Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CLAI – SALA CIVIL UNITARIA
MAGISTRADO: HERNANDO REODRIGUEZ MESA

E. S. D.

RADICACION	**2018-00158-01**
REFERENCIA	**VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL**
	MEDICADEMANDANTE
	MARIA SUSANA GARCIA PACHECO Y OTRO
DEMANDADOS	**CARLOS ANDRES LLANOS Y OTROS**

REFERENCIA: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 320 y 322 del Código General del Proceso, el recurso de apelación procede contra cualquier providencia que se emita en el transcurso de una audiencia o diligencia.

SERVIO TULIO HERRERA JATIVA, mayor de edad, y vecino de esta ciudad, identificado con la Cedula de Ciudadanía No.87.511.562 de Cumbal (N), Abogado titulado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 123245 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como Apoderado de la señora **MARIA SUSANA GARCIA PACHECO y otro**, a través del presente escrito, procedo a procedo a **SUSTENTAR el RECURSO DE APELACION** a la sentencia de primera instancia

No. 107 del 23 de agosto de 2022 proferida por el Juez Sexto Civil del Circuito , en los siguientes términos:

1-DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO (INDEBIDO ANÁLISIS DE LA VERSION DEL TESTIGO MEDICO JULIAN ANDRES MOLANO GONZALEZ.

En relación con este primer, debo afirmar enfáticamente, pero con respeto, que el señor Juez, no le asigna ningún merito probatorio al testigo de estos hechos, el cual fue escuchado en la audiencia de que trata el artículo 373 del C.G.P.

El testigo Médico Julián Andrés Molano afirmo de una manera categórica, libre espontanea, desprovisto de toda presión, que atendió a la señora María Susana García por un tumor del cuello carotideo.

Afirmó de igual manera, que se le había dado un manejo con radioterapia pero la paciente persistía con la lesión tumoral, que le hizo los estudios pertinentes que corroboran la persistencia de la lesión.

También dijo, que el tumor era un Shamblin 3, debido a que el mismo rodea la arteria carótida en su rama interna y externa.

Fue enfático en afirmar que a la señora Susana García la Valoro y la atendió un Odontólogo Maxilofacial y no un médico.

De igual manera, el testigo afirmó que la Radioterapia muy poco se ha usado para este tipo de tumores shambin tres. Que normalmente este tipo de lesiones no se manejan con esto, haciendo alusión a la radioterapia.

Que la radioterapia produce unas lesiones que son irreversibles en esa parte del cuello donde se la aplica, máxime si la paciente es joven**.**

Igualmente, el señor Juez afirma en su sentencia que no era fácilmente, identificable

el tratamiento a seguir a la señora María Susana García, para inferir que el doctor Carlos Llanos se equivocó en el tratamiento. No es cierta esta afirmación debida a que de la misma versión del doctor Llanos desde el primer día de la consulta le dijo que la opción más indicada era la cirugía, versión esta que coincide con lo afirmado por el Dr. Molano, en el sentido que el tratamiento a seguir en esta clase de pacientes es la cirugía.

El Médico JULIAN ANDRES MOLANO GONZALEZ, deja consignado en la historia clínica con fecha de registro 3 de febrero de 2016 lo siguiente: *"Paciente quine viene por presentar desde hace varios meses masa en región cervical izquierda de crecimiento progresivo, deciden realizar RMN de cuello, en donde se evidencia tumor en área carotidea izquierda de tamaño considerable de 5.1 por 3.5 cmts, es valorada por* ***ODONTOLOGO MAXILOFACIAL****, quien considera dar manejo inicial con radioterapia recibiendo 30 sesiones, a un tumor que es* ***RADIORESISTENTE****, por lo cual el mismo persiste y ha aumentado de tamaño, debe ser llevada a cirugía para resección del mismo"*

AQUÍ SI SE DEJA CONSIGNADO QUE EL TUMOR CORRESPONDE A UN SHAMBLIN 3

El señor Juez no aprecia este testimonio debido a que según el despacho, el médico no afirma con certeza si la radioterapia era o no la acertada para este tumor. Es cuestionable esta afirmación, debido a que el Doctor Molano, fue enfático en afirmar que para esta clase de tumores lo recomendable según la literatita médica es la cirugía, afirmando que el había operado casi a 20 personas de estas condiciones, sin ningún problema.

2-DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO (INDEBIDO O NULO ANÁLISIS DE LA VERSION DEL LA VICTIMA SEÑORA

MARIA SUSANA GARCIA PACHECO .

En este segundo argumento que expongo, debo afirmar que el señor Juez tampoco le da credibilidad al dicho de la demandante señora MARIA SUSANA GARCIA PACHECO, no hizo alusión para nada en su sentencia, a lo afirmado por la parte actora. Quine más que la propia víctima de este procedimiento equivocado, para informar al despacho que fue lo que pasó. Pues a decir de la doctrina nacional más autorizada*, "la parte es el sujeto mejor informado del caso concreto que en el proceso se debe examinar*", de modo que no es irrelevante dejar de lado esa prueba.

La parte actora le informo al despacho de una manera clara, precisa, concisa coherente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como fue que sucedieron los hechos.

Dijo que para el año 2013, comenzó a notar que esa bolita en el cuello estaba creciendo y fue cuando decidió ir a la EPS SURA, y la remitió al especialista de cabeza y cuello, y que se le dio a autorización para la Clínica de occidente, Con el Dr.Carlos Andrés Llanos, cirujano de Cabeza y Cuello.

Afirmo, que el mencionado doctor Carlos Andrés Llanos, le dijo que tenía un tumor y que esos tumores no se podían operar porque la cirugía era muy complicada , L eafirmo que esos tumores son benignos por lo regular, pero que la única alternativa era realizarse RADIOTERAPIA. El médico procedió a entregar las órdenes de radioterapia y la señora Susana fue a hacerlas autorizar a la EPS SURA.

Dijo que la Radioterapia salió para el Hospital Universitario del Valle con el doctor Ramón Amaya, y fue aquí donde le conto al juzgado lo padecido a consecuencia de este procedimiento

.

Narro de una manera detallada, que para el día 3 de febrero del 2016 le dieron la cita con el doctor Julián Andrés Molano González, para lo cual la interrogó sobre cuál era el motivo de la consulta. Mi poderdante llevaba todo el historial clínico y comenzó a narrar detalladamente y le dijo que le tenía que dar dos noticias primero que cometieron un error contigo mandándote a recibir radioterapia porque ese tumor es irresistible a la radioterapia.

Le informó al despacho que el médico Julián Andrés Molano González, le preguntó a mi poderdante que quién le había mandado la RADIOTERAPIA, ella le manifestó que el doctor Andrés Llanos de la Clínica Occidente, y que él había afirmado que el tumor era inoperable que estaba ubicado en la arteria carótida y que hasta ahora no conocía el primer "verraco" que operara ese tumor, y que el único tratamiento era irradiarlo.

El Dr. Molano González, le dijo a mi poderdante que el Doctor que la había tratado NO era cirujano de cuello. Que él era un ODONTOLOGO MAXILOFACIAL, remitido por la EPS SURA, pero que esa no era su especialidad. El doctor Molano le dijo es muy triste decirlo, pero ese tumor si es operable, que él lo opera desde hace más de doce años y que deberían habérselo operado cuando te lo descubrieron porque él jamás se iba a quitar con radioterapia, él está creciendo y es benigno pero lo chocaron con radio terapia y que se podía volver maligno en cualquier momento. (Versión esta que coincide con la historia clínica y con el testimonio del médico Molano)

Su narración fue verisímil, espontanea, desprovista de toda presión y aporto al juzgado valiosa información, que el señor Juez decidió no darle ningún mérito probatorio.

3- DEFECTO FACTICO POR LA INDEBIDA E INCORRECTA VALORACION Y/O

APRECIACIÓN PARCIAL DE LA PRUEBA DOCUMENTAL – DENOMINADAS HISTORIAS CLINICAS -

En este reparo en concreto que se le hace la sentencia, lo primero que hay que advertir es que el señor Juez no le da valor probatorio a la prueba documental Historia Clínica de la Fundación Valle del Lili, en la misma se deja consignado el procedimiento que se le practico a la demandante, las secuelas con las que quedo, se deja escrito en la historia clínica con fecha de registro 3 de febrero de 2016 lo siguiente**: *"Paciente que viene por presentar desde hace varios meses masa en región cervical izquierda de crecimiento progresivo, deciden realizar RMN de cuello, en donde se evidencia tumor en área carotidea izquierda de tamaño considerable de 5.1 por 3.5 cmts, es valorada por* ODONTOLOGO MAXILOFACIAL*, quien considera dar manejo inicial con radioterapia recibiendo*** 30 sesiones, a un tumor que es RADIORESISTENTE, por lo cual el mismo persiste y ha aumentado de tamaño, debe ser llevada a cirugía para resección del mismo"

El señor Juez en el momento de dictar sentencia NO hizo un análisis detallado de lo que aquí se dejó expuesto y afirma que no hay prueba del error en el tratamiento.

De igual manera, el señor Juez no le da valor probatorio o valora parcialmente la prueba documental denominada Historia Clínica de la Clínica de Occidente.

En la misma se aprecian una serie de inconsistencias, de errores y de negligencia al no dejar consignado toda la valoración y tratamiento a seguir con la señora María Susana García.

En la historia clínica del 13 de febrero de 2014 el Doctor Llanos afirma que la lesión es de difícil acceso quirúrgico- y es aquí donde se solicita la radioterapia como tratamiento y remite a oncología- en ningún momento se deja consignado que el

tumores shamblin 3, debido a que según el no lo encontró necesario.

En la historia clínica del 28 de febrero de 2014 suscrita por el medico Milton Lombana Oncólogo se lee lo siguiente: "tumor benigno y no amerita manejo por esta especialidad, se entrega orden de valoración por radioterapia de acuerdo a solicitud de cx cabeza y cuello Doctor Llanos"

La Historia Clínica del Centro Médico Imbanaco, del 7 de diciembre de 2015 da fe de esta afirmación cuando dice lo siguiente: *"Paciente con Glomus Carotideo Izquierdo considerado inoperable al inicio, recibe radioterapia a dosis altas"*

De igual manera, en la historia clínica del Hospital Universitario del Valle del 13 de marzo de 2014, se lee lo siguiente: *"Paciente con ID de Glomus Carotideo en hemisferio izquierdo no operable.."* subrayado fuera de texto.

Clínica Comfandi para el día 05 de marzo 2016 con el doctor Oscar Andrés Escobar Vidarte, neurocirujano. El cual dejo consignado en la historia clínica del 14 de marzo de 2016 lo siguiente: *" El tumor de la paciente es radioresistente su tamaño sigue en aumento, no resecarlo implica riesgos de aumento de tamaño del tumor…"*

El Juez afirma en su sentencia que solo es una diferencia conceptual, que el Dr. Llanos no está ordenando la Radioterapia, que solamente sugirió, pero eso no es lo que dice la historia clínica a la que se ha hecho alusión.

Es de esta forma señores magistrados como podemos observar varias FALLAS EN LA HISTORIA CLINICA O INCONSISTENCIAS- CLINICA DE OCCIDENTE:

- NO CONSIGNO NO DIJO NADA SI EL TUMOR ERA OPERABLE O NO ERA
- NO CONSIGNO EN LA HISTORIA SI EL TUMOR ERA SHAMBLIN 3

- AFIRMA QUE LO QUE APARECE ESCRITO EN LA HISTORIA CLINICA SOBRE LA ORDEN DE VALORACION POR RADIOTERAPIA, POR SOLICITUD DEL DR. LLANOS A LA SEÑORA SUSANA GARCIA, FUE UN ERROR SUPUESTAMEMTE DE TRANSCRIPCION EN EL QUE INCURRIO EL DR. MILTON LOMBANA .
- NO CONSIGNO EN LA HISTORIA CLINICA LAS DOS OPCIONES QUE ELLA TENIA CIRUGIA O RADIOTERAPIA.
- EN LA HISTORIA CLINICA TANTO EN LA DE ENERO COMO DE FEBRERO DE 2014, SE INCURE EN UNA FALSEDAD AL AFIRMAR, EN EL ACAPITE MOTIVOS DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL, QUE EL DR LLANOS ES MEDICO ESPECIALISTA, LO CUAL ES FALSO, COMO HA QUEDADO DEMOSTRADO AQUÍ EN ESTE PROCESO EL DR LLANOS ES ODONTOLOGO ESPECIALISTA.

4- NO ES CIERTO QUE NO SE HAYAN ESTRUCTURADO LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CULPA- DAÑO Y NEXO CAUSAL)

En nuestro sistema jurídico encontramos casos en los que la culpa como elemento estructural de la responsabilidad civil se presume, otra, que debe probarse, de acuerdo al tipo de responsabilidad invocada, esto es, objetiva y subjetiva, subdividiéndose la última de ellas en dos grados: el primero <de la culpa probada (arts. 2341 a 2345)> donde el demandante debe probar la culpa que le endilga al demandado; y el segundo < de la culpa presunta (arts. 2347,2350 y 2356)> donde se invierte la carga ya que el demandado debe demostrar la concurrencia de causa exoneratoria de responsabilidad.

En el caso sub Judice, sí se acreditó ***el Daño*** como primer elemento de la Responsabilidad Civil, pues la señora MARIA SUSANA GARCIA, y los testigos informaron al señor Juez de los daños morales sufridos por mi poderdante. El Medico

Molano dijo al despacho que la señora Susana ya venía con unos daños, cuando él la valora ya tenía las secuelas como dolor cervical, de garganta, hipoestesias y disestesias, dijo que persistía desviación de la lengua y cambios en la voz, daños estos que están consignados en la historia clínica de la Fundación Valle del Lili.

Frente a los daños materiales y morales que sufrieron los demandantes, existe prueba testimonial, de las señoras María Isabel Rivera Victoria y Carolina Arturo, testimonios que no fueron tachados por la parte demandada, y que le informaron al señor juez de todos aquellos daños que padeció la demandante, que les consta sobre los ingresos dejados de percibir, la labor que ejecutaba la señora María Susana García, que era propietaria de un negocio de peluquería, hecho ampliamente demostrado durante el proceso.

También existe prueba documental consistente en certificación contable suscrita por el señor NAPOLEON VILLAVICENCIO, contador público, quien es la persona que certifico los ingresos que devengaba la señora María Susana García por la labor que ejecutaba, donde se acredita los ingresos que percibía la señora Susana. Documentos sobre los cuales la parte demandante no solicito ratificación, como tampoco fue tachado de falso.

Frente a la Culpa como segundo elemento de la responsabilidad Civil, debo afirmar que el señor CARLOS ANDRES LLANOS actuó, revestido de la condición de médico, sin serlo, diagnosticó y trató como profesional de la odontología, no de la medicina, actúo de una manera imprudente, negligente, violando el principio de la lex artis, y violando reglamentos legales, y con este actuar causo daño y puso en alto riesgo la vida de la señora MARIA SUSANA GARCIA.

Es así como el propio juez afirma que, es cuestionable que el señor Carlos Andrés Llanos, se presente como médico de cabeza y cuello, sin serlo, lo ideal y correcto es

que se presente como odontólogo especialista.

En relación con este punto, el señor Juez de Primera Instancia, decreto prueba de oficio dirigida a la ASOCIACIÓN DE CIRUJANOS DE CABEZA Y CUELLO Y/O ASOCIACION COLOMBIANA DE CIRUGÍA Y AL INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA, a la fecha no se sabe si las mismas fueron aportadas al proceso.

En relación con el nexo de causalidad, Como tercer elemento de la responsabilidad, que es la relación ente el daño y la culpa, a todas luces resulta palmario, que el daño que sufrió la señora María Susana es a consecuencia de la negligencia e impericia del Doctor Llanos, la parte demandada no demostró su ruptura.

No puede argumentar el señor Juez en su sentencia que no es posible establecer el nexo causal debido a que el médico tenía un margen de discrecionalidad, y que la obligación de él era de medio y no de resultado.

En sentencia de Tutela 158 de 2018, la Corte Constitucional se pronunció frente a la Responsabilidad civil médica y esto fue lo que dijo:

"Las obligaciones de los prestadores de salud consisten en brindar al paciente todas las herramientas de las que dispongan de conformidad con la lex artis de la materia, con el objetivo de curarlo, así en todos los casos no se pueda cumplir. En razón a lo anterior, en principio, la responsabilidad civil de la prestación de tales servicios se exige solidariamente a las entidades prestadoras de salud, a las instituciones prestadoras de dichos servicios y al personal médico y la responsabilidad será de carácter contractual o extracontractual si el daño surgió del incumplimiento de una obligación establecida en un contrato o por la violación del deber genérico de no dañar, por un hecho u omisión del responsable".

"En conclusión, es claro que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la interpretación que de esa norma ha hecho la Corte Constitucional: (i) no se pueden imponer reglas sacramentales para la valoración de la prueba cuando se trata de responsabilidad médica; (ii) el juez debe evaluar las reglas de la sana crítica y la

experiencia y con fundamento en ello determinar el sentido del fallo según lo demostrado en cada proceso determinado; (iii) la responsabilidad médica se configura a partir de la culpa probada del profesional y (iv) la carga probatoria está en quien alega el daño".

Recientemente, en la **sentencia del 27 de julio de 2015**[1]**,** la Corte Suprema de Justicia, señaló que se configura la responsabilidad civil por una mala praxis cuando se demuestra que el médico actuó en contravía del conocimiento científico sobre la materia o las reglas de la experiencia, siempre y cuando se estructuren los diferentes elementos de la responsabilidad, es decir el daño, **la culpa**, y el nexo causal.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en Sentencia SC-139252016 (05001310300320050017401), del 30 de septiembre de 2016, dijo lo siguiente:

"la corporación explicó la figura de la imputación del daño a las empresas promotoras de salud (EPS), a las instituciones prestadoras del servicio (IPS) y a sus agentes.

Recordó que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

La Ley 100 de 1993, por ejemplo, asigna a las EPS la función básica de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados, por lo que los daños sufridos por los usuarios con ocasión de la prestación del servicio de salud les son imputables a aquellas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego, de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado es posible atribuir tal perjuicio a la empresa como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

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

[1]SC 9721-2015/2002-00566, sentencia del 27 de julio de 2015 M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 impone a las IPS ser las guardianas de la atención que prestan a sus clientes. Así las cosas, responden de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo.

No obstante, el juicio de imputación del hecho como obra de IPS quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS.

Ahora bien, el alto tribunal indicó que en el caso de los médicos y especialistas la responsabilidad se atribuye tras considerar las acciones, omisiones o procesos individuales que, según un marco valorativo, incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y dependiendo del control o dominio en la producción del mismo.

De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil "

La EPS SURA incurrió en falta de seguimiento, control y atención oportuna, y por consiguiente, la inobservancia de su deber legal de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) para obtener el mejor estado de salud de su afiliada señora Susana García.

De esta forma, señores Magistrados, a raíz de este monumental y lamentable error por un diagnóstico totalmente equivocado, el médico Carlos Andrés Llanos, la EPS SURA y la IPS CLINICA DE OCCIDENTE, pusieron en alto riesgo la vida de la señora MARIA SUSANA GARCIA, y afectaron gravemente su entorno familiar, esposo e hijos, al someterla a RADIOTERAPIA por 30 sesiones, sin ninguna necesidad, al tratar de irradiar un tumor que era radioresistente. Con desviación de la lengua y cambios de voz, con tratamientos de fonoaudiología, valorada por psicología y dermatología por caída de cabello[2].

[2] Ver historia clínica de la Fundación Valle de Lili de fecha 3 de febrero de 2016 acápite "Enfermedad Actual y análisis y conducta"

A no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno lesivo de la calidad exigible, compromete la responsabilidad civil de las EPS SURA, de la IPS CLINICA DE OCCIDENTE y del médico CARLOS ANDRES LLANOS. Todos son, REPITO, solidariamente responsables por los daños causados a mis poderdantes y están en el deber legal de indemnizar.

SOLICITUDES.

Por las anteriores razones, solicito a ustedes, Señores Magistrados, con altísimo respeto, **REVOCAR** la sentencia de primera instancia No. 107 del 23 de agosto de 2022 proferida por el Juez Sexto Civil del Circuito de Cali, mediante la cual denegó la pretensiones de la demanda, y en su lugar acceder a todas y a cada una de las pretensiones que se dejaron planteadas en el libelo introductorio.

Atentamente,

SERVIO TULIO HERRERA JATIVA
C.C. No. 87.511.562
T.P. No. 123.245 del C.S.J.