

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL – La actividad del médico es de medio y no de resultado. / RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL – CARGA DE LA PRUEBA: Tratándose de obligaciones de medio, le incumbe al demandante acreditar la negligencia o impericia del médico - Teniendo en cuenta que las obligaciones que emanan de la relación contractual en la prestación de los servicios de salud son por lo general de medio y no de resultado, se determina que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones deprecadas, siendo que la demandante no logró acreditar los presupuestos legales de este tipo de responsabilidad, por cuanto al no presumirse la culpa, le correspondía demostrar que el procedimiento quirúrgico fue realizado de forma negligente o con impericia y que éste fue la causa eficiente y adecuada de sus padecimientos de salud; estableciéndose, conforme la prueba recopilada, que la cirugía se realizó en forma satisfactoria y que la extracción parcial de la vesícula resultaba científicamente factible, cuya posibilidad, se encontraba permitida expresamente por la paciente al firmar el consentimiento informado./

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente:
MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

Pasto, quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Procede la Sala a dictar sentencia por escrito respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco dentro del proceso ordinario formulado por RAS frente a CLÍNICA MIRAMAR S.A. y SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN.

ANTECEDENTES

LAS PRETENSIONES.

En libelo presentado el 27 de junio de 2014, la apoderada judicial de la parte demandante solicitó se declare civil, contractual y solidariamente responsables a

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

las demandadas por los daños materiales, psicológicos estéticos y morales ocasionados en razón de la negligencia e impericia del procedimiento quirúrgico practicado a RAS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Clínica Miramar S.A. formuló las siguientes excepciones perentorias: **(i)** inexistencia de responsabilidad, por cuanto la actividad médica es de medio mas no de resultado, **(ii)** inexistencia de responsabilidad médica, **(iii)** inexistencia de causalidad entre la conducta desplegada por el personal de la Clínica Miramar s.a. y los resultados finales en la salud de la paciente, relación de culpabilidad como factor de atribución, **(iv)** inexistencia de la falla médica en la atención de la paciente- atención, diagnostico, procedimientos médicos aplicados conforme al protocolo clínico, la complicación como excluyente de responsabilidad, y **(v)** la innominada

Saludcoop en Liquidación presentó las siguientes excepciones de mérito: **(i)** inexistencia de conducta culposa de la entidad promotora de salud, por inexistencia de la función de prestar el servicio de salud de manera directa y material, **(ii)** ausencia de responsabilidad por el cabal cumplimiento de funciones, **(iii)** inexistencia de solidaridad entre Saludcoop EPS las instituciones prestadoras de servicios de salud y los profesionales de la salud, **(iv)** inexistencia del nexo de causalidad por hecho de un tercero, inexistencia del daño, y **(v)** la genérica.

SENTENCIA.

Mediante sentencia dictada el 6 de septiembre de 2017, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco, profirió fallo de primera instancia, en el cual declaró probadas las excepciones de mérito formuladas por el extremo demandado y en consecuencia negó las pretensiones de la demandante.

APELACIÓN.

Dentro de la oportunidad correspondiente la sentencia fue apelada por la procuradora judicial de la parte demandante formulando los siguientes reparos:

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

Afirma que la historia clínica corrobora que el procedimiento quirúrgico realizado a la demandante fue el de colecistectomía; sin embargo en ninguno de sus aportes se dejó constancia que éste hubiera sido sub total o parcial.

Sostiene que nunca se le suministró información clara, adecuada, suficiente o comprensible del tratamiento quirúrgico –extracción parcial de la vesícula- la utilidad del mismo, de otras alternativas o su ausencia, y el riesgo por reacciones inmediatas o tardías.

Asegura que la señora RA siempre estuvo convencida de que se le realizó una extracción total de la vesícula, hasta que en el año 2013 el médico Francisco Gutiérrez, corroboró la existencia de la misma en su cuerpo, con respaldo de sendos exámenes médicos, hasta que en febrero de 2017 se sometió a una segunda cirugía en la que le es extraída de forma total la misma.

Aduce que con posterioridad a la cirugía la demandante siguió siendo atendida por Saludcoop y no por la Clínica Miramar, razón por la cual es en la historia clínica de la primera en la que se consignó de las diferentes dolencias que sufrió con posterioridad a la cirugía.

Aduce que no se debió restar credibilidad a los testimonios de Nidia Minota y Ángela Aguirre, mientras que si debió hacerlo respecto del testimonio del médico PF por cuanto el interés de aquel emana de que ante una eventual sentencia condenatoria, se podría repetir contra aquel.

II.- CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde determinar a la Sala si se corroboró la existencia de negligencia o impericia en la prestación del servicio suministrado a RA el día 19 de diciembre de 2007, de la cual se derive la responsabilidad medica contractual de Saludcoop en liquidación y la Clínica Miramar S.A.

ESTUDIO DEL CASO

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

Recordemos que los presupuestos bajo los cuales se configuran la responsabilidad medica contractual son: el hecho, el daño y la relación causal entre ambos, responsabilidad que al tenor de lo dispuesto de vieja data por la Corte Suprema de Justicia, *“(...) surge cuando en desarrollo del correspondiente contrato se incurre en la culpa profesional o institucional del caso y acarrea perjuicios al respectivo paciente. Luego, para que esta culpa sea idónea en su responsabilidad es necesario que sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, es igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos.”*¹

Luego, es oportuno comentar que el acto médico se compone principalmente por el diagnostico, el consentimiento informado, el tratamiento y el post tratamiento, no obstante por versar la contienda de la referencia de manera puntual, sobre la tercera fase en mención, es menester precisar lo que conceptualmente se ha entendido por éste por parte de la jurisprudencia patria, a saber:

“Y El tratamiento consiste, en un sentido amplio, en la actividad del médico enderezada a curar, atemperar o mitigar la enfermedad padecida por el paciente (tratamiento terapéutico), o a preservar directa o indirectamente su salud (cuando asume un carácter preventivo o profiláctico), o a mejorar su aspecto estético.

*“En el primero de esos aspectos, que es el que interesa al caso, el tratamiento asume un fin eminentemente curativo, entendido este no solo en el sentido de sanar al paciente, sino, también, dependiendo de las circunstancias del caso, el de impedir el agravamiento del mal, o el de hacerlo más llevadero, o mejorar sus condiciones de vida e, incluso, en el caso de enfermos terminales, mitigar sus padecimientos. Así las cosas, el facultativo se encuentra ante una ponderación de intereses en la que, atendiendo las reglas de la ciencia, debe prevalecer aquella consideración que le brinde la mayor probabilidad de alcanzar la finalidad propuesta. Por lo demás, no puede olvidarse que aquel **goza de cierta discreción para elegir, dentro de las diversas posibilidades que la medicina le ofrece, por aquella que considere la más oportuna, todo esto, por supuesto, sin soslayar el poder de autodeterminación del paciente.***

“Por último, el tratamiento debe comenzar a la brevedad que las circunstancias lo reclamen, tanto más en cuanto su eficacia dependa de la

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia de 12 de julio de 1994. M.P. PEDRO LAFONT PIANETTA. Expediente No. 3656

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

prontitud con la que actúe sobre la persona (...)” (Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Exp.08667).² (Negrilla fuera de texto)

2.- Bajo ese contexto jurisprudencial, procederá la Sala a verificar en la historia clínica aportada al plenario cuales fueron las actuaciones médico-asistenciales que se desarrollaron por la Clínica demandada para la práctica de la cirugía colecistectomía a la cual se sometió la demandante, así como también los hallazgos que con posterioridad a estas se advirtieron en los años siguientes.

Efectivamente, la historia clínica aportada al plenario, da cuenta que el 18 de diciembre de 2007 (fl. 34-35), la accionante ingresó a la Clínica Miramar, con un cuadro de dolor abdominal de varios días de evolución localizada en hipocondrio derecho, con un diagnóstico de colecistitis o colelitiasis, ante lo cual el médico especialista WP recomendó cirugía, según se corrobora igualmente con la declaración del mencionado profesional de la medicina.

Ante tal diagnóstico, se consigna en la historia clínica el consentimiento informado de la señora RA, para la práctica del procedimiento colecistectomía (Fl. 39), dejándose claramente estipulado que *“LA CLÍNICA MIRAMAR queda autorizada para llevar a cabo las prácticas de conductas o procedimientos adicionales a los ya autorizados en el punto anterior, si en el transcurso de la intervención o el tratamiento autorizado llegase a presentarse una situación advertida o imprevista que juicio del personal médico a cargo del paciente lo considere obligatorio (...)”*

De ahí que se aprecia por la Sala de forma liminar, que el ente hospitalario demandado estuvo habilitado, de acuerdo al consentimiento informado reseñado, para realizar cualquier procedimiento adicional al autorizado, que a juicio del galeno sea indispensable para el tratamiento de la patología padecida por la señora RAS.

Ahora bien, las notas de enfermería tomadas por el personal de salud del día 19 de diciembre de 2007 (Fl. 45), indican la manera en la que se llevó a cabo el procedimiento quirúrgico de colecistectomía, siendo relevante las siguientes: **(i)** 10:05 AM, *“El doctor J. Angulo coloca anestesia general colocando T.*

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 28 de julio de 2011. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No.05001 3103 002 1998 00869 00

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

endotraqueal sin ninguna complicación.” (ii) 11:07 AM “El Md WP, Dr. Micolta y la instrumentadora Helena empiezan acto Qco. Con 10 compresas en mesa”, (iii) 12:15 PM “Dr. P extrae patología” (iv) 12:30 PM “El Md P Coloca dren abdominal, lado derecho sin complicaciones” (v) 1:03 PM “El Md P realiza sutura de cavidad hasta llegar a piel”

Por otra parte, se encuentra acreditado dentro del plenario que los días 27 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008 y 28 de enero de 2008 (Fl. 35), el médico especialista que practicó la cirugía, realizó controles del post operatorio, señalando entre otras cosas que la paciente se encontraba en buen estado general, sin dolor y describiendo que la herida se encontraba seca, la pared firme y abdomen blando; empero, si precisó en el segundo de los controles mencionados, que la sutura intradérmica no pudo ser retirada totalmente.

Como se puede constatar hasta éste punto, el procedimiento quirúrgico como el post operatorio transcurrió sin complicaciones, al tiempo que el resultado del examen histopatológico (Fl. 51) mostró lo siguiente: *“Se identifica vesícula biliar cuya mucosa tiene áreas atróficas con áreas de necrosis, la muscular es hipertrófica, la serosa esta ensanchada por fibrosis, se observa infiltrado inflamatorio crónico en todo grosor. No hay evidencia de malignidad”*, detallando un diagnóstico de *“COLECISTITIS GANGRENOSA”*

Quiere decir lo anterior que el diagnostico emitido por el galeno tratante fue el adecuado para la patología, y el procedimiento quirúrgico se desarrolló sin complicaciones. Bajo ese contexto, ha de puntualizarse que en homogénea jurisprudencia se ha establecido que las obligaciones que emanan de la relación contractual en la prestación de los servicios de salud son por lo general de medio y no de resultado, al respecto la Corte Suprema de Justicia, ha dicho lo siguiente:

“6.3.1. Suficientemente es conocido, en el campo contractual, la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado, ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

Como tiene explicado la Corte, “(...) [s]i, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado”³ (subrayado fuera de texto).

*En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica, no es el mismo. En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil); y en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.
(...)*

6.3.2. El meollo del asunto, entonces, se encuentra en establecer cuándo la relación entre el profesional de la salud y el usuario, calificada ahora como de “medio” por el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, deja de ser tal.

Para elucidar la cuestión, la Sala tiene dicho que “(...) lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado (...), porque es (...) el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma”⁴.

³ CSJ. Civil. Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002, expediente 6199.

⁴ CSJ. Civil. Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507.

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

En esa dirección, la Corte también ha asociado la aleatoriedad del fin perseguido, según el grado de ocurrencia, al decir que “(...) en las obligaciones de medio 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, mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.

(...)

De ahí, sin abandonar el contenido prestacional asumido, en las obligaciones de medio el médico cumplirá su deber desplegando la actividad impuesta por la lex artis, independientemente del fin perseguido; y si son de resultado, por así haberse pactado expresamente, habrá cumplimiento cuando el acreedor obtiene las expectativas creadas. En las primeras, por tanto, el objeto de la obligación es una conducta idónea, al margen del éxito esperado, como sí acaece en las últimas.”⁵

Ahora, si bien la demandante precisó al momento de realizar la fijación del litigio, así como en sus alegatos de conclusión, que la operación a realizar por parte del galeno era el de una colecistectomía total y no una parcial, se recuerda por una parte, que por regla general, y como acontece en el sub judice, la obligación adquirida por el profesional era de medio y no de resultado, de ahí que no se podría exigir como resultado del procedimiento una extracción completa de la vesícula para el restablecimiento pleno de su salud, pues como lo indica el médico tratante en su declaración, ello dependía de las condiciones que se advirtieran en el momento en el que se desarrolló la cirugía, y por otra parte dicha posibilidad, esto es la variación del procedimiento, se encontraba permitida expresamente por la paciente en el aparte del consentimiento informado citado con anterioridad.

Acorde con el resultado histopatológico, el especialista en cirugía WP manifestó de forma puntual que “(...) cuando trabajaba como cirujano en la ciudad de Tumaco uno de mis lugares de trabajo era la Clínica Miramar, en dicha clínica fue intervenida la paciente, un caso complicado, un caso difícil con la vesícula supremamente inflamada, necrótica que eso lo verifica la anatomía patológica, lo que obligó por las características de la vesícula de la paciente hacer una colecistectomía parcial, esto significa que se saca parte de la vesícula no el 100%, es un procedimiento perfectamente estandarizado, totalmente legal y que puede salvar la vida del paciente sin arriesgarle a complicaciones mayores de intentar

⁵ SC7110-2017

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

sacarle toda la vesícula.”. Igualmente ante la pregunta que le hiciere la juzgadora comisionada acerca de los riesgos de intentar sacar toda la vesícula, el galeno respondió “el de lesionar la vía biliar, es un conducto que va del hígado al intestino a través del cual pasa la bilis, si uno por intentar sacar toda la vesícula, daña la vía biliar es un daño supremamente grave que puede llevar al paciente a la muerte”

Recuérdese que el inciso 3 del artículo 220 del CGP prevé en lo pertinente que el Juez “[r]echazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia.”. Luego, existe en la disposición transcrita una premisa normativa tácita, que regula de forma sucinta la posibilidad de recaudar un testimonio de un experto en determinada área del conocimiento como las ciencias, para que éste rinda su concepto referente a los hechos que fueren percibidos por aquel.

Precisamente el galeno WP -quien practicare la cirugía que motiva el presente litigio-, indica que por las características propias del padecimiento de la demandante fue más adecuado realizar una colecistectomía parcial y no total, por el riesgo de lesionar la vía biliar, sin que se aprecie en su dicho afectación alguna a su imparcialidad, pues incluso se remitió a las anotaciones de la historia clínica por él elaboradas para su exposición de los hechos.

Ahora bien, memórese que mediante providencia calendada a 19 de enero de 2017 (Fl. 378), se decretó el recaudo del dictamen pericial que en su momento fuere solicitado por la parte demandante, ordenando a dicho extremo procesal que éste fuere aportado en el término de 15 días y advirtiendo de forma expresa que su contradicción se sujetaría a lo dispuesto en el artículo 228 del CGP.

Posteriormente, una vez rendido el peritaje por parte del médico especialista en cirugía general Diman Arnoldo Quiroz (fl. 11 C.2), mediante providencia de 31 de mayo de 2017 (Fl. 391), aquel fue citado de forma oficiosa por el juez a quo a la audiencia de instrucción y juzgamiento; no obstante, el mencionado profesional no asistió a la audiencia, siendo procedente dar aplicación a la consecuencia procesal adversa a la parte que pidiera la prueba, prevista en el artículo 228 del CGP, esto es que el dictamen no detenta valor alguno dentro del *sub judice*.

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

Bajo el panorama expuesto, puede constatar esta Judicatura que no se aportó prueba técnico-científica que enervara los conceptos rendidos por el galeno WP, acerca de si o no resultaba conforme a la *lex artis*, la extracción parcial de la vesícula, y por tanto, quedando corroborado dentro del plenario que ello si resultaba científicamente factible.

3.- En lo relacionado al daño alegado obsérvese que se recabo dentro del expediente de la referencia la declaración de la señora Ángela María Aguirre (54:03), hermana de la demandante, quien informó que con posterioridad a la cirugía realizada en el 2007, el médico sostuvo que se extrajo el órgano; sin embargo, su hermana continuó con mucho dolor, motivo por el cual acudió en el 2013 ante el médico Francisco Gutiérrez, quien le envió exámenes entre ellos una ecografía en la que aparecía que todavía contaba con vesícula, y a pesar de que otros exámenes practicados en Pasto decían lo contrario, en el año 2017 se realizó la extracción del mismo. - esto último en decir de la declarante-

De igual manera la señora Nidia Minota Rentería (21:05), señaló conocer que en el 2007 la demandante se practicó una cirugía, en la que se le extrajo la vesícula; sin embargo, como continuaba con mucho dolor, el profesional de la medicina a quien identifica como el dr Pachón –Francisco Gutiérrez -, señaló que no se extrajo tal órgano y solo a partir de la cirugía realizada de manera particular ante la Clínica Imbanaco en Cali, cuando aquella sintió mejoría.

Se verifica en consecuencia, que las declaraciones de las personas citadas, si bien dan cuenta de que la señora RA, padeció de continuos dolores en el vientre, no resulta posible determinar a partir de éstos que el procedimiento realizado en el 2007 hubiere desconocido los lineamientos científicos correspondientes o hubieren tenido génesis en aquel, y en todo caso sus manifestaciones deben valorarse con mayor rigor junto con los demás elementos probatorios arrimados al expediente dada la cercanía y familiaridad que tienen con la demandante.

Justamente, constata esta Corporación a partir de la historia clínica aportada junto con el libelo de postulación, que la señora RA se sometió el 14 de marzo de 2013 a una ecografía en la que se deja la siguiente anotación “*Antecedentes de colecistectomía (a nivel del lecho de la vesícula observo imagen muy semejante a*

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

vesícula, que tiene pared fina y contenido anecoico)”; similar examen fue realizado el 19 de septiembre de 2013 (fl.63), en la que se indica *“la vesícula de paredes delgadas sin cálculos ni lodo biliar en su interior cuello vesicular libre. Vesícula con dimensiones de 4.1 x 22cm”*; igualmente el día 29 de agosto de 2013 (fl 58), se somete la accionante a otra ecografía en la que se deja la siguiente constancia *“se observa una vesícula residual de 40 x 23 mm, alitiasica de paredes normales”*; dichos exámenes se muestran coincidentes con la resonancia magnética de abdomen realizada el 6 de mayo de 2014 (Fl.72).

Finalmente el especialista en cirugía general Jaime Mendoza (Fl. 44) emite el siguiente concepto *“(…) PACIENTE CON ANTECEDENTES DE COLECISTECTOMÍA ABIERTA TRAE REPORTE ECOGRÁFICO Y DE RESONANCIA MAGNÉTICA QUE REPORTA REMANENTE DE VESÍCULA BILIAR, DEBIDO A SU ANTECEDENTE ANTERIOR RECOMIENDO REALIZAR COLECISTECTOMÍA POR LAPAROSCOPIA”*

En adición a lo anterior se observa que en historia clínica existe constancia de que previamente al 2013 la accionante padeció de dolores abdominales; entre otros asociados a una gastritis aguda (Fl. 196), igualmente, los medios de convicción mencionados dan cuenta que transcurrieron varios años entre la data en la que se realizó el primer procedimiento quirúrgico, y la fecha en la que se consideró por los profesionales de la medicina que era necesario realizar una nueva colecistectomía, para retirar la vesícula remanente, lo cual solo vino a ocurrir el 24 de enero de 2017, en el Centro Imbanaco en la ciudad de Cali.

Efectivamente, en la nota de procedimiento quirúrgico (fl.5 C.2) se dejó la siguiente constancia: *“HALLAZGOS 1- SÍNDROME ADHERENCIAL POSTQUIRÚRGICO A LA PARED ABDOMINAL, AL LECHO HEPÁTICO AL MUÑÓN VESICULAR. MUÑÓN VESICULAR DE APROXIMADAMENTE 4CMS DISTENDIDO CON PAREDES LIGERAMENTE ENGROSADAS, CON EVIDENCIA DE RESECCIÓN QUIRÚRGICA PARCIAL PREVIA POR QUE SE ENCUENTRA MATERIAL DE SUTURA QUIRÚRGICA SOBRE LA PARED ANTERIOR”*; y una vez realizado el estudio por patología (Fl. 6 C.2), la profesional en la materia emitió el diagnóstico de colecistitis crónica leve.

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

En suma, se advierte que 9 años después el primer procedimiento, se llevó a cabo un segundo, para la resección del remanente de vesícula, lo que no permite inferir que el primero de ellos no hubiere sido adecuado para la patología de la señora RA, y que el dolor por ella padecido hubiera sido exclusivamente causado por una indebida ejecución del procedimiento quirúrgico tantas veces mencionado.

Ahora bien, recuérdese que el artículo 281 del CGP, establece que en lo pertinente que *“[e]n la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. (...)”*

De ahí que si bien el hecho de la realización de la colecistectomía parcial solo se pudo verificar cuando el proceso ya se encontraba en curso, no se logró demostrar que el nexo causal entre el daño alegado hubiere tenido génesis en la operación realizada a la señora RA, o que esta se hubiere realizado en desmedro de las directrices medico científicas, pues probado se encuentra en el plenario, que la accionante padeció de sendos dolores abdominales, por causa de diagnósticos diversos, y el tiempo que transcurrió entre la primera y la segunda cirugía, impiden que se pueda entender que exista una relación de causa y efecto entre una y otra.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el nexo causal entre la conducta –activa y omisiva del agente- y el daño causado a quien solicita su reparación, resulta ser un presupuesto axiológico de la pretensión resarcitoria, explicando:

“La imputación a la que aquí se alude es el juicio sobre la cuestión de cómo atribuir un hecho a un sujeto (imputatio facti o de primer nivel), tal como se ha concebido en la dogmática civil con profundo arraigo en la tradición privatista, que la entiende como una operación constitutiva de la relación jurídica entre un agente y un resultado. La imputatio facti permite afirmar que un sujeto es el artífice de una acción (apreciación de sentido de un hecho), pero nada dice acerca de la corrección o incorrección de dicha acción según se adecue o no a un deber objetivo de cuidado o prudencia. (KARL LARENZ, Op. cit. p. 201)

Las pautas de atribución de un hecho a un agente, en suma, se infieren a partir de los deberes de acción que impone el ordenamiento jurídico, como

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

por ejemplo las normas de familia que asignan obligaciones de ayuda mutua entre los cónyuges; o a los padres, tutores y curadores hacia los hijos u otros sujetos bajo su cuidado; los deberes de protección a cargo del empleador; las obligaciones de seguridad de los establecimientos comerciales y hospitalarios; la obligación de prestación de una atención en salud de calidad que la Ley 100 de 1993 impuso a las organizaciones proveedoras de servicios médicos; las situaciones que consagran los artículos 2343 y siguientes del Código Civil; o las que ha establecido la jurisprudencia, tales como el concepto de ‘guardián de la cosa’.

En virtud de tales deberes la imputabilidad (posibilidad de atribución de los hechos) se generaliza en procesos abstractos de institucionalización de expectativas que hacen factible que las selecciones sean pertinentes o aplicables a todos los sujetos que están en situaciones similares. Esta preconcepción se requiere, inclusive, para la determinación de la responsabilidad objetiva, pues no es posible atribuir un resultado lesivo a un artífice ‘como suyo’ si el ordenamiento no permite hacer esa atribución.

Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente, deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho quedará desvirtuado si se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación.

Por supuesto que la causalidad natural desempeñará un papel importante en los eventos en los que se debate una responsabilidad directa por acción, en cuyo caso la atribución del hecho al convocado a juicio se podría refutar si se demuestra que su conducta no produjo el daño (no teniendo el deber jurídico de evitarlo), sino que éste se debió a una causa extraña a su obrar, como por ejemplo un caso fortuito, el acto de un tercero o el acto de la propia víctima.”⁶

Bajo ese contexto, no se puede predicar que el dolor abdominal sufrido por la demandante, pueda ser atribuido al acto médico desarrollado en el año 2007, pues precisamente brilla por su ausencia la prueba al respecto, así como tampoco se corroboró que los padecimientos posteriores a éste, hubieren estado dentro de la esfera de control de las demandadas en virtud del diagnóstico emitido por el galeno tratante, como consecuencia a la amplitud del tiempo transcurrido entre

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC13925-2016 de 30 de septiembre de 2016. M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01.

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

aquel acto médico hasta la fecha en que se precisó la realización de una nueva intervención quirúrgica.

En adición de lo expuesto, debe señalarse que en línea de principio, las acciones dirigidas a que se declare la responsabilidad civil derivada de la actividad profesional médica, siguen la regla general que en cuanto hace a la carga probatoria contempla el artículo 167 del Código General del Proceso, por lo que compete al demandante acreditar sus elementos estructurales, entre ellos, la culpa de la parte demandada y el nexo causal, sin que tal deber resulte desvirtuado por la circunstancia que según las particularidades de determinados casos, pueda flexibilizarse dicho principio procesal.

En ese orden de ideas se concluye que dentro del plenario no se logró acreditar que el procedimiento quirúrgico realizado a la señora RA, hubiere sido desarrollado de forma negligente o con impericia y que éste hubiese sido la causa eficiente y adecuada de sus padecimientos de salud, aun cuando no se consignó en la historia clínica que el mismo fue parcial.

De esa manera se tiene que precisamente ante la obligación de medio que caracteriza al desarrollo de la labor galénica, no puede inferirse de acuerdo al haz probatorio recabado que hubiere existido incuria o negligencia en la realización del procedimiento quirúrgico realizado el 19 de diciembre de 2007, o que se hubiere pactado un resultado específico entre las partes de la relación jurídico sustancial emanada del contrato de afiliación, de ahí que no se pueda atribuir responsabilidad civil a las entidades demandadas, debiendo por contera confirmarse la decisión sometida a apelación.

Finalmente ha de señalarse, que no se denunció en el libelo de postulación que el hecho dañoso sobre el cual cimentaba la pretensión indemnizatoria, fuera precisamente que no se emitió el consentimiento informado para una colecistectomía parcial –sin perjuicio de lo ya anotado por la Sala sobre este punto-, o que precisamente dicha cirugía subtotal fuera la causante del daño alegado, de ahí que no resulte viable en esta etapa procesal, se estudie dichos argumentos, ya que la parte pasiva de la lid no tuvo oportunidad de debatir en sede de primera instancia los mismos, y de obrarse en contrario, ello implicaría

Asunto: Ordinario
Radicación: 2014-00063 (738-01)
Demandante: Rocío Aguirre Sánchez
Demandado: Clínica Miramar S.A.

desbordar los lindes del litigio, que dicho extremo procesal fijó en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo dispuesto en la regla 1 del artículo 365 del CGP se condenará en costas al extremo recurrente, es decir a la parte demandante, y a favor de la demandada. Fijándose por concepto de agencias en derecho un salario mínimo mensual legal vigente.

III.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, en **SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 6 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco dentro del proceso ordinario formulado por RAS frente a CLÍNICA MIRAMAR S.A. y SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN.

SEGUNDO. – CONDENAR en costas a la parte apelante. FÍJESE por concepto de agencias en derecho un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

Magistrada

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada