

DOCTOR

GUSTAVO SERRANO RUBIO

MAGISTRADO SALA CIVIL FAMILIA – TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO

EN SU DESPACHO

Ref.: Proceso verbal No. 52001-3103-002-2017-00096-01 (711-01).

Demandantes: LUIS OMAR SALAS TRUJILLO y otros

Demandados: COMPAÑÍA OPERADORA CLÍNICA HISPANOAMERICA S.A.S. y otros

Asunto: Sustentación recurso de apelación contra sentencia escrita de fecha 03 de septiembre de 2021 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto

En mi condición de apoderada judicial de la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S., de conformidad con la sustitución de poder efectuada por la Doctora Gladys Delgado Martínez, mediante memorial que adjunto al presente documento, remitido igualmente por la Compañía demandada al correo del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, me permito mediante el presente escrito presentar SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN contra la sentencia proferida el día 03 de septiembre de 2021, dentro del proceso de la referencia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, conforme al artículo 322 del Código General del Proceso y 14 del Decreto 806 de 2020, en los siguientes términos:

DECISIÓN RECURRIDA

Mediante sentencia del 03 de septiembre de 2021, el Juzgado de conocimiento decide DECLARAR a la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S, Coomeva EPS S.A y a Confianza S.A, solidaria y civilmente responsables de los perjuicios morales y daño emergente causados a los demandantes.

En virtud de esta declaración de responsabilidad, condena a las entidades mencionadas a pagar por concepto de daño emergente la suma de \$1.750.831,88, suma indexada. Igualmente, condena al pago de perjuicios morales, reconociendo en favor del señor Luis Omar Salas la suma equivalente a 30 SMLMV, mientras que para sus hijos la suma de 15

SMLMV a cada uno y para los nietos de la señora María Hortensia Meneses, la suma de 3 SMLMV a cada uno.

Se decide igualmente declarar no probadas las excepciones formuladas por las compañías en mención, así como no tener en cuenta los llamamientos en garantía a Seguros del Estado S.A, Medicoop y Oscar Casabon; condenar en costas, entre otras.

REPAROS A LA DECISIÓN RECURRIDA

1.- En primer lugar, el despacho en la decisión recurrida aplica el principio *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), denominado también culpa virtual, principio a través del cual justifica la flexibilización del rigor de la carga de la prueba, aplicable en el régimen de culpa probada, desconociendo el material probatorio aportado por la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S, a través del cual se demuestra la ausencia de negligencia alguna en su comportamiento, el cumplimiento de sus obligaciones y su actuar diligente acatando la totalidad de protocolos quirúrgicos, aplicados al procedimiento efectuado a la señora María Hortensia Meneses. En igual sentido, se evidencia en la decisión el desconocimiento de la carga probatoria que recae sobre la parte demandante, en relación con la certeza del hecho dañoso, el daño y el nexo de causalidad entre estos, elementos que no se reemplazan de manera alguna al aplicar el principio en mención, pues éste no se erige en un principio del sistema de Responsabilidad Civil que supla sus elementos, sino en un principio operatorio probatorio, es decir, que reduce o flexibiliza la carga probatoria, **sin que por ninguna causa supla la carga de la prueba de la parte demandante cuando el régimen aplicable es el de culpa probada.**

Nótese que en el fallo se precisa la relevancia en la demostración del hecho dañoso, el daño, el nexo de causalidad y la culpa, así como la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado y su relevancia en la carga de la prueba a aplicar.

En relación con la distinción entre este tipo de obligaciones, se precisa por el despacho que las obligaciones de medio son aquellas que no están fatalmente ligadas al resultado sino encaminadas a realizar todas las gestiones idóneas y oportunas, mientras que las obligaciones de resultado, son aquellas en que no es suficiente el despliegue de todas y cada una de las acciones que se crean precedentes sino en las que es necesario la consecución de un fin. **Recuérdese que las obligaciones de los profesionales médicos han sido catalogadas por la jurisprudencia como obligaciones de medio,** excepto en los casos en que exista un acuerdo entre el paciente y el profesional para obtener un resultado específico, entonces en estos casos, se ha establecido que para desvirtuar un comportamiento negligente, ejecutado con impericia o imprudencia a través del cual se pretenda imputar responsabilidad, es posible desvirtuarse la responsabilidad con la demostración de comportamientos diligentes, es decir, que es posible para el demandado exonerarse de responsabilidad a través de pruebas no solamente de una causa extraña como en las obligaciones de resultado, sino también de que se ha actuado de forma diligente, prudente y con la pericia necesarias.

En la praxis médica un actuar diligente, prudente y con pericia se demuestra a través de los comportamientos que denotan cuidado, como, por ejemplo, aquellos registrados en la historia clínica del paciente que da cuenta de las atenciones médicas, procedimientos, tratamientos y el cumplimiento de protocolos médicos, exigidos a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y el personal médico, protocolos que en el caso de las intervenciones quirúrgicas permiten que los galenos y personal dejen constancia de comportamientos diligentes y del seguimiento y adherencia a dichos protocolos.

Ahora bien, situándonos en la carga de la prueba es de precisar que el régimen aplicable al proceso que nos ocupa es el de CULPA PROBADA, régimen establecido de forma reiterada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1940, año en el cual se empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada y se desestima el señalamiento de que la actividad médica es una actividad peligrosa, descartándose la responsabilidad objetiva.

Con fundamento en la CULPA PROBADA, se invierte la carga de la prueba al demandante, exigiéndose la demostración de la culpa del médico y su gravedad, así como el resto de elementos axiológicos de la responsabilidad civil. En este sentido, le correspondía a los aquí demandantes probar la existencia de los elementos ya mencionados (hecho, daño, nexo causal y culpa) a efectos de que se declare la responsabilidad civil de las Compañías demandadas, pues se reitera no se puede presumir la configuración de estos elementos.

En sentencia del 15 de Enero de 2008¹ la Corte Suprema de Justicia establece que:

“El médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto aquel debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno, pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever.

Siendo así, la declaración de responsabilidad en la actividad médica supone la prueba de *"los elementos que la estructuran, como son la culpa contractual, el daño y la relación de causalidad"*².

El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño se exige como elemento de la responsabilidad. Por ello, la jurisprudencia ha establecido que **“el médico no**

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de Enero de 2008. MP. Edgardo Villamil Portilla. Expedí. 11001-3103-037-2000-67300-01.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de julio de 1994. Expedí. 3656. Reiterado en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de Noviembre de 2011. MP. William Namén Vargas.

puede responder sino cuando su comportamiento, dentro de la actividad profesional, fue determinante del perjuicio causado”³

Si bien es cierto, la jurisprudencia ha dado aplicación al principio *res ipsa loquitur* - culpa virtual, que permite presumir la culpa del demandado, como lo efectúa en este caso el despacho, presumiendo un actuar negligente de los profesionales que efectuaron el procedimiento quirúrgico, **no es menos cierto que para la aplicación de esta doctrina el demandante debe cumplir también con cierta carga probatoria, pues lo que busca este principio es tan solo facilitarle a los demandantes la demostración de la conducta culposa del médico.** Por tanto, ello no implica renunciar al principio de que el paciente es quien tiene que demostrar la culpa del médico o personal de salud, el daño y los hechos en que ese daño se produjo, ni tampoco implica desconocer la existencia de material probatorio que demuestra lo contrario.

Así pues, la doctrina de la culpa virtual da cuenta también de que con ella no se elimina la culpa probada a cargo del demandante y tampoco admite que se pueda partir de meras presunciones para establecer responsabilidad. En igual sentido, tampoco se suple la demostración del nexo de causalidad, pues la probanza por la parte demandante de dicho nexo no deviene de una presunción de culpa por la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, sino que es un elemento del cual no se puede prescindir al determinar si se ha generado la responsabilidad civil médica.

Como se mencionó previamente, el despacho aplica la doctrina de la culpa virtual para presumir la culpa del personal de salud de la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S, y desecha el material probatorio aportado por ésta, consistente en los apartes de la historia clínica que dan cuenta de la adherencia a protocolos, la diligencia del actuar del personal de salud y los testimonios rendidos por el equipo médico que asistió al Dr. Casabon en la ejecución del procedimiento, así como el interrogatorio de parte al Dr. Oscar Casabon. Entre dichas pruebas y a través de la aplicación de la culpa virtual **desecha los registros clínicos asociados a la verificación, registro y cumplimiento de protocolos quirúrgicos entre ellos la lista de verificación para la seguridad quirúrgica de los pacientes, los consentimientos informados suscritos por la paciente, la hoja de registro de información de instrumentación, los protocolos quirúrgicos aportados y demás registros clínicos que dan cuenta del manejo quirúrgico y posquirúrgico diligente y con la pericia requeridos en la atención y cirugía de la paciente María Hortensia Meneses de Salas. Pruebas que dan cuenta además de que en el procedimiento realizado en la Clínica Hispanoamérica, NO SE DEJÓ ningún cuerpo extraño en la paciente pues nótese que el personal que participó en la intervención da cuenta de que no se dejó ningún elemento extraño y que ello quedó registrado en los papeles adjuntos, que denotan un conteo diligente del instrumental e insumos utilizados, así como de la revisión del Dr. Oscar Casabon en calidad de cirujano de la ausencia de elemento alguno en la cavidad intervenida. Cabe mencionar la ausencia de claridad sobre qué**

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de Enero de 2001. MP. José Fernando Ramírez Gómez. Expedí. 5507

elemento extraño supuestamente fue el que se halló, pues el mismo Hospital que practicó la supuesta extracción no da cuenta con claridad del elemento hallado, contradiciéndose incluso en sus registros clínicos, pues se dice por una lado que se trata de un elemento metálico, por otro de una gaza, por otro de una compresa y se allega la imagen de una compresa de dimensiones que no le permiten ser ingresadas a través del procedimiento efectuado en la Clínica Hispanoamérica. Inconsistencia en los registros médicos que nunca fue aclarado por el despacho.

Entre las pruebas mencionadas y dejadas de lado por el despacho, la lista de verificación para la seguridad quirúrgica de los pacientes aportada en relación con el caso de la señora María Hortensia, da cuenta de los chequeos que se efectúan antes de la administración de la anestesia, antes de la incisión cutánea y antes del cierre de incisiones y heridas. Nótese la relevancia de las verificaciones efectuadas por el personal de salud de la Clínica Hispanoamérica, ANTES DEL CIERRE DE INCISIONES Y HERIDAS, en las cuales se especifica claramente que:

“El cirujano hace revisión de las cavidades intervenidas, antes de iniciar su cierre buscando cuerpos extraños, y lo informa. (...)

La enfermera confirma verbalmente con el personal:

- El nombre de la operación registrada
- Los recuentos de los instrumentos, agujas, esponjas, gasas y compresas son correctos (...)

Opciones que aparecen chequeadas y que dan cuenta de que el CIRUJANO efectuó una revisión de las cavidades intervenidas antes de iniciar el cierre de la incisión, así como el personal de apoyo del cirujano efectuó recuento de los instrumentos, agujas, esponjas, gasas y compresas. Más relevante aún resulta la hoja de registro de información de instrumentación aportada por la Institución demandada, en que se establece el conteo de insumos al finalizar el procedimiento efectuado a la señora María Hortensia, debidamente suscrito tanto por la Instrumentadora como por la Auxiliar, en que se precisa un conteo inicial, un conteo final y el resultado de conteo, que da cuenta de que TODO EL INSTRUMENTAL Y EN GENERAL LOS INSUMOS SALIERON COMPLETOS DE LA CIRUGÍA.

Ahora bien, no se otorga peso o eficacia probatoria alguna a los testimonios recibidos de los señores Aura Nelly Chazatar (enfermera circulante), Giovanni Ramos Arteaga (medico ayudante) y Gloria de Jesús Caranguay (instrumentadora), quienes dan cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ejecutó el procedimiento quirúrgico y las atenciones médicas brindadas a la señora María Hortensia por parte de la Clínica Hispanoamérica, testimonios que resultan relevantes en la demostración del cumplimiento de protocolos, pericia con que actuó el personal, estado de salud de la paciente, así como las verificaciones documentadas en la hoja de registro de información de instrumentación y de la lista de verificación, entre otros. Todos ellos confluyeron en que el personal de salud, a la cabeza del Doctor Oscar Casabon, medico especialista, actuaron de forma diligente, con la prudencia y pericia necesarios, efectuando el conteo de instrumental y de insumos médicos,

que permitieron concluir de estos testimonios que la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica no dejó alojado en el cuerpo de la paciente ningún cuerpo extraño, sin embargo, se desechan al no considerarse suficientes y a pesar de lo anterior el despacho concluye que el protocolo no se cumplió, aun cuando todas las pruebas dan cuenta de lo contrario.

Y es que, la historia clínica es un documento que recoge toda la información del paciente, lo cual incluye los procedimientos quirúrgicos y los documentos asociados a la adherencia a protocolos como lo son los consentimientos informados, la hoja de registro de procedimiento, las verificaciones quirúrgicas correspondientes, el contenido de instrumental e insumos, entre otros. Así pues, la Corte ha establecido que:

“ (...) Por mandato normativo, la historia clínica consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación, a partir del ingreso del paciente a una institución de salud a su salida, incluso en la rehabilitación, seguimiento y control; contiene el registro de los antecedentes, y el estado de salud del paciente, la anamnesis, el diagnóstico, tratamiento, medicamentos aplicados, la evolución, el seguimiento, control, protocolo quirúrgico, indicación del equipo médico, registro de la anestesia, los estudios complementarios, la ubicación en el centro hospitalario, el personal, las pruebas diagnósticas, etc., ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente(...)”

Entonces, la relevancia de la historia clínica, compuesta también por los documentos mencionados que dan cuenta de la diligencia de la Institución en el procedimiento quirúrgico de la señora María Hortensia, es indiscutible, pues es la herramienta fiel que da cuenta de todas las condiciones de salud, tratamiento, evolución del paciente y es medio de prueba para reconstruir los hechos y hallar la verdad en los procesos de responsabilidad civil médica. Estos documentos coinciden con las manifestaciones de los testimonios mencionados, del personal de salud, conocedores de su actuar y de los protocolos médicos que a diario siguen en la realización de los procedimientos, así como de la documentación soporte aportada, que da cuenta de que la COMPAÑÍA OPEADORA CLINICA HISPANOAMERICA NO DEJÓ NINGUN CUERPO EXTRAÑO en la paciente María Hortensia Meneses. Notese que los registros clínicos de la Compañía que represento son consistentes y congruentes con las atenciones brindadas, contrario a los registros clínicos con los cuales se pretende acreditar el hallazgo de un cuerpo extraño, en los cuales no existe claridad sobre la cavidad en la que se halló, ni tampoco sobre qué era ese cuerpo extraño, si una gaza, una compresa, un vestigio metálico o qué elemento es el que se dice se halló en la paciente.

Ahora bien, aun estando registrada en la historia clínica, la realización de un examen de Rayos X posterior a procedimiento quirúrgico, que se estableció permite detectar un elemento o cuerpo extraño, sin registrarse elemento alguno con posterioridad al procedimiento, no se le dio relevancia probatoria. Nótese que en la historia clínica aparece reportada la realización del examen que dio lugar únicamente a las observaciones de que los cajetines utilizados en el procedimiento se encontraban en buen estado y no se

reporta cuerpo extraño en la cavidad intervenida, hechos que fueron confirmados por el llamado en garantía, Doctor Oscar Casabon en su interrogatorio de Parte.

Téngase en cuenta que aun cuando se presume a través de la culpa virtual, la culpa de la Institución, este principio admite pruebas en contrario, pues, de todas formas, el régimen probatorio que se aplica en estos casos es el de CULPA PROBADA. En este sentido, le atañe al demandante probar los supuestos de hecho, el daño y por supuesto el nexo de causalidad, facilitando la culpa virtual, la probanza de la culpa, como elemento adicional para imputar responsabilidad civil. Entonces, no es posible presumir que el hecho dañoso o comportamiento de la Institución que da supuestamente lugar a un daño, haya sido el procedimiento quirúrgico efectuado en la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S., ni tampoco los daños ocasionados y la causalidad entre estos.

Nótese que dentro del proceso, el UNICO peritazgo practicado fue el aportado por la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S, toda vez que la parte demandante DESISTIÓ del peritazgo solicitado decretado por el despacho, aportando únicamente un dictamen a manera de contradicción al rendido por el Doctor José Gabriel Rúgeles. Téngase en cuenta que el Doctor Rúgeles, dio contestación a los interrogantes formulados por el despacho en estricto sentido y de forma completa.

En el peritazgo del Doctor Rúgeles, se precisa en primer lugar, que no se establece claramente cual es el supuesto oblito quirúrgico que se encontró alojado en el cuerpo de la paciente, toda vez que la historia clínica se contradice con el estudio patológico y con las fotografías del Hospital Universitario Departamental de Salud de Nariño, ante lo cual el Dr. Eraso Guenge, en su contradicción manifiesta que pudo tratarse de que el material estaba enrollado y que por eso al desenrollarse tenía un tamaño de 2 cm por 16 cm de largo, información que no da cuenta ni resuelve las contradicción al dictamen del Dr. Rúgeles, ni mucho menos coincide con las medidas de los registros fotográficos ni las establecidas en los documentos clínicos, razón por la cual no es fundamento para desvirtuar lo manifestado por el Dr. Rúgeles, pues recuérdese que los registros clínicos deben ser coincidentes y es relevante el tamaño, material y ubicación ultima del oblito. Nótese que incluso, el Dr. Juan Carlos Eraso Guenge aduce que se encontró un cuerpo extraño conocido como “TESTIGO USADO COMO MARCADOR RADIOPACO (METALICO) PARA ELEMENTOS QUIRURICOS (...)”, luego manifiesta que se trata de un elemento de 2.7 x 3 conforme a la historia clínica y que el registro fotográfico denota un elemento de 2cm x16 cms, que podría ser una “mecha de gasa que recuperó su longitud”, es decir, se contradice el mismo, cuando inicialmente aduce que es un elemento METALICO, luego que es una “MECHA DE GASA” que se desenrolló y que eso en la fotografía luce más grande, sin embargo, incluso, en la fotografía no se observa UN VESTIGIO O ELEMENTO METALICO, sino una COMPRESA, cuyas dimensiones son evidentes y tampoco coinciden con las mencionadas por el médico, ni corresponden con una GASA. En este sentido, la contradicción no debió prosperar, y con base en esta, el despacho PRESUME que se trataba de un FRAGMENTO DE COMPRESA, situación nuevamente contraria a los registros médicos aportados por la misma parte demandante, ni tampoco con lo aducido por los PERITOS, porque ninguno da cuenta de que se tratase de un fragmento de compresa y aun cuando se quisiese dar mayor

validez a lo manifestado por el Dr. Eraso Guenge en su contradicción, él no logra develar qué era ese oblito ni tampoco concluye que sea un fragmento de compresa.

Ahora bien, si se quisiese dar valor a lo manifestado en la contradicción por el Dr. Eraso Guenge, nótese que el aduce que el elemento que regularmente se utiliza para el SECADO, se le marca un elemento radiopaco (METALICO) para detección radiográfica, es decir, para poderse evidenciar en rayos X y evite ser confundido con tejido normal, entonces, cabe preguntarse, porqué no se le da validez al examen de RAYOS X tomado por la Clínica Hispanoamérica con posterioridad al procedimiento quirúrgico, en que NO SE HALLÓ NINGUN CUERPO EXTRAÑO, siendo el examen de RAYOS X capaz de detectar elementos metálicos y por supuesto, una compresa de haber sido el caso.

Por otra parte, el Dr. José Gabriel Rúgeles fue claro al manifestar sobre la ejecución del procedimiento quirúrgico, mínimamente invasivo, que este implica una incisión menor a 5 cm, involucrando una disección cuidadosa, guiada y confirmada con proyecciones de radiología intraoperatorias, que el cirujano de Clínica Hispanoamérica cumplió adecuadamente, concluyendo que el tamaño de la incisión, la técnica operatoria utilizada y el uso de separador quirúrgico no posibilitan que se haya dejado un elemento extraño en el cuerpo de la paciente como una gaza o compresa. Al respecto, en nada se contradijo al Dr. Rúgeles, por parte del Dr. Eraso Guenge, pues el ultimo galeno en mención manifestó solamente que como la paciente no tenía otro procedimiento quirúrgico en el retroperitoneo, donde supuestamente se encontró el cuerpo extraño (toda vez que los registros clínicos no son claros sobre el lugar en que se halló, incluso porque la parte demandante aduce que fue en cavidad corporal y no en el retroperitoneo), se concluye que fue allí en que se dejó abandonado el cuerpo extraño y que si es posible usar la MECHA DE LA GASA QUIRURGICA, que considera fue el material hallado, es decir, nuevamente el médico concluye que se trata de un elemento que la HISTORIA CLÍNICA, EL REGISTRO PATOLOGICO Y LAS FOTOGRAFIAS NO REGISTRAN, además de contradecirse nuevamente al decir que era un material de “Gaza” que estaba comprimida y se desenrolló, es decir, NO SE DESVIRTÚA en la contradicción que una GASA o una COMPRESA NO ES POSIBLE INTRODUCIRLAS EN UNA CIRUGÍA XLIF MINIMAMENTE INVASIVA, DE UNA INCISIÓN DE MENOS DE 5 CMS.

Sumado a lo anterior, sobre la diligencia y cumplimiento de las obligaciones del personal médico de la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S, el Dr. José Gabriel Rúgeles dio cuenta de la pericia, cuidado y diligencia registrados en el historial médico de la paciente, derivado por supuesto de su historia clínica, con fundamento en el cual aduce que por una parte, se descartó proceso de infección local como sistémica (Septicemia) que puede desencadenar complicación severa o muerte; así como aduce que se cumplieron los protocolos de la Institución como consta en el informe del día de la cirugía y el recuento o conteo de los elementos utilizados para el procedimiento sin haber faltantes. Sobre este aspecto, en NADA CONTRADIJO al Doctor Rúgeles, el dictamen del Dr. Eraso Guenge, pues este último se limitó a manifestar que el mecanismo de conteo para el control de insumos y materiales, requiere que alguien se responsabilice por ello, para garantizar la idoneidad del conteo, PERO NO contradijo el hecho de que dicho conteo se haya efectuado,

y como se evidencia en la historia clínica el CONTEO Y REVISIÓN DE LA CAVIDAD INTERVENIDA corresponde al cirujano quien dirige el procedimiento y a sus ayudantes, instrumentadores. Entonces, no se desvirtuó la responsabilidad con que actuó la Institución, sino solamente se dijo, que debía existir un responsable, manifestación que no obsta para desvirtuar el dictamen del Dr. Rúgeles y las pruebas debidamente aportadas al proceso que denotan el cumplimiento de protocolos y la diligencia de la Institución a través del galeno y personal de apoyo.

Aun así, el despacho le da mayor credibilidad a las manifestaciones del Dr. Eraso Guenge al concluir, sin tener en cuenta el fundamento probatorio, que la Compañía que represento olvidó el elemento extraño y que por esto es evidente que no se cumplió con el protocolo, aun cuando se acredita a través de la historia clínica, testimonios y dictamen pericial LO CONTRARIO.

Ahora bien, **en relación con el DAÑO, otro elemento para que se configure la responsabilidad civil, éste NO SE HALLÓ PROBADO, y no se tuvo en cuenta el ESTADO DE SALUD DE LA PACIENTE previo al procedimiento y después,** fundamentado en patologías asociadas a **causas distintas** al oblitio supuestamente hallado en el cuerpo de la paciente y que los registros clínicos NO DAN CUENTA de que ese oblitio haya sido el causante de dolores, de incapacidades para desplazarse, etc, ni tampoco que haya causado una peritonitis y mucho menos que está haya sido intervenida por ese diagnóstico, pues es de común conocimiento que la intervención quirúrgica es URGENTE cuando se trata de peritonitis, tanto es así que el mismo despacho descarta esta consecuencia pues no existe registro clínico sobre dicho procedimiento, pero no descarta los dolores supuestamente sufridos en virtud del oblitio, a los cuales ni siquiera hace referencia y que de la historia clínica se extrae **que estos eran atribuibles a patologías o diagnósticos distintos, que la paciente va presentaba y algunos de ellos atribuibles a su enfermedad causa de su fallecimiento aun no detectada.** Entonces cabe preguntarse, cual es el supuesto daño causado según el despacho, pues incluso un oblitio puede estar en el cuerpo de un paciente por años sin que ello cause patología, dolor o consecuencia alguna en la salud del paciente y en este caso, no se entra a analizar cuál es el daño derivado de ese supuesto oblitio, pues es claro que se trataba de una paciente que ya presentaba dolores previos por una serie de patologías ya diagnosticadas e incluso otras sin diagnosticar como el cáncer y nunca se probó que el oblitio estuviese asociado a alguna de las patologías diagnosticadas o a las dolencias que la paciente presentaba, pues todas ellas eran atribuibles a sus diagnósticos previos.

Nótese que en la decisión se efectúa un recuento o relación de los hechos más relevantes de la historia clínica de la paciente, **en los cuales se resaltan las múltiples PATOLOGIAS que la señora va presentaba, incluso, se olvidó algunas de las más relevantes, registradas en la historia clínica.** En la página 19 de la decisión, se precisa que las atenciones posteriores al procedimiento se derivaron de leve sangrado de herida quirúrgica, y en varias de ellas, se destaca únicamente esta complicación, tanto es así que en el numeral cuarto del recuento que realiza el despacho, se precisa que se niega por la paciente DOLOR O FIEBRE, enseguida se observa que la herida evolucionó, que la paciente no presentaba

déficit neurológico, ni radiculopatía. Sumado a ello, las atenciones posteriores no dan cuenta de un dolor atribuible al oblitio, pues incluso estos se presentaban por causas distintas a este, toda vez que se trataba de una paciente que ya sufría de dolores de columna en razón de que presentaba múltiples afecciones en esta zona, que NO SON CURABLES, sino tratables, pues el procedimiento quirúrgico realizado por el Dr. Casabon en la Clínica Hispanoamérica, NO ASEGURA UNA CURA en este tipo de enfermedades, además de que se trataba de una paciente CON PROBLEMAS DE RODILLAS, OBESIDAD, HIPERTESIÓN, PROBLEMAS DEL MANGUITO ROTADOR, ENFERMEDADES DE COLUMNA, INFECCIONES URINARIAS FRECUENTES, GASTRITIS CRONICA ATROFICA, SANGRADOS DE NARIZ FRECUENTES DERIVADOS DE RINOFARINGITIS, DISPEPCIA, PROBLEMAS DE MOVILIDAD PREVIOS, PROBLEMAS DE CADERA, SUMADO A UN CANCER O MIELOMA MULTIPLE NO DETECTADO QUE SE IBA EVIDENCIADO CON EL DIAGNOSTICO DE ANEMIA DE TIPO NO ESPECIFICADA, entre otros. Ello da cuenta de que la paciente presentaba ya múltiples problemas de salud, comorbilidades, era una paciente que debido a ellas incluso presentaba dificultades en el cierre de heridas quirúrgicas, pues debido a sus enfermedades es más propensa a que se presenten las complicaciones quirúrgicas que se advierten en todo procedimiento, como es la infección de la herida quirúrgica, complicación que consta en el consentimiento informado de esta paciente. Y es que, no es posible atribuir responsabilidad por un daño que no se deriva de un hecho atribuible a la Institución y aun si se quisiese atribuir ese hecho, de este no se deriva el estado de salud que los demandantes narraron en sus interrogatorios, pues la historia clínica es CLARA cuando establece los diagnósticos de la paciente y ninguno de ellos se deriva de un oblitio, aun cuando este no haya sido detectado antes, pues recuérdese que la señora ya padecía desde mucho antes del procedimiento, múltiples enfermedades que causaban la sintomatología que los demandantes aducen y no por ello son atribuibles a la Institución.

Nótese entonces que el despacho no tuvo en cuenta el estado de salud previo de la paciente y su causa de muerte, pues ya presentaba síntomas del mieloma múltiple que causó su deceso, ni tampoco tuvo en cuenta la necesidad de probar un daño cierto que se resarcible, que se reitera no se presume.

Al respecto, la honorable magistrada del Tribunal Superior de Pasto, Sala Civil Familia, Dra. Marcela Adriana Castillo Silva, en sentencia del 11 de agosto de 2021, dentro del proceso de responsabilidad médica 2018-00070, manifestó en relación con la situación de salud del paciente, **que esta resulta relevante**, al manifestar que:

“De otra parte la jueza de instancia manifestó en la providencia que había otras patologías que previamente aquejaban al paciente, como son la hipertensión no controlada, el tabaquismo y la arterosclerosis, -pues las mismas ya habían sido advertidas dentro del expediente e incluso confesadas por la parte demandante cuando su esposa indicó que el señor Zambrano Erazo incluso fumaba hasta dos cajetillas de cigarrillos diarias desde cuando se pensionó a los 60 años de edad-, siendo claro entonces, que tales eventualidades pudieron tener una mayor incidencia en las consecuencias naturales propias de un evento cerebrovascular. A pesar de ello,

tales circunstancias se pasaron por alto al fijar el quantum de disminución de la condena impuesta (...)

Sin embargo, en criterio de este Tribunal, la avanzada edad del enfermo, el tabaquismo pesado, la hipertensión arterial y la arterioesclerosis, también tenían gran repercusión en la recuperación del mismo, tal como lo señaló el perito, y por ende no bastaba con reconocer la probabilidad de éxito que en términos generales tiene en estos casos el examen diagnóstico TAC y el eventual procedimiento que se pudo haber realizado (...)

Las circunstancias propias del paciente también debieron reflejarse en la decisión de primera instancia, para establecer adecuadamente el porcentaje pertinente de disminución del quantum del perjuicio. No era suficiente con indicar en el análisis hecho, la existencia de otras afecciones de salud del paciente que podían influir en el éxito del procedimiento, sino que de manera congruente debieron tenerse en cuenta para determinar las consecuencias que de ello se derivaban, pues lo cierto es que con tales antecedentes su recuperación podía no haber sido en el grado explicado por el perito de manera general”

Precedente relevante en el caso que nos ocupa, pues estamos en el escenario de que supuestamente el daño causado a la paciente por el oblitio consistía en dolores, aun cuando no se establece claramente en la decisión, pues se decanta la peritonitis (no atribuible al oblitio), la causa de muerte posterior, y una sepsis. Estos dolores que supuestamente sufrió se atribuía a CAUSAS distintas al oblitio, pues en todas las atenciones en las que aduce presentar dolor (que no son todas) éste se atribuye a patologías distintas, como gastritis crónica atrófica, infecciones urinarias, los problemas de rodillas que le impedían caminar, su obesidad, sus problemas de columna que persistían pues el procedimiento no le aseguraba curación sino mejoría y, demás ya mencionados que se registraron en la historia clínica, **tanto es así que las cuotas moderadoras canceladas que se atribuyen como daño emergente, correspondían atenciones en los cuales los diagnósticos eran distintos, y por ningún lado se encuentran asociados al oblitio.** Situación que no fue tenida en cuenta por el despacho, pues la señora tenía una edad avanzada tanto es así que ingresa al programa de adulto mayor, además ya tenía muchas afecciones de salud, que evidentemente son causa determinante en su movilidad, en su estado de salud en general y que, por supuesto le podían causar dolores, pues los problemas de columna de la paciente eran significativos, sumado al resto de patologías.

Ahora bien, esos dolores que supuestamente constituyen el daño causado a la paciente por el oblitio, no se evidencian en la historia clínica, sino solo en ciertos apartes, en zonas que no tenían nada que ver con la ubicación de este y que por eso estaban asociados a diagnósticos distintos. Incluso, en los interrogatorios de parte, se observa que los hijos manifestaban su tristeza por la MUERTE DE LA SEÑORA MARIA HORTENSIA y no por los supuestos dolores, además de que son precisos en manifestar que ella ya sufría dolores por que se trataba de una persona enferma, con múltiples enfermedades, que incluso el esposo quiso desconocer, a pesar de que eran muy evidentes y ya diagnosticadas. Entonces, el daño no se

demonstró ni siquiera con los registros clínicos de la paciente, y mucho menos su nexo de causalidad.

Sobre este último, es pertinente manifestar que la culpa virtual no hace que se presuma el nexo, sino la culpa, y que entonces es carga de la parte demandante probar que ese daño (dolores) es atribuible al oblitio quirúrgico hallado en el cuerpo de la paciente, situación que NUNCA se verificó y probó en el proceso judicial, pues incluso el mismo despacho descarta la peritonitis que los demandantes alegan le causó, además de que no se especifica en la historia clínica, ni por parte de los testigos o en los interrogatorios de parte que los dolores que la señora sufría se atribuyeran al oblitio. Mientras que los dolores (daño que se pretendía demostrar) se evidencia que se fundamentaban en CAUSAS distintas al oblitio, pues la señora ya padecía múltiples afecciones, e incluso llega a la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S previo al procedimiento, ya con mucho dolor, con problemas de movilidad por sus afecciones, momento en que se registran todos sus antecedentes y se emiten múltiples diagnósticos asociados a su columna que son incurables y que son meramente tratables a través del procedimiento efectuado por el Dr. Oscar Casabon. Recuérdese que antes de la atención médica en la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S y como reza la historia clínica de la señora Maria Hotensia, esta llegó a recibir atención en salud en el año 2013 en silla de ruedas, debido a que ya presentaba problemas en su movilidad.

De ahí que no se halle demostrado el hecho dañoso, el daño como tal y la relación o nexo de causalidad entre estos. Elementos que son relevantes a la hora de definir o atribuir responsabilidad civil. Por supuesto y como otro elemento esencial en la atribución de responsabilidad, se tiene el elemento de la CULPA, que el despacho presumió a través de la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, sin embargo, esa presunción no puede aplicarse al resto de elementos, pues el demandante si quiera debe probar el daño y el nexo de causalidad con el comportamiento, sin desconocer además que esta presunción de la culpa virtual, ES DESVIRTUABLE, a través del material probatorio que acreditó la ausencia de negligencia alguna, material que fue aportado por la Institución que represento, de lo cual se da cuenta en la historia clínica (Registros de quirófano, conteo de elementos, etc.), los testimonios practicados y el dictamen pericial. Si bien el juzgado puede aplicar la carga dinámica de la prueba y la doctrina de la culpa virtual, éstos no tumban el régimen de culpa probada, sino que flexibilizan la carga de la prueba y nótese que la Institución cumplió con el ordenamiento del despacho de aportar un dictamen pericial, el cual fue sometido a contradicción que no revela realmente ninguna CONTRADICCIÓN a los fundamentos y manifestaciones efectuadas por el Dr. José Gabriel Rúgeles y que en su oportunidad la parte demandante solicitó un dictamen pericial, al cual posteriormente RENUNCIO O DESISTIÓ, aun cuando el despacho ordenó su práctica, aportando únicamente una contradicción que no tenía los efectos de contradecir el dictamen aportado por la Institución, pues no da cuenta de ningún fundamento científico o técnico que destruya lo manifestado por el Dr. Rúgeles.

Por otra parte, la decisión contempla otra razón atribuible al hallazgo del oblitio como son las “curaciones profundas” reconocidas por ambos peritos, pero las descarta con el argumento de que éstas son muy dolorosas y por ello se requiere anestesia y hacerlas en sala

de cirugía, argumento que no permite descartar la posibilidad de dichas curaciones y de que el oblitto halla sido causa de éste, pues recuérdese que el instrumental y los insumos salieron completos en la cirugía practicada en la Institución y que además el examen de RAYOS X efectuado con posterioridad al procedimiento NO DA CUENTA DE NINGUN ELEMENTO EXTRAÑO. Por ello, esta justificación resulta inocua ante la posibilidad de las curaciones, mas aun si por el Dr. Eraso Guenge se dice que el oblitto era un pedazo de material metálico que llevan las gasas y compresas que puede introducirse en la incisión y con mayor razón teniendo en cuenta que según las atenciones posteriores, la paciente tenía la herida abierta hasta 3 meses después de procedimiento y había recibió múltiples atenciones de distintas instituciones prestadoras de servicios de salud (incluyendo al HUDN en que no se detecta ningún elemento extraño) y de sus familiares, como ellos mismos lo confiesen, quienes utilizaron para las curaciones gasas, compresas, y otros sin conocimientos para ello. El hecho de que la curación sea dolorosa no la hace inviable.

Entonces, ante la ausencia de los elementos de la responsabilidad civil y aun cuando se aplicase la doctrina de la culpa virtual, ello no es óbice para condenar a la Institución que represento, pues recuérdese que esta no permite la aplicación de una responsabilidad objetiva, sino que mantiene el régimen de CULPA PROBADA, que supone la demostración de la existencia y convergencia de todos los elementos estructurales de la responsabilidad civil.

2. Por otra parte, en relación con la demostración de los perjuicios reclamados y su tasación, se observa que el despacho no tuvo en cuenta la ausencia de demostración del perjuicio moral por parte de los demandantes, quienes en su interrogatorio de parte aducían únicamente tristeza por el fallecimiento de su madre, situación no relacionada de manera alguna con el oblitto quirúrgico, así como en su calidad de padres de menores de edad (nietos) no adujeron ningún tipo de daño hacia los menores, incluso porque son consientes de que algunos de ellos, ni siquiera tenían edad suficiente para endilgarles un daño moral.

Y es que éste se define como *aquel que recae en la dimensión afectiva del individuo, sobre lo más íntimo de su ser, ocasionándole sentimientos de tristeza, dolor, frustración, impotencia, congoja, angustia, zozobra, desolación y pesar, entre otras emociones que quebrantan el espíritu*, emociones o afecto que se derivan del convivir o compartir con otras personas, siendo que cualquier daño que se les ocasione a éstas, afectará la dimensión afectiva del individuo y si bien en principio se ha presumido la afectación que le puede causar a familiares en cierto grado de consanguineidad, es necesario que si quiera se demuestre el vinculo afectivo y el grado de cercanía, pues de otro modo y como lo ha decantado la jurisprudencia, cualquier persona que tenga un vinculo de parentesco con otra, aun cuando no fuese cercana o si siquiera compartiese con ese familiar, tendría derecho a reclamar perjuicios morales, situación que no se acompasa con los principios y fundamento del derecho de daños.

Entonces, es de precisar que en el caso que nos ocupa, entre los nietos de la señora María Hortensia se encuentran menores que para el año en que según la parte demandante se sufrieron los perjuicios (dolores), no tenían pleno uso de sus facultades, ni la capacidad de

discernir la situación que atravesaba su abuela, pero más importante aún no habían generado ni estaban en posibilidad de generar ningún vínculo afectivo con la señora María Hortensia que les permitiese sentir tristeza, dolor, frustración, impotencia, congoja, desolación ante los dolores que se aduce sufría la señora María Hortensia, supuestamente por el olvido, pues para ese entonces, ni siquiera tenían conocimiento o capacidad plena para determinar qué ocurría, o a qué se debía el estado de salud de su abuela, pues algunos de ellos eran recién nacidos y no se puede presumir que hayan sentido congoja, desolación en razón de los supuestos dolores a CAUSA además de un olvido, ejemplo de ello es la edad de los menores Mariana Narváez Salas, Samuel Apraéz Salas, Salomé Arroyo Salas, Santiago Salas Gómez y Luisa María Salas Gómez para la fecha del procedimiento quirúrgico. Se reitera que incluso no se demostró o probó que la señora María Hortensia haya sufrido en razón de éste olvido.

Ahora bien, en relación con la tasación de los perjuicios, se observa que el despacho se valió de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desconociendo los límites y la jurisprudencia de su jurisdicción, es decir, aquella que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en relación con la tasación de perjuicios. Corporación que ha sido clara en manifestar que este depende de las consideraciones del señor Juez y de las circunstancias o hechos del caso objeto de estudio, pero también ha sido consistente en establecer unos valores LÍMITES o adecuar unas sumas a unas circunstancias similares. Ejemplo de ello, es la evolución jurisprudencial de esta corporación a través de la Sala de Casación Civil, evidenciada en la sentencia del 20 de enero de 2019, expediente 170013103005-1993-00215-01, sentencia del 17 de noviembre de 2011, 11001-3103-018-1999-00533-01, sentencia del 09 de julio de 2012, 11001-3103-006-2002-00101-01, sentencia del 30 de septiembre de 2016, expediente 05001-31-03-003-2005-00174-01 y finalmente, sentencia del 19 de diciembre de 2018, expediente 05736 31 89 001 2004 00042 01. En este último se establece incluso como tope la suma de Setenta y Dos Millones de Pesos en caso de MUERTE, es decir, los toques o montos que establece la jurisprudencia son inferiores a los de la jurisdicción administrativa, utilizado por el despacho y sumado a ello, la jurisprudencia en especial este último fallo de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, precisa que es vinculante en esta jurisdicción los toques establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por tanto y en el remoto evento de que se hallase probada responsabilidad alguna de la Institución, los montos o toques que se debían tener en cuenta eran inferiores.

En relación con el daño emergente, este se calcula sobre sumas de gastos incurridos para CURACIONES por los familiares y cuotas moderadoras para atenciones médicas en instituciones prestadoras, cuyas atenciones no estaban asociadas a ningún olvido, pues nótese que los diagnósticos ni siquiera guardan relación con el mencionado elemento, sino con patologías distintas a este, que la Compañía que represento no está llamada a cubrir.

Téngase en cuenta que las atenciones médicas posteriores al procedimiento, recibidas en la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S se atribuyeron a una infección de herida quirúrgica, diagnóstico que consiste en un riesgo INHERENTE a TODO procedimiento quirúrgico, y que por ello, dicho riesgo se consigna en los consentimientos informados, como en este caso, sobre el cual la Compañía no ostenta responsabilidad civil alguna, más aún cuando se trata de una paciente con las comorbilidades y múltiples

patologías que ya presentaba. Por ello, el gasto en que incurrieron los familiares y la paciente NO ES ATRIBUIBLE a la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S., pues nótese que dichos gastos o están asociados a atenciones por patologías DISTINTAS según la historia clínica o son gastos asociados a CURACIONES por infección de herida quirúrgica, que se reitera es una complicación derivada de estos procedimientos quirúrgicos y sobre los cuales los galenos NO ESTAN LAMADOS A RESPONDER, situación que NO FUE OBJETO DE ANALISIS por el despacho en su decisión.

3. La decisión no tiene en cuenta la CARGA PROBATORIA DE DEMOSTRAR el incumplimiento de los principios de BENEVOLENCIA Y NO MALEDICENCIA O *PRIMUM NON NOCERE*, que, según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3847 del 13 de OCTUBRE de 2020, se encuentran atados a la prestación de servicios de salud, al estar ligados con una obligación ética y jurídica. Principios que según esta Corporación conminan a los profesionales de la salud a optar siempre por los procedimientos y alternativas terapéuticas menos dolorosas y lesivas para los pacientes y usuarios de los servicios. Así pues, ha establecido la Corte que:

“Lo dicho presupone, en general, que el actuar médico se realiza con diligencia y cuidado. Por esto, los menoscabos o las lesiones causadas a la salud, también en línea de principio, se entienden que son excusables (...) Para el efecto, precisamente, corresponde a quien demanda la declaración de responsabilidad y la correspondiente condena: 1. Desvirtuar los principios de benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la responsabilidad en que se incurra (subjetiva u objetiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos. En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan. (...)

En las obligaciones de medio, por supuesto, al actuar galénico no le es exigible la infalibilidad. En palabras de la Corte, porque el «azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor»⁴

En este caso, la Compañía demostró a través de prueba documental, testimonial y peritazgo que en todo momento actuó no solo conforme a la *lex artis*, sino acatando todos los protocolos quirúrgicos y ello deviene en la demostración de un actuar benevolente, es decir, que el personal de salud NO ACTUÓ con maldad ni descuido. Recuérdese que nunca se tacharon de falsos los registros clínicos de la paciente, no se aportó prueba en contrario de los testimonios practicados solicitados por la Institución y no se contradijo de manera alguna el peritazgo sobre los puntos objeto de cuestionamiento por el despacho judicial, tampoco se aportó el protocolo de la cirugía de extracción del supuesto oblito quirúrgico realizado en el HUDN.

⁴ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013, expediente 00025.

Siendo así, aun cuando se aplique la culpa virtual al presente caso, ello no supone la ausencia o sule el material probatorio que la parte demandante debe aportar, si quiera para desvirtuar los principios de benevolencia y no maledicencia que la Corte ha reconocido al actuar médico. **Principios que al igual que el de la culpa virtual, deben aplicarse al momento de determinar las cargas probatorias, sin olvidar la CULPA PROBADA.**

4. Igualmente, manifiesto desacuerdo sobre la decisión de NO TENER EN CUENTA el llamamiento en garantía efectuado por la Institución que represento al Doctor Oscar Armando Casabón Rodríguez, el cual se fundamentó en que en el plenario no existe prueba que acredite la obligación legal o contractual que le permita a la Compañía exigir al medico tratante una indemnización o reembolso de las condenas dinerarias que se impongan en la sentencia. Sin embargo, llama la atención que se concluya que el Dr. Casabon no ostenta ninguna obligación contractual ni legal respecto de la Institución que represento, cuando en primer lugar, NO CONTESTÓ A LA DEMANDA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, en segundo lugar, se demostró en el plenario que el Doctor Casabon en su calidad de CIRUJANO, fue quien efectuó el procedimiento a la señora María Hortensia Meneses de Salas, en la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S, de ahí que en los registros de la historia clínica, el Dr. Casabon suscriba las atenciones brindadas y demás registros como ESPECIALISTA de la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S., documentos que son prueba fiel de las atenciones médicas a los pacientes y de QUIENES efectúan esas atenciones médicas.

Cabe preguntarse entonces, por qué razón se condena a la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S. por supuestamente ser responsable de perjuicios causados en virtud de la cirugía efectuada por el DOCTOR OSCAR CASABON y no se reconozca que evidentemente entre dicha Institución y el Doctor Oscar Casabon existía un contrato de prestación de servicios, pues entonces cabría inferir que quien ostentaba en ultimas la responsabilidad era el Doctor Casabon que fue quien practico el procedimiento y no la Institución condenada, pues al parecer del despacho no existía vinculo contractual entre ambos.

Es de precisar que el artículo 64 del Código General del Proceso, es claro al establecer que:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

Recuérdese que en los hechos de la demanda de llamamiento en garantía efectuado se afirma que entre el Dr. Casabon y la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S. existía para la fecha del procedimiento quirúrgico un CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, contrato que es de carácter CONSENSUAL, es decir que se perfecciona por el consentimiento de las partes, situación que NO FUE DESCONOCIDA POR EL DR.

OSCAR CASABON, contrario a ello, NI SIQUIERA CONTESTÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA y durante el interrogatorio de parte planteado por su señoría, el Dr. CASABON no negó estar vinculado a COMPAÑÍA OPERADORA CLINICA HISPANOAMERICA S.A.S. y declaró expresamente haber realizado la cirugía de columna a la señora MARIA HORTENSIA MENESES. Tampoco desconoció los registros clínicos de la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S., en la que figura como MEDICO CIRUJANO ESPECIALISTA, que efectuó el procedimiento y la atención previa y con posterioridad a éste.

Al tratarse entonces de un contrato CONSENSUAL, no desconocido por el llamado en garantía y que es consecuencia evidente del material probatorio aportado en el proceso, incluyendo los testimonios de las personas que participaron como ayudantes del procedimiento, no es posible manifestar que NO EXISTÍA un contrato que de lugar a que el Dr. Casabon responda civilmente ante la Compañía que represento.

Recuérdese además que al NO CONTESTAR LA DEMANDA DE LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, **se entienden por CIERTOS los hechos susceptibles de confesión**, pues se aplica lo dispuesto en el artículo 97 del Código General del Proceso que prescribe:

“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.
“ (...)”

En su oportunidad no solo no se contestó el llamamiento sino que NO SE NEGÓ que existiera relación contractual entre la demandada y el llamado en garantía, hasta el punto que en sus alegatos de conclusión su apoderado judicial, solicitó la aplicación de una decisión de la jurisdicción contencioso administrativa en el sentido de solicitar se absuelva a su patrocinado por cuanto al conteo de gasas y elementos quirúrgicos a su entender era del equipo de la clínica y no del médico cirujano, afirmación que es completamente contraria a los procedimientos quirúrgicos aportados, a la lista de verificación quirúrgica que da cuenta de que el cirujano es quien verifica la cavidad intervenida para determinar si se olvida algún elemento extraño y que además denota que efectivamente existía un vínculo contractual entre la Compañía y el Dr. Casabon.

Con fundamento en el material probatorio aportado (registros clínicos de la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S y testimonios), la CONFESIÓN FICTA por ausencia de contestación de la demanda de llamamiento en garantía, las alegaciones del apoderado del llamamiento en garantía, la ausencia de negación alguna del vínculo y la CONFESIÓN de haber efectuado él el procedimiento quirúrgico a la señora María Hortensia Meneses de Salas, se encuentra demostrado que entre la Compañía que represento y el Dr. Oscar Casabon existió desde el año 2013 un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual nace la obligación contractual de RESPONDER CIVILMENTE por su actuar ante su CONTRATANTE, es decir, ante la Compañía que efectuó el llamamiento en garantía y que narró la existencia de este contrato en los hechos de la demanda de llamamiento.

Por todo lo anterior, me permito respetuosamente elevar la siguiente:

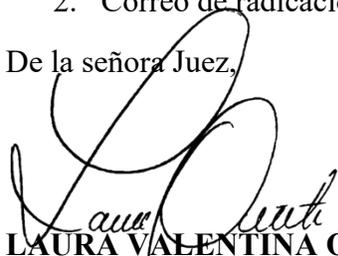
SOLICITUD

1. REVOCAR la sentencia de fecha 03 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso de la referencia y en su lugar, ABSOLVER de toda responsabilidad a la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S, declarando probadas las excepciones formuladas en el escrito de contestación de la demanda, las cuales ratifico.
2. En el remoto evento de considerarse la responsabilidad civil de la Compañía que represento, se MODIFIQUE la decisión y se efectúe una adecuada tasación de los perjuicios, así como se tenga en cuenta el llamamiento en garantía realizado por la Compañía que represento al Doctor Oscar Casabon, en virtud del vínculo contractual existente para la fecha de los hechos de la demanda consistente en un contrato de prestación de servicios médicos en su especialidad, de conformidad con los argumentos expuestos en el presente escrito.

ANEXOS

1. Sustitución de poder
2. Correo de radicación de la sustitución de poder

De la señora Juez,



LAURA VALENTINA OÑATE DELGADO

Apoderada Judicial Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S.

Señores

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PASTO

E. S. D.

REFERENCIA: SUSTITUCIÓN PODER

PROCESO: VERBAL (R.C.)

RADICADO: 2017-0096

DEMANDANTE: LUIS OMAR SALAS Y OTROS

DEMANDADO: COMPAÑÍA OPERADORA CLÍNICA HISPANOAMÉRICA S.A.S. Y OTROS

GLADYS DELGADO MARTINEZ, mayor de edad y vecina de esta ciudad, identificada como aparece al pie de mi firma, portadora de la tarjeta profesional No. 29464 del C.S. de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada judicial de la entidad demanda **COMPAÑÍA OPERADORA CLÍNICA HISPANOAMÉRICA S.A.S.** identificada con NIT No. 900.335.691-2, por medio del presente escrito manifiesto a usted que sustituyo poder a mí conferido, a la Dra. **LAURA VALENTINA OÑATE DELGADO**, mayor de edad, domiciliada y residente de la ciudad, identificada como aparece al pie de su firma, portadora de la tarjeta profesional No. 297403 del C.S. de la Judicatura, para que continúe con el proceso verbal de la referencia que cursa contra la Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S. ante su Despacho, y que es adelantado por el señor Luis Omar Salas y otros.

La abogada tendrá las mismas facultades a mí conferidas, entre ellas, todo lo autorizado en el artículo 77 del CGP, especialmente conciliar, aceptar, transigir, tachar de falsedad, sustituir, renunciar, reasumir poder, recibir, **recurir**, interponer incidentes, y todas las facultades adicionales para el buen desempeño de la gestión que se le encomienda.

Señor Juez solicito de manera respetuosa, le reconozca personería jurídica para actuar en el proceso de referencia en los términos de este memorial.

Atentamente,



GLADYS DELGADO MARTINEZ

C.C. 30.712.992 de Pasto.

T.P. 29464 del C.S de la J.

delmargladys@yahoo.com

Acepto,



LAURA VALENTINA OÑATE DELGADO

C.C. 1.144.087.636 de Cali.

T.P. 297403 del C.S de la J.

voate65@gmail.com

Sustitución de poder proceso verbal 2017-00096

"direccionfinanciera@clinicahispanoamerica.com.co" [direccionfinanciera@clinicahispanoamerica.com.co]

Sent: 9/9/2021 11:50 AM

To: ""j02ccpas@cendoj.ramajudicial.gov.co"" <j02ccpas@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: ""Laura Valentina Oñate Delgado"" <juridica@clinicahispanoamerica.com.co>

Señores

Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto

E. S. D.

Asunto: Sustitución de poder

Proceso: Verbal (R.C.)

Radicado: 2017-00096

Demandante: Luis Omar Salas y otros.

Demandado: Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica S.A.S. y otros.

Cordial saludo,

Por medio del presente me permito remitir sustitución de poder dentro del proceso de la referencia.

Atentamente,

YENNY YANETH MONCAYO SANCHEZ

Dirección Contable y Financiera

Compañía Operadora Clínica Hispanoamérica SAS

Carrera 41 # 19 D 147 Av. Panamericana

Conmutador 092-7382280 Ext 109



Attachments: [SUSTITUCION DE PODER PROCESO 2017-00096.pdf](#)