

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

Doctora

CONSTANZA FORERO DE RAAD

Magistrada Tribunal Superior de Cúcuta.

Sala Civil Familia

Ciudad.

Rad. : 54001315300420140040000

Actor : NEYLE PEREZ Y OTROS

Accionado : ODONTOCUCUTA Y OTROS

RESPONSABILIDAD POR ACTOS MEDICOS

ALEGATOS dentro del proceso de la referencia, el cual versara sobre los siguientes aspectos: **i)** daño, la culpa y el nexo causal **ii.)** Régimen de imputación jurídica aplicable al caso, **iii)** Consentimiento informado e historia clínica en la valoración procesal. **iv.** Indebida valoración probatoria.

ABSTRACT: El día 29 de octubre del 2013, la Señora **NEILE DEL SOCORRO PEREZ BECERRA**, se dirigió a la empresa odontológica, ODONTOCUCUTA, con el fin de hacerse una revisión completa en sus dientes y decidió afiliarse ese mismo día, con el objeto de empezar a contar con los favores que esto le proporcionaría. El día 21 de noviembre de 2013, la Señora NEILE, a las 8.00 am, se realizó el procedimiento de exodoncia dentro de las instalaciones de ODONTOCUCUTA, intervención quirúrgica que estuvo a cargo de la Maxilofacial, **MARÍA ALEXANDRA FUENTES TROYA**. Al comienzo de este procedimiento mi poderdante con mucha preocupación escucha cuando la Doctora María Alexandra, manifiesta que presentaba una fisura en su mandíbula. Antes de iniciar el procedimiento la profesional de la salud, le manifestó que presentaba una fisura en su mandíbula. Una vez comenzado el procedimiento, relata la Víctima Directa, la profesional comenzó a extraer la pieza dental, ejerciendo sobre NEILE, un dolor insoportable, lo que obligó a la maxilofacial a aplicar anestesia en repetidas oportunidades, pues la exodoncia se demoró más de lo previsto y era evidente que la profesional tenía problemas con la extracción de la pieza dental; la profesional a cargo del mismo, en tono angustioso se dirigió a la Víctima Directa para indicarle que se había fracturado y desplazado LA MANDIBULA. Conllevando dicho actuar en una serie de daños a la salud, moral, económicos y estéticos a la demandante y su núcleo familiar.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.

DAÑO: el mismo consiste en los padecimiento sufridos y aquejados por la señora Neyle Pérez y su núcleo familiar, los cuales están plenamente demostrados en las historias clínicas allegadas, consistentes según el diagnóstico realizado en Hospital San Vicente de Medellín por el Dr. Radi Londoño, el cual estableció dentro de la Historia clínica lo siguiente: “evolución médica, 1. análisis neuropnesis dentario inferior derecho. 2. Dolor miofacial derecho. 3. Desplazamiento discal sin reducción ATM derecha por RM 4. Sinovitis ATM izquierda”, igualmente presenta la paciente que es dolor miofacial y anestesia de la del nervio. Es decir, con el desplazamiento mandibular sufrido por la accionante se originaron dichos padecimientos QUE

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

ANTES NO TENÍA; sin pasar por alto el daño psicológico que ha presentado la demandante al ver la situación en la que se encuentra debido a su padecimiento.

CULPA: Se presenta la culpa al haber realizado la extracción del molar conociendo de antemano que la demandante presentaba una fisura en su mandíbula y, sabiendo esto se realizó el procedimiento exponiendo a la accionante a un riesgo innecesario como el desplazamiento mandibular, lo cual condujo a que a la paciente se le realizaran una serie de procedimientos que a la fecha aún no han tenido efectividad, pues diferente habría sido si la maxilofacial hubiese realizado el procedimiento para neutralizar la fisura mandibular, tal y como lo han expresado los deponentes en el sentido que la fisura sana por sí misma y, una vez sanado de ese suceso si hubiese practicado la extracción del molar. Se destaca dentro del hecho culposo, omitir la anotación dentro de la historia clínica de la presencia de una fisura mandibular con anterioridad al procedimiento, lo que demuestra un actuar irresponsable y sin el debido cuidado frente a la paciente.

Así mismo, causa extrañeza que no se suscribiera un nuevo consentimiento informado, en el que se hiciera saber con anterioridad al procedimiento, las nuevas situaciones fisiológicas de la paciente, las cuales crearían riesgos absolutamente diferentes a los planteados en un inicio del procedimiento cuando se desconocía del hecho de que la paciente presentara una fisura en su mandíbula; siendo procedente en ese momento que la paciente fuera informada de todos los posibles riesgos y daños a los que podría estar sometida al autorizar una extracción sabiendas de presentar una fisura mandibular. Resaltando además que la profesional de la salud debió actuar con mayor cautela antes de iniciar un procedimiento de extracción con la presencia de una fisura ya que la extracción de el molar tiene un porcentaje muchísimo más alto de presentar *desplazamiento mandibular* debido a la referida extracción.

Como si fuera poco, dentro de la historia clínica las demandadas NUNCA allegaron la placa dentaria realizada a la demandante, es decir, ocultaron pruebas y ante tal situación el despacho debe pronunciarse sobre este particular y darles aplicación a los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema respecto a tal hecho; pues es imposible que una testigo presencial del hecho manifieste que al revisar la ayuda diagnóstica la accionada se percató que existía una patología anterior a la extracción del molar y en la placa allegada al proceso no se pueda determinar la misma.

Con lo anterior, se prueba que el contrato por el cual se pactó el acuerdo de voluntades no obtuvo la satisfacción del objeto contratado, en el sentido que no se logró su finalidad, máxime cuando en el desarrollo del mismo se presenta un evento como el desplazamiento mandibular, debido a la preexistencia de una fisura en la mandíbula, que conllevó a que la accionada no realizara un adecuado análisis de la situación respecto al caso concreto.

NEXO CAUSAL: Como se desprende de la anterior probanza, este elemento de la responsabilidad también se encuentra plenamente probado, ya que el daño sufrido por la paciente es consecuencia del actuar irresponsable y de poco cuidado manejado por la profesional de la salud a la hora de hacer el procedimiento de extracción; ya que si no se hubiera procedido a la extracción a sabiendas de la fisura

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

mandibular, no se hubiese producido el desplazamiento mandibular que sufrió la paciente y que contrajo las posteriores cirugías a que fue sometida sin que con ellas se lograra volver a la funcionalidad que tenía antes del procedimiento de extracción realizado por la Doctora hoy demandada. Basta con pensar que uno es el procedimiento de extracción en una mandíbula absolutamente sana a una extracción con una mandíbula con un alto riesgo de desplazamiento a causa de una fisura.

De tal forma, el elemento culposo de la responsabilidad civil demandada se encuentra cumplido, en tanto la historia clínica, y los actos de mala fe tales como: 1. no manifestar en la historia clínica la fisura que ya traía la paciente, 2. así como *el testimonio de la asistente de cirugía quien manifestó que la paciente ya presentaba la fisura mandibular antes de la cirugía y que aun conociendo esto fue intervenida*; generando un riesgo que la señora Neyle no estaba en la condición de soportar, más aún en el testimonio de la doctora Heidi Hernández, cuando se le pregunta ¿si ella el conocer que una paciente presenta una fisura mandibular ésta realiza la intervención? y la misma responde que no se debe realizar el procedimiento.

Cabe señalar que, por regla general, el acreedor contractual no tiene que indicar la culpa del deudor, pues esta se presume con la inejecución o ejecución incompleta o demorada de la prestación convenida. Es decir que la carga de la prueba del cumplimiento del deber de prudencia es aportada por el deudor incumplido cuando esa causal de eximente de responsabilidad es aceptable, en las de medio, pero en las de resultado no opera de esa forma, porque el cumplimiento de los deberes de cuidado es irrelevante para exonerar al deudor, quien soporta la carga de no probar que la inejecución o la ejecución defectuosa no les atribuye a él sino por el evento a un elemento extraño o a la propia víctima de manera propia. Lo anterior, tal y como lo expone el artículo 1604 del Código Civil.

Que la Señora Neyle Pérez, al momento de ingresar a ODONTOCUCUTA, NO PRESENTABA NINGUN PADECIMIENTO como los descritos como: 1. análisis neuropnesis dentario inferior derecho. 2. Dolor miofacial derecho. 3. Desplazamiento discal sin reducción ATM derecha por RM 4. Sinovitis ATM izquierda”, igualmente presenta la paciente que es dolor miofacial y anestesia de la del nervio.

Es decir, con el desplazamiento mandibular y sus posteriores intervenciones se produjo un daño en el demandante producto de la mala praxis al intervenir a una paciente que ya presentaba una fisura y conociendo esto realiza la extracción del molar produciendo un desplazamiento óseo.

Régimen de imputación jurídica aplicable al caso.

En el presente asunto se está frente a una responsabilidad civil contractual de responsabilidad médica, por error en el diagnóstico y en la falla del servicio. se produjo un daño antijurídico que afectó la integridad del demandante, el cual no estaba en la obligación de soportar. Es decir, estamos frente a una obligación de resultado.

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

Respecto de los testimonios de los profesionales de la salud se debe exponer lo siguiente:

Que no se debe tener en cuenta los testimonios de los profesionales de salud que testificaron sin conocer la realidad de la historia clínica, pues los mismos conocen que la paciente cuando ingresó a la extracción del molar estaba en óptimas condiciones, *pero lo que no conocen es que la paciente al momento de ingresar ya presentaba una fisura*, pero que al momento de realizarse la extracción del molar muy seguramente conllevaría al desplazamiento mandibular, situación que nunca fue conocida por los deponentes al no estar plasmada en la historia clínica, llevando al error a los deponentes, pues los mismos exponen que todos se realizó conforme a la lex artis. Por lo anterior, sus testimonios carecen de efectividad, conducencia y pertinencia para el proceso, POR QUE NO ESTUVIERON ENCAMINADOS CONFORME LA REALIDAD DEL ACTO MEDICO, SINO BAJO UNA HISTORIA CLINICA NO REAL. (VER CD 660 HORA: 11:36:40)

Historia clínica incompleta: basta mencionar el hecho que dentro de la misma NUNCA se plasmó que la paciente había llegado con una fisura mandibular y, que a sabiendas de ello, se le realizó el procedimiento de extracción del molar lo que condujo indudablemente al desplazamiento óseo mandibular, y es que con dicho actuar se debe dar aplicación a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, en sentido que explican dicho actuar es una FUERTE PRESUNCION en contra del acto médico, quien entonces deberá aportar los elementos faltantes con los que pueda probar que incurrió en mala praxis. Sin dejar de lado, lo expuesto por los deponentes, los cuales afirmaron que ante una situación de fisura no realizarían la extracción del molar. (REVISAR CD FOLIO 660 HORA 11:38:10)

Aunado a ello, se debe mencionar que ODONTOCUCUTA, NUNCA allego la ayuda diagnóstica de rayos x realizada a la demandante, la cual le fue entregada al hijo de la demandante, pero cabe precisar, si no se plasmó lo corroborado por la asistente de cirugía quien expone que la Maxilofacial la tuvo en sus manos y manifestó que la paciente presentaba una fisura antes de iniciar la cirugía de extracción del molar, sería ilógico que le entregaran la ayuda diagnostica donde se evidenciaba tal yerro y así quedara demostrado el error en que incurrieron las accionadas.

La exodoncia de los molares inferiores debe ser evaluada mediante estudios imagenológicos, estudiando la anatomía, la relación riesgo-beneficio y las posibles complicaciones que podrían presentarse durante y posterior al acto quirúrgico, para elaborar un correcto plan de tratamiento; La elección del tratamiento adecuado, la instrumentación, y la fuerza aplicada son factores que dependen del cirujano, por lo tanto se debe tener conocimiento de dicha complicación para poder prevenirla y tomar las medidas de tratamiento adecuadas en caso de presentarse.

Y es que dentro del consentimiento informado reza la ausencia la referida relación de riesgo beneficio, situación que no se tuvo en cuenta por el accionado al momento de la celebración del contrato.

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

Table 1. Criterios para la extracción de los terceros molares en base a las recomendaciones de Abdulkadir et al ⁽³⁾, Adam et al ⁽⁴⁾ y Martínez JM, et al ⁽⁵⁾.

Indicación altamente recomendable	-Episodios infecciosos reiterados: pericoronaritis, celulitis, patología pulper o periapical -Caries en el tercer molar que no se pueda tratar satisfactoriamente o caries en el segundo molar intratable sin la extracción del tercer molar -Lesión periodontal entre segundo y tercer molar -Presencia de quistes o tumores o cuando esté involucrado en el área de extirpación de una lesión tumoral
Indicación recomendable	-En pacientes que van a ser irradiados a tomar bifosfonatos u otros fármacos antiresortivos (por el alto riesgo de mucositis, osteoradionecrosis (ONR) y osteoquimionecrosis (OQN) -En pacientes desdentados que van a soportar una prótesis removable o fija sobre el segundo molar -Por indicación ortodóncica cuando se quiere distalar molares -En casos de fracturas del ángulo mandibular, cuando el tercer molar está en la línea de fractura e impide la fijación -Antes de una cirugía ortognática -Casos de autotransplante
Actitud expectante En aquellos casos en los que los terceros molares se encuentren asintomáticos, la actitud correcta será un control clínico y radiológico acompañado de una buena higiene bucal	-Pacientes donde el tercer molar puede erupcionar con éxito y tener oclusión funcional -Cuando la extracción suponga un riesgo a su salud o los riesgos superen los beneficios -Impactaciones profundas sin patología local o sistémica -Cuando el riesgo de complicaciones quirúrgicas o el riesgo de fractura por mandíbula atrófica es alto

Es decir, con el actuar desplegado por la Maxilofacial, expuso a la demandante a aun daño que no estaba en la capacidad de soportar tal y como lo expone la literatura médica respecto al caso, y no solo eso, el riesgo superaba el beneficio, pero el referido riesgo NUNCA fue informado de manera clara a la demandante, pus dentro del consentimiento informado se explica que se la va realizar extracción del molar 48, pero NUNCA se plasma en el referido escrito que presenta una fisura antes de iniciar el procedimiento. (REVISAR CD FOLIO 660 HORA 11:36:40) en el mismo se tiene que el consentimiento informado fue firmado en el momento de iniciar la cirugía, NO SE LE REALIZO UN VERDERO panorama a la accionante de lo que se le podía causar con la cirugía.

Por supuesto que en materia probatoria y, específicamente, en tratándose de responsabilidad médica, la doctrina de la Corte tiene sentado que:

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 (...)

*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.
(...)*

En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica, no es el mismo. En las

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

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. (Resaltó la Corte. CSJ SC7110 de 2017, rad. 2006-00234-01).

En tal sentido, el daño en la responsabilidad civil es el menoscabo o lesión que sufre un bien jurídicamente tutelado por el derecho civil y el mismo sujeto de indemnización; así las cosas, el solo hecho de que la cirugía de exodoncia produjo un desplazamiento mandibular y 1. neuropnesis dentario inferior derecho. 2. Dolor miofacial derecho. 3. Desplazamiento discal sin reducción ATM derecha por RM 4. Sinovitis ATM izquierda”, igualmente presenta la paciente que es dolor miofacial y anestesia de la del nervio de la actora es indicativo de la existencia del daño; ya si el daño es atribuible o no a los accionados y si éstos actuaron con prudencia o con culpa son argumentos diferentes que el despacho no supo diferenciar.

Peritaje.

Manifiesta el despacho, que no tuvo en cuenta lo expuesto en el peritaje arrimado al proceso por la parte actora, toda vez que quien rindió la experticia no es par respecto de la demandada que es una maxilofacial, cabe entonces traer a colación lo expresado en el **Artículo 227. Dictamen aportado por una de las partes:**

La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba.

El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado. (Lo subrayado fuera de texto)

Cabe entonces las directrices emanadas del despacho, al exponer que el profesional no es par, cuando la misma ley no distingue tal diferenciación, pues el Dr. Mauricio Molano es especialista, en razón a ello el argumento de la juez de primera instancia no es de validez alguna, inclusive; el profesional tiene especialización adecuada para emitir un concepto adecuado, veraz y detallado de lo sucedido; por tal razón el dictamen goza de eficacia para desatar los hechos ocurridos en el referido acto medico y las consecuencias del mismo.

Y es que dentro del desarrollo del proceso, cuando el perito expone sus argumentos, el mismo tiene asidero en la historia clínica y en el hecho que la maxilofacial tenía conocimiento de la fisura antes de iniciar el procedimiento situación que es conformada por la deponente EILEEN LOPEZ JAIMES, cuando la misma manifiesta que la profesional de la medicina, manifestó antes de iniciarse la cirugía que la paciente presentaba una preexistencia de fisura mandibular, es decir, el peritaje goza de plena validez y no pudo ser desvirtuado por el extremo proceso demandado.

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

Testimonio:

Cabe resaltar la declaración rendida por EILEEN LOPEZ JAIMES, la cual estuvo el día de la intervención quirúrgica, es decir, es testigo presencial pues estuvo en el procedimiento realizado el día de la fractura, la cual manifestó que la dra. Fuentes, había evidenciado una fisura una línea en la mandíbula derecha parte baja, que NUNCA REPORTO EN LA HISTORIA CLINICA, ante la cual aun sabiendo que existía la referida fisura siguió con el procedimiento arriesgando a la paciente a un riesgo desproporcionado que no estaba en la calidad de soportar la demandante, toda vez que una vez conocido esto, el procedimiento no debió haberse realizado, que era la extracción del molar 48; es decir, el testimonio de la misma se debe tener como prueba sobreviniente, pues el despacho debió haber tenido en cuenta que la acción de responsabilidad se presentó conforme a la historia clínica allegada, pero dentro del transcurso del proceso se demostró que la accionante ya presentaba una fisura al momento de iniciar la cirugía y no desecharla bajo el argumento que la accionada en su testimonio manifestó que la fisura y desplazamiento se dio en el transcurso de la cirugía y mucho menos en el testimonio de la demandante, cuando ésta se encontraba acostada y lista para realizársele la cirugía y, era tanto su situación de pánico que no presto atención a lo informado. Igualmente el despacho le pregunta a la testigo EILIN LOPEZ JAIMES sobre cuantos hechos como el de la demandante se han presentado y responde que es la primera vez, que en lo largo de siete años que había trabajado allí era la primera vez, es decir, la fractura de mandíbula no es cotidiana como lo quisieron hacer ver los especialistas que testificaron, pues 1 solo caso en siete años es un tiempo bastante prolongado, por eso el despacho debe preguntarse si el hecho de que la demandante tuviera una fisura en la mandíbula y extraer el molar 48, aumentó los riesgos de una fractura? Es decir, con ese actuar NO SE EXPUSO A UN RIESGO INJUSTIFICADO A LA PACIENTE LA CUAL NO ESTABA EN LA CALIDAD DE SOPORTAR, no se actuó de manera adecuada al no percatarse que el riesgo era mucho mayor que el beneficio, lo cual concluyó en una ejecución defectuosa del contrato de salud.

Cabe dilucidar al despacho, las razones por la cuales nunca se manifestó respecto del testimonio de un testigo presencial de los hechos, la cual estuvo de principio a fin en el acto medico y no se le da el valor probatorio que corresponde, no es común el actuar del despacho respecto al valor probatorio del testimonio y mucho desecharlo, pues bien sabido es que, dentro de las apreciaciones de la sana crítica y las reglas de la experiencia este testimonio fue de relevancia jurídica para el esclarecimiento de los hechos, mas aun cuando en cita efectuada el día 03 de diciembre del 2013, nuevamente en las instalaciones de ODONTOCUCUTA, la Maxilofacial, **MARÍA ALEXANDRA FUENTES TROYA**, después de que la Víctima Directa le entregó los exámenes de RX solicitados

Cabe precisar que en el testimonio de la auxiliar EILEEN LOPEZ JAIMES, la misma manifiesta que se evidenciaba una línea de fractura ANTES de iniciarse la cirugía, solo debe el despacho revisar EL CD 660 hora: 11:37:01 la cual pone en evidencia el nexo causal que tanto dice el despacho que no existió y que debe ser valorado por el Tribunal pues el aquo nunca hizo mención alguna a este testimonio, más aun cuando la deponente fue testigo presencial y no tiene un interés directo en el proceso, es decir, dice la verdad de lo sucedido.

Ahora bien, respecto a la historia clínica debe el despacho revisar igualmente el testimonio de la Señora EILEEN LOPEZ JAIMES, toda vez que el aquo manifiesta, que a la accionante se le entregó la historia clínica, lo cual es cierto, que la misma le fue entregada a su hijo, pero, lo que no es cierto es que sea la misma radiografía realizada a la Señora NEYLE PEREZ, lo anterior basado en lo afirmado en todo el

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

proceso que ODONTOCUCUTA no entregó una historia clínica completa, pues la misma deponente y quien fue testigo presencial del hecho lo manifiesta que “con la radiografía se evidencio la fractura” y que fue antes de iniciar la cirugía, es que acaso el testimonio vale, porqué nunca se tuvo en cuenta por el despacho cuando este extremo procesal siempre se lo hizo saber y nunca hubo pronunciamiento alguno sobre el mismo, incluso el testigo NUNCA fue tachado por los otros extremos procesales; solo basta revisar el CD 660 HORA 11:38:10 para verificar lo expuesto aquí.

Ahora bien, expone el despacho, que bajo expresado por la Señora Neyle Pérez, la cual manifestó que ella al momento de la extracción no conocía que presentaba una fisura lo cual es corroborado por la demandada la Dra. Fuentes Troya en su prueba de interrogatorio, no es de recibo para este extremo procesal, en razón a que el referido padecimiento efectivamente NO LO CONOCIA la accionante, solo se enteró en el momento previo a la cirugía, es decir, no estaba en facultades para entender el procedimiento y mucho menos para entender lo que se argumentaba en el consentimiento informado, ya que en el CD 660 hora 11:34:40, la deponente quien es testigo presencial de los hechos expone que ahí mismo se le pasa el consentimiento informado, es decir, no existió una verdadera información sobre los riesgos, costo - beneficio y patologías de la paciente, ya que la misma se encontraba en un estado de nerviosismo debido a la cirugía que se le iba a practicar, es por ello, que lo pretendido por el despacho en cuanto a desvirtuar el testimonio rendido por la auxiliar EILINN LOPEZ, respecto de la existencia de la fisura previo al procedimiento no tienen el valor adecuado respecto de la probanza del testigo presencial, pues mal hizo el despacho de dar por sentado un hecho que no es real, cuando el mismo es corroborado por la demandante y la auxiliar de odontología.

Veamos que dice la corte Suprema en Sentencia SC3348-2020 Radicación n.º 05001-31-03-013-2008-00337-01

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

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

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

El aspecto material se conoce como el juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización.

Járol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

Para estos fines, se revisa el contexto material del suceso, analizado de forma retrospectiva, para establecer las causas y excluir aquellas que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.

Juan Manuel Prevof explica este doble análisis así:

[S]e torna imprescindible dividir el juicio de constatación causal en dos fases, secuencias o estadios: 1) primera fase (questio facti): la fijación del nexo causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la conditio sine qua non. 2) segunda fase (questio iuris): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado.

Tal orientación quedó consagrada en la sentencia de 24 de agosto de 2016 de esta Sala, al transcribir el pensamiento de Goldemberg:

No debe perderse de vista el dato esencial de que, aun cuando el hecho causa y el hecho resultado pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para mensurar jurídicamente ese encadenamiento de sucesos. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo, las consecuencias de un hecho no serán las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. En el iter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plexo ontológico, la calidad de 'consecuencias' [Goldemberg, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 81 (SC13925, rad. 2005-00174-01).

Este doble análisis es viable no sólo frente a las acciones, sino también respecto a las omisiones, pues la falta de una conducta, cuando era exigible, evidencia un estado de cosas que se mantiene inalterado y que, por esta circunstancia, deviene en perjudicial para la víctima. Total, el nexo causal, desde hace muchos años, abandonó la noción naturalística, que propugnaba por una relación fisicocorporal, para centrarse en ponderaciones basadas en la idoneidad o adecuación del resultado frente a la conducta que se echa de menos.

Por ello, es necesario que el aspecto fáctico sea probado a través de cualquiera de los medios reconocidos en la codificación procesal.

Ahora, como quiera que la censura tiende a poner de presente que no existió el nexo causal referido, síguese al estudio de ese reproche.

La vulneración de la ley sustancial por vía indirecta tiene dos vertientes, en la medida en que el juez puede incurrir en dicho quebrantamiento cometiendo

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión que comete el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, alterando su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar que

Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, ...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)'(CSJ, SC9680 24 jul. 2015, rad. 2004-00469-01).

La otra modalidad de yerro, el de derecho, se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al ser desconocidas las reglas sobre aducción e incorporación de estos o el mérito demostrativo asignado por el legislador. La Corte enseñó que se incurre en esta falencia si el juzgador

Aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere (CXLVII, página 61, citada en CSJ SC de 13 de abril de 2005, Rad. 1998- 0056-02; CSJ SC de 24 de noviembre de 2008, Rad. 1998-00529-01; CSJ SC de 15 de diciembre de 2009, Rad. 1999-01651-01, entre otras) .

Por supuesto que en materia probatoria y, específicamente, en tratándose de responsabilidad médica, la doctrina de la Corte tiene sentado que:

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

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

medios. 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.

(...) 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. (Resaltó la Corte. CSJ SC7110 de 2017, rad. 2006-00234-01)

Cabe resaltar la declaración rendida por EILEEN LOPEZ JAIMES, la cual estuvo el día de la intervención quirúrgica, es decir, es testigo presencial pues estuvo en el procedimiento realizado el día de la fractura, la cual manifestó que la dra. Fuentes, había evidenciado una fisura una línea en la mandíbula derecha parte baja, que NUNCA REPORTO EN LA HISTORIA CLINICA, ante la cual aun sabiendo que existía la referida fisura siguió con el procedimiento arriesgando a la paciente a un riesgo desproporcionado que no estaba en la calidad de soportar la demandante, toda vez que una vez conocido esto, el procedimiento no debió haberse realizado, que era la extracción del molar 48; es decir, el testimonio de la misma se debe tener como prueba sobreviniente, pues el despacho debió haber tenido en cuenta que la acción de responsabilidad se presentó conforme a la historia clínica allegada, pero dentro del transcurso del proceso se demostró que la accionante ya presentaba una fisura al momento de iniciar la cirugía y no desecharla bajo el argumento que la accionada en su testimonio manifestó que la fisura y desplazamiento se dio en el transcurso de la cirugía y mucho menos en el testimonio de la demandante, cuando ésta se encontraba acostada y lista para realizársele la cirugía y, era tanto su situación de pánico que no presto atención a lo informado. Igualmente el despacho le pregunta a la testigo EILIN LOPEZ JAIMES sobre cuantos hechos como el de la demandante se han presentado y responde que es la primera vez, que en lo largo de siete años que había trabajado allí era la primera vez, es decir, la fractura de mandíbula no es cotidiana como lo quisieron hacer ver los especialistas que testificaron, pues 1 solo caso en siete años es un tiempo bastante prolongado, por eso el despacho debe preguntarse si el hecho de que la demandante tuviera una fisura en la mandíbula y extraer el molar 48, aumentó los riesgos de una fractura? Es decir, con ese actuar NO SE EXPUSO A UN RIESGO INJUSTIFICADO A LA PACIENTE LA CUAL NO ESTABA EN LA CALIDAD DE SOPORTAR, no se actuó de manera adecuada al no percatarse que el riesgo era mucho mayor que el beneficio, lo cual concluyó en una ejecución defectuosa del contrato de salud.

Cabe dilucidar al despacho, las razones por la cuales nunca se manifestó respecto del testimonio de un testigo presencial de los hechos, la cual estuvo de principio a fin en el acto medico y no se le da el valor probatorio que corresponde, no es común el actuar del despacho respecto al valor probatorio del testimonio y mucho desecharlo, pues bien sabido es que, dentro de las apreciaciones de la sana critica y las reglas de la experiencia este testimonio fue de relevancia jurídica para el esclarecimiento de los hechos, mas aun cuando en cita efectuada el día 03 de diciembre del 2013, nuevamente en las instalaciones de ODONTOCUCUTA, la

Zárol Andrés Zafra Aycardi
Abogado

Maxilofacial, **MARÍA ALEXANDRA FUENTES TROYA**, después de que la Víctima Directa le entregó los exámenes de RX solicitados

Cabe precisar que en el testimonio de la auxiliar EILEEN LOPEZ JAIMES, la misma manifiesta que se evidenciaba una línea de fractura ANTES de iniciarse la cirugía, solo debe el despacho revisar EL CD 660 hora: 11:37:01 la cual pone en evidencia el nexo causal que tanto dice el despacho que no existió y que debe ser valorado por el Tribunal pues el aquo nunca hizo mención alguna a este testimonio, más aun cuando la deponente fue testigo presencial y no tiene un interés directo en el proceso, es decir, dice la verdad de lo sucedido.

Ahora bien, respecto a la historia clínica debe el despacho revisar igualmente el testimonio de la Señora EILEEN LOPEZ JAIMES, toda vez que el aquo manifiesta, que a la accionante se le entregó la historia clínica, lo cual es cierto, que la misma le fue entregada a su hijo, pero, lo que no es cierto es que sea la misma radiografía realizada a la Señora NEYLE PEREZ, lo anterior basado en lo afirmado en todo el proceso que ODONTOCUCUTA no entregó una historia clínica completa, pues la misma deponente y quien fue testigo presencial del hecho lo manifiesta que “con la radiografía se evidencio la fractura” y que fue antes de iniciar la cirugía, es que acaso el testimonio vale, porqué nunca se tuvo en cuenta por el despacho cuando este extremo procesal siempre se lo hizo saber y nunca hubo pronunciamiento alguno sobre el mismo, incluso el testigo NUNCA fue tachado por los otros extremos procesales; solo basta revisar el CD 660 HORA 11:38:10 para verificar lo expuesto aquí.

Y es que, con lo anterior, se demuestra que no se actuó con el debido cuidado y diligencia por parte de los accionados, respecto de los actos que surgieron con ocasión de la extracción de un molar con fisura previa a procedimiento, que conllevó a un desplazamiento mandibular y que posterior a esto trajo consigo las patologías 1. análisis neuropnesis dentario inferior derecho. 2. Dolor miofacial derecho. 3. Desplazamiento discal sin reducción ATM derecha por RM 4. Sinovitis ATM izquierda”, igualmente presenta la paciente que es dolor miofacial y anestesia de la del nervio.

Ante tales circunstancias, solicito al despacho revocar el fallo proferido en primera instancia y en consecuencia acceder a las suplicas de la demanda y en efecto condenar a las demandadas conforme las peticiones introductorias.

Atentamente,



ZÁROL ANDRÉS ZAFRA AYCARDI
T.P. No. 160284 C.S. de la J.