

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Sustanciador

AUTO DE SUSTANCIACIÓN CIVIL

5 de julio de 2022

*“TRASLADO AL NO RECURRENTE DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE
APELACION”*

RAD: 20-001-31-03-005-2012-00133-02 VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL promovido por LIVIS ENRIQUE GONZALEZ MARTINEZ Y OTROS contra CLINICA LAURA DANIELA Y OTROS.

Atendiendo a lo reglado en la ley 2213 del 13 de junio 2022¹, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del decreto legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones, se tiene que:

Mediante auto del 26 de mayo de 2022, notificado por estado electrónico del día 27 de mayo de 2022, se corrió traslado por el termino de 5 días a la parte recurrente CLINICA LAURA DANIELA, para sustentar el recurso de apelación, realizándolo en debida forma de conformidad con la constancia secretarial del 13 de junio de 2022, escrito que se anexa al presente auto para conocimiento del no recurrente.

En razón de lo anterior, se hace procedente dar aplicación al artículo 12 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022

Así las cosas, el despacho:

RESUELVE:

Artículo 12 Apelación de sentencias en materia Civil y Familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia se tramitará así:

(...)

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto

RAD: 20-001-31-03-005-2012-00133-02 VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL promovido por LIVIS ENRIQUE GONZALEZ MARTINEZ Y OTROS contra CLINICA LAURA DANIELA Y OTROS

PRIMERO: CORRER TRASLADO del escrito de sustentación del recurso de apelación presentado por la parte recurrente por el término de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de la notificación por estado del presente proveído.

SEGUNDO: En caso de existir pronunciamiento respecto de la sustentación deberá allegarse por escrito, dentro del término señalado, al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Cesar secscftsvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co. se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre de la Secretaría del día en que vence el término, es decir, antes de las seis de la tarde (6:00 p.m.) de conformidad con el inciso 4º del artículo 109 del CGP aplicable por remisión normativa en materia laboral.

TERCERO: PONGASE A DISPOSICIÓN de los apoderados la página web <http://www.tsvalledupar.com/procesos/notificados/> a través del módulo procesos, encontrará adicional a las providencias proferidas en esta instancia los estados correspondientes, además del proceso digitalizado y los audios de las audiencias surtidas en primera instancia; para obtener clave de acceso comunicarse vía WhatsApp al número 3233572911

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 Inc. 2,

Ley 2213 de 2022; Art 28;

Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado Ponente

SUSTENTACION APELACION RADICADO 200013103005 2012 00013301

victor cabal <victorcabal@gmail.com>

Lun 06/06/2022 14:35

Para: Secretaria Sala Civil Familia Tribunal Superior - Seccional Valledupar <secsctsvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Quien suscribe, **VICTOR MANUEL CABAL PEREZ**, mayor de edad, domiciliado en Valledupar, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 8723896 de Barranquilla., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 37.655 del Consejo Superior de la Judicatura, encontrándome dentro del término legal, envío SUSTENTACION RECURSO APALACION SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA en los términos del escrito adjunto.

A su vez, me permito informar que recibiré notificaciones y cualquier comunicación relacionada con el proceso de la referencia en todos y cada uno de los siguientes correos electrónicos: victorcabal@gmail.com

En cumplimiento de lo en dispuesto en el Decreto 806 de 2020 y en Código General del Proceso, se copia en el presente a las demás partes del litigio.

El presente escrito se presume auténtico del suscrito remitente en la forma prevista por el artículo 244 del C.G.P., y cuya remisión electrónica se encuentra autorizada para su incorporación al expediente con apoyo en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto Legislativo No.806 del 4 de junio de 2.020, y los artículos 21, 26 y 28 del Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura No.PCSJA20-11567 de fecha 5 de junio de 2.020

--

victor manuel cabal perez
abogado
calle 15 14 34 of 303
3157411504
valledupar colombia

VICTOR MANUEL CABAL PEREZ
DERECHO MEDICO
U. EXTERNADO DE COLOMBIA.

Honorable Magistrado
JHON RUSBER NOREÑA BATANCOURTH
Sala Civil-Familia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar
ESD.

Proceso:	Verbal.
Demandante:	LIBIS GONZALEZ Y O.
Demandada:	CLÍNICA LAURA DANIELA.
Radicado	200013103005 <u>20120013301</u>
Asunto:	Sustento Recurso Apelación.

Actuando en mi calidad de apoderado judicial de la demandada CLINICA LAURA DANIELA, procedo por medio del presente escrito a descorrer el término para sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando desde ahora su revocatoria y en consecuencia se proceda a absolver a mi poderdante de cualquier responsabilidad por los hechos materia de este proceso.

Son fundamento del recurso interpuesto las siguientes consideraciones de orden legal, doctrinal y jurisprudencial.

REPAROS EFECTUADOS A LA SENTENCIA DEL A QUO.

HABERSE DICTADO UNA SENTENCIA VIOLANDO EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

En efecto, si nos atenemos a lo normado en el artículo 281 del CGP: La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

Dice el a quo, que extraña el consentimiento informado del paciente para efectos de la intervención del disco L4-L5, y que en virtud de la carga dinámica de la prueba es al demandado a quien le correspondía probar la existencia de dicho consentimiento.

El tema del consentimiento informado no fue objeto de la demanda, del problema jurídico ni de la fijación de hechos y pretensiones. El demandante jamás y nunca, en ninguna de las oportunidades procesales, refirió que el paciente no hubiera sido informado debidamente durante su extenso tratamiento, o anteriormente a las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido.

Fallar basada en ese particular ítem, hace que la sentencia sea incongruente, y por ende contraria a derecho, razón por la cual debe revocarse.

Ha dicho la Corte:

En los procesos civiles, amen de la naturaleza de los asuntos objeto de litigio, que por regla general son patrimoniales y de libre disposición, predomina el principio dispositivo, según el cual, las partes tienen la iniciativa de la acción, el impulso del proceso, la disposición del derecho, la fijación de los límites de la decisión, la formulación de los recursos e, incluso los efectos de la cosa juzgada.

Reliévese, en particular, la potestad de las partes para acotar las materias sobre las cuales versará el debate probatorio y la decisión judicial, sin que sea posible que el juzgador desatienda el *tema decidendum* – tema sobre el cual decidirá- o *la causa petendi* -*causa de la petición*-, so pena de exceder el ámbito de sus competencias.

Bien conocido es el brocárdico *ne eat iudex ultra petita partium* -la sentencia ha de atenerse a las pretensiones de las partes-, utilizado desde antaño para reconocer el señorío de los litigantes sobre la causa y, por esta vía, impedir que la actividad jurisdiccional se desvíe de los puntos planteados en los escritos de demanda y contestación.

Máxima recogida en el artículo 305 del CPC., a saber: "*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley*". Norma que guarda armonía con el canon 304, que ordena que la "*motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos...*

VICTOR MANUEL CABAL PEREZ
DERECHO MEDICO
U. EXTERNADO DE COLOMBIA.

estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión”.

Ha dicho esta Corporación:

[cumple recordar que la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto, bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio

De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, acatar la congruencia implica que debe armonía entre lo pedido y lo resistido (SC22306, 19 de dic. 2017. Rad. No 2009-00114-01).

Se trata de error *in procedendo*, por suponer un desconocimiento de la competencia de la cual se encuentra investido el juzgador, quien decide la controversia por fuera de las pretensiones reclamadas (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita), como lo ha enseñado la Corte:

Su incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador, decidir así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (extra petita)...SC1806, 25 feb, 2015 rad, no. 2000-00108-01.

CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.

Al hacer uso (indebido por demás), de esta herramienta jurisprudencial, el operador judicial de primera instancia vulneró el

debido proceso y derecho de defensa de mi poderdante, al establecer una carga en sentencia de una prueba de la que nunca advirtió, no le asignó la carga a la parte que represento, no tuvimos oportunidad alguna de presentarla, controvertirla etc.

Y es pacífica la posición actual que estos temas se fallan por la teoría de la culp probada, y es responsabilidad del demandante su demostración, como también son a cargo de él, los efectos de la sentencia en caso de que pruebe la culpa, el daño y el nexo causal, como elementos de la responsabilidad civil que reclaman.

Ahora, esta norma del CGP., aun no estaba en vigencia al momento de dictar la sentencia, y en la audiencia inicial al momento de decretar las pruebas no asignó esta particular carga a la parte que represento.

REPAROS FRENTE A LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS AXIOLOGICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA

Es de pacífica aceptación que lo que a lo que el galeno se obliga, es prestar toda su sabiduría, experiencia y uso de la tecnología al momento del acto médico, y que no está obligado a la sanación o curación del enfermo, puesto que sus obligaciones son de medio que no de resultado. Siendo ello así es menester que el demandante demuestre con certeza, la existencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad, sea esta contractual o extracontractual, que no son otros diferentes al daño, la culpa y el necesario nexo de causalidad entre ese daño alegado y la culpa galénica.

EL DAÑO.

Omite la juez en su sentencia analizar y reconocer que el padecimiento que aqueja al demandante y su familia (daño), es producto de un accidente laboral cuyos efectos y dolores tienen su inicio cuatro años antes de la cirugía por la cual demandan.

Esto tiene su corroboración en el dictamen pericial que rindiera el doctor WILLIAM GUTIERREZ, afamado neurocirujano, cuando en su sustentación del dictamen afirma que el paciente tenía dolor desde el 10 de octubre de 2003, que ese dolor se trató medicamente hasta el 2007 para evitar la cirugía; y el doctor Aguirre, lo opera en el 2007,

VICTOR MANUEL CABAL PEREZ
DERECHO MEDICO
U. EXTERNADO DE COLOMBIA.

es decir, cuatro años después de iniciar la sintomatología de dolor lumbar.

Luego, **afirmar en la sentencia que el dolor que padecía el demandante es a causa del procedimiento quirúrgico es fallar a espaldas de la realidad probatorio del proceso.**

Es más, este dolor pre-existente a la intervención quirúrgica se confesa en el hecho 3 de la demanda cuando se afirma:

*A raíz del desafortunado accidente, el señor LIVIS ENRIQUE GONZALEZ MARTINEZ, debió seguir asistiendo en diversas oportunidades a la mencionada clínica, algunas veces de urgencias y otras a través de consulta externa, **dada la agudeza de su dolor a la altura de su cintura.***

Eso sin tener en cuenta lo narrado en el hecho segundo del escrito incoatorio:

El señor LIVIS ENRIQUE GONZALES MARTINEZ, sufrió un accidente de trabajo mientras organizaba unas canastas de papas criollas, cuando al momento de levantar una de dichas canastas sintió un fuerte dolor al lado izquierdo de su cintura que obligó su traslado hasta la Clínica Valledupar donde fue atendido de urgencia.

Entonces, cual es el daño sufrido por una intervención quirúrgica de la cual se estableció pericialmente que no tuvo daño, no tuvo una lesión agregada, como bien lo estableció el perito en su dictamen, indicando que el demandado podía (a espaldas de las recomendaciones médicas) transportarse en bicicleta a su sitio de trabajo, incrementando con ello el dolor.

Es más, cuando los nervios se ven aprisionados, estos al momento de ser liberados conservan una "memoria" del dolor, y esto es lo que pudo haber pasado en este caso. Dijo el perito: **luego de 4 años con dolor, no se puede decir que el dolor lo ocasionó la cirugía. Él estaba enfermo y por eso fue que se operó.**

Honorables Magistrados, en cuando al dolor padecido por el paciente pues no tenemos un dolorímetro como bien sabemos, como para

saber si dolía más antes o después de la cirugía, pero lo que si está demostrado es que **el dolor existía antes de la cirugía, cuatro años antes. No es un daño ocasionado por el acto médico, no. Es un dolor padecido a raíz de un accidente de trabajo, que se prolonga en el tiempo, aún a pesar de los tratamientos implementados, sean estos clínicos o quirúrgicos.**

Al respecto esto dijo el perito frente al tema de la espalda fallida.

El paciente no quedó con una secuela permanente después de la primera cirugía, tan es así que se transportaba al trabajo en una bicicleta, eso demuestra que en la cirugía no hubo una lesión agregada.

Y es que ese tipo de dolor es de difícil tratamiento, existe al menos un 15% de pacientes que sometidos a procedimientos quirúrgicos como el de LIVIS, siguen padeciendo del dolor aun a pesar de que la cirugía haya sido un éxito, ese dolor neuropático persiste. Y ese dolor, ese padecimiento también lo sufría el núcleo familiar del paciente, puesto que ya llevaban 4 años de padecerlo, no es nuevo, y menos aún, a consecuencia del procedimiento quirúrgico atacado.

Esto dije frente al tema de la espalda fallida al momento de contestar la demanda, y lo cual fue ratificado por el perito:

"8.2. Columna fallida (reintervención en columna lumbar)

Hablamos de "columna fallida" cuando en el paciente sometido al protocolo completo de tratamiento médico o quirúrgico, persiste o reaparece su sintomatología previa.

La cirugía en columna lumbar no siempre es exitosa; 15% de las laminectomías realizadas anualmente continúan con algún grado de dolor incapacitante. Se necesita una estrategia precisa y sin ambigüedades para su manejo. Es muy importante prevenir cirugías inapropiadas, en cuanto sea posible. La inestabilidad psicológica, el pago de indemnización laboral o el litigio legal, conllevan incertidumbre en los resultados.

La idea de explorar quirúrgicamente una columna sin criterios objetivos, es inaceptable.

Las causas de dolor recurrente son: mecánicas (hernia discal, inestabilidad espinal o estenosis lumbar) y no mecánicas (aracnoiditis, discitis, inestabilidad psicosocial y enfermedades sistémicas).

8.2.1. Evaluación

Debe replantearse nuevamente el diagnóstico, ya que la segunda cirugía alcanzará un éxito no mayor de 50%, y cada vez empeora el pronóstico.

Este punto de vista se debe tener muy presente desde el inicio del manejo

8.2.1.1. Intervalos libres de dolor

- 1. Dolor persistente: significa descompresión inadecuada o nivel quirúrgico equivocado.*
- 2. Uno a seis meses sin dolor: nos orienta hacia aracnoiditis o fibrosis epidural.*
- 3. Más de seis meses sin dolor: Se debe pensar en hernia recurrente.*

8.2.2. Imagenología

La radiografía simple aporta el nivel de la laminectomía y el número de vértebras lumbares intervenidas, signos de inestabilidad en las proyecciones dinámicas y signos de discitis. El mieloTac no diferencia la compresión extrínseca de la fibrosis peridural.

La resonancia nuclear magnética contrastada con gadolinium es el mejor método para diferenciar la hernia residual de la cicatriz epidural, pero su uso es limitado en los primeros seis meses postquirúrgicos. Cabe anotar que su costo es elevado y requiere experiencia para su interpretación.

8. 3. Porcentaje de fallas

Una buena evaluación médica general descarta problemas sistémicos asociados (pancreatitis, úlcera, diabetes, metástasis óseas, etc.) y una buena evaluación psicológica descarta problemas emocionales.

En la hernia discal quirúrgica cuando el disco no fue satisfactoriamente removido hubo un error de nivel, no se presenta intervalo libre de dolor en el postoperatorio. Si la hernia es recidivante, existe un período mínimo de seis meses libre de síntomas”¹

Es claro hasta este punto, que una vez diagnosticada la hernia discal, existe un porcentaje de hasta 15% de los pacientes QUE NO PRESENTAN MEJORIA LUEGO DEL TRATAMIENTO QUIRURGICO. Es decir, LA CIRUGIA NO GARANTIZA LA DESAPARICION DEL DOLOR. Esto esta consignado en las Guías Colombianas emitidas por ASCOFAME (Asociación Colombiana de Facultades de Medicina), siendo este uno de las complicaciones y resultados INHERENTES a este tipo de intervenciones.

Se evidencia de otros autores resultados similares

“1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento del dolor crónico continua siendo para el especialista un verdadero desafío, y de entre todos ellos, uno destaca especialmente por su complejidad y por las implicaciones que comporta, se trata del dolor de espalda por cirugía fallida o FBSS, siglas inglesas (Failed Back Surgery Syndrome) que a partir de ahora usaremos para referirnos a esta patología.

A pesar de los recientes trabajos sobre las causas de este dolor, su prevención y su tratamiento clínico, este síndrome, continua escalando posiciones en todo el mundo y en particular en los países

¹ • PROYECTO ISS - ASCOFAME • GUIAS DE PRACTICA CLINICA BASADAS EN LA EVIDENCIA: DOLOR LUMBAR. Ver en: <http://www.consultorsalud.com/biblioteca/Guias/Dolor%20lumbar.pdf>

industrializados, en dónde se valora como una verdadera epidemia de nuestra civilización.

2. DEFINICIÓN

Según la IASP (Asociación Internacional para el Estudio del Dolor), se trata de: "Dolor lumbar de origen desconocido que persiste o aparece después de una intervención quirúrgica de columna realizada con la intención de tratar un dolor localizado originalmente en la misma zona" (4).

Este diagnóstico no se aplicará si el dolor espinal no se halla asociado topográfica y temporalmente a la cirugía de espalda. Este dolor puede ser únicamente lumbar (axial), y/o referido o asociado a un componente radicular.

3. EPIDEMIOLOGÍA

Existen numerosos estudios sobre la incidencia y prevalencia del FBSS. En la literatura la frecuencia de fallos después de las intervenciones de columna, oscila entre el 5-50%. Estos fallos parece que varían en función de la procedencia del paciente, del tipo de cirugía y de la valoración de los resultados, así como los criterios que se siguen para interpretar el éxito de la intervención (5).

Basándonos en la literatura, que estima una frecuencia del 15%, alrededor de 37.500 nuevos pacientes afectados de FBSS se generan anualmente en EE.UU. En este país la frecuencia cirugía de espalda es un 40% superior, según demuestra un interesante estudio (6) que la compara en once diferentes países, todos ellos occidentales y desarrollados, donde se observa la gran variabilidad de un país a otro." ²

² Tratamiento del dolor de espalda por cirugía fallida. Neuromodulación. C. Busquets i Julià* y J. Vilaplana*. R e v. Soc. Esp. Dolor. 8: Supl. II, 107-113, 2001. Ver en: http://revista.sedplor.es/pdf/2001_10_12.pdf

Podemos observar entonces, que HASTA UN 50% de los pacientes que son intervenidos quirúrgicamente para el manejo de un cuadro de dolor lumbar, PUEDEN SEGUIR PRESENTANDO EL DOLOR.

La incidencia (porcentaje de presentación del cuadro) es muy variable. En USA se evidencia en el 15% de los pacientes intervenidos. Por lo tanto, ES CLARO QUE LA CIRUGIA DE COLUMNA PARA CORREGIR EL PROBLEMA DE DOLOR NO ES ABSOLUTAMENTE EFECTIVA. Pues se pueden tener entre 5% y 50% de reapariciones del mismo cuadro doloroso.

Tal como lo comenta la literatura, las causas de este problema son diversas. La cirugía de columna es un procedimiento muy complejo, que puede tener un alto número de complicaciones y eventos posibles durante su realización.

En la literatura se encuentra que el intervenir un nivel no afectado, lo cual es UN EVENTO POSIBLE DENTRO DEL ACTO QUIRURGICO, puede ser una de las causas, pero NO ES EL UNICO EVENTO QUE PRODUCE LA REAPARICION DEL DOLOR. Por lo tanto, este dolor de una Columna Fallida puede deberse a la suma de muchos factores.

Existen grupos multidisciplinarios que han creado páginas de información para los pacientes, para tratar de explicarles en términos sencillos las implicaciones que tiene una cirugía de columna, así como los riesgos y beneficios de la misma.

Eurospine es el grupo de cirugía de columna Europeo. Dentro de su página encontramos

"El 70-75% de los pacientes experimenta una mejora considerable en el dolor irradiado a la pierna.

El 20-25% de pacientes mejora pero sigue sufriendo dolor persistente.

El 5% de pacientes no mejora.

El 1% de pacientes empeora en cuanto al dolor.

Por lo tanto, de las explicaciones médicas del caso se puede resumir:

1. La cirugía de la columna lumbar para corregir un cuadro de dolor TIENE UN PORCENTAJE DE FALLAS QUE PUEDE IR DESDE EL 5% HASTA EL 50%, con un promedio de 15%.
2. La cirugía de la columna lumbar tiene un número elevado de eventos adversos y complicaciones.
3. La intervención del nivel inadecuado, HACE PARTE DE LAS COMPLICACIONES PREVISIBLES del procedimiento, como se evidencia en la literatura y las paginas internacionales de explicaciones a los pacientes dentro de los consentimientos informados evaluados.
4. Este evento es corregible, dentro del mismo acto quirúrgico o en un acto quirúrgico posterior.
5. La literatura muestra que, A PESAR DE LA DILIGENCIA DEL CIRUJANO, esta complicación puede presentarse.

Ahora, por último y no por ello menos importante, es menester dejar en claro que el perito advirtió al momento de sustentar el dictamen que, el espacio intervertebral que estaba comprometido, y tenía un protrusión (hernia) también antes del procedimiento quirúrgico.

LA CULPA.

En cuanto a este particular elemento de la responsabilidad, y el cual debe necesariamente ser probado por el demandante (estos casos se fallan bajo la premisa de la culpa probada)

Dijo la Honorable Sala de este tribunal en reciente sentencia que:

Igualmente, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reformó el sistema general de seguridad social en salud, indica que, la relación médico-paciente genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional. Esta conceptualización reviste gran importancia al momento de establecer las cargas probatorias, pues de tratarse de obligaciones de medios, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia,

impericia, imprudencia o falta de cuidado, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume; y para el demandado, en las obligaciones de medios, le basta demostrar diligencia y cuidado conforme lo prevé el artículo 1604 numeral 3 del Código Civil; en las de resultado, al descontarse el elemento 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.

No existe en el proceso prueba alguna de que el doctor Aguirre, cirujano que operó al paciente haya actuado con culpa en cualquiera de sus manifestaciones, es más, esto dijo el perito al responder ese cuestionamiento, de si hubo mala práctica médica en el procedimiento analizado categóricamente expresó:

No evidentemente no porque la sintomatología de él sigue siendo L5-S1 tan es así que clínicamente y electrofisiológicamente el nivel comprometido sigue siendo L5-S1, él no tiene compromiso en el nivel de arriba.

Sentado lo precedente, al no darse por demostrada la culpa médica, respecto de los hechos que afectaron la salud de LIVIS GONZALEZ MARTINEZ, se impone el quiebre de la sentencia, y la decisión debe ser absolutoria, ya que él como supuesto afectado no acreditó los elementos axiológicos de la responsabilidad, como el daño, la culpa y el nexo causal.

Y es que Por parte del demandante lo que hay en el proceso es una absoluta ORFANDAD probatoria, **porque la carga de traer el convencimiento al juzgador de que el centro hospitalario demandado incurrió en error de diagnóstico, era algo que pesaba en hombros del demandante, siendo que en casos como estos, la prueba que viene a despejar, cualquier polémica en torno a la culpa, o no en que por negligencia pudo haber incurrido el médico, es la pericial, sin que así lo pidiera el gestor** (SC15746-201

Ahora dice la operadora judicial de primera instancia que el mencionado doctor AGUIRRE, no compareció al proceso y asume

como un indicio en su contra dicha omisión, pero el mencionado galeno, no es demandado en el proceso, no es parte, es un tercero ajeno a la litis por voluntad del demandante, y no pueden desprenderse indicios de ese tipo en contra de mi poderdante.

NEXO CAUSAL.

Según el hilo narrativo del presente escrito, fácil es concluir que no existe relación de casualidad (no se probó en el proceso) entre el dolor padecido desde cuatro años antes de la cirugía, con el que padece el demandante luego del procedimiento quirúrgico, y el que se debe única y exclusivamente al accidente laboral génesis de la patología incapacitante del demandante.

Dijo la Honorable Sala:

Respecto al nexo causal, cabe mencionar que es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, siendo indispensable encontrar el vínculo que une la conducta del agente dañador o el hecho dañoso con el daño, de manera que la primera sea causa directa, necesaria y determinante de la segunda.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la importancia de adoptar un criterio de causalidad que permita identificar la causa de un daño, es por eso que se ha acogido varias teorías para determinar cuál es el antecedente al que el derecho debe asignarle la calidad de causa.

... 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.

En el sub lite se estableció ab initio, es decir, desde el mismo contenido del libelo incoatorio, por confesión del demandante, que el dolor que padecía el paciente LIVIS GONZALEZ MARTINEZ, le aquejaba desde cuatro años antes del procedimiento quirúrgico al que fuera sometido en la CLÍNICA LAURA DANIELA.

Y también se demostró con el dictamen pericial rendido a instancia de la parte que represento, que el dolor estaba presente desde antes de la cirugía y que en esta no hubo daño alguno, puesto que no hubo lesión agregada.

EN CUANTO A LA VALORACION DE LA PRUEBA PERICIAL.

Dijo el A Quo en su sentencia que el dictamen no fue del todo concluyente, y nada más. No sustentó el por que no lo fue, no dijo que se apartaba de él, no fundamentó nada en absoluto. Se negó a darle el valor que en si mismo ese tipo de prueba representa.

Este yerro en la valoración de la prueba reina en este tipo de procesos en que se tocan temas ajenos al conocimiento de los abogados, y el cual poseen verdaderos expertos, conlleva al quiebre de la sentencia, puesto que, de haberse valorado en debida forma, otro sería el sentido de la sentencia, es decir, se hubiera absuelto de responsabilidad alguna a los demandados, ya que este medio de prueba demostró la inexistencia tanto del daño, como de la culpa, y por ende del nexo causal.

La operadora judicial de primera instancia, falló de espaldas al material probatorio, desechó la prueba pericial, y falla con el concepto de la historia clínica, y sobre el tema ha dicho la Corte en SENTENCIA DE ENERO DE 2018 SC 11001-31-03-032-2012-00445-01 MP LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA QUE:

La historia clínica, en si misma, no revela los errores médicos imputados a los demandados. Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala praxis.

En otro pronunciamiento de la misma estirpe afirmó:

NO OBSTANTE, TRATÁNDOSE DE ASUNTOS GALÉNICOS, CUYOS CONOCIMIENTOS SON ESPECIALIZADOS, LA CONDUCTA ANORMAL O INVERSA A LA BUENA PRAXIS TAMBIEN REQUIER'E QUE SEA DEMOSTRADA CON PRUEBAS

DEL MISMO TEMPERAMENTO, SIN QUE ELLO CONLLEVE A DESCONOCER EL PRINCIPIO GENERAL DE LIBERTAD PROBATORIA. PARA ESTA CORTE:

Un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora si aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas, o como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan, pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asunto todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias (sentencia SC 3847-2020 RADICADO 05001-31-03-012-2013-00092-01 MP., LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA (subrayas y mayúsculas fuera de texto).

Traigo a colación el pronunciamiento de la Honorable Sala ante la cual sustento hoy este recurso dado en el radicado 20001303004 2008 00091 01 emitido el 20 de mayo del 2022 en el que se dice:

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación civil en materia probatoria, tiene decantado que:

Para esto es menester recordar, ab initio, que 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 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- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, **pretermite el que si está o tergiversa el que acertadamente encontró** modalidad esta 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 si expresa, alterando su contenido de forma significativa.*

Estudiado en su real magnitud el dictamen, fuerza concluir que no hubo daño ni culpa en el procedimiento adelantado en la clínica demandada, que no hubo lesión agregada, y que no hay nexo causal entre el procedimiento quirúrgico adelantado y el dolor (dalo alegado), ya que este estaba presente e incapacitante desde cuatro años antes de la intervención quirúrgica.

Así las cosas se impone la revocatoria en todas sus partes de la sentencia atacada, y absolver de toda responsabilidad a mi poderdante.

Quien suscribe,



CC. 8723896 DE BQA.
TP. 37.655 DEL CSJ