El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: RESPONSABILIDAD MÉDICA / OBLITO QUIRÚRGICO / CAUSAS QUE PUEDAN DAR LUGAR A LA PRESENCIA DEL CUERPO EXTRAÑO / ESTA NO ES SUFICIENTE PARA GENERAR LA RESPONSABILIDAD / DEBE PROBARSE QUE SE PRODUJO UN DAÑO Y EL RESPECTIVO NEXO CAUSAL.**

… los recurrentes discuten que la presencia de un oblito quirúrgico torna la responsabilidad en objetiva, pues de esa mera circunstancia surge incontrastable el daño, por la asunción del riesgo que se le traslada al paciente. Así que es preciso abordar ese aspecto, antes de ocuparnos del caso concreto.

Recuérdese que los demandantes apoyan su relato fáctico y las pretensiones en decisiones del Consejo de Estado. Sin embargo, esta misma Sala del Tribunal, en providencia del 28 de enero de 2019, proferida en el radicado 2015-00252-01, destacó que acudiendo a la posición del órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativa, como criterio auxiliar, bastaría ver algunos antecedentes para concluir que en cada caso, además de la presencia del oblito para declarar la responsabilidad estatal, se halló conexidad entre el descuido y las consecuencias que del mismo derivaran. (…)

… la presencia de un cuerpo extraño puede responder a situaciones concretas, como que se haya alojado en el cuerpo de un paciente un material quirúrgico, ya por necesidad, ora porque se da una circunstancia inusual como la de este caso, en la que se rompió el elemento y una parte quedó incrustada, porque no es viable extraerla; o bien, por un olvido, o porque, a sabiendas de la presencia del elemento, este se extravía.

Pero, entendida cabalmente la posición del Consejo de Estado, de la dejación de ese elemento debe derivar un daño para el paciente que, como lo refiere, puede ser la sola intervención necesaria para extraerlo. Contrario sensu, y es lo que ha considerado esta Sala, si de la presencia del cuerpo extraño no se deriva el daño que se reclama, ni la cirugía para su extracción se torna indispensable, ninguna responsabilidad habría qué atribuir al galeno y a las instituciones, tanto menos si, como se verá adelante, la situación no derivó de su descuido o desidia, sino de una circunstancia que, sin ser recurrente, puede ocurrir al retirar el material quirúrgico.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Expediente: 66001-31-03-004-2015-00262-03

Proceso: Verbal- Responsabilidad Medica

Juzgado: Cuarto Civil del Circuito de Pereira

Demandante: GLORIA INÉS HINCAPIÉ DE RODRIGUEZ

 ALFONSO RODRIGUEZ QUINTANA

 DAVID FERNANDO RODRIGUEZ

Demandado: EPS SANITAS

 COMFAMILIAR RISARALDA

 ALEJANDRO LÓPEZ CARDONA

Recurrente: DEMANDANTE

Sentencia: 3 DE AGOSTO

Audiencia: 15-08-19

**HECHOS:**

1. El 6 de agosto de 2013 se le realizó a la señora Gloria Inés Hincapié de Rodríguez un reemplazo total de rodilla izquierda , practicada por el doctor Alejandro López Cardona, médico ortopedista. En el procedimiento se le dejó a la paciente un dren de Hemovac de 3/16, dispositivo que se deja para la succión de fluidos corporales después del remplazo de rodilla.
2. En el retiro de este dispositivo se rompió un pedazo del mismo, quedando alojado en la articulación, evento que no fue registrado en la historia clínica por la enfermera Claudia, esta le comunica al Dr. López quien consoló a la paciente, diciéndole que este había quedado en la articulación accidentalmente y que sería absorbido por el organismo. En los controles postquirúrgicos se le formulan medicamentos para el dolor y neuro moduladores
3. Esta situación le causo a la paciente depresión, gastritis, alteración del sueño y de la marcha, y afectación a su núcleo familiar.
4. El día 15 de enero de 2014 se le realizó la extracción del cuerpo extraño “punta de Hemovac, alojado en la grasa de hoffa de 5 centímetros de diámetro.

**PRETENSIONES PRINCIPALES:**

Que se declare que los demandados son contractualmente responsables frente a Gloria Inés Hincapié y extracontractualmente respecto de Alfonso Rodríguez Quintana y David Fernando Rodríguez, por los daños que les causaron, de orden moral, a la vida de relación y a los derechos constitucionalmente protegidos. En consecuencia, debe condenárseles al pago delos perjuicios de allí derivados.

**PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:**

Que se declare que los demandados son extracontractualmente responsables frente a Gloria Inés Hincapié, Alfonso Rodríguez Quintana y David Fernando Rodríguez, por los daños que les causaron, de orden moral, a la vida de relación y al os derechos constitucionalmente protegidos. En consecuencia, debe condenárseles al pago de los perjuicios de allí derivados.

**RESPUESTAS Y EXCEPCIONES:**

Todos los demandados se opusieron a las pretensiones y formularon las siguientes excepciones:

1. Comfamiliar Risaralda: INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL; INEXISTENCIA DE CAUSALIDAD MÉDICO LEGAL; AUTORIZACIÓN EXPRESA DE LA PACIENTE PARA REALIZAR EL PROCEDIMIENTO; EXCEPCIÓN GÉNERICA.

Llamó en garantía a LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS.

2. Alejandro López Cardona: INESXISTENCIA DE CULPA MÉDICA Y POR ENDE INESISTENCIA DE RESPONSABILIDAD; ADECUADA PRACTICA MÉDICA- CUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS; LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS; FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA; EXCEPCIÓN GENERICA.

Llamó en garantía a Liberty Seguros

3.LaE.P.S Sanitas S.A.: EL CALCULO DEL PRESUNTO DAÑO CAUSADO A LA SEÑORA GLORIA INÉS DEBE TENER EN CUENTA LA TEMPORALIDAD Y LA ENTIDAD DEL PRESUNTO DAÑO CAUSADO; INDEBIDA Y EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA, EPS SANITAS NO CAUSO DAÑOS QUE ALEGA EL DEMANDANTE; EXCEPCIÓN GENERICA.

Llamó en garantía a Comfamiliar Risaralda y a Mapfre seguros.

4. La previsora S.A.: SUJECIÓN A LAS CONDICIONES PARTICULARES Y GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO SUSCRITO; LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CLÍNICAS Y HOSPITALES OPERA BAJO LA MODALIDAD CLAIMS MADE: SUBLIMITE Y DEDUCIBLE; REDUCCIÓN DEL VALOR ASEGURADO; LA GENÉRICA.

5. Liberty Seguros: POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL, NO ES UNA POLIZA TODO RIESGO, SI NO DE RIESGOS NOMBRADOS; INASEGURABILIDAD DE LA CULPA GRAVE; LIMITE DE VALOR ASEGURADO; CONDICIONES GENERALES DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL PARA MEDICOS, ODONTOLOGOS Y DEMAS PROFESIONALES DEL SECTOR SANIDAD; PRESCRIPCIÒN.

6. MAPFRE Seguros S.A.: AUSENCIA DE CULPA; AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL DEMANDADO ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD EPS-SANITAS S.A Y LA LLAMADA EN GARANTIA; CUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS; COBRO DE LO NO DEBIDO; EXCESIVA TASACÍON DE PERJUICIOS INMATERIALES.; INVIABILIDAD DEL DAÑO A LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS CONVENCIONALO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS- DERECHO A LA FAMILIA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

**SENTENCIA (4:07 – 34:23)**

El Juzgado, luego de un análisis de las pruebas, negó las pretensiones, al considerar que no están llamadas a prosperar en cuanto a la declaratoria de responsabilidad civil solicitada por la parte demandante frente a Comfamiliar Risaralda, EPS SANITAS y el especialista Alejandro López Cardona, por cuanto quedó probado el hecho, pero no se logró demostrar por la parte actora el daño enunciado en la parte fáctica de la demanda. Condenó en costas a la parte demandante.

**REPAROS**

Apelaron los demandantes y formularon los reparos; concedido el recurso, en esta sede sustentaron.

**CONSIDERACIONES**

1. Concurren en este caso todos los presupuestos procesales y no se avizora causal de nulidad que pueda dar al traste con lo actuado, por lo que la decisión será de fondo.

2. Las partes están legitimadas, si bien Gloria Inés Hincapié de Rodríguez acude como víctima directa, en tanto que Luis Alfonso Rodríguez Quintana y David Fernando Rodríguez Hincapié lo hacen como afectados indirectos, en sus calidades de cónyuge e hijo, respectivamente, acreditadas con los documentos de folios 71 y 72 del cuaderno principal. Por su lado, se acciona contra la EPS Sanitas S.A., a la que estaba afiliada la paciente, como se observa en el documento de folio 74; Comfamiliar Risaralda, en cuya clínica fue atendida, según se desprende de los documentos presentados con el libelo (f. 110 a 164); y el médico Alejandro López Cardona, quien le realizó el procedimiento de reemplazo total de rodilla, lo que también emerge de tales folios.

1. El asunto se contrae a la responsabilidad que se descarga en los demandados y que, a título de problema jurídico, plantearon los mismos demandantes en el capítulo cuarto del escrito inicial así: *“Observados los hechos generadores de responsabilidad; la actividad desplegada en relación con la atención de la paciente se caracterizó por la mala práctica médica con la falta de pericia, negligencia, indolencia profesional al dejarle a la paciente un oblito quirúrgico que va de medial a lateral en el componente articular de la rodilla, ocasionando secuelas de depresión; enfermedad asidopéctica (sic) (gastritis); trastorno en la marcha del dolor y trastorno del sueño, consecuente con los perjuicios sobrevenidos”.*

Delimitada así la cuestión, sobrevino el fallo en el que el Juzgado, tras señalar que la responsabilidad médica compromete tres elementos que son el daño, el hecho generador del mismo y el nexo causal entre ambos, concluyó que si bien se acreditó el hecho, sin ninguna evidencia quedó el daño que se imputa a los demandados, pues del acaecer probatorio no emerge que la dejación de parte del dren en la estructura de su rodilla hubiese provocado la depresión, la gastritis, los trastornos de marcha o de sueño invocados. Para ello se fundó en la prueba documental, en los interrogatorios absueltos, en los testimonios vertidos y en los varios dictámenes arrimados, de los cuales, restó crédito al que aportaron los demandantes.

5. Aquí es oportuno resaltar que la demanda propone unas pretensiones principales y otras subsidiarias, en particular respecto de la señora Gloría Inés Hincapié de Rodríguez; las primeras, para que se declare la responsabilidad contractual de los demandados con sus consecuenciales perjuicios, y las segundas, se entiende, tendientes a que, si aquel tipo de responsabilidad fracasa, se declare que es extracontractual, fundadas todas en los mismos hechos. El Juzgado las negó genéricamente, sin hacer claridad sobre unas y otras y, por ello, dado que están apoyadas en la misma cuestión fáctica y que, en estricto sentido, como afiliada al sistema de salud la responsabilidad frente a ella que se podría predicar es del primer tipo, al final se hará la adición que corresponda (art. 287 CGP).

6. La alzada se soporta en varios reparos, sustentados en esta sede, que se analizarán más adelante.

7. A la Sala corresponde definir, entonces, si le asiste la razón a la funcionaria de primer grado, que descartó el daño, como elemento estructural del de la responsabilidad; o si, como aducen los recurrentes, con la sola presencia del oblito se genera la misma, en la medida en que se trata de un riesgo que asume la víctima, que no debería soportar.

6. Para definir la situación, se da por descontada cualquier disputa sobre los elementos de la responsabilidad médica; la característica de ser, por regla general, de medio y los deberes que por virtud de la ley incumben al médico y a las instituciones que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud, como quiera que tales aspectos están por fuera de lo que es materia de reproche. No sobra, sin embargo, recordar que sobre estos tópicos la Sala se ha pronunciado en múltiples ocasiones, la más reciente de ellas, en sentencia del 20 de noviembre de 2018, en el radicado 66001-31-03-004-2015-00633-01, en la que se trajeron a colación otras, como las de septiembre 1 de 2015, Expediente 2012-00278-01, septiembre de 20 de 2017, expediente 2012-00320-01, 6 de marzo de 2018, radicado 2015-00159-02, y septiembre 18 de 2018, radicado 2015-00689-01, junto con normas atinentes al caso, como el artículo 1° de la Ley 23 de 1981, el 177 de la Ley 100 de 1993, el 104 de la Ley 1438 de 2011, así como nutrida jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, como las sentencias del 17 de noviembre de 2011, radicado 1999-00533-01, M.P. William Namén Vargas, la SC13925-2016 del 30 de septiembre de tal año, radicado 2005-00174-01, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez y la SC003-2018 del 12 de enero de 2018, radicado 2012-00445-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, a cuya lectura se remite, en gracia de la brevedad.

7. Sin embargo, los recurrentes discuten que la presencia de un oblito quirúrgico torna la responsabilidad en objetiva, pues de esa mera circunstancia surge incontrastable el daño, por la asunción del riesgo que se le traslada al paciente. Así que es preciso abordar ese aspecto, antes de ocuparnos del caso concreto.

Recuérdese que los demandantes apoyan su relato fáctico y las pretensiones en decisiones del Consejo de Estado. Sin embargo, esta misma Sala del Tribunal, en providencia del 28 de enero de 2019, proferida en el radicado 2015-00252-01, destacó que acudiendo a la posición del órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativa, como criterio auxiliar, bastaría ver algunos antecedentes para concluir que en cada caso, además de la presencia del oblito para declarar la responsabilidad estatal, se halló conexidad entre el descuido y las consecuencias que del mismo derivaran. Así, por ejemplo, pueden leerse las providencias del 23 de junio de 2010, radicado 1995-07008-01 (18348), del 26 de marzo de 2014, radicación 1998-00608-01 (28427) y del 19 de julio de 2017, radicado 2008-00226-01 (39520), en todas las cuales se percibe claramente que al error le sobrevinieron nuevos tratamientos e intervenciones necesarias para corregirlo, o cuando menos, que la presencia del cuerpo extraño pudo ser causa probable de las afecciones posteriores del paciente, en conjunto con otras.

Incluso, en el más reciente pronunciamiento de esa alta Corporación, esto es, la sentencia del 11 de marzo de 2019, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, en el radicado 2004-06213-02 (43179), se dijo sobre el punto que:

La Jurisprudencia de la Sala ha considerado como “oblito quirúrgico”, aquel consistente en una mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos que constituyen una culpa o falla probada en la prestación de servicios de salud, toda vez que los hechos hablan por sí solos.

Al respecto la Sala ha sostenido que

"*Entendemos por oblito quirúrgico aquellos casos en los cuales con motivo de una intervención quirúrgica, se dejan olvidados dentro del cuerpo del paciente instrumentos o materiales utilizados por los profesionales intervinientes. Por lo común los elementos olvidados son instrumental quirúrgico (pinzas, agujas, etc.) y, más frecuentemente, gasas o compresas.*

*“Este tipo de irregularidades quirúrgicas - a veces justificadas - por lo general ocasionan un daño al paciente, quien con seguridad deberá como mínimo someterse a una nueva intervención al solo efecto de la extracción del material olvidado...*

*“Estos supuestos, en consecuencia, se han transformado en frecuente causa de responsabilidad civil médica, por lo que han sido objeto de tratamiento por la doctrina en forma reiterada[[1]](#footnote-1)-*[[2]](#footnote-2).

Asimismo, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que el solo hecho de olvidar un elemento en el cuerpo de un paciente, es constitutivo de falla en la prestación del servicio médico, por cuanto ello solo denota el descui*d*o con el que se llevó a cabo la intervención y la entidad demandada solo podría exonerarse acreditando que actuó con diligencia y que operó una causa extraña[[3]](#footnote-3).

En efecto, en aquellos casos en los que se han dejado olvidados objetos en los cuerpos de los pacientes luego de una intervención quirúrgica, se ha indicado que:

*“Como quiera que está demostrado el olvido de una gasa en el cuello del paciente que obligó a una intervención quirúrgica para extraerla, y también está claro que este hecho constituye una falla, la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar la indemnización respectiva por este daño”[[4]](#footnote-4)*.

Se desprende de lo dicho que la presencia de un cuerpo extraño puede responder a situaciones concretas, como que se haya alojado en el cuerpo de un paciente un material quirúrgico, ya por necesidad, ora porque se da una circunstancia inusual como la de este caso, en la que se rompió el elemento y una parte quedó incrustada, porque no es viable extraerla; o bien, por un olvido, o porque, a sabiendas de la presencia del elemento, este se extravía.

Pero, entendida cabalmente la posición del Consejo de Estado, de la dejación de ese elemento debe derivar un daño para el paciente que, como lo refiere, puede ser la sola intervención necesaria para extraerlo. Contrario sensu, y es lo que ha considerado esta Sala, si de la presencia del cuerpo extraño no se deriva el daño que se reclama, ni la cirugía para su extracción se torna indispensable, ninguna responsabilidad habría qué atribuir al galeno y a las instituciones, tanto menos si, como se verá adelante, la situación no derivó de su descuido o desidia, sino de una circunstancia que, sin ser recurrente, puede ocurrir al retirar el material quirúrgico.

Y es que, si se mira la demanda en todo su contexto, el mismo apoderado trajo a colación lo que refiere como un aporte doctrinario, en el folio 33 del libelo, aunque sin una referencia específica, que siendo soporte de su argumentación, coincide en parte con lo que antes se dijo, pues allí se habla, primero, de lo que es el oblito quirúrgico, y se afirma que no se trata de cualquier cuerpo extraño que pueda quedar en un organismo tras una cirugía, sino de los no deseados, extraviados u olvidados. Y se explica que la palabra tiene origen etimológico en lo que se ha olvidado, aunque en ocasiones lo que ocurre es que no se encuentra el cuerpo. Y a renglón seguido, que hay ocasiones en las que un cuerpo extraño es preferible dejarlo alojado en el cuerpo, porque extraerlo puede traer mayores complicaciones y, además, no siempre significan un daño biológico para el paciente. En ese aparte, se alude a que hay corrientes que se inclinan hacia lo meramente objetivo, es decir, que la sola presencia del oblito es fuente de culpa y, como consecuencia, de resarcimiento de perjuicios.

Pero también otras, y en ellas es que se ubica esta Colegiatura, que insisten en que, aun detectado el cuerpo extraño, sigue latente, como requisito de la responsabilidad que se le atribuye al médico, que el hecho sea culposo, que de allí derive un daño, o que haya relación causal, como elementos axiales de la responsabilidad.

8. Pues bien, está claro, porque así lo revela la historia clínica, que la intervención que realizó el médico Alejandro López Cardona el 6 de agosto de 2013, denominada reemplazo total de rodilla tricompartimental, terminó sin complicaciones (f. 110); y que allí se dejó un hemovack 3/16 (f. 112).

Lo que vino luego, es que en nota del 7 de agosto de 2013 la auxiliar de enfermería María Lyda Sánchez Gaviria dejó anotado que a las 14:33:36, fue evaluada por el ortopedista López Cardona, quien ordenó quitar el dren, lo que hizo la enfermera jefe Claudia. Y es a partir de allí que todo se desenvuelve, pues como está aceptado por las partes, sin ninguna discusión, la enfermera le informó a la paciente del suceso e igualmente al ortopedista, aun cuando omitió registrarlo en la historia clínica, aspecto que se torna instrascendente, pues no es de allí de donde se hace derivar la responsabilidad.

Lo que emerge es que en este caso no hubo un olvido, o un extravío, que son los elementos propios de la figura del oblito, sino que el elemento quirúrgico quedó alojado allí por cuanto el material del que está fabricado el dren cedió y se rompió. Y aunque en el interrogatorio que absolvió la demandante Gloria Inés Hincapié trató de hacer ver que el médico nada le dijo sobre el particular, si bien señaló que nunca volvió a verla, y que le manifestó a la enfermera que no le haría daño, o que del hecho se enteró por la enfermera y se confirmó cuando su hija le hizo tomar una radiografía, tales afirmaciones van en contravía de lo que su apoderado judicial relató en la demanda, en el hecho 2.12., en el que se hizo saber que la Jefe de Enfermería le dio cuenta al especialista del evento adverso (terminal de dren de hemovac que quedó roto alojado en la articulación) y este, a su vez, le dijo a la paciente que ese elemento sería absorbido por el organismo.

En todo caso, no se discute aquí la presencia de ese cuerpo extraño, sino que del mismo derivaron consecuencias para la paciente, tales como un estado de depresión, una enfermedad ácido péptica, trastorno en la marcha y trastorno del sueño.

Como se advirtió, el juzgado descartó que se hubieran producido tales daños por causa de la situación y por ello negó las pretensiones, mientras que los recurrentes plantearon varios reparos que, en esencia, se sintetizan en dos y se desarrollarán en el siguiente orden:

En primer lugar, reiteran que probada la existencia de un cuerpo extraño, lo que no han negado ni los demandados ni el juzgado, obviamente el perjuicio moral se acredita, no solamente con el interrogatorio de parte que se le hizo al Dr. López, sino con los diferentes testigos que este despacho recaudó en su debida oportunidad. Y es así, dicen, porque la presencia del oblito, según señala la jurisprudencia, genera, por sí misma, un daño antijurídico, que debe ser reparado, pues el régimen es objetivo, ya que a la paciente se le sometió a un riesgo excepcional que no tenía qué soportar.

Y concluyen señalando que, por tanto, poco importaba si hubo o no peritos, o las calidades de quienes rindieron los dictámenes, porque el asunto se delimita simplemente en la existencia del oblito.

Y en segundo lugar, aducen que está demostrado que el retiro del fragmento de hemovac, le produjo a la paciente los daños que se aducen en la demanda.

9. Con lo que hasta ahora se ha dicho, se concluye que el primer disenso está resuelto, porque la actividad galénica es, por esencia, de medio, no de resultado; por tanto, se rotula en el régimen de culpa probada o régimen subjetivo, como ha sido tratado en esta audiencia, salvo excepcionales casos, como las cirugías estéticas cuando se adquiere un específico compromiso, el diligenciamiento de la historia clínica, la obtención del consentimiento, la elaboración de prótesis, o el secreto profesional.

En el evento del oblito quirúrgico, lo que ha decantado la jurisprudencia citada, es que aflora esa regla de que las cosas hablan por sí solas, pero con el propósito de establecer que si en un procedimiento médico se deja alojado un elemento extraño en el cuerpo de la víctima y de esa circunstancia derivan consecuencias que deban repararse, tal inferencia es suficiente para proceder a resarcir los perjuicios por el daño causado.

Pero no se sigue de allí, como lo sugiere la parte demandante, que la cuestión sea meramente objetiva; por el contrario, como ya se explicó, si ese cuerpo indeseado se aloja en un lugar donde ningún daño pueda causar, o si se desconoce que fuera el demandado quen lo dejó o en qué momento pudo haber acontecido el hecho, la responsabilidad se requebrajaría, por cuanto no alcanzarían a configurarse los elementos que le son propios, como la culpa, en los dos últimos eventos mencionados, o el nexo causal, o el daño mismo, en el primero, sin los cuales, es sabido, ninguna responsabilidad podría salir avante.

Se reitera que, de acuerdo con la demanda, con ocasión de la ruptura del hemovac, a la señora Gloria Inés Hincapié Rodríguez le sobrevinieron depresión, gastritis, trastornos de marcha y de sueño, que a la vez hicieron estragos en su familia y cambiaron sus condiciones de vida, de ahí que se afirme la causación de daños morales, a la vida de relación, y otros atinentes a la afectación de derechos protegidos constitucionalmente.

Mas, como bien se destacó en primera instancia, ninguna prueba apunta a demostrar tales asertos. Por una parte, la historia clínica refiere que el 7 de agosto de 2013, luego de la intervención de reemplazo de rodilla izquierda, se le retiró el dren por parte de la enfermera jefe, como ya quedó señalado, y se le dio salida el 10 de ese mes, según la nota de las 19:13:10 de ese día (f. 122, c. 1).

El 22 de agosto siguiente, volvió a control con el ortopedista, quien al examen físico observó buena condición de la herida, con zonas de quimosis, sin signos de infección, con buena movilidad, hizo flexión de 100 grados y extensión de 0 grados, marcha adecuada, buena fuerza muscular y la prótesis se siente estable y funcionando; por ello dispuso retirar los puntos e iniciar el proceso de rehabilitación. (f. 136, c. 1).

El 20 de diciembre de 2013, con vista en una placa tomada el 17 de ese mes, el mismo ortopedista López Cardona consignó como motivo de consulta que presentaba dolor en la rodilla, con limitación para la flexión por dolor tipo pellizco, está con esta molestia acentuada desde la última revisión y trae su radiografía de control que muestra loa presencia de un fragmento de hemovac dentro de la rodilla en la zona de la grasa de Hoffa. Pero al examen físico, se dijo que presenta marcha adecuada, con flexión, de aproximadamente 100 grados, tiene extensión completa de la rodilla, no se observan signos de infección actual, ni lesión en la cicatriz.

Y en el análisis quedó dicho que desde el posoperatorio está con un fragmento de hemovac que se aloja dentro de la rodilla, el cual quedó después de su extracción que fue parcial; por la clase de dolor mencionado, concretamente con el pinzamiento y pellizco que ahora reporta en la flexión durante la terapia, se sospecha una molestia ocasionada por la presencia del mismo y se propone la extracción de este material de manera quirúrgica, se advierten los peligros, en especial de infección por la reintervención. (f. 190).

En efecto, la cirugía de retiro se llevó a cabo el 15 de enero de 2014 (f. 142, c. 1). Y al ser interrogado el especialista López Cardona (CD, t. 15:30- 1:26:19), explicó sobre esta situación que hay muchos pacientes que caminan con un pedazo de dren en su cuerpo, pero hay un componente importantísimo que hace parte del ser de un paciente que es su situación emocional; es posible que una rodilla se pueda mover muy bien, mas si en este caso la señora tiene en su cabeza que eso la tiene enferma, es muy difícil sacarlo de allí y sacarlo puede ser un tratamiento para su situación. Y agregó que ante la visita que la paciente y su hija le hicieron en diciembre, advirtió que la situación se le estaba convirtiendo en un problema y decidió programar la cirugía. Agregó que la presencia de la fracción del hemovac no implica estar mal, pues de hecho, los médicos hacen todos los días cosas para meter plástico, metal y otros componentes dentro del cuerpo de las personas; para este caso, por el lugar donde estaba ubicado no debería causar tan severos daños, sin embargo, por respeto a las manifestaciones de dolor del paciente, se hace necesario intervenir.

Sobre este particular, obran en el proceso tres dictámenes, valorados por la funcionaria de primer grado, como tenía que ser, a pesar de que los recurrentes aduzcan que nada importa aquí lo que dijeron los expertos, pues contrario a su reproche, ellos sirven de guía para la decisión final, en cuanto permiten definir si el cuerpo alojado generó daños, y si los que se aducen en la demanda pudieron existir.

El primero de tales trabajos fue rendido por Gabriel Augusto Mejía Atehortúa, médico cirujano y reposa a folios 87 a 94. Tal experticia fue presentada en el año 2015, por tanto, debía ajustarse a lo que prescribía el artículo 237 del C.P.C. que establecía que el mismo debía ser claro, preciso y detallado; en él se debían explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones. Similar es la situación hoy, en el CGP, de acuerdo con el artículo 226 del CGP.

Y a decir verdad, la primera parte del documento presentado, no es más que una transcripción de los hechos de la demanda; incluso, si lo que se anuncia allí es la descripción de la historia clínica, es obvio que algunas de las circunstancias que se plantean son ajenas a la misma, por ejemplo, que la enfermera jefe omitió consignar el evento adverso que se le presentó, o que ella le informó al médico y este a la paciente sobre esa circunstancia. Situaciones como la dificultad para dormir, las palabras que le pudo expresar el médico tratante en su consultorio, los cambios de conducta y de estado de ánimo de la paciente, su agotamiento, hipersensibilidad, irritación, depresión y la afectación de la dinámica familiar, tampoco constan allí.

Y con la recreación que hizo, sin señalar cuál fue su fuente de información, llegó a la conclusión de que *“Se observa claramente, con base en los hechos descritos en la historia clínica que el presente caso existió oblito quirúrgico por hallazgo de dispositivo médico que va de medial a lateral en el componente articular de la rodilla”.* Y ello, en su sentir, dejó como secuelas *Depresión, enfermedad ácido péptica (gastritis), trastorno en la marcha del dolor; trastorno del sueño.* Enseguida, en las razones técnicas, todo lo que dijo es que es médico egresado de la Universidad Tecnológica de Pereira y Gerente de la Calidad y Auditor en servicios de salud con experiencia de 25 años en el campo médico y de diez en auditoría. Y dice que el soporte fue la historia clínica.

Luego, en la audiencia (6:03 a 1:23:00), ratificó que para rendir sus dictámenes se apoya básicamente en la historia clínica y en este caso también en la información de la paciente; manifestó que sus conocimientos derivan de su condición de médico general; al referirse a las secuelas mencionó que el evento adverso no fue intencional, pero en todo caso el elemento quedó allí y lo que hizo el médico fue decirle que se iba a absorber y que de nada había qué preocuparse, mas el dolor persistente trajo como consecuencia el trastorno del sueño, de la vida cotidiana, depresión, hasta cuando se le retiró, situaciones que estaban persistentes cuando le hizo el análisis; y la gastritis, dijo, vino como consecuencia de la gran ingesta de medicamentos.

Ratificó que carece de capacitación y entrenamiento en ortopedia, pero que como se trata de un objeto que se alojó en el cuerpo, tiene que ver con su competencia en la calidad de la atención. Explicó que aquello que no está consignado en la historia clínica, lo dedujo, porque si la radiografía habla de un cuerpo extraño, en ese documento ha debido quedar consignado. Respondió a que en la historia ningún registro hay del suceso adverso, o de que el médico le dijera a la paciente que el material sería reabsorbido, ni de la alteración del patrón normal de sueño y de descanso, o los cambios en la conducta, la irritabilidad, la variación dela dinámica familiar, la depresión, alteraciones de la psiquis o la gastritis. Todo lo dedujo de lo que le comentó la misma paciente. Y sobre el trastorno de la marcha, dijo establecerlo por la forma en que la vio caminar y lo relacionó con el elemento extraño.

Aclaró que no le realizó ningún tipo de valoración o examen científico a la paciente para arribar a sus conclusiones; que cuando un dren se aloja en la grasa de hoffa, debe ser retirado mediante cirugía, aunque puede permanecer allí si no hay dolor. Si una persona con un elemento alojado acusa malestar insistentemente, hay que realizar el retiro, como debió ocurrir en este caso.

Se tiene, frente a este dictamen, que el perito arribó a una conclusión que es clara para el proceso y no requería siquiera la apreciación de un experto: que a la paciente se le dejó alojado un cuerpo extraño al retirarle el dren que se utilizó en la cirugía de cambio de rodilla. Pero esa no era la cuestión por definir, sino el daño que de allí pudo derivarse que, para él, sin ningún tipo de análisis, se tradujo en depresión, gastritis, trastorno de la marcha y trastorno del sueño. Este resultado fue producto, exclusivamente, de la información que la paciente le suministró al momento de elaborar el dictamen que, valga decirlo, no se sabe si fue en mayo de 2019, que es la fecha en que dice que lo elaboró, o en marzo de ese mismo año, que fue cuando lo llevó a autenticar.

Fácilmente se deduce que el médico especula en asuntos importantes como el trastorno de la marcha, pues es evidente que él rindió su dictamen más de un año después de que se retiró el elemento extraño en la paciente, por lo que ya esa no podía ser una secuela del mismo, a menos que, técnica o científicamente hubiese acreditado que así ocurrió. Tampoco hay ninguna evidencia, más allá de lo que dijo la demandante, de que se le diagnosticara la gastritis, o la depresión, o el trastorno del sueño, pues de ello no existe registro en los documentos que fueron aportados con la demanda.

En cambio, vinieron como contrapeso dos dictámenes y un testimonio técnico, expertos todos en ortopedia, que se han dedicado al tratamiento de asuntos similares durante su vida profesional.

En efecto, Fernando Martínez Gil, especialista en ortopedia y traumatología, (f. 230 a 251) dio razonables explicaciones acerca de que el uso del dispositivo hemovac es rutinario en cirugías de reemplazo de rodilla y en otras más, y afirmó que en varios casos ha ocurrido que un fragmento del dispositivo quede alojado en el cuerpo del paciente, sin que se cause lesión o daño alguno. Agregó que una re-intervención en el posoperatorio de reemplazo de rodilla es incrementar problemas no solo de la herida o por una infección, puede generar trombosis venosa profunda, y hasta poner en riesgo la vida del paciente; la reintervención solo debería practicarse en casos graves en los que estén en riesgo la vida de la persona o la prótesis; en un evento menor como el presnete, dijo, no estas justificada.

Agregó que la literatura médica no reporta casos en los que un fragmento de hemovac retenido en la grasa de hoffa u otro sitio de la rodilla implique riesgo para la sobrevida del reemplazo total de la misma; y en la descripción que se hizo de la intervención quirúrgica quedó claro que estaba bien profundo en la grasa de hoffa, por lo que es improbable que presentara alguna molestia y menos dificultad para la marcha. Más bien, dijo, las molestas que refería la paciente eran las propias de quien ha sido operado por reemplazo de rodilla; lo excepcional sería que no se presentara molestia o dolor. A este respecto explicó, adicionalmente, que luego de cualquier herida, sea de naturaleza quirúrgica o traumática, viene el proceso normal de inflamación y reparación, por lo que la presencia de calor, rubor, hinchazón, dolor no solo son frecuentes, sino que se presentan en todos los casos.

También dijo que el dolor o neuralgia en la rodilla puede prolongarse por cinco o seis meses, más considerando que el proceso de cicatrización solo de la piel puede durar un año. Y señaló que no hay reporte en la literatura médica acerca de que el alojamiento de una punta de hemovac pueda causar depresión o trastornos siquiátricos, tampoco gastritis o trastornos de sueño, ni en su experiencia ha conocido algún caso en el que ello suceda.

Por su parte, Víctor Manuel Castaño Cárdenas, también especialista en ortopedia y traumatología desde 1993, dijo en su dictamen (f. 374 a 411, c. 1), explicó que en su experiencia en la especialidad, con entrenamiento en reemplazos articulares en múltiples centros hospitalarios del mundo, ha realizado un promedio de 60 reemplazos articulares por año y al menos en cuatro casos se ha roto el sistema de drenaje durante su extracción y han quedado pequeños fragmentos, sin que se presentara ninguna consecuencia negativa para los pacientes, pues el material de que está hecho no representa riesgo para la salud. Señaló que tratar de remover un pequeño fragmento de drenaje constituye un gran riesgo de infección; por ello, lo indicado es esperar la evolución y si hay molestias se asumirá el riesgo de retirarlo; así que ni en esta, ni en ninguna paciente debe procederse al retiro inmediato del dren alojado.

Afirma que ese retiro solo se debe hacer si se presentan signos de reacción de cuerpo extraño, infección o bloqueo mecánico directo por parte del fragmento, pero en este caso, luego de revisar la historia clínica, no hay evidencia de complicaciones directas o indirectas relacionadas con ese cuerpo, más bien, la evolución de la paciente es la correspondiente a la de cualquier otro con reemplazo de rodilla y los resultados de movilidad están adecuados y acordes a lo esperado, si bien no se trata de que el paciente quede perfecto, como si nada le hubiera pasado, sino de devolverle movilidad funcional a la rodilla, pues ningún paciente funcionará como si la rodilla estuviera completamente sana.

En este caso, según la historia, el fragmento del dren inerte estaba alojado profundo en la grasa de Hoffa, por lo que no pudo ocasionar daños. Las molestias que la paciente presentó son inherentes al procedimiento quirúrgico, es decir, casi todos los pacientes con reemplazo de rodilla manifiestan, en mayor o menor grado, los mismos síntomas y la intensidad con la que cada uno manifiesta y tolera esas molestias está más relacionado con la capacidad intrínseca de cada paciente para tolerarlas, que con el procedimiento en sí. Y concluyó señalando que en su experiencia el alojamiento de una fracción de dren nunca ha ocasionado afectación de la marcha, ni gastritis, depresión, trastornos de sueño o siquiátricos. Y para rematar, dijo que realizar terapias al paciente sin la supervisión del médico tratante, puede estimular los centros dolorosos y generar dolor neuropático localizado.

Estos dictámenes fueron puestos a disposición de las partes y ninguna controversia recibieron. Ellos, que se ajustan a los requisitos que enseñaba el artíclo 237 del C.P.C. vigente para cuando se adujeron, provienen, a diferencia del anterior, de expertos en el asunto que aquí se debate, calidades que fueron acreditadas con los documentos anexos a cada trabajo. Los expertos explicaron con suficiencia lo que en el campo de la ortopedia puede ocurrir con el alojamiento de un dren en el cuerpo del paciente, particularmente en un sitio como la grasa de Hoffa, donde fue hallado en este caso, y ambos fueron contestes en que ninguna lesión pudo haber ocasionado, ni está reportado en la literatura médica que un episodio de esa índole pueda llegar a generar los daños que se dice que se le infligieron a la paciente, esto es, depresión, gastritis, trastorno de sueño o cambios en la marcha. Lo que de ellos se desprende es que el dolor intenso y, por supuesto, los cambios en la dinámica de quien se somete a una cirugía de esa naturaleza, son comunes a todo el que a ella se somete y son síntomas que pueden prolongarse en el tiempo e incluso mantenerse, como en el caso de las deficiencias para caminar, pues como uno de ellos dijo, no es posible que haya completa normalidad luego de una intervención de reemplazo de rodilla.

A estos profesionales se suma el dicho del médico Carlos Arturo Isaza Vallejo (1:26:25- 2:23:43), también ortopedista y traumatólogo, con experiencia de veintiséis años, quien dijo haber valorado a Gloria Inés Hincapié, al mes de la operación que se realizó, pues lo consultó por el dolor que sentía. En esa consulta encontró una rodilla normal, en un pos operatorio que es muy doloroso, normalmente le puede doler 2 o 3 meses después de un procedimiento de esos sin ninguna alteración distinta al dolor que tenía; presentaba buena movilidad; en vista de los hallazgos de dolor y ardor, se le formularon unos parches analgésicos y medicamentos que sirven para ese tipo de molestia que en algunos casos se cataloga como un dolor neuropático.

Refirió que el remplazo total de rodilla es una cirugía muy dolorosa, incluso modelo de estudio para tratamientos de manejo del dolor; en esta época no solo se hace el manejo analgésico, sino que se hacen bloqueos locales, manejo con parches, lo que se llama analgesia multi modal, porque es cirugía dolorosa si uno lo compara con reemplazo de cadera, la rodilla tiene muchas terminaciones nerviosas y como hay que hacer una herida grande, pues se altera toda la parte sensitiva y la rodilla normalmente duele hasta 6 meses después sin que eso represente una complicación o alguna cosa grave, puede durar dolorosa, sensible, colorada casi un año, pero dolor 6 meses, incluso fuerte, por eso hay que hacer un manejo multidisciplinario, analgésico, terapias, con ultrasonido con muchas cosas.

Adujo que no está seguro si la paciente le informó sobre el fragmento del dren, pero el mismo doctor López le había comunicado sobre ese evento, aunque no puede recordar si lo relacionó con la misma paciente o no; ante ello, él le dijo a su colega que no había ningún afán de retirarlo, que era un fragmento pequeño y no resultaba prudente en un pos operatorio inmediato otra vez abrir la herida y ocasionar otro trauma quirúrgico, hay mucha inflamación en ese momento entonces yo estuve de acuerdo con lo que él me planteo que era esperar a que la paciente se rehabilitara y después hacer el retiro incluso creo que la planeaba hacer por vía artroscópica. Agregó que esos elementos están hechos de un polietileno que se usa en catéteres, en válvulas, en muchas cosas que son inertes no reaccionan en el organismo, no causan reacciones de cuerpo extraño, no produce alergias y normalmente no debería molestar absolutamente nada, a menos que la manguera se meta dentro del plástico que produce la articulación, lo que no ocurrió en este caso, porque el dren estaba alojado en la grasa de Hoffa, es decir, sin producir ninguna alteración mecánica.

Refirió que la cirugía para el retiro del dren se hace, en casos como este, si el paciente dice que le duele porque supuestamente tiene algo, aunque él ha visto pacientes con drenes en la rodilla a los que nunca hubo necesidad de retirarlos. Y luego de mencionar que los medicamentos que se recetaron a esta paciente corresponden a su patología, precisó que las molestias que ella le manifestó en consulta nada tenían qué ver con la presencia del fragmento de hemovac, pues este no aumenta o cambia el curso normal del posoperatorio.

Terminó manifestando que ninguna relación tiene el material alojado en la grasa de Hoffa con gastritis, depresión, o alteración de sueño que se produce es por el dolor habitual del posoperatorio, tampoco trastornos en la marcha y que desde el punto de vista médico un fragmento de hemovac alojado en el cuerpo ningún efecto negativo trae, no aumenta la infección, ni genera dolor, y localizado donde estaba en este caso tampoco ocasionaba problemas mecánicos o inflamatorios.

Valorados estos medios de prueba en su conjunto, le permiten a la Sala concluir, como lo hizo también el juzgado de primera instancia, que ninguno de los padecimientos de la demandante, relatados al perito que ella misma trajo, o en la demanda, en copia textual, fueron diagnosticados, en particular la gastritis y la depresión, lo cual resulta suficiente para establecer que el daño por los aspectos discutidos, como elemento basilar de la responsabilidad, no se probó.

Otro tanto cabría decir de la alteración del sueño o de la alteración de la marcha, que tampoco tienen un registro específico en la historia clínica de la paciente, o en los documentos aportados con la demanda, y a las que se refirió el primero de los peritos pero sin ningún apoyo diferente al de la afirmación que le hizo la señora Gloria Inés Hincapié. Ahora, es claro que estos dos eventos tenían que presentarse; a ello apuntan las demás pruebas, en la medida en que los otros expertos y el testigo técnico coincidieron, a una sola voz en varias cosas relevantes: una, que el dolor en una operación de cambio de rodilla es intenso y puede prolongarse en el tiempo hasta por seis meses o más, tiempo que cubre el que hubo entre el reemplazo de rodilla (agosto de 2013), la valoración del ortopedista por causa del dolor (diciembre de 2013) y el retiro del fragmento (enero de 2014); otra, que ello, por supuesto, genera la alteración del sueño del paciente en el posoperatorio; y la última, que, evidentemente, un paciente con una intervención de esta naturaleza debe acusar algunas deficiencias en su marcha, que no puede ser totalmente normal.

Dicho esto, se tiene que, por un lado, la falta de un diagnóstico preciso impediría, de entrada, aducir que se acreditó el daño para poder pedir el resarcimiento de perjuicios, que fue lo que se concluyó en el fallo. Aunque lo que advierte la Sala es que, en lo que tiene que ver con estos últimos síntomas, es decir, la alteración del sueño y de la marcha, más que la ausencia de prueba de ellos, pues se sabe que son connaturales a la cirugía de reemplazo de rodilla, lo que en realidad ocurre es que ninguna relación causal entre los mismos y el cuerpo extraño que quedó alojado luego del retiro del dren existe, por cuanto los expertos, al unísono, señalaron que un fragmento de hemovac ubicado en la grasa de Hoffa ningún efecto contrario para el paciente ocasiona, ni dolor, ni traumatismos de movilidad, mucho menos gastritis, depresión, alteración del sueño o de la marcha. Su retiro, en casos como el de ahora, obedece más a la impresión del mismo paciente, que a la necesidad de efectuarlo, si bien es mayor el riesgo que se corre con la nueva intervención que sin ella.

9. Sea entonces, por la falta de prueba del daño que se refiere en la demanda, o por la ausencia de nexo causal, la responsabilidad que se les endilga a los demandados se viene a menos y, por tanto, el fallo protestado será confirmado, sin que sea menester referirnos al otro motivo de reparo que tiene que ver, precisamente, con que el perjuicio está demostrado, por sustracción de materia.

Por supuesto que, como se refirió al comienzo, la absolución debía comprender tanto las pretensiones principales como las subsidiarias que se formularon en relación con la señora Gloria Inés Hincapié de Rodríguez, dado que su sustento fáctico es el mismo y las peticiones derivadas también coincidían, amén de que, es evidente, como paciente que fue, afiliada al sistema, la fuente era la de la responsabilidad contractual, en lugar de la extracontractual, y por aquella ha debido encaminarse la demanda exclusivamente, como ocurrió con la pretensión principal, por aquello que se conoce como la prohibición de opción.

10. Las costas de segundo grado serán a cargo de la parte demandante y a favor de los demandados. Se liquidarán de manera concentrada ante el juez de primer grado, siguiendo las reglas del artículo 366 del CGP. Para el efecto, en auto separado se señalarán las agencias en derecho.

**DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia del 31 de julio de 2018, dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito en este procedimiento verbal iniciado por Gloria Inés Hincapié de Rodríguez, Alfonso Rodríguez Quintana y David Fernando Rodríguez contra EPS Sanitas S.A., Comfamiliar Risaralda y Alejandro López Cardona, con la adición de que la absolución comprende las pretensiones subsidiarias propuestas.

Costas de segundo grado a favor de los demandados y a cargo de los demandantes. En auto separado se fijarán las agencias en derecho.

Decisión notificada en estrados

Los Magistrados,

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

1. Adosrno - Garrido, El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., p. 252 y ss.; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 244; Mosset Iturraspe - Lorenzetti, Contratos médicos, cit., p. 199; Trigo Represas, Félix, Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de las cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-777 y siguientes. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2000, Exp. 11.890. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Exp. 16.451. [↑](#footnote-ref-4)