

San Juan de Pasto, octubre 12 de 2021

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

M.P. Dr. GUSTAVO SERRANO RUBIO

SALA 005 CIVIL FAMILIA

E. S. D.

Asunto: PROCESO VERBAL DE R. CIVIL No. 2017 – 00096 (711-01)

Demandante: LUIS OMAR SALAS Y OTROS

Demandada: COOMEVA EPS y OTROS

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

LEGI PAZROSERO GONZALEZ, de notas civiles conocidas dentro del proceso de la referencia, en mi condición de apoderada judicial de **COOMEVA EPS**, dentro del término legal, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto en contra la Sentencia del 3 de septiembre de 2021, recurso que sustento en los siguientes términos:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

RESPONSABILIDAD LEGAL DE LAS EPS:

La señora Juez atribuye responsabilidad a mi patrocinada argumentando lo siguiente:

“Primariamente es necesario advertir que de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 la función básica de las entidades promotoras de salud es “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados” y “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”.

Lo anterior impone su responsabilidad, así presten estos servicios de manera directa o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud y profesionales respectivos”.

La anterior postura es inadmisibles porque representa la entronización de un esquema de responsabilidad objetivo, en cuanto a la prestación del servicio de salud y que además desconoce los roles asignados a cada institución en la estructura del sistema de seguridad social.

Desde la perspectiva anterior, si aceptamos la tesis que propone la A quo, tan solo basta la prueba del presunto daño y la existencia de la persona jurídica demandada para de allí derivar responsabilidad patrimonial.

Al respecto conviene traer a colación las orientaciones que sobre el particular viene exponiendo la Corte Suprema de Justicia, para el caso la Sentencia SC13925 de 016, al abordar un asunto similar señaló:

“Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS, o por cuenta de servicios particulares; **si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa** sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima”. (negrillas fuera de texto).

Entonces vale preguntarse, ¿cuál es el deber de acción que le corresponde a la EPS?

A COOMEVA EPS SA, tan solo le corresponde el aseguramiento de las personas al sistema de seguridad social en salud, en su condición de Entidad Promotora de Salud, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993. Contratación con una IPS habilitada, y la coordinación en la prestación de servicios de calidad a sus afiliados, pero no puede atribuirse una responsabilidad por cada acto médico que desarrolla la IPS en cabeza de cualquiera de sus agentes, porque tal exigencia, es un imposible jurídico, para cualquier entidad aseguradora, es decir, como hace la EPS para vigilar cada acto médico o paramédico para que se surta con base en los estándares de la Lex Artis de la medicina, si ellos se producen a diario, sobre la marcha y la dinámica del quehacer médico.

De esta forma, atribuir responsabilidad a una EPS, por lo que ocurre en cada procedimiento quirúrgico, desborda cualquier margen de razonabilidad en el análisis del caso.

No se niega que los usuarios tienen derecho a percibir un servicio de calidad, pero cada integrante del sistema de salud, debe asumir sus propias responsabilidades, en este contexto debe escindirse la actuación que realiza la IPS y sus agentes, de la labor que le corresponde a la EPS.

Lo que ha hecho la señora Juez, es fusionarlas inadecuadamente. Para el caso, a la EPS, de nada le sirve a la EPS mantener su naturaleza jurídica si en últimas para el sistema judicial, la responsabilidad es idéntica a la de la IPS.

Si bien como lo menciona la A quo, “De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1458 de 1994 las EPS son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrales, orientado a estos con el fin de obtener la mejoría en su estado de salud, garantizando

procedimientos de calidad con atención integral, eficiente y oportuna a sus afiliados”, ello no significa, que deba estar presente en cada consulta o procedimiento, pues escapa a las posibilidades funcionales de las EPS.

La atención médica es atribución exclusiva -en términos de la ley- de las instituciones prestadoras de salud o de las personas naturales o jurídicas con quienes se contrata la prestación del servicio de salud.

En dicha medida, el contrato ficto o presunto suscrito entre la entidad que apodero y la señora Meneses, se insiste, no va hasta el punto de tener que fiscalizar cada acto médico que realiza el personal adscrito a las IPS con las cuales se ha contratado la prestación del servicio de salud, ello escapa al ámbito de sus competencias.

Lo que, si debe garantizar la EPS, tal como se cumple en este caso, es que se contrate con IPS debidamente habilitadas que a su vez vinculen personal médico debidamente capacitado e idóneo

Precisado lo anterior, es claro que COOMEVA EPS, no ha participado en los hechos que motivan la demanda a ningún título, es más, mi poderdante garantizó la atención posterior al acto quirúrgico, que como bien lo indica la juez fue adecuado y pertinente.

Adicional a lo anterior, y refiriéndonos al oblitio quirúrgico analizado en este caso, es importante tener en cuenta los siguientes argumentos:

DEL OBLITO QUIRURGICO REPRESENTADO EN LA PRESENCIA DE LA GASA COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD. EL FALLO RECURRIDO ES CONTRAEVIDENTE:

Según la señora Juez, citando jurisprudencia del Consejo de Estado, indica que la responsabilidad se deriva de la sola presencia de la gasa en el organismo de la paciente.

Al efecto sostiene:

“Bajo el mismo razonamiento lógico, se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el oblitio quirúrgico y el daño padecido por la demandante, puesto que en los casos de oblitio quirúrgico el daño no se desprende del acto médico o paramédico, sino que lo que se cuestiona es la afectación que se genera a partir de la cosa misma o cuerpo extraño que se encuentra depositada en el organismo. “Es decir, el daño está directamente asociado a la cosa y no es el acto médico el que desencadena el mismo sino un instrumento o material que desprendido del procedimiento científico al haber quedado olvidado en el cuerpo humano, representa la lesión antijurídica que debe ser reparada”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C; Sentencia del 24 de marzo de 2011).

La sentencia traída a colación por la A quo, no es de aplicación, pues el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria es la Corte Suprema de Justicia y por tanto no sirve de fundamento para la tesis que se plantea.

Sobre este particular, se debe insistir en que la juez no puede apoyar su decisión en sentencias que no corresponden al órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, porque los parámetros de juzgamiento en una y otra jurisdicción son diferentes, de esta forma la teoría de la responsabilidad objetiva que ha desarrollado el Consejo de Estado no puede ser aplicada a los casos que se juzgan en la Jurisdicción civil, dado que en esta última sigue imperando la responsabilidad subjetiva (falla probada del servicio).

Pero aun aceptando, la aplicabilidad de la sentencia a la que recurre la juez, el estudio por ella realizado en este caso, es desacertado, en cuanto desconoce flagrantemente el análisis integral de la prueba, como quiera que el material probatorio recaudado, es indicativo de que la gasa depositada en la humanidad de la paciente no necesariamente se introdujo con ocasión del acto quirúrgico desarrollado por el Doctor Casabón el día 15 de marzo de 2014, es más, no existe prueba alguna que determinen con la certeza que se requiere, que el material extraño encontrado haya sido dejado en el organismo de la señora Meneses, en el procedimiento indicado, para el efecto véase las siguientes pruebas:

- Declaración del Dr. Casabón, quien indicó que: “el procedimiento por él realizado, fue con una técnica mínimamente invasiva, donde solo se hace una incisión de 2 cm por donde introduce un Xlif y a través de él se realiza la intervención, indicando que resulta imposible que en dicha cirugía se haya podido introducir una gasa o el elemento extraño por el cual se reclama en este caso. Las gasas utilizadas son únicamente para limpieza externa del área quirúrgica, antes y después de la cirugía, gasas que estaban completas según el conteo por él supervisado”.
- Hoja quirúrgica del 15 de marzo de 2014, donde se registra procedimiento sin complicaciones
- Hoja de Registro de información de instrumentación donde se reporta el **conteo de insumos o instrumental empleados en el procedimiento quirúrgico con la anotación de completo para cada uno**, folio que forma parte de la Historia Clínica y que fue aportada al proceso.
- Declaración testimonial del doctor Giovanni Alexander Ramos – médico que participó en la cirugía de columna, quien fue enfático en afirmar que, en revisión de la cavidad quirúrgica no se observó ningún elemento extraño y que el cirujano doctor Casabón verificó el conteo de los elementos utilizados en la intervención quirúrgica como siempre lo hace. Adicionalmente, señaló que se practicó a la paciente un examen de RX, donde no se evidencia ningún cuerpo extraño.

- Declaración testimonial de la instrumentadora Gloria de Jesús Caranguay, quien colaboró en el procedimiento quirúrgico del 15 de marzo de 2014, y confirmó que antes del cierre de la cirugía se realizó el conteo del material quirúrgico utilizado, conteo que se registró en un tablero del quirófano a la vista de todo el personal médico y paramédico, así como en la historia Clínica.
- Declaración testimonial de la circulante, enfermera Aura Nelly Chazatar, quien manifestó que personalmente realizó el conteo de todo el material quirúrgico utilizado en la intervención del Dr. Casabón, indicando además ser muy cuidadosa en el conteo y ante la pregunta formulada por el apoderado de la parte demandante sobre si se realizó un recuento, indico que efectivamente ella realizó dos conteos, dos antes y dos después del procedimiento, conteo y recuento que se registró en el tablero de quirófano y en la Historia Clínica. Finalmente afirmó, ante interrogatorio formulado por el apoderado de la actora, que las gasas utilizadas fueron desdobladas al hacer el conteo y que se verificó que no faltara ninguna parte de ellas.
- **RX** practicado a la paciente, con posterioridad a la cirugía de columna que arrojó como resultado: “cajetines en buen estado”, **sin que revelara la existencia de un cuerpo extraño o señales de complicación relacionada con el procedimiento quirúrgico”**.
- Dictamen pericial del doctor JOSE GABRIEL RUGELES ORTIZ– Medico Ortopedista y Cirujano de Columna, quien en su concepto concluye:
 - Que no se puede confirmar con la información que reposa en la Historia Clínica del Hospital Departamental, el tipo o clase de elemento encontrado en la paciente, en tanto que el resultado de la tomografía, el estudio patológico y el comunicado de patología no coinciden.
 - Que el tamaño de la incisión y la técnica operatoria utilizada en este caso, no posibilita que se haya dejado un elemento extraño en el cuerpo de la paciente, tal como una gaza o una compresa.
 - Que el cirujano Dr. Casabón, utilizó un separador quirúrgico diseñado para este procedimiento, que permite una exposición puntual del área quirúrgica a intervenir, elemento que le permitió realizar el procedimiento adecuadamente. Indicó igualmente que la ventaja de este elemento radica en la separación de las estructuras alrededor de la columna que se centra en el espacio retroperitoneal donde el cirujano identificó los límites anatómicos y le permitió con una iluminación y un ambiente quirúrgico de hemostasia (no sangrado) realizar el plan trazado.
 - Que en el postoperatorio inmediato no evidenció señal o signo clínico de complicación relacionada con el procedimiento quirúrgico.

- Que en el momento de identificación del ceroma, el cirujano decide hospitalizar a la paciente y hacer seguimiento tanto clínico como paraclínico para confirmar si había una complicación relacionada con el acto quirúrgico. Por los hallazgos clínicos y paraclínicos se descarta un proceso de infección tanto local como sistémica que puedan desencadenar en una complicación severa o muerte.
 - Que, cumpliendo con los protocolos, como consta en el **informe del día de la cirugía**, el recuento (conteo) de los elementos utilizados para este procedimiento, se confirma en la historia clínica que dicho conteo corresponde a la totalidad de estos elementos sin haber faltantes, por lo que se procede al cierre quirúrgico de la paciente.
- Declaración de ratificación y exposición del perito Dr. José Gabriel Rugeles Ortiz, quien fue enfático en indicar que
- “Existen tres razones para concluir que el elemento extraño encontrado en el Hospital Departamental no pudo haberse dejado en la cirugía del 15 de marzo de 2014:
- El conteo donde el número de elementos utilizados en el procedimiento es igual al descrito al final del mismo;
 - La Radiografía tomada a la paciente con posterioridad a la cirugía no evidencia ningún elemento extraño y
 - El seguimiento clínico del médico tratante en el cual no hay ningún signo o síntoma que evidencien la existencia de un cuerpo extraño”.
- Dictamen pericial del doctor Juan Carlos Eraso Guengue, **rendido bajo probabilidades y sin ninguna certeza científica**, en tanto que en el mismo se indica:
- “... se trata de un elemento de tipo quirúrgico ... que por su apariencia en este último **PODRIA CORRESPONDER** a una mecha de gasa que recuperó su longitud al descomprimirse.
 ... **SE INFIERE** que en este evento fue donde se dejó abandonado el cuerpo extraño.
 ...**ES POSIBLE** el uso de la mecha de gasa quirúrgica durante el procedimiento Xfil”. (sin indicar el perito que estas gasas son de uso necesario o que en este caso específico se utilizaron)

A diferencia del doctor Rugeles, quien describe la intervención quirúrgica realizada por el Dr. Casabón donde indica el equipo utilizado y la contabilización de los materiales, el doctor Eraso, solo habla de la posibilidad de usarse una mecha de gasa, pero no confirma que, en el específico procedimiento del 15 de marzo, es uso.

- Declaración de contradicción del perito Juan Carlos Eraso Guengue, en cuya exposición acepta que el número de gasas utilizado en el procedimiento quirúrgico del 15 de marzo de 2014, es el mismo que se evidencia al final de la intervención de columna.

El único fundamento del perito para aseverar que el elemento extraño fue dejado en la cirugía de columna, es manifestar que no existe otro procedimiento quirúrgico practicado a la paciente, sin tener otro argumento de peso que respalde su posición

Es claro entonces que, con este acervo probatorio no le es dable a la juez dar por sentado que la gasa devino de este exclusivo acto quirúrgico, pues bien pudo suceder lo acontecido en el procedimiento de pomey al que se sometió la señora Meneses o a otro tipo de intervención quirúrgica posterior a la cirugía de columna o en algún procedimiento particular al que se haya sometido la paciente y se desconoce en historia clínica.

Así lo indicó la doctora Diana Villota, quien en su declaración manifestó que un cuerpo extraño puede durar asintomático por muchos años y ser detectado como hallazgo incidental por algún tipo de examen y procedimiento, por lo que pudo tratarse de un cuerpo dejado en otro momento.

De manera que, No existe prueba alguna que demuestre con absoluta certeza que el cuerpo extraño encontrado en la paciente a instancias del Hospital Departamental, haya sido dejado en la cirugía del 15 de marzo de 2014, por el contrario lo que si se encuentra probado, con registro en la historia clínica de la señora Meneses, es que los elementos utilizados en dicho procedimiento, se registraron como completos, según el conteo que reposa en la nota operatoria, descartándose con ello que el elemento encontrado haya sido dejado en esa fecha.

Adicional a lo anterior, también se encuentra perfectamente probado, como bien lo indica el despacho de instancia, que a la usuaria le fue practicado un RX postquirúrgico, que arrojó como resultado “cajetines en buen estado”, **sin que revelara la existencia de un cuerpo extraño o señales de complicación relacionada con el procedimiento quirúrgico”**.

Al respecto, no se entiende cual es la razón para que la señora Juez, no le dé la importancia que se merece este examen paraclínico, más aún cuando el mismo perito a quien la A quo le da mayor peso probatorio (Dr. Eraso), al referirse al cuerpo extraño encontrado, aduce en su concepto:

“De acuerdo a la revisión de la Descripción quirúrgica del Hospital Departamental de Nariño de fecha 9 de abril de 2015, en el procedimiento de Drenaje de absceso retroperitoneal y extracción de cuerpo extraño, se encuentra: “Absceso retroperitoneal con fistula a piel, tejido de granulación y cuerpo extraño (**fragmento de testigo de compresa**). Lo anterior indica que se encuentra un **cuerpo extraño conocido como testigo usado como**

marcador radiopaco (metálico) para elementos quirúrgicos empleados en cirugías de cavidades de difícil acceso”

“... que por su apariencia podría corresponder a una mecha de gasa que recuperó su longitud al descomprimirse (desenrollarse), elemento que regularmente se utiliza para secado intraquirúrgico y/o hemostasia por compresión, a la cual generalmente **se le marca con un elemento radiopaco (metálico) para detección radiográfica, es decir, para poderse evidenciar en Rayos X y evitar ser confundido con tejido normal o dejar abandonado**”.

Ese elemento metálico que refiere el perito, es el denominado testigo metálico que también fue evidenciado en la Tomografía Abdominopélvica practicada a la paciente el 10 de abril de 2015 a instancias del Hospital Departamental de Nariño, pues en el reporte se indica:

“hay una **imagen de cuerpo extraño ... con densidad de tejidos blandos que incluye burbuja de gas aberrantes en su interior y presencia de testigo metálico** ...”

De manera que, si el objetivo de las gasas con testigo metálico y que corresponden al elemento encontrado en el hospital departamental, como bien lo indica el perito, es que se puedan evidenciar con Rayos X, porqué razón entonces, se le resta la importancia que tiene este paraclínico, cuando el mismo, fue tomado después del procedimiento quirúrgico del 15 de marzo de 2014, y demostró que no había ningún cuerpo extraño en el cuerpo de la paciente.

Si el reporte del examen radiológico indica claramente, “cajetines en buen estado, **sin que revelara la existencia de un cuerpo extraño** o señales de complicación relacionada con el procedimiento quirúrgico”, **solo puede concluirse que el cuerpo extraño por el cual se demanda, no fue dejado en el procedimiento quirúrgico practicado por el doctor Casabón.**

Adicional a lo anterior, tampoco se entiende cual es la razón, para que, si a la señora Juez le sirve de fundamento para su decisión, el examen paraclínico tomado con anterioridad al procedimiento quirúrgico para indicar que se encuentra probado que, con antelación a la intervención de columna, no existía ningún cuerpo extraño, porque en el mismo orden, no le sirve de fundamento el examen radiológico RX tomado con posterioridad al mismo, siendo además idóneo para verificar si existe o no, algún cuerpo extraño.

No es posible que sin un criterio científico que lo respalde, se decida establecer qué examen radiológico si constituye prueba y cual no.

Por otra parte, tampoco se entiende cual es la razón para dar mayor peso probatorio al dictamen pericial del doctor Juan Carlos Eraso Guengue, si de su concepto escrito como de su intervención en audiencia, se reitera, se puede fácil y claramente concluir que sus argumentos se basan en suposiciones y probabilidades, sin que ninguna de sus respuestas tenga un fundamento fáctico ni científico probado.

No puede el juzgador edificar una sentencia, haciendo inferencias sobre una base incierta. Si en el presente caso, estamos frente a una duda razonable, inexorablemente ello debe conducir a la exoneración de las entidades demandadas.

Ahora, si el principal responsable del acto quirúrgico dice que es imposible por la forma que el opera, que se haya dejado un cuerpo extraño en la paciente, como se puede atribuir responsabilidad a la IPS.

Fue claro el doctor Casabón en manifestar en su injurada que:

“esta cirugía mínimamente invasiva, se realiza bajo misión fluoroscópica, la fluoroscopia que es, es que usted tiene el rayos x intraoperatorio y se va dando cuenta claramente que es lo que va haciendo, vuelvo y repito como el espacio es tan reducido, uno necesita de todas esas ayudas y esas ayudas existen en clínica Hispanoamérica, por lo cual son utilizadas, posteriormente siempre por protocolo se toman rayos x postoperatorios, en los que vuelvo y repito lo que ya se expresó claramente se observan que no existen cuerpos extraños sino que solamente la buena posición de los dos implantes que se le colocaron como sus testigos o marcadores metálicos”.

Igualmente refirió el doctor Casabón:

“esta cirugía porque se realiza por un espacio supremamente estrecho a través de un instrumental especial que es como un tubo tiene un diámetro que no sobrepasa los 2 centímetros y por esta sencilla razón es como introducir un tubo desde la piel hasta el disco que está comprometido y por esta sencilla razón es muy difícil y complejo pensar en que por este espacio tan reducido una compresa como he escuchado aquí que mide de 20 por 30 centímetros o de 20 por 20 centímetros, pueda caber en semejante abordaje tan pequeño, algo que hace prácticamente es imposible por lo que sea muy interrogado por mi parte”.

Observaran los señores magistrado como los asertos del cirujano que desarrollo el acto quirúrgico, al contrastarlos con la prueba pericial, se acompañan perfectamente, es decir, el doctor Rugeles – médico perito coincide con las apreciaciones del doctor Casabón – médico tratante. Ambos sostienen que dado el tamaño de la incisión la técnica quirúrgica utilizada y el sitio de abordaje, resulta prácticamente imposible, atribuir la presencia de la gasa a este acto quirúrgico.

Así las cosas, el fallo riñe abiertamente con la lógica de apreciación de la prueba, presentándose un error de hecho y de derecho.

La Juez no puede estructurar una sentencia, sobre inferencias subjetivas o apreciaciones especulativas, sino sobre bases ciertas.

En la teoría del daño, la Jurisprudencia y la doctrina han enseñado reiteradamente, que la responsabilidad patrimonial se fundamenta en el hecho, el daño y el nexo causal, en este caso, el hecho representado en una supuesta falla en la prestación

del servicio, no está probado e igualmente no hay respaldo probatorio del nexo causal, necesario para atribuir responsabilidad.

En efecto, a riesgo de redundar en nuestra tesis, me siento en la obligación de insistir en que, los diferentes testimonios técnicos son unánimes en señalar que la gasa no pudo haberse introducido en la paciente en el acto quirúrgico desarrollado en la columna, por la simple naturaleza del procedimiento y técnica desarrollada (2cm de incisión), la prueba objetiva de unos Rayos X que no revelaron la presencia de un elemento extraño, el paso del tiempo que no permite sostener que una gasa supuestamente olvidada en el cuerpo de la paciente hace un año, solo debele signos de infección o sepsis abdominal, transcurrido dicho lapso de tiempo (12 meses), las declaraciones de la instrumentadora y la circulante, que enfáticamente aducen haber hecho del conteo y recuento de manera rigurosa de los materiales utilizados en la cirugía, todo lo cual da cuenta, entonces, que no existe un nexo de causalidad entre lo acontecido en la cirugía y al fuente origen del daño que se reclama.

En palabras más sencillas, el oblito definitivamente no tiene etiología en el actuar médico desplegado por el doctor Casabón a instancias de la Clínica Hispanoamérica. Es por lo anterior, que se afirma y se reitera que el fallo resulta ser contraevidente y especulativo. A la Juez no le está permitido en este asunto, hacer inferencias abstractas, basadas únicamente en el análisis parcial de unas pruebas que deficientemente sustentan su tesis.

Observen los magistrados la contundencia de los testimonios y pruebas que respaldan la defensa y la debilidad, fundamentada en probabilidades en la que la juez respalda su teoría del caso.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - RECONOCIMIENTO DE DAÑO MORAL SIN CONSIDERAR ENFERMEDAD DEGENERATIVA DE LA PACIENTE – FALTA DE VALORACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LA PARTE DEMANDADA:

La A quo, para el reconocimiento del daño moral, solo tuvo en cuenta los testimonios de las señoras Magola Unigarro de Revelo y Gladys Marlene Apráez Zamora, para indicar que con sus declaraciones se demuestra “las difíciles condiciones que atravesó la causante a raíz del oblito quirúrgico, así como las circunstancias adversas que emocionalmente soportaron su esposo, hijos y nietos al no evidenciar mejoría en su estado de salud”.

Y con base en ello concluye que las entidades demandadas no desvirtuaron la presunción de aflicción causada a los demandados por las afectaciones de su pariente en primer y segundo grado de consanguinidad, por lo que el daño moral se encuentra probado.

Si bien, como lo menciona la señora juez, se puede presumir con las reglas de la experiencia que los daños antijurídicos sufridos por un pariente cercano, causan dolor y angustia en quienes conforman el núcleo familiar, no puede la A quo solo indicar tal circunstancia para reconocer perjuicios por daño moral.

El reconocimiento de perjuicios, debe basarse en la efectividad del daño, es decir, debe el despacho de instancia, analizar y establecer si se encuentra realmente probado que ese sufrimiento que dicen tener los familiares de la paciente, tiene etiología o relación directa, con el oblitio quirúrgico. Sin embargo, dicho análisis brilla por su ausencia.

Adicionalmente, desconoce la señora Juez el material probatorio que ha demostrado que la señora María Hortensia Meneses de Salas, padecía una enfermedad de base degenerativa, causante de todas sus dolencias.

Si bien, según el decir de sus familiares, la paciente estuvo postrada, no podía caminar, tenía que subir las gradas de rodillas, y sufrió dolores que la afectaron psicológicamente, todo atribuido a la presencia de un cuerpo extraño en su organismo, no puede desconocer el despacho, que según la historia clínica y la declaración del médico tratante Dr. Casabón, la paciente padecía una enfermedad degenerativa causante de todos esos dolores y la imposibilidad de caminar.

El mismo galeno tuvo que infiltrar sus rodillas por los dolores y la dificultad que presentaba para la deambulacion.

En su declaración el Doctor Casabón indicó:

“la enfermedad degenerativa que ella tenía no solamente era de su columna, sino de todas sus articulaciones y potencialmente si ya pensamos así, como yo encontré en su historia que tenía artrosis de sus rodillas, yo mismo le realicé una infiltración en sus rodillas para calmar el dolor y para que estuviera más tranquila...

... me parece que la sintomatología de dolor, de incapacidad, de limitación para realizar sus actividades y eso, era mucho más por la enfermedad degenerativa generalizada que ella tenía en todas sus articulaciones que por el supuesto problema de fistula que tenía por esta situación.

...por el solo hecho de la enfermedad degenerativa, la de no verse tan activa, de tener ese tipo de limitaciones en sus articulaciones, de que cada vez ya no pueda moverse bien, de que no pueda caminar tanto, bueno tantas situaciones, lógicamente claro que puede causar un problema mental o problema de depresión, o problema psiquiátrico o psicológico en este caso...”.

Como se observa, si la reclamación de perjuicios por parte de los demandantes, se basa en los dolores que la paciente tuvo que soportar por un periodo de un año, es claro que los mismos son producto de su enfermedad de base y no del oblitio quirúrgico alegado, de donde entonces, el perjuicio moral que se reclama no puede ser atribuido al hecho de supuesta gasa dejada en su humanidad, sino a la patología que de tiempo atrás acompañaba a la de cujus, tornándose inviable la condena impuesta en favor de sus familiares por este concepto.

En igual sentido frente a los perjuicios materiales reconocidos en instancia, los mismos carecen de fundamento, toda vez que como se ha explicado, no tienen

etiología en el acto médico del 15 de marzo de 2014, por no ser en ese procedimiento donde se dejó abandonado ningún elemento.

Por lo antes expuesto se solicita respetuosamente al honorable tribunal, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver de toda responsabilidad a mi representada.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'LP' or similar initials, written in a cursive style.

LEGI PAZROSERO GONZALEZ
T.P. No. 87.097 del C.S. de la J.