



Doctor

OSCAR MARINO HOYOS GONZALEZ

Magistrado Ponente Sala Civil-Familia-Laboral
Tribunal Superior Distrito Judicial de Valledupar
Valledupar, Cesar.

Ref. Radicación 20-001-31-03-002-2017-00165-01. Proceso Verbal de Mayor Cuantía - Responsabilidad Civil por Responsabilidad Médica, - promovido por **INES CHARRIS RAMIREZ Y OTROS** contra **COOMEVA EPS, CLINICA VALLEDUPAR S.A. y JORGE AGUIRRE LUJAN.**

Asunto: Sustentación Recurso de apelación propuesto contra sentencia de fecha 14 de febrero de 2019.

JUAN FRANCISCO NAVARRO ARZUAGA, abogado titulado y en ejercicio, mayor de edad, domiciliado en Valledupar, identificado con la cedula de ciudadanía No. 77'009.169 del cupo numérico asignado a Valledupar, Cesar, portador de la T.P. No. 153.795 expedida por el Consejo Superior de Judicatura, actuando en representación judicial de la Parte Demandante en este asunto, con el debido respeto ante usted concurro con el fin de sustentar el Recurso de Apelación propuesto en término, contra la sentencia dictada en el proceso de la referencia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, el 14 de febrero de 2019.

El disenso contra el fallo que nos ocupa tiene como fundamento principal las argumentaciones argüidas en nuestro disenso puesto de manifiesto al momento de dictar la sentencia hoy objeto de esta alzada. Seguimos sosteniendo que pretender que toda responsabilidad médica deba probarse por medio de un dictamen pericial emanado de otro médico, coloca al actor o víctima en una posición de desigualdad extrema, ya sea por falta de recursos para obtener dicho dictamen pericial, a través de una entidad privada, o quizás por la solidaridad entre colegas médicos, la cual es conocida por quienes trajinamos las litis en estos casos.

También le enrostramos al fallo apelado, y en esa misma línea de no aceptar las pretensiones de la demanda, basado únicamente en la premisa que la profesión de la medicina, es de medio más no de resultado, es decir, según el criterio del Juez de primera instancia el elemento axiológico de la culpa no se probó, por carecer de un dictamen médico pericial, desconociendo de raíz el resto de pruebas y elementos fácticos vertidos al proceso a través de la historia clínica y resultados de exámenes radiológicos y conceptos de fisiatra, tales como los que obran en el expediente, en especial el

relacionado en el Hecho C-30, concatenado con la prueba idónea relacionada en el acápite G.1.34. Ello no se mencionó en el fallo de primera instancia. En esas pruebas relacionadas en el acápite correspondiente, ninguna de ellas fue tachada de falsas, y fueron arrimadas válidamente al proceso.

Los documentos aportados con la demanda, que no se han tachados de falso en la oportunidad legal para ello, quiere ello decir, que adquieren veracidad probatoria acorde a las normas de la sana crítica que ha de darle su despacho en la valoración respectiva.

No se analizó someramente, la manera como contestó el interrogatorio de parte el médico responsable de la cirugía, médico **JORGE ELIECER AGUIRRE LUJAN**, su nerviosismo e imprecisión en sus respuestas son palpables en el video que registró la audiencia de pruebas.

Aquí a pesar que la parte demandada no se ha cansado de tildar de supuestos los hechos acontecidos, hasta la saciedad está probado que los hechos sucedieron, y consecuencia de esos hechos se materializó un Daño, también está probado en el proceso, no con supuestos, sino con material probatorio suficiente que dan fe de ello, desde la noticia de la Epicrisis de la señora **INES CHARRIS RAMIREZ**, que la demandante sufrió un Daño como consecuencia de un mal procedimiento médico efectuado por el doctor **AGUIRRE LUJAN**, intervención ésta efectuada por orden de Coomeva EPS, y en la Institución IPS Clínica Valledupar.

La única responsable del Hecho lesivo que sufrió la parte Demandante, es la Parte demandada, de manera integral, es decir, los tres elementos que concurrieron en la fallida intervención quirúrgica, a saber: EPS; IPS y MEDICO, por una mala o defectuosa prestación del servicio de salud.

De tal manera, probable es, que el médico en la ejecución de su labor lesione o afecte al paciente; no obstante, no puede creerse que al desarrollar su actividad curativa y al acaecer menoscabos lesivos, pretenda ejecutar un daño al enfermo o incursione, por ejemplo, en las lesiones personales al tener que lacerar, alterar, modificar los tejidos, la composición o las estructuras del cuerpo humano. De ningún modo, el delito o el daño a la humanidad del doliente es la excepción; no es regla general, por cuanto la profesión galénica por esencia, es una actividad ligada con el principio de beneficencia, según el cual, es deber del médico, contribuir al bienestar y mejoría de su paciente. Al mismo tiempo la profesión se liga profundamente con una obligación ética y jurídica de abstenerse de causarle daño, como desarrollo del juramento hipocrático, fundamento de *la lex artis*, que impone actuar con la diligencia debida para luchar por el bienestar del paciente y de la humanidad, evitando el dolor y el sufrimiento.

Ello no significa soslayar los errores. Estos pueden ser excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, se hallan los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados, motivo por el cual resultan abiertamente inexcusables y consecuentemente, reparables “*in natura*” o por “*equivalente*”, pero integralmente. Todos los otros resultan excusables.

En estas lides, cuando ha existido lesión, y simultáneamente se demuestra negligencia en el facultativo, debe hallarse un baremo o límite, el cual se halla en la normalidad que demanda la *Lex Artis*, a fin de disponer cuando fuere del caso lo consecuente con el extremo pasivo, y determinar el momento en que se incursiona definitivamente en el daño antijurídico.

El criterio de normalidad está ínsito en la *lex artis*, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la *Lex Artis*, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico.

El elementó fáctico relacionado como C.16, pasó inadvertido para el fallador de primera instancia, y el cual fue reconocido como cierto, no se contradijo, por las partes demandadas en la contestación de demanda.

Ahondando más en el asunto, existe otra prueba dentro de las foliaturas que es de vital importancia en este caso concreto, cual es la versión de la víctima, señora **INES CHARRIS RAMIREZ**, quien con lujos de detalles narra como comenzó a sospechar que su intervención quirúrgica no había salido conforme a lo planificado, y que por ese conocimiento que tenía en el área de la medicina se percató que había sido operada de un disco que estaba en buen estado (**S1**), y le habían dejado el afectado sin intervenir uno de los afectados, sin intervenir (**L4**). Ello, fue intrascendental para edificar la sentencia de primera instancia.

Es indubitable que la paciente **INES CHARRIS RAMREZ**, llegó a la Clínica Valledupar, el día 1 de septiembre de 2014, para ser intervenida por hernia ubicada en los discos **L4** y **L5** de su columna vertebral, cuyo médico tratante era **JORGE ROCA BAUTE**, empero, hubo cambio de médico para practicar la cirugía, y fue encargado de esa intervención el medico **JORGE ELIECER LUJAN AGUIRRE**, quien la realizó de manera defectuosa, pues operó o intervino los discos **S1** y **L5**, es decir, intervino un disco bueno o sano, el **S1**, y dejó incólume el defectuoso **L4**. Eso está probado en el proceso con demasía prueba documental. Qué dictamen pericial médico se necesita para probar lo probado. Esa es nuestra inconformidad por la cual nos encontramos en esta instancia, buscando justicia que revalide la credibilidad

de la víctima para quienes imparten justicia. Ahí reitero mi posición en manifestar que exigir un dictamen médico pericial, para algo que se puede probar con varios conceptos médicos arrimados a las foliaturas, es diabólico y perverso.

El Juez de primera instancia cita dos fallos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, SC 7110 de 2017 y SC 1566 de 2014. Modestamente, yo me atrevo a citar el que considero el decálogo en materia de jurisprudencia en el manejo de la Responsabilidad Médica en Colombia, cual es la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrado Ponente **ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, Referencia SC13925-2016**, Radicación No. 05001-31-03-003-2005-00174-01, integrada con la sentencia sustitutiva que en dicho caso se dictó. En esas 151 páginas esta compendiado, toda la línea jurisprudencial en esta materia.

De ese fallo podemos extraer y válido para el caso que nos ocupa, lo siguiente:

“DOMAT dedicó en su obra pocas páginas a los cuasidelitos, ejemplificándolos «como si por una imprudencia se arroja por la ventana una cosa con la que se manche un vestido de una persona que esté debajo; si unos animales mal guardados causan algún daño; si se ocasiona un incendio por efecto de poca precaución; si un edificio que amenaza ruina por no haberse reparado oportunamente se desploma sobre otro y causa en él algún daño». (Las leyes civiles en su orden natural. t. II. Bogotá: ABC-Arché, 2015, p. 73) El jurisconsulto francés aludiendo a otras especies de daños causados por faltas en que no hay crimen ni delito, en los siguientes términos: «Todas las pérdidas y todos los daños que puedan sobrevenir por obra de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que debe saber, o por faltas semejantes, por más leves que sean, deben ser indemnizadas por aquel cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos; pues son un mal que ha hecho aún cuando no tuviese intención de dañar. Así, aquel que jugando imprudentemente a la barra en un lugar peligroso para los transeúntes, hiere a alguno, quedará responsable del mal que habrá ocasionado». (Ibid. p. 83) POTHIER siguió en este punto las enseñanzas de DOMAT, lo que significó el abandono definitivo de la noción romana de daño fundada en situaciones casuistas y típicas. Sin embargo, en la obra de aquél no hubo un desarrollo profuso del instituto de la responsabilidad extracontractual, y sólo le dedicó unos pocos párrafos a la figura de los delitos y cuasi-delitos como fuentes de obligaciones, definiendo este último como «el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro». (Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1947. p. 72)”

No estamos endilgándole malignidad al actuar del demandad **AGUIRRE LUJAN**, sino la mala praxis que en ese momento se cometió, ese actuar es negligente e imprudente, esa actuación a pesar de no ser maligna no tiene excusa alguna. Ciertamente es que al terminar las vértebras que conforman el sistema lumbar, comienza las vértebras Sacro, y casualmente pegada a la última vértebra Lumbar, cual es la L5, se encuentra la primera Sacro, es decir, la S1, y por ahí por descuido, negligencia, imprecisión, fue que ocurrió el fatal error, que originó el daño del nervio ciático de la S1.

Más adelante nos cita el fallo reseñado:

“El antiguo derecho francés –explican **MAZEAUD y TUNC**– podrá establecer así, y con ello se distingue muy claramente del derecho romano, un principio general de responsabilidad civil, apartarse de procedimiento que consiste en enumerar los casos en los cuales la composición es obligatoria. En efecto, desde el momento en que admite que la acción de la víctima no se le concede para castigar al autor del daño, para ejercer la venganza, se es conducido necesariamente a establecer el principio fundamental de que un daño cualquiera, causado con una culpa cualquiera, da lugar a reparación»” (Op. cit. p. 51)

“Estas consideraciones tienen una inestimable repercusión práctica en el ámbito de la valoración probatoria, dado que el objeto de la imputación –el hecho que se atribuye a un agente– generalmente no se prueba directamente, sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades. De ahí que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un “nexo causal” que es difícil demostrar porque no existe como hecho de la naturaleza, dado que la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o ‘causación por medio de otro’; lo que a menudo se traduce en una exigencia de prueba diabólica que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es sólo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad.”

Es ahí, precisamente donde está lo salomónico del fallo de la Corte cuando nos habla que la imputación generalmente no se prueba directamente, sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades, y la hipótesis aquí surge diáfana, la paciente debía ser operada o intervenida quirúrgicamente sobre dos vértebras que en ese momento padecían una hernia, es decir, los discos L4 y L5, sin embargo, resultó intervenida por el doctor **AGUIRRE LUJAN**, un disco sano (S1). Las

pruebas arrimadas oportunamente al proceso apuntan todas hacia esa certeza fáctica procesal.

Por ultima cita de la sentencia, arrimemos la siguiente:

“Los datos provenientes de la percepción directa tales como la presencia de una persona en un lugar y momento determinado, la exteriorización de sus acciones, la tenencia de objetos, la emisión de sonidos, la lesión a otra persona corpore corpori o bien mediante instrumentos, etc., son eventos o estados de cosas que se pueden probar directamente porque producen sensaciones. Pero la valoración de tales situaciones como hechos jurídicamente relevantes, es decir dotados de significado para el juzgador, y su relación de sentido jurídico con el resultado dañoso, son juicios de imputación que no se prueban directamente, sino que se atribuyen y se valoran mediante inferencias racionales, presunciones judiciales o indicios. Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de ‘guardián de la cosa’, las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente, sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.”

Acá nuevamente la Corte nos está indicando el camino este tipo de casos, cuando no habla que los juicios de imputación no se prueban o constatan directamente, sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.

Existe una diferencia fundamental entre el principio de causalidad y el de razón suficiente, toda vez que el primero busca el origen material de un hecho, en tanto que el segundo se pregunta por qué un resultado puede ser atribuido a una acción dentro de un marco de valores preestablecidos. En el primer caso se habla de relaciones causales, en el segundo de explicaciones de razón. Las relaciones causales parten de regularidades detectadas en la ocurrencia de los fenómenos, con base en las cuales la ciencia construye generalizaciones inductivas a partir de la observación, el análisis estadístico y el cálculo de probabilidades. Las explicaciones de razón expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo).

Ya para terminar, no debe pasarse por alto que desde un principio el artículo 2341 del Código Civil se encarga de iniciar el estudio del tema a partir del Título XXXIV del Código Civil, bajo la denominación de "*responsabilidad*

común por los delitos y las culpas", o sea, la que tiene como su fuente el dolo o las diversas clases de "culpas", desarrollo con el que destaca como elemento esencial el postulado de la culpabilidad, situación que como es natural acepta salvedades que se construyen cuando se presentan hechos diferentes a los que normalmente tienen ocurrencia, como serían la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

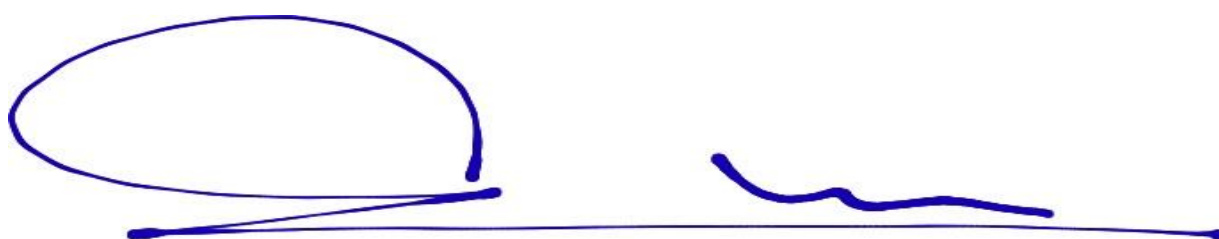
La expresión *todo daño* ocasiona un daño moral, ha servido para que nuestros tribunales ordenen la *indemnización del daño moral*. En tal sentido, la determinación del concepto y extensión del *daño moral* ha sido entregada a la doctrina y, especialmente, a la jurisprudencia.

En virtud del mandato del artículo 2356 del Código Civil, en orden a que todo daño sea indemnizado, la jurisprudencia nacional a comienzos del siglo XX empieza a pronunciarse en sentencias que acogen la reparación del daño moral. Así, en virtud de esta disposición, se crea y desarrolla toda una doctrina en atención a su concepto, reparación y extensión. Este proceso evolutivo ha sido una constante durante los últimos años.

Lo anotado conduce a pedir, a la superioridad funcional del fallador de primera instancia, revocar la sentencia objeto del recurso de apelación. A nuestra manera de ver, en el proceso no existe base para sustentar una decisión como la tomada en primera instancia, salvo que sea producto, como en este caso, de una indebida motivación y apreciación probatoria, por demás de una flagrante vulneración del derecho a probar, por cuenta del Juez.

Por esas sencillas y concretas razones es que de manera respetuosa se solicita a la Sala, la revocatoria del fallo en estudio acogiendo nuestra propuesta en esta sustentación de apelación.

Del señor Magistrado Ponente y restantes que integran la Sala, con sentido de respeto, atentamente,



JUAN FRANCISCO NAVARRO ARZUAGA

CC No. 77'009.169 expedida en Valledupar, Cesar.

T. P. No. 153.795 del Consejo Superior de la Judicatura.

Carrera 14 No. 13C-18, Esquina, Oficina 203 / juanfco2903@hotmail.com

3173171355/Tel. 5 82 20 15

Valledupar - Cesar