antibiótico intravenoso UNSYN 3 gramos cada 6 horas entre otros. Y a la fecha de presentación de esta demanda el paciente continúa con OSTEOMIELITIS CRÓNICA, infección que ha afectado su columna, pues el dolor permanente en la cresta lo ha hecho caminar inclinado buscando aliviar la molestia, además del acortamiento de 3 centímetros del miembro inferior, que se confirmó con radiografía de columna practicada el 21 de enero de 2016.

Informan que el señor RUBEN DARÍO el 08 de marzo de 2016 es valorado por el grupo de profesionales de medicina laboral de SEMEDIC para determinar la secuela y el porcentaje de PCL sufrida a raíz del gasoma. Allí se determinó una disminución del 22.80%.

Advierte que a los demandantes se les ha causado perjuicio extrapatrimonial y patrimonial. Respecto de RUBEN DARÍO por el dolor, las incomodidades, el sufrimiento, la angustia durante todo el tiempo que tuvo el gasoma en su cuerpo, el dolor constante al estar de pie, la infección ósea, el desvío de columna y el acortamiento de su pie por la infección-osteomielitis- y la PCL en un 22.80%. Respecto de su

esposa e hijos LUZ MARLENE GONZALEZ CANO, ESTIBEN, JOHNATAN ANDRÉS y CRISTIAM CAMILO MÚNERA GONZÁLEZ el daño moral es el dolor, la tristeza, la angustia por la situación médica de su papá, padeciendo que su padre no consiga trabajo debido a los dolores cuando está de pie y a las molestáis en la columna. Respecto de la madre y hermanos de RUBEN DARIO han estado tristes, compuljidos por las dificultades de su ser querido, lo ha apoyado moralmente y económicamente.

3. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Admitida la demanda el 27 de enero de 2017, se concede amparo de pobreza a los demandantes en diferentes autos, se notifica en forma personal a la demandada y responde (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta CUADERNOPRINCIPAL/archivo 01. 05001310301520170002800_0002/pag pdf 29) que algunos hechos parecen ser ciertos conforme la documentación allegada, advirtiendo que el matrimonio se celebró cuatro años después de la atención brindada a RUBEN DARIO, indica que no le constan las circunstancias en que ocurrió el accidente y deberá demostrarse.

Admite como cierto que el señor RUBEN DARIO fue atendido inicialmente en el HOSPITAL FRANCISCO ELADIO BARRERA del Municipio de Don Matías, remitido al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN VICENTE DE PAUL, donde tuvo un tratamiento médico por largo tiempo, recibiendo la última atención en enero de 2002. Resume la atención brindada al paciente indicando que ingresó el 26 de junio de 2000 remitido, con intubación orotraqueal, sonda vesical, suturas, politraumatizado, con TEC severo, somnoliento; en interconsulta con ortopedia se encuentra TEC severo y fractura bilateral de húmero programando cirugía, que se realiza sin complicaciones y se coloca material de osteosíntesis, hay buena evolución y es dado de alta el 04 de julio de 2000 con instrucciones y órdenes para revisión. Continúa narrando que en febrero de 2001 se realiza procedimiento quirúrgico para extraer el material de osteosíntesis y se deja con pinza de azúcar, sin complicaciones. El 2 de marzo de 2001 es evaluado por ortopedia y se encuentra pseudoartrosis, por lo que se considera requiere osteosíntesis con clavo bloqueado más injerto óseo, siendo intervenido el **02 de mayo de 2001** realizando una "*Osteosintesis de Húmero + Injerto re (sic) cresta Ilíaca*".

Señala que la nota completa de la ronda de ortopedia del 4 de mayo de 2001 a las 8:10 am dice “ 2° día posoperatorio. Osteosíntesis húmero Dcho con placa. Buenas condiciones generales. Afebril, presentó lipotimia PA 80/50 ayer, hoy 100-60 T 37aC. Dren con material hemático 100 cc. Apósitos en cresta ilíaca y brazo derecho con material hemático. RX Húmero: material de OS con buena posición, injerto óseo sobre sitio Fx. No hay déficit neurológico MSD C/ Alta. Revisión en 8 d X CE”, y la descripción operatoria completa dice “HALLAZGOS: Fx de Húmero en unión de 1/3 medio y proximal, en pseudoartrosis. PROCEDIMIENTO: Asepsia y Antiasepsia. Abordaje cresta ilíaca derecho y toma de injerto osea (sic) corticoes..... Abordaje de Humero (sic) por cicatriz antigua. Disección por planos hasta la fractura. Limpieza y avivamiento de fragmentos. Osteosíntesis con placa ACP ancha. 7 orificios 3 tornillos proximales y 4 distales a la fractura. Decorticación de los fragmentos. Se coloca abundante injerto de cresta ilíaca. Drenes al.... Sutura por planos”.

Acepta que el paciente consulta el 18 de mayo de 2001 por dolor y protrusión de material por debajo de la piel, se realiza Rx encontrando aflojamiento de los 3 tornillos de fijación proximal y cresta ilíaca con secreción serosa, programando nueva cirugía para el 08 de junio de 2001, pero no se presenta, reprogramando para el 29 de junio de 2001, donde se extrae el material de osteosíntesis, secuestromía de húmero derecho y curetaje óseo, colocando tutor externo y se hospitaliza, presenta buena evolución y es dado de alta el 3 de julio de 2001, haciendo revisión el 12 de julio pero el paciente no presenta RX de control, se retiran puntos y se cita para el mes siguiente. Para el 28 de enero de 2002 se retira el fijador externo y se evidencia consolidación de la fractura, es la última noticia del paciente. Indica que no le consta si lo que más le generó molestias fue la cirugía de la cresta ilíaca, pues con la demanda no se aporta todo el historial médico, ni los antecedentes médicos, nótese que en el documento de la IPS COMFAMA SAN IGNACIO dice “...viene con orden de resección” pero no se sabe quién emitió la orden, donde estaba siendo atendido, que otras intervenciones ha tenido, durante los 12 años anteriores, debe probarse.

Dice que no es cierto que se haya realizado RX en Dinámica, se trata de un estudio de una biopsia efectuada al paciente, sin saberse en que institución médica se efectuó, solo que es una biopsia realizada el 22 de febrero enviada a patología el 26 de febrero de 2014, debiéndose tener en cuenta que el material enviado a estudio no es retirado en la cirugía del mes de marzo de 2014 cuando se retira el cuerpo extraño. Sin que le conste que por este resultado haya sido remitido a la CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN, no se aporta copia de la historia clínica donde se efectuó la remisión, tampoco que se le hayan realizado exámenes de rigor, pues el único resultado de laboratorio aportado tiene fecha 12 de junio de 2014, posterior a la cirugía.

Afirma que no es cierto que en la CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN se haya realizado cirugía para retirar la cresta ilíaca o fragmentos de gasa, allí el 29 de marzo de 2014 se realizó cirugía de *“Secuestrectomía drenaje, desbridamiento de huesos pelvianos. Excluye el desbridamiento de fractura abierta, aplica para la extracción de espículas oxeadas (sic) de canal espinal”* también dice *“Extracción de cuerpo extraño en huesos pelvianos por vía AB abierta excluye el retiro de electrodos y/o receptor neuroestimulador”*, la cirugía es para retirar cuerpo extraño, curetaje en pelvis y toma de cultivos.

Explica que no es cierto que en la historia clínica se diga que el paciente tiene osteoemielitis crónica producida por fragmentos de gaza, ésta se presenta por bacterias u otros microorganismos que pueden propagarse desde la piel, los músculos o tendones infectados próximos al hueso, puede empezar en cualquier parte del cuerpo y propagarse en la sangre, uno de los riesgos es la cirugía de hueso, en especial la que se realiza después de un trauma. Según los apartes de la historia clínica de la NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN el paciente presentó secreción sero sanguinolenta, y al realizar el cultivo da positivo para Streptococo Agalactie Sensible a Clindamicina, infección que fue tratada con curaciones diarias y antibiótico, tratamiento que no tiene relación con la atención brindada al paciente en el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN VICENTE DE PAÚL.

Tampoco es cierto que la afectación en la columna sea por la osteoemielitis crónica, se aportaron los resultados de las radiografías de

cadera y columna realizadas los días 28 y 21 de octubre de 2016 donde se lee: En la radiografía de cadera *“INFORME: Se ve una deformidad simetría a nivel del alerón ilíaco derecho muy probablemente en el sitio de la cirugía que reportan. Las caderas propiamente dichas se encuentran dentro de los límites normales. A la medición indirecta de extremidades no hay diferencia patológica. Articulaciones sacroilíacas normales”* y en la de columna *“HALLAZGOS: Mínima escoliosis derecha con rotación izquierda I/IV, Espondiliosis incipiente. No hay colapso vertebral. No hay signos de discopatía. No hay lesión de pedículos ni de apófisis”*, deficiencias que no tienen relación con la cirugía en la cresta ilíaca, y en ningún momento muestra un acortamiento del miembro inferior derecho en 3 centímetros.

Señala que la pérdida de capacidad laboral del 22.80% obedece a *“Deficiencia por disestesia a neuropatía periférica o lesión de médula espinal y dolor crónico somático”*, no tiene nexo causal con la cirugía de la cresta ilíaca.

No le consta los perjuicios que dicen los demandantes haber sufrido, se opone a las pretensiones y formula **excepciones de mérito**:

1. AUSENCIA DE CULPA. Carga que le corresponde a la parte actora, debe ser probada. No hay nexo entre el actuar de la demandada y los perjuicios que se reclaman. Explica que en algunos procedimientos, cuando se efectúa injerto de hueso se hace necesario colocar un material hemostático para evitar el sangrado del hueso, se llama GEOLFAM, material estéril, flexible, quirúrgico, capaz de absolver dentro de sus mallas su peso entero, es absorbible completamente, material que es posible haya sido el encontrado en la humanidad del señor MUNERA, pues no hay evidencia de que tipo de material fue el hallado, ya que no se anexa estudio de patología realizado al cuerpo extraño encontrado en la cirugía del 29 de marzo de 2014, existe uno del 26 de febrero de 2014 que no corresponde, y menos que se haya dejado en alguna de las cirugías practicadas en el hospital. Además, no se aportó la historia clínica completa y por tanto no se tiene conocimiento de los tratamientos practicados en otras instituciones y si fue o no intervenido quirúrgicamente en otra institución.

2. FALTA DE NEXO CAUSAL. Según se relata, solo en el año 2014 el señor RUBEN DARIO inició con molestias que desencadenaron en la

cirugía en ese mismo año, por tanto, no es posible indicar que la cirugía practicada en el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN VICENTE DE PAÚL fue la causante de dichas molestias, incluso con la cirugía del 2014 presentó infección bacteriana muy agresiva.

3. **PRESCRIPCIÓN.** El art. 2536 establece que la acción ordinaria prescribe en 10 años, y en el caso la atención brindada fue en los años 2000 y 2002, siendo la última atención en enero 28 de 2002, la solicitud de conciliación prejudicial se presentó en marzo 29 de 2016, 14 años después, así opera la prescripción extintiva.

4. **TASACIÓN EXCESIVA DE LOS PERJUICIOS.** No tiene en cuenta la parte actora los parámetros jurisprudenciales, además deben ser probados. Resalta que el señor RUBEN DARIO contrajo matrimonio en el 2004 y ESTIBEN nació en el 2005, después de la atención; en el dictamen de pérdida de capacidad laboral se estableció que el origen de dicha pérdida es por disestesia secundaria a neuropatía periférica o lesión de la médula espinal y dolor crónico neuropático, con fecha de estructuración 29 de marzo de 2014, 12 años después de la última atención. Objeta el juramento estimatorio.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Trabada la Litis, se corrió traslado de las excepciones presentadas por la parte demandada y la objeción al juramento estimatorio, con auto del 29 de marzo de 2017, luego, el 28 de abril de 2017, se fija fecha para audiencia inicial, que tuvo lugar el 19 de septiembre de 2017 y en la que se desarrollaron las etapas de conciliación, saneamiento, fijación de litigio, interrogatorios de parte, decreto de pruebas, se fija fecha para audiencia de instrucción, la cual luego de ser reprogramada se inició el 10 de marzo de 2021 donde se escucharon testimonios y finalizó el 07 de febrero de 2023 con alegaciones y fallo, en el cual se niegan las pretensiones por ausencia de nexo de causalidad y no condena en costas por el amparo de pobreza en favor de la parte actora.

5. DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Proferida en sesión de audiencia del 07 de febrero de 2023 (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta CUADERNO PRINCIPAL/archivo 11.05001310301520170002800_L050013103015CSJVirtual_03_20230207), en la cual se

deniegan las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos expuestos por el juez de instancia.

Inicia refiriéndose a los alegatos finales de las partes, a la prescripción planteada por la parte demanda, la cual no acoge por cuanto la ley menciona que dicho tiempo se refiere a que los diez años se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible, y la Corte Suprema de Justicia, desde que se haya conocido el siniestro, así las cosas, dice el a quo, que en el caso el tiempo se empezaría a contar desde el año 2014, época en la que se generó el conocimiento de la existencia de la lesión, del cuerpo extraño, y al ser presentada la demanda en el 2017, no se configura esta excepción.

Sigue con la definición de los problemas jurídicos a resolver, rememora los hechos de la demanda, aborda las consideraciones a tener en cuenta en la decisión, refiriéndose a los presupuestos para proferir el fallo, a la responsabilidad en general, a la responsabilidad médica que se rige por la regla general sobre la carga probatoria del demandante en relación con el hecho, daño y nexos, a la culpa, a la obligación médica que es de medio.

Para el caso a resolver, refiere nuevamente a los hechos de la demanda, advirtiendo que le correspondía a la parte actora probar todos los presupuestos de la responsabilidad médica. Dice que del hecho da cuenta la prueba documental, que se le haya dejado gazoma en la cresta ilíaca en la cirugía practicada en el hospital demandado, pero indica, que la finalidad médica es mejorar la salud del paciente, y debe ser realizada por personal idóneo, en cumplimiento de la lex artis, que con la historia clínica de la NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN y el resultado de la patología y rayos X del paciente, se acredita el hecho; entonces se debe analizar el nexo entre el hecho y el daño, y conforme la prueba recaudada, en especial la historia clínica anunciada, los testimonios e interrogatorios de parte, en la historia clínica a fol 42 del expediente físico se registra el motivo de consulta, con fecha 11 de julio de 2014, en el fol 43 obra el resultado de Dinámica del 22 de febrero de 2014, biopsia de tejidos blandos, fol 44 y 46 del 25 de febrero de 2014 resultado de tomografía, fols 48 y 49 ecografía, en la historia clínica con fecha febrero 2 de 2014 se registra

que llega con orden de resección, en la misma historia clínica fol 54 con fecha 21 de marzo de 2014, anotación de fecha 26 de marzo de 2014.

De esta historia clínica, concluye el a quo, que en la segunda cirugía realizada en el SAN VICENTE DE PAUL, cuando se tomó hueso de la cresta iliaca para realizar el injerto en el húmero, se dejó por descuido gaza, y refiere al testimonio del médico ALONSO PEÑA LOPEZ que practicó la cirugía de osteosíntesis en el año 2001, y quien dijo que el granuloma pudo deberse al material llamado geofam, especie de espuma absorbible que se deja en el hueso para evitar la hemostasia, el testigo aclara que la cirugía practicada por él no origina acortamiento de la pierna, por el contrario los Rx no dan cuenta de ello. En igual sentido el médico JORGE IVÁN GONZÁLEZ

Entra al análisis del dictamen pericial sobre la pérdida de capacidad laboral, la cual no tiene relación con la cirugía practicada en el hospital demandado; frente a la gasa dejada en el paciente dice, haciendo una descripción de la intervención que el abordaje quirúrgico no genera repercusión funcional.

Concluye que si bien quedó una gasa en el cuerpo del paciente, esta no generó los daños que se relata en la demanda, pues, si hay acortamiento de miembro inferior derecho, este no se debe a la cirugía realizada en la fundación demandada, además no se practicó experticia médica en la que se diera cuenta de lo ocurrido, por descuido de la parte actora, pese a las varias gestiones del juzgado, incluso el Consejo Superior de la Judicatura puso a disposición cierta suma de dinero a la espera que la parte actora presentara una cotización, pero ello no se cumplió; los testimonios de los demandantes son contradictorios, en su versión el señor RUBEN DARIO contó que es oficial de construcción y ha sufrido varios accidentes laborales, su trabajo es pesado y puede dar lugar a daños, también tuvo fractura en la pierna derecha, y empezó a sentir molestia 6 años después de la cirugía de la cresta ilíaca. Tampoco se probó que la osteomielitis sea consecuencia del gasoma.

En este orden de ideas no se cumple con los presupuestos de la acción, no hay nexo causal que se planteó como excepción, y no impone condena en costas, por amparo de pobreza.

6. DE LA IMPUGNACIÓN

Notificada la decisión por estrados, en la sesión de audiencia, es apelada por la **parte demandante**, quien expone que dentro de los tres días siguientes presentará escrito con los reparos concretos.

En su escrito (carpeta 01PrimeraInstancia/carpeta CUADERNO PRINCIPAL/archivo 16 SustentaciónRecurso2017-00028) la parte actora expone las razones de inconformidad con la decisión del señor juez al determinar que no se probó el nexo causal entre el hecho y los perjuicios padecidos por los demandantes.

Al dar una lectura detenida de este escrito no se encuentra un ataque directo a la sentencia o a los argumentos del juez para soportar su decisión, solo se manifiesta que no comparte lo dicho en la sentencia o no son ciertas las afirmaciones que hizo el a quo, y que, si bien se acudió a varias entidades para lograr el dictamen pericial, también es cierto que hay en el proceso un dictamen de pérdida de capacidad laboral que asigna un 22.80%. Y manifiesta que, si bien a RUBEN lo intervienen quirúrgicamente para salvaguardar su vida, también lo es que el deber de los galenos era actuar con diligencia y cuidado al momento de revisar que ningún objeto extraño quedara dentro del cuerpo del señor MÚNERA.

Y en esta instancia al momento de dar traslado para sustentar los reparos, sostiene que no comparte los argumentos del juez, que el hecho dañoso está probado con las historias clínicas, que dan cuenta de las lesiones producidas como consecuencia del gasoma encontrado en el cuerpo del paciente, así como las lesiones posteriores consecuencia de la mala praxis.

Expone que tampoco está de acuerdo con que el juez haya dicho que el acortamiento de la pierna no sea consecuencia del gasoma, pues en la historia clínica, el **01 de abril de 2014**, se presentó secreción serosanguinolenta moderada en la herida quirúrgica, a la cual le

tomaron muestra para cultivo arrojando positivo para straptococo agalactie y como consecuencia osteomielitis crónica, infección que afectó su columna, pues por el dolor en su cresta ilíaca hace que camine inclinado, además del acortamiento de 3 centímetros del miembro inferior. Ni con la afirmación de que el demandante ya tenía problemas de salud, pues su salud se deterioró por la mala praxis, ni con la conclusión de que la falta de empleo era por cuenta del accidente no del gasoma.

Concluye que, sí se probó el nexo causal entre el hecho y los perjuicios, y así se desprende de la nota en la historia clínica de la CLINICA SAGRADO CORAZÓN del 29 de marzo de 2014 que dice: “se le hace cirugía para retirar de la cresta iliaca, los fragmentos de gasa, dejados desde hace aproximadamente catorce (14) años en cirugía realizada en **LA FUNDACIÓN HOSPITALARIA SAN VICENTE PAUL.** “ y, también, dice la recurrente, que allí se describe en la nota quirúrgica “...ASEPSIA AREA QUIRÚRGICA, SE REALIZA INCISIÓN EN OJAL SOBRE LA LESIÓN RESECO BORDE, **EXTRAIGO GAZA,** ENCUENTRO LESIÓN PROFUNDA, AUSENCIA DE LA PARED DEL ILÍACO POR DEBAJO DE LA CRESTA, **SE EXTRAE GRAN CANTIDAD DE RESTOS DE GAZA LA CUAL SE ENCONTRABA FRAGMENTADA,** SE EXTRAE MEMBRANA QUE LA RECUBRÍA, LAVADO CURETAJE DEL RESTO DEL ALERÓN, AFRONTO PIEL.....”.

De estos dichos se puede extraer que considera se acreditó el nexo causal.

También en esta instancia se pronunció la parte demandada (archivo 07Memorialpronunciamiento) en relación con el recurso de apelación interpuesto

Expone que la recurrente no tiene razón, pues en las historias clínicas del señor MÚNERA, se relatan los procedimientos realizados, mas no se demuestra el hecho dañoso, si bien en la historia clínica de la CLINICA SAGRADO CORAZÓN se indica que se extrajo gasa, no hay certeza que ese sea el elemento extraño, pues no hay una patología que así lo indique, no se realizó, el resultado de la patología que obra es del 28 de febrero de 2014, antes de la cirugía, que se practicó el 29

de marzo, y en ella se lee “*Inflamación crónica granulomatosa de tipo cuerpo extraño*”, no demuestra que ese cuerpo extraño sea gasa, y como lo testificó el médico ALONSO DE JESÚS PEÑA, quien realizó la cirugía, se colocó material GEOLFAM (sic), que puede dar reacción de cuerpo extraño, pero es absorbible, transcribe lo pertinente, aclarando el testigo que el nombre es GELFOAM, especie de espuma absorbible que se deja en el hueso para facilitar la hemostasia-evitar sangrado-, y se deja voluntariamente en el paciente el resto de la vida, sigue diciendo el testigo, según transcribe, que es un material inerte, que no daña, es absorbible y absorbe la sangre, haciendo que el hueso cicatrice más rápido, diciendo que era posible que lo encontrado fuera ese material.

Sobre el acortamiento del miembro inferior que alega la parte actora, consecuencia del gasoma, afirma que no existe, pues los resultados de radiografías de cadera y columna del 28 de octubre de 2015 y 21 de enero de 2016 dan cuenta de que las caderas están dentro de sus límites normales, no hay diferencia patológica en la medición indirecta de las extremidades y las articulaciones sacro ilíacas son normales, y en la columna se encontró una mínima escoliosis, espondilosis incipiente, no hay colapso vertebral, no hay signos de discopatía, no hay lesión de pedículos ni apófisis. Y en estos términos testificó el médico JORGE ENRIQUE GONZÁLEZ luego de conocer estos informes, y el Dr. ALONSO PEÑA dijo sobre este aspecto que no es posible que se presente acortamiento de la pierna por los procedimientos hechos en la FUNDACIÓN SAN VICENTE, pues allí, no se tocan los huesos del miembro inferior, sino los de la pelvis, que no tiene repercusión en la longitud de las extremidades.

En relación con el dictamen de pérdida de capacidad laboral fijada en un 22.80%, lo cierto es que la deficiencia que la origina nada tiene que ver con las cirugías practicadas, pues obedece a “*Deficiencia por disestesia a neuropatía periférica o lesión de médula espinal y dolor crónico somático*”, y como lo explicaron los médicos ALONSO PEÑA y JORGE GONZALEZ se refiere a la columna lumbar que es muy distante de la cresta ilíaca que forma parte de la pelvis y no tienen nada que ver. Frente a que la falta de empleo se le atribuye al gasoma, no se probó y cobra relevancia el mismo interrogatorio de parte del señor

MÚNERA quien manifestó que para la época de dicha prueba no tenía dolor alguno, que había seguido trabajando fijo luego de las cirugías hasta dos meses antes del interrogatorio, indicando que entre el año 2001 y 2014 siempre se desempeñó en albañilería y que unos meses se ganaba un millón y en otros en cero, ese trabajo “*es comida para hoy y hambre para mañana*”, lo que indica que si no labora es porque no encuentra trabajo, no por su supuesta cojera, Además de las historias clínicas en especial la de COMFAMA IPS se extrae que el señor RUBEN ha continuado laborando e incluso ha tenido varios accidentes de trabajo, como se refleja en la atención del 29 de diciembre de 2015 por caída de altura de 1.20 mts con trauma en región lumbar entre otros y síntomas de dos días de evolución; la del 18 de enero de 2016 con 12 meses de evolución con dolor lumbar derecha, refiriendo a la caída de diciembre anterior; atención del 15 de julio de 2016 por lumbago crónico con Rx normal indicando que el paciente narra que tiene dolor en la región lumbar de una semana, después de agacharse a levantar un bloque; atención del 08 de agosto de 2016 por caída el 06 de agosto de 2016 de un andamio de alto de 1.20 mts con trauma en región lumbar y costal. Con todo esto se acredita que el demandante RUBEN a tenido traumas por caídas que lo han llevado a las deficiencias que le han generado la pérdida de capacidad laboral y que se relacionan con su trabajo y no con las cirugías practicadas en el HOSPITAL SANVICENTE FUNDACIÓN.

II. CONSIDERACIONES

1. VERIFICACIÓN DE PRESUPUESTOS PROCESALES Y AUSENCIA DE VICIOS DE NULIDAD.

Se ha establecido por el Tribunal que en el caso objeto de examen se cumple con los presupuestos procesales para la tramitación del proceso, sin que se advierta causal de nulidad alguna que pueda comprometer la validez de lo actuado, lo que permite abordar el fondo del asunto en esta instancia, conforme los reparos y la sustentación formulada por la parte recurrente.

2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

A partir de los argumentos expuestos por la recurrente, deberá resolver esta Corporación, si en el presente caso realmente se encuentran

acreditados los presupuestos para la declaratoria de la responsabilidad médica como afirma la parte demandante-recurrente, con especial énfasis en el elemento nexo causal, o si, por el contrario, como lo sostuvo el juez de primer grado, los mismos no se demostraron y por lo tanto no se configura la responsabilidad médica en cabeza de la demandada. De superarse ello deberá analizarse la prueba de los perjuicios reclamados.

3. PREMISAS JURÍDICAS Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO

3.1. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En este tipo de responsabilidad civil donde se enjuicia un acto médico, es necesario que concurran todos los presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, como son la prueba de una conducta activa u omisiva, violación del deber de asistencia y cuidado profesional traducido en culpa del médico; el daño padecido por la parte demandante a causa de esa conducta médica; y la relación o nexo de causalidad adecuada entre el comportamiento activo u omisivo del profesional y el daño padecido por el actor.

En el enjuiciamiento se parte entonces del análisis de la conducta médica, la cual *“puede ser un hecho positivo: acción por comisión o un hecho negativo: acción por omisión. Así la conducta del médico comprometerá su responsabilidad cuando niega la asistencia al paciente y será por un hecho negativo. En cambio cuando el médico cumple mal su trabajo por imprudencia o impericia que causa o genera un daño al paciente, está realizando un hecho positivo donde compromete su responsabilidad”*. (ROJAS Salgado Manuel de Jesús, Responsabilidad Civil Médica, 3 ed., 2015, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, cita a Yepes Restrepo Sergio, pag.69).

Para determinar la conducta culpable del médico, sea esta por acción o por omisión, es necesario establecer la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado. Las primeras, es decir las de medio, son las que permiten al deudor obrar dentro de las reglas de la diligencia y cuidado, no asume responsabilidad por la inejecución o el resultado adverso en la ejecución de sus obligaciones. En la relación jurídica médico-paciente, el médico asume la posición de deudor de la prestación y

siendo así, el deudor se exonera demostrando que actuó en forma diligente y cuidadosa (artículo 1604 inc. 3), corriendo con la carga de la prueba de lo contrario, la parte que lo reclama. Tipo de obligación que corresponde a los profesionales de la medicina, quienes en desarrollo de la prestación de los servicios médicos, asumen la obligación de otorgar al paciente el tratamiento que aconseja la *lex artis*, pero no pueden garantizarle que se mejorará, por lo que se traslada a la parte demandante la carga de la prueba de la negligencia, impericia e imprudencia presentada en ese acto médico que se demanda.

Por el contrario, en las obligaciones de resultado, el deudor se ve forzado a garantizar la prestación perseguida por el acreedor, considerándose en algunos casos que no hay exoneración, presumiéndose la culpa, como ejemplo la deuda de una suma de dinero, el contrato de transporte y en algunas ocasiones la atención médica cuando se ha adquirido esta obligación.

Ese acto médico que se juzga debe estar acompañado de la demostración de la culpa o negligencia, carga probatoria que corresponde a la parte demandante, quien debe demostrar que la actividad médica fue culposa, entendiendo la culpa conforme a lo que desde antaño ha venido diciendo la Corte Suprema de Justicia, cuando en sentencia de marzo 5 de 1940, señaló *“culpa que el profesional de la medicina comete infringiendo las reglas que regulan el funcionamiento de la misma, de la llamada lex artis o lex artis ad hoc”*.

Sobre la demostración de la **CULPA** en tratándose de responsabilidad médica por obligaciones de medio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Magistrado Ponente Dr. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. 30 de noviembre de 2011, ha señalado:

2.2. En punto de la aludida responsabilidad en el ámbito contractual, la Sala, en pronunciamiento de 30 de enero de 2001 (expediente No. 5507), expresó que fue *“en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empezó a esculpir la doctrina de la culpa probada”*, criterio que, *“por vía de principio general”*, es el que actualmente ella sostiene, que fue reiterado en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), en la que se afirmó que *“(…) ‘el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste*

deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación’ (...)”, 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), “8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998” (se subraya).

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

En definitiva, allí se concluyó **“que en este tipo de responsabilidad [médica contractual] como en cualquiera otra, deben concurrir todos los elementos o presupuestos materiales para el éxito de la pretensión, empezando por supuesto con la prueba del contrato, que es carga del paciente, puesto que es esta relación jurídica la que lo hace acreedor de la prestación del servicio médico, de la atención y el cuidado. Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa (...)**. (Negrilla fuera del texto original).

Véase SC3919-2021 de septiembre 8, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo en la que se reitera que los presupuestos de la responsabilidad civil del médico son los mismos de régimen general de responsabilidad, y en tratándose de la culpa, memora que esta se presenta cuando la conducta del médico no se ajusta a la *lex artis*, citando allí SC2555 del 12 de julio de 2019 y SC2804 del 26 de julio de 2019, refiriéndose también al nexo de causalidad.

Y en pronunciamiento reciente, SC4425-2021 del 5 de octubre, MP Luis Alonso Rico Puerta se mantiene la postura que la responsabilidad del galeno se enmarca dentro de la culpa probada

En juicios similares al que ahora ocupa la atención de la Corte, establecer la existencia y extensión de los daños corporales del paciente no suele ser una tarea excesivamente compleja o dispendiosa. De ahí que, 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.

En cuanto a lo primero, conviene insistir en que el fundamento de la responsabilidad civil del médico es la culpa, conforme la regla general que impera en el sistema jurídico de derecho privado colombiano. Por consiguiente, salvo supuestos excepcionales -como la existencia de pacto expreso en contrario-, la procedencia de un reclamo judicial indemnizatorio relacionado con un tratamiento o intervención médica no puede establecerse a partir de la simple obtención de un resultado indeseado -v.gr. el agravamiento o la falta de curación del paciente-, sino de la comprobación de que tal contingencia vino precedida causalmente de un actuar contrario al estándar de diligencia exigible a los profesionales de la salud.

Ese estándar, cabe precisarlo, no puede asimilarse completamente a ninguno de los que consagra el precepto 63 del Código Civil para los distintos tipos de culpa (como el parámetro del *buen padre de familia*), ni tampoco al criterio genérico de «*persona razonable*», pues debe tener en cuenta las especiales características de la labor del personal médico. 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».

Lo anotado equivale a decir que la imputación subjetiva de los galenos debe construirse comparando su proceder con el que habría desplegado un colega de su especialidad, con un nivel promedio de diligencia, conocimientos, habilidades, experiencia, etc., en caso de haberse enfrentado, hipotéticamente, al cuadro clínico del paciente afectado. Esto explica la referencia a una *lex artis ad hoc*, que no es otra cosa que evaluar la adecuación de las actividades del personal de salud de cara a la problemática específica de cada persona sometida a tratamiento, observando variables como su edad, comorbilidades, diagnóstico, entre otras que puedan identificarse para cada evento concreto.

En los juicios de responsabilidad médica, entonces, se torna necesario determinar la conducta (abstracta) que habría adoptado el consabido profesional medio de la especialidad, enfrentado al cuadro del paciente, y atendiendo las normas de la ciencia médica, para luego compararlo con el proceder del galeno enjuiciado, parangón que ha de permitir establecer si este último actuó, o no, de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible. Si lo primero, no podrá concretarse la responsabilidad civil; si lo segundo, será necesario entroncar su “culpa”, en el sentido explicado, con el resultado dañoso alegado en la demanda. (véase también SC 3604-2021)

Se suma a los anteriores presupuestos de la acción de responsabilidad civil, la demostración del daño causado con esa conducta médica culposa.

Acreditados estos presupuestos en un determinado escenario donde se juzgue la responsabilidad civil por el acto médico, hace falta la presencia del nexo causal o relación de causalidad, consistente en la conexión o enlace que debe existir entre el daño sufrido y el incumplimiento de la obligación asumida por el demandado, lo que se traduce en que ese incumplimiento sea la causa del daño. Es decir, debe haber certeza sobre el nexo causal entre la causa del daño que deberá ser actual y cierta y el daño mismo.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Tal como lo regula los arts. 320 y 328 CGP, la competencia de este Tribunal se limita por los reparos concretos planteados y sustentados por la parte recurrente en contra de la sentencia que es objeto de alzada, y sobre ellos se pronunciará la Sala.

Como se advirtiera, el escrito de reparos y la sustentación no son muy claros, pero de ellos se extrae que, la parte demandante-recurrente considera que el nexo está probado con la historia clínica de la CLINICA SAGRADO CORAZÓN, en especial las notas del 29 de marzo de 2014 y 01 de abril de 2014 y con el dictamen de pérdida de capacidad laboral obrantes en el proceso, y sobre ellos recaerá el análisis que procede a hacer la Corporación.

Recordemos lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el nexo de causalidad, en un asunto médico, SC 2348-2021

2. Como de un tiempo a esta parte lo viene predicando la Corte, el nexo causal, distinguido como uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, cualquiera sea su naturaleza, no puede reducirse al concepto de la “causalidad natural” sino, más bien, ubicarse en el de la “causalidad adecuada” o “imputación jurídica”, entendiéndose por tal “el razonamiento por medio del cual se atribuye un resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico” (CSJ, SC 13925 del 30 de septiembre de 2016, Rad. n.º 2005-00174-01)

Es que como en ese mismo fallo se analizó, “el objeto de la imputación -el hecho que se atribuye a un agente- generalmente no se prueba directamente[,] sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades. De ahí que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un ‘nexo causal’ que es difícil de demostrar porque no existe como hecho de la naturaleza, dado que la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o ‘causación por medio de otro’; lo que a menudo se traduce en una exigencia de prueba diabólica que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es sólo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad” (ibídem, se subraya).

No se trata, pues, de prescindir por completo de la causalidad física o natural, sino de no reducir a ella la atribución de un resultado a su autor, en tanto que la apreciación del elemento que se comenta es mucho más compleja. Como de forma muy reciente tuvo oportunidad de explicarlo la Sala:

Al respecto, conviene precisar que el vínculo causal es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, el cual sólo puede ser develado a partir de las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen en la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa.

Para tal fin, ‘debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado porque no son idóneos per se para producirlo, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud’ (SC, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 de sep. 2011, rad. 2002-00445-01).

Así las cosas, en el establecimiento del nexo causal concurren elementos fácticos y jurídicos, siendo indispensable la prueba -directa o inferencial- del primero de ellos, para lograr una condena indemnizatoria.

El aspecto material se conoce como el juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que

probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización. Para estos fines, se revisa el contexto material del suceso, analizado de forma retrospectiva, para establecer las causas y excluir aquellos que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía (CSJ, SC 3348 del 14 de septiembre de 2020, Rad. 2008-00337-01).

Veamos, en el caso concreto, se pretende atacar el actuar médico realizado en la entidad demandada el 02 de mayo de 2001, que consistió en “OSTEOSÍNTESIS DE HUMERO + INJERTO DE CRESTA ILÍACA”, al considerar que allí se dejó una gasa en la humanidad del señor RUBEN DARIO MÚNERA, situación de la que se dieron cuenta en febrero del año 2014, cuando consultó en la IPS COMFAMA SAN IGNACIO y luego el 29 de marzo de 2014 cuando se practicó cirugía en la CLINICA SAGRADO CORAZÓN, en la cual según la demanda se extrajo gasa del sector de la cresta ilíaca derecha, de donde tomaron hueso para injerto en la cirugía del 2001.

Con esta última, es que la parte actora pretende que se prueba el nexo causal entre aquella cirugía del 2001 y los daños padecidos por el señor RUBEN, que le generaron una pérdida de capacidad laboral del 22.80%, como es el acortamiento de su miembro inferior derecho y a causa de ello la falta de empleo.

Con fecha previa a la cirugía del 29 de marzo de 2014, se aporta el resultado de una patología ordenada por la IPS COMFAMA CALDAS de fecha 22 de febrero de 2014, en el que se realizó el estudio de biopsia a tejidos blandos y obteniendo como diagnóstico “*INFLAMACIÓN CRÓNICA GRANULOMATOSA DE TIPO A CUERPO EXTRAÑO*”, sin concluir que se tratara de una gasa, allí se describió “*presencia de granuloma de cuerpo extraño alrededor de material quirúrgico (gasoma)*”, sin tener certeza de quien ordenó dicho estudio, ya que no se aportó la historia clínica completa y en orden, pues en la atención brindada en LA IPS CIS COMFAMA SAN IGNACIO el 20 de febrero de 2014 se registra en “*Observaciones.....VIENE CON ORDEN DE RESECCIÓN. PREVIA ASEPSIA Y BAJO ANESTESIA LOCAL CON LIDOCAINA AL 1% 6 CC SUBCUTÁNEO SE HACE INCISIÓN OBLICUA SOBRE BORDE INFERIOR DE LA CICATRIZ PREVIA. SE IDENTIFICA (sic) REACCIÓN GRANULOMATOSA 3*4 CM QUE*

CUBRE CUERPO EXTRAÑO "GASOMA" QUE PROTRUYE A TRAVÉS DE DEFECTO DE 2 CM DE ALERÓN ILÍACO, A TRAVÉS DE ESTE DEFECTO SE EXTRAEN FRAGMENTOS DE GASA. PERO ES ALTAMENTE PROBABLE QUE EN LA PROFUNDIDAD QUEDE MATERIAL, SE RESIDUAL...." (se transcribe tal cual se encuentra el registro). Desconociendo que médico o entidad ordenó la resección y el motivo. Se suspende el procedimiento se sutura la piel y para evaluación completa se ordena "TAC CONTRASTADO", registrando como diagnósticos "R222 TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL TRONCO" y "M795 CUERPO EXTRAÑO RESIDUAL EN TEJIDO BLANDO".

El TAC DE ABDOMEN TOTAL CONTRASTADO se realizó el 25 de febrero de 2014 revisando todos los órganos que allí se encuentran, y en relación con la cresta ilíaca derecha describe lo que observa para decir que los "...hallazgos que podrían estar en relación con proceso inflamatorio asociado en curso, vs reacción granulomatosa" sin que sea posible descartar que las imágenes que se observan correspondan a cuerpo extraño, registrando como impresión diagnóstica "DEFECTO OSEO EN LA CRESTA ILIACA DERECHA CONOCIDO POR TOMA DE INJERTO, CON CONTENIDO RADIODENSO EN SU INTERIOR, QUE PODRÍAN CORRESPONDER A FRAGMENTOS DEL INJERTO OSEO, VS CUERPO EXTRAÑO...- LO ANTERIOR ASOCIADO A PROCESO INFLAMATORIO Y/O GRANULOMATOSO A SU ALREDEDOR...- ESTOS HALLAZGOS DEBEN SER ESTRICAMENTE CORRELACIONADOS CON LA DESCRIPCIÓN OPERATORIA YA QUE EL ESTUDIO TOMOGRÁFICO PRESENTA EXTENSAS LIMITACIONES PARA VALORACIÓN DE TEJIDOS BLANDOS...- QUISTES SIMPLES RENALES BILATERALES DESCRITOS"

Luego encontramos el registro en la historia clínica de la NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN de fecha 29 de marzo del 2014. En este registro se hace la descripción de la cirugía, que fue programada, llamada "SECUESTRECTOMIA DRENAJE DESBRIDAMIENTO DE HUESOS PELVIANOS EXCLUYE EL DESBRIDAMIENTO DE FRACTURA ABIERTA APLICA PARA LA EXTRACCIÓN DE ESPÍCULAS OSEAS DE CANAL ESPINAL" con código 770920 y "EXTRACCIÓN DE CUERPO EXTRAÑO EN HUESOS PELVIANOS POR VIA ABIERTA EXCLUYE EL

RETIRO DE ELECTRODOS Y/O RECEPTOR NEUROESTIMULADOR” con código 786921, con un DX pre y postoperatorio “M869 OSTEOLIELITIS NO ESPECIFICADA”, y se hace la descripción quirúrgica “ASPSIA AREA QUIRÚRGICA, SE REALIZA INCISIÓN EN OJAL SOBRE LA LESIÓN RESECO BORDE, EXTRAIGO GAZA ENCUENTROI LESIÓN PROFUNDA, AUSENCIA DE LA PARED DEL ILIACO POR DEBAJO DE LKA CRESTA, SE EXTRAE GRAN CANTIDAD DE RESTOS DE GAZA LA CUAL SE ENCONTRABA FRAGMENTADA, SE EXTRAE MENBRANA QUE LA RECUBRIA, LAVADO, CURETAJE DEL RESTO DE ALERÓN, AFONTO PIEL” (se transcribe como está), dejando constancia de los hallazgos y marcando el recuadro que da cuenta que lo extraído NO fue enviado a patología.

De la lectura de esta anotación en la historia clínica, se entiende la descripción de la cirugía practicada, y si bien allí se coloca “...EXTRAIGO GAZA...” y “...SE EXTRAE GRAN CANTIDAD DE RESTOS DE GAZA LA CUAL SE ENCONTRABA FRAGMENTADA...”, que son los apartes que resalta la parte actora y con los cuales considera se prueba el nexo, y con los cuales el juez tuvo por probado el hecho, lo cierto es que se considera que ello no es así, por cuanto a renglón seguido se registra “...SE EXTRAE MENBRANA QUE LA RECUBRIA...”, lo que indica que la que se llama gasa estaba cubierta con una membrana, elemento que puede ser el que el médico que realizó la cirugía en el año 2001, doctor ALONSO DE JESÚS PEÑA, colocó en la cresta ilíaca al momento de extraer el injerto para proteger el hueso de la hemostasia, llamado GELFOAM-esponja estéril-, tal como lo explicó en su testimonio, elemento que si bien es extraño al cuerpo, no fue dejado allí por olvido o descuido del galeno, sino por la necesidad médica y en cumplimiento de la lex artis, que permite el uso de este tipo de elementos en estas cirugías para evitar el sangrado en el hueso y que este sane con mayor prontitud, incluso es un elemento no dañino para la salud y es absorbible por el cuerpo y puede permanecer en el tiempo, como también lo explicó el médico.

El hecho que el cirujano haya descrito que encontró gasa, no es suficiente para decir que así fue, incluso parece una afirmación un tanto irresponsable, pues además de ello también encontró una membrana que la cubría, quedándose corto en indagar en realidad que había

encontrado en el cuerpo de RUBEN DARIO, pues pese a los hallazgos no envió a patología dichos elementos para que fueran analizados por el personal especializado en ello y así determinar con certeza, que se trataba de gasa o del material GELFOAM, certeza necesaria para poder endilgar comportamiento contrario a la lex artis a los médicos que realizaron la cirugía en el año 2001, pues una cosa es que se haya dejado un cuerpo extraño por olvido o descuido, y otra que se haya puesto porque la lex artis lo permite en beneficio de la salud del paciente.

De este registro, se podría inferir que se encontró un cuerpo extraño en la cresta iliaca derecha del señor RUBEN, pero no se puede obtener la certeza de que en realidad fuera gasa, como lo entendió el juez, pues de la lectura completa de dicho registro, se tiene noticia que también se encontró una membrana que la cubría, lo que puede llevar a pensar que era otro elemento y no gasa, como por ejemplo el GELFOAM, cuerpo extraño que fue colocado en el cuerpo del paciente porque así lo permite la lex artis, pero no se hizo el estudio de patología de lo que allí se encontró, ayuda que podría dar mayor claridad sobre el elemento encontrado.

Es decir, de esta anotación no se puede obtener la certeza del nexo, sería útil para establecer el hecho, la existencia del comportamiento contrario a la lex artis, siempre y cuando estuviera complementada por las ayudas diagnósticas necesarias para establecer qué fue el material encontrado, pues de la lectura completa del registro se entiende que se encontró lo que el médico llamó gasa y una membrana que la cubría, que no fueron enviadas a patología, originando interrogantes sobre qué fue lo que allí se encontró en realidad.

Ahora, de la anotación del 01 de abril de 2014, tampoco se puede desprender el nexo, pues allí, tres días después de la cirugía en la que se extrajo el cuerpo extraño, se anota, en la nota médica, que hay secreción moderada en la herida, serosa sanguinolenta, con resultado de cultivo "*POSITIVO STREPTOCOCO AGALACTIE*" describiendo el plan a seguir, registro que da cuenta de la presencia de una bacteria, pero no del nexo entre la cirugía realizada en el año 2001 y el daño que se pretende indemnice.

Es que para poder determinar si en realidad el cuerpo extraño era gasa dejada por descuido del galeno que realizó la cirugía en el año 2001, se requería del examen de patología de los elementos extraídos, y el nexo entre este hecho y los perjuicios que se dice se ocasionaron al paciente, de un dictamen pericial que diera cuenta de si la actuación médica en el año 2001 cumplió con la lex artis, primero, si el elemento extraño-gasa, que es el que se pretende se encontró, podría durar tanto tiempo en el cuerpo sin generar algún síntoma, pues estamos hablando de más de 13 años, si generaba algún daño, y de qué tipo, entre otros interrogantes que pueden surgir, para con dicha prueba obtener la certeza de que hubo un acto descuidado o negligente y que este causó los perjuicios que se reclaman. Que dicho sea de paso tampoco se acreditaron, pues no se probó el acortamiento del miembro inferior derecho, al contrario, los Rx dan cuenta de que tanto la cadera como la columna están dentro de los parámetros normales, y el dolor puede deberse a todos los eventos de caídas que ha sufrido en señor RUBEN en su trabajo.

En este tipo de procesos es necesario acudir a los peritos expertos en asuntos médicos especializados, para que ofrezcan claridad sobre los registros médicos en las historias clínicas, sobre las consecuencias de los actos u omisiones médicas, y respondan las dudas que se generen a las partes y al juzgador, para tener certeza de lo que aconteció en una atención médica, pero esta prueba no se logró por falta de interés de la parte actora, pues si bien esta amparada por pobreza, a través del juzgado se logró la participación del Consejo Superior de la Judicatura, y solo se le pidió armar una cotización para conocer el valor de dicha experticia, pero no auxilió dicha exigencia, incumpliendo con su carga probatoria, siendo la historia clínica insuficiente para lograr tal fin.

Sobre la prueba pericial la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado y se cita STC 2066-2021

2. En lo que puntualmente concierne al dictamen pericial, este tiene por objeto llevar al juez información cuando el campo del conocimiento del que se extraiga no sea de su dominio, puesto que con él es posible obtener un concepto fundado en el método científico, el arte o la técnica; cuyas conclusiones incidirán en la adopción de la decisión que dirima el conflicto planteado, según lo dispone el artículo 226 del Código General del Proceso.

En torno a la relevancia de ese medio persuasivo se ha señalado que:

“El perito es, pues, un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza sui géneris de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del poder judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (artículo 716 del C. J.)”. No obstante estar llamados los peritos -dice Dellepiane- a suplir o completar los conocimientos del juez; ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado, ni lo dispensa del deber crítico (...).”

“La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánicamente o ciegamente. El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohíben al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia desprenden no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste. El artículo 723 coloca al Juez en un plano de apreciación muy amplia, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o no, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de Juez”. (CSJ SC5186, 18 dic 2020, rad. 2016-00204-01).

Respecto a que con el dictamen de pérdida de capacidad laboral se acredita el nexo causal, y no era necesario el dictamen pericial, tampoco le asiste razón a la recurrente, pues cada uno de estos dictámenes tiene un objetivo diferente, el primero, establecer si una persona tiene alguna deficiencia que limite sus funciones y le impida en grado alguno desempeñarse a nivel laboral, social, familiar, personal y el origen de esa merma o pérdida de capacidad, teniendo en cuenta todos los antecedentes médicos que haya tenido la persona y la persona misma, y sería la prueba para determinar el valor a indemnizar

por algún perjuicio acreditado, como por ejemplo el lucro cesante, tiene un carácter más general; y el dictamen pericial, que se ordena dentro de un proceso en específico, permite establecer si un determinado acto médico, para nuestro caso, cumplió con la *lex artis* y si no lo hizo, qué consecuencias pudo generar, que daños pudo originar, y con él la parte actora puede probar que sus reclamos son fundados, es más específico, que hay nexo entre el hecho y el daño, elementos que también deben ser acreditados con suficiencia, cosa que no ocurrió en este asunto, entonces uno no sustituye el otro.

Además, recordemos que el dictamen de pérdida de capacidad laboral estableció que ésta se generaba por *“Deficiencia por disestesia a neuropatía periférica o lesión de médula espinal y dolor crónico somático”*, que no se relaciona con la cresta ilíaca, como lo testificaron los médicos que comparecieron al proceso, y que la parte actora no probó que esa deficiencia se debiera a la atención brindada en el año 2001.

Con estas probanzas, la parte actora no logra acreditar la presencia del nexo causal entre el hecho y el daño, incluso, podría decir el Tribunal, luego de analizar las pruebas que, ni siquiera se probó con certeza el hecho como lo definió el a quo, pero como esto no fue motivo de reparo, nos limitamos al estudio del nexo, que como ya se ha dicho, se reitera no fue probado por quien soportaba la carga.

Ante este panorama no se hace necesario analizar las otras manifestaciones, que se relacionan con no estar de acuerdo con el juez en ciertas afirmaciones que se relacionan con los posibles perjuicios.

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, se puede aseverar que la parte actora no logró sacar adelante los reparos en contra de la decisión de primera instancia, como tampoco cumplió con la carga probatoria de acreditar el nexo entre la conducta que enrostra a la demandada y el daño que reclama, llevando a la Sala a **CONFIRMAR** el fallo que ha sido objeto de revisión por vía de apelación.

V. COSTAS

No hay lugar a imponer condena en costas ante el beneficio del amparo de pobreza en favor de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, EN SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

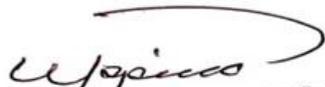
FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN en audiencia celebrada el 07 de febrero de 2023.

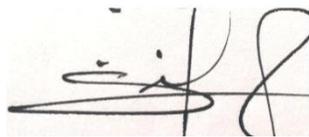
SEGUNDO. NO CONDENAR a la parte recurrente- demandante, en costas de esta instancia por estar amparada por pobreza.

TERCERO. DEVOLVER el proceso al despacho de origen una vez en firme esta decisión.

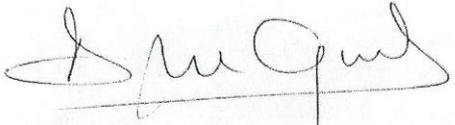
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO
Magistrada

Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Civil Tribunal Superior de Medellín, conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022


JOSE GILDARDO RAMIREZ GIRALDO
Magistrado

(Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Tribunal Superior de Medellín, conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022)


ALBA LUCÍA GOYENECHÉ GUEVARA
Magistrada

Firma escaneada exclusiva para decisiones de la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022