



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Magistrado ponente

Sentencia SC-0014-2023

Acta No. 170 del 13-04-2023

Pereira, trece (13) de abril de 2023

PROCESO:	RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
RADICACIÓN:	66001-31-03-003-2013-00217-01
PROCEDENCIA:	JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE APÍA
DEMANDANTES:	MARÍA IRENE GÓMEZ ORTIZ Y OTROS
DEMANDADOS:	NUEVA EPS SA. y FUNDACIÓN CLÍNICA CARDIOVASCULAR DEL NIÑO
TEMAS:	EL OBLITO MÉDICO EL NEXO CAUSAL

1. ASUNTO A DECIDIR

El recurso de APELACIÓN interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia calendada 9 de octubre de 2020, emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, en el proceso de responsabilidad civil médica de la referencia.

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN (art. 280 C.G.P)

1.1. La demanda - Pretensiones

Se pide declarar a las entidades demandadas, civil y solidariamente responsables, por los perjuicios causados a los demandantes y, en consecuencia, se les ordene pagar: **a.** *Por daños morales* a María Irene Gómez Ortiz y José Germán Duque Muñoz, 100 smlmv a cada uno; a Pedro Alejandro y Julio César Duque Gómez, 50 smlmv a cada uno. **b.** *Por daño a la vida de relación* a María Irene Gómez Ortiz 150 smlmv. **c.** *Por los intereses moratorios* a partir de la ejecutoria.

1.2. Sustento fáctico

1.2.1. A la señora MARÍA IRENE GÓMEZ ORTIZ, beneficiaria de la NUEVA EPS, en el 2002 en España le implantaron un marcapasos. Nueve años después, en la Fundación Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda, el 26 de mayo de 2011, se le realizó procedimiento quirúrgico, consistente en “explante de marcapasos, venografía selectiva e implante de marcapasos bicameral”, por el cardiólogo Alejandro Olaya Sánchez; dada de alta al día siguiente.

1.2.2. La señora MARÍA IRENE consultó por medicina general el 15 de junio de 2011, por sangrado en el sitio de la herida. El día 20 siguiente, se le diagnosticó infección en el sitio operatorio ante la evidente secreción seropurulenta abundante. Fue hospitalizada, el 1º de julio de 2011, diagnosticada por la doctora Lynda Ivette Carvajal Acosta, cardióloga y electrofisióloga: “infección en bolsillo generador de marcapaso”, evidenció secreción purulenta y cuerpo extraño “gasa” en bolsillo, por lo que procedió a su retiro y asepsia.

1.2.3. El 5 de julio se le implantó un nuevo marcapasos en el costado derecho, se le dio salida el 8 de ese mes; pese a lo anterior continuó con las molestias en el lado izquierdo. El 4 de agosto siguiente, fue atendida por el médico Carlos Alberto Estrada Castaño, le hizo curación y drenó el material purulento. Ante la no mejoría acudió nuevamente el 23 del mismo mes, a la Clínica Los Rosales, se le diagnosticó infección con compromiso sistémico, alto riesgo de endocarditis bacteriana; le fue programada cirugía para retiro de dispositivos intracardiacos (8 electrodos antiguos) para el 30 de agosto de 2011, en ella se extrajeron 4 electrodos en aurícula y ventrículo derecho por infección de bolsillo generador de marcapaso; con posterioridad estuvo en la UCI en espera de la implantación de un nuevo marcapaso el 8 de septiembre siguiente; el 10 del mismo mes fue dada de alta, empero el 21 de diciembre del mismo año fue hospitalizada nuevamente, por infección del sitio operatorio de marcapasos implantado en septiembre de ese año; se le dio salida el 25 del mismo mes.

1.2.4. La señora Gómez Ortiz continuó con las molestias. El 11 de enero de 2012 acudió a urgencias de la clínica Los Rosales, se le programó explante de marcapasos, implante de uno transitorio e implante de uno bicameral definitivo. El 5 de marzo de igual año fue de nuevo hospitalizada, se le halló infección del bolsillo derecho del marcapasos con edema y exudado; dada de alta el 9 siguiente; le implantaron 8 sensores para determinar si el organismo rechazaba los electrodos, ante el resultado de ello, la cardióloga y electrofisióloga Lynda Ivette Carvajal Acosta ordenó la extracción del marcapasos con los electrodos y la implantación de uno nuevo con materiales que no fueran rechazados por el organismo de la paciente, lo cual ocurrió el 25 de junio de 2012, oportunidad desde la cual la paciente sigue asistiendo a controles médicos periódicos.

1.2.5. Los múltiples procedimientos médicos practicados a la señora Gómez Ortiz causaron daños a su vida de relación, extensivos a su cónyuge e hijos; también daño estético debido a las cicatrices en el cuerpo; todo derivado de la falla en la prestación del servicio médico, por haberle dejado un cuerpo extraño en su cuerpo (gasa), lo que es conocido como oblito quirúrgico, que genera responsabilidad de las demandadas, porque de no haberse dejado ese elemento en el cuerpo de la paciente, no hubiera sufrido las complicaciones referidas.

1.2.6. Debido a los tratamientos recibidos, la señora María Irene perdió su capacidad laboral y se ha visto afectada en todas las esferas de su vida. Fue calificada

con una PCL de 17.66%. (03CuadernoPrincipalTomoUnoParteDos.pdf. Carpeta primera instancia expediente digital. Folios 58 a 73)

1.3. Contestación de la demanda

Admitida y debidamente notificada. Los demandados se opusieron oportunamente a las pretensiones y formularon excepciones de mérito.

1.3.1. NUEVA EPS. S.A. Propuso las que denominó: (i) inexistencia del nexo adecuado de causalidad entre la conducta desplegada por la entidad y el daño causado: hecho propio o condiciones propias de la víctima; (ii) inexistencia del hecho ilícito y cabal cumplimiento de las obligaciones de la Nueva EPS S.A.; (iii) inexistencia del factor de imputación: culpa a título de falla en el servicio; (iv) inexistencia del daño indemnizable imputable a Nueva EPS; (v) carencia absoluta de prueba de nexo de causal entre la omisión endilgada a Nueva EPS y el daño alegado; (vi) inexistencia de falla en el servicio médico imputable a Nueva EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de Nueva EPS y resultado final; (vii) ausencia de culpa y ruptura de nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero; (viii) cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa; y (ix) la genérica. La Nueva EPS S.A. llamó en garantía a la Fundación Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda y a la Clínica Los Rosales de Pereira, empero esos llamamientos no fueron notificados por la interesada a los convocados.

1.3.2. FUNDACIÓN CLÍNICA CARDIOVASCULAR DEL NIÑO. Enarboló las de: (i) carencia en la causa por el aspecto pasivo y (ii) enriquecimiento sin justa causa.

2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO

2.1. Decidió el juzgado negar las pretensiones de la demanda.

2.1.1. Luego del usual compendio del caso, analizó los presupuestos procesales que encontró cumplidos, al igual que la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva. Hizo la formulación del problema jurídico a resolver. Luego indicó que, para la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias en asuntos de responsabilidad médica, incluyendo los casos de oblito quirúrgico, el actor debe acreditar los elementos generales de la responsabilidad aquiliana y la culpabilidad. Además, que, como lo ha definido el superior funcional de dicho estrado, el daño reclamado debe ser consecuencia de la presencia del oblito.

2.1.2. Al analizar el caso concreto, señaló que el oblito dejado en el cuerpo de la señora María Irene, no fue el causante de las múltiples intervenciones quirúrgicas a las que fue sometida y, por contera, de las cicatrices que éstas dejaron en su cuerpo, que son los daños que se reclaman para indemnización en este asunto. En esa medida estableció que los demandantes no lograron acreditar el nexo de causalidad, entre el hecho y el daño, como presupuesto axiológico de la responsabilidad médica, pues tal y como se determinó en la solución del problema jurídico, el solo hecho del oblito no

determina la existencia de la responsabilidad en forma objetiva; por lo tanto, las pretensiones elevadas en el libelo, se despacharon desfavorablemente.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN

Apeló la parte actora. Fue sustentado en debida forma. (*02cuaderno segunda instancia expediente digital*). En resumen, se acusa a la primera instancia de la comisión de un yerro fáctico de tal magnitud, que la inferencia probatoria cuestionada es manifiestamente contraria al contenido objetivo de la prueba. A los reparos a la providencia nos referiremos más adelante.

4. RAZONAMIENTOS DE ORDEN LEGAL Y DOCTRINARIOS (art. 280 C.G.P)

4.1. Presupuestos procesales. Se observa en el caso bajo examen que concurren cabalmente los denominados presupuestos procesales, de tal suerte que no aparece reproche por hacer desde el punto de vista de la validez de lo actuado, en virtud de lo cual puede la Sala pronunciarse de fondo.

4.2. Legitimación en la causa. Este aspecto constituye uno de los elementos de la pretensión, que al decir de la doctrina y la jurisprudencia es la facultad o titularidad legal que tiene una determinada persona para demandar exactamente de otra el derecho o la cosa controvertida, por ser justamente quien debe responderle. Su examen es oficioso, como así sostiene la Corte Suprema de Justicia (ver p. ej. sentencias SC1182-2016 y SC16669-2016). En el asunto bajo estudio, este presupuesto no acusa ninguna deficiencia.

5. REPAROS A LA SENTENCIA

La inconformidad del apelante se finca en tres reparos o reproches al fallo, a saber:

5.1. PRIMER REPARO

Se refiere al hecho de dejar el personal médico un elemento extraño (gasa) en el cuerpo de la paciente al realizarle un procedimiento quirúrgico, que no es otra cosa que un descuido injustificado causante de gravísimos daños a la señora MARÍA IRENE, a su cónyuge y a sus hijos. De allí se desprendió la terrible infección o sepsis que ella sufrió. Sin embargo, la falladora de primera instancia consideró que la infección y los traumas se presentaron porque dicha señora era alérgica al material con que fue fabricado el marcapaso implantado. Esta postura, en criterio del recurrente, carece por completo de soporte probatorio dentro de este proceso y, por el contrario, todas las evidencias apuntan a que la gravísima infección que sufrió su representada fue causada por la gasa dejada en su organismo.

5.1.1. RESPUESTA. PROSPERA PARCIALMENTE

5.1.1.1. Inicialmente, ha de decirse que el tema de decisión tiene que ver con lo que se conoce como *oblito quirúrgico*, entendido como un “*cuerpo extraño olvidado en*

el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica. Entre estos se pueden citar: gasas, compresas, pinzas, retractores, aguja, electrodos, etc.” (Glosario de términos. Guía Técnica “Buenas Prácticas para la seguridad del paciente en la atención en salud”. Ministerio de Salud Colombia. <https://www.minsalud.gov.co>).

5.1.1.2. En el caso concreto, quien da cuenta del *oblito quirúrgico* es la profesional de la medicina LINDA IVETTE CARVAJAL ACOSTA, médica tratante de la señora MARÍA IRENE. Manifiesta en su declaración que, el 1º de junio de 2011 recibió interconsulta de dicha paciente. Señala que llegó infectada en el bolsillo, lugar donde se localiza el marcapaso que le fue implantado. Explica que la herida de la paciente no estaba completamente cerrada y había presencia de material purulento, por lo que fue llevada a procedimiento quirúrgico para evaluar conducta a seguir. En el momento de abrir, bajo el acompañamiento del médico anestesiólogo y cardiovascular, se evidencia material purulento en abundante cantidad en generador de marcapaso y allí accidentalmente encuentra una gasa. Lo anteriormente dicho no ha sido objeto de discusión, por lo cual podemos afirmar que, en este caso concreto, se ha presentado un evento conocido como “*oblito quirúrgico*”.

5.1.1.3. La parte actora apuntala sus pretensiones en jurisprudencia del Consejo de Estado, aduciendo que la sola presencia del oblito es fuente de culpa (*res ipsa loquitur*) y, como consecuencia, resarcimiento de perjuicios. Esta Colegiatura no se ubica en dicha postura, sino en la que insiste en que, aun detectado el cuerpo extraño, sigue latente, como requisito de la responsabilidad médica que se le atribuye al demandado, que el hecho sea culposo, que de allí derive un daño, o que haya relación causal, como elementos axiales de la responsabilidad. Criterio de la Corte Suprema de Justicia, que en materia de responsabilidad médica ha reiterado, en el sentido de que cuando en la actividad médico-hospitalaria se causa una lesión o menoscabo “*el afectado debe demostrar como elementos axiológicos integradores de la responsabilidad médica, la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad, según la naturaleza de la responsabilidad (subjettiva u objetiva) o de la modalidad de las obligaciones de que se trata (de medio o de resultado).*” Recientemente ratificado en sentencias SC917-2020 y SC3604-2021.

5.1.1.4. Ahora, como el asunto gira en torno al nexo causal (causalidad), esta Sala se referirá a este elemento estructural de la responsabilidad médica, que en primera instancia se extrañó; motivo para denegar las pretensiones de la demanda. En este sentido, se suele decir que, en materia de responsabilidad, el nexo causal o la causalidad, como elemento estructural de esta, es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto o, con otras palabras, el nexo objetivo que liga un fenómeno a otro. En este caso, el nexo causal se debió establecer entre la conducta antijurídica o hecho dañoso y el daño; esto es, entre la conducta reprochable de la IPS demandada (oblito quirúrgico) y la agravación del estado de salud de la señora MARÍA IRENE (posteriores infecciones).

5.1.1.5. Ha señalado la Corte Suprema de Justicia que, *“La generalidad de los sistemas jurídicos occidentales admiten la necesidad de desarrollar el análisis de causalidad en dos fases diferenciadas. La primera, conocida como causalidad fáctica, o causalidad de hecho, tiene por objeto identificar, en sentido material, si una actividad es condición necesaria para la producción del hecho dañoso; la segunda, que suele denominarse como causalidad jurídica, o alcance de la responsabilidad busca atribuir, a través de criterios normativos, la categoría de causa a una de esas condiciones antecedentes -como directiva para imputar a su autor las secuelas de la interacción lesiva-.”*

Igualmente, ha dicho el alto Tribunal que, *“Esta es la metodología mayoritariamente postulada en la doctrina y la academia, y acogida en propuestas de invaluable mérito teórico, como los «Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil» (PETL, por sus siglas en inglés), en los que se señala, entre otros lineamientos, que (i) «Una actividad o conducta es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido» (art. 3:101), y que (ii) «si una actividad es causa en el sentido de la Sección [anterior], la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida», depende de diversos factores, tales como la previsibilidad del daño «para una persona razonable en el momento de producirse la actividad»; la «naturaleza y valor del interés protegido»; el «fundamento de la responsabilidad»; el «alcance de los riesgos ordinarios de la vida»; y el «fin de protección de la norma que ha sido violada» (art. 3:20 1) . Además, cita literatura especializada en el tema. (Recientemente en Sentencia SC3604-2021)*

5.1.1.6. Como antecedente, en el expediente (historia clínica) consta que la señora MARÍA IRENE, en el año 2002 en España le implantaron un marcapasos. En febrero de 2011 empezó a sentir molestias cardíacas y después de varias consultas el 26 de mayo del mismo año, en esta ciudad, se le practicó procedimiento quirúrgico denominado “retiro de marcapasos e implante de marcapasos bicameral”, realizado por el cardiólogo Alejandro Olaya Sánchez, fue dada de alta al día siguiente; empero al haberse contaminado fue menester retirarlo posteriormente.

5.1.1.7. En efecto, en declaración rendida, explica la Dra. LINDA IVETTE el 5 de julio de 2011, se procede a explantar el generador (marcapasos) que estaba contaminado y describe el procedimiento. La paciente regresa a su primer control el 12 de agosto de 2011, en donde evidenció persistencia de secreción, por lo que fue internada; discute el caso clínico con cirugía cardíaca, porque la paciente continúa con infección y se decide realizar un explante completo de sus electrodos, continuó con marcapasos transitorio. El 30 de agosto es intervenida para cirugía cardíaca. Del 30 de agosto al 30 de septiembre al evaluar la paciente, dice la médica no tiene ningún tipo de infección. El 8 de septiembre se procede por el lado derecho (pectoral), que es algo que no habían tocado para nada, al implante de marcapaso definitivo bicameral fabricante Biotronic Alemán. La paciente regresa a control el 21 de diciembre de 2011, en donde se evalúa la presencia de un líquido seroso, que causa preocupación, debido a que es un lado nuevo, estéril, en donde no se evidenciaba signos de infección.

Dice la galena, pidió internar a la paciente y el 13 de enero de 2012 la lleva a cirugía, pensando en que la paciente tiene alergia a las suturas no absorbibles, retira la seda sin cambiar generador ni electrodos y deja a la paciente en observación ambulatoria. Durante ese tiempo hasta el 5 de marzo de 2012 debido a la persistencia en poca cantidad de líquido seroso, pidió un test de sensibilidad al fabricante del marcapasos. Practicado el test, se evidencia que la paciente es alérgica a la silicona. Se pide, entonces, fabricación de electrodos de marcapaso que no estén cubiertos de silicona y son traídos electrodos con poliuretano con generador de marcapaso de titanio.

5.1.1.8. Narra, igualmente, que el 25 de junio de 2012, después del test, se decide explantar todo el lado derecho y ante la espera de la fabricación de este nuevo material se procede a implantar todo nuevamente del lado izquierdo. Con el nuevo implante, dice, hasta la actualidad, ella acude a consultas cada ocho meses, el marcapasos es todavía funcional y todavía es la médica tratante.

Frente a la causa de las complicaciones de la señora MARÍA IRENE luego del cambio del dispositivo, señaló que no puede saber por qué se dieron, dijo: *“lo que si se es que en medicina no es todo como matemáticas y que en este caso es una paciente que estuvo infectada pero que también tiene alergia a la silicona, o sea que es una paciente particular, que puede ser agravante para sus cirugías posteriores que ya no tenía nada que ver con lo infectado.”* Y preguntada sobre la causa de la infección que le trató a la paciente, dijo: *“la infección la produjo el cuerpo extraño, es decir la gasa, tomando en cuenta que así no tenga gasa, un paciente puede tener una infección y más cuando se trata de un cambio de generador, el porcentaje de infección es mayor que cuando es primera vez, pero en este caso el cuerpo extraño estaba ahí...”*

Interrogada nuevamente, si ese cuerpo extraño que menciona fue el causante de las múltiples infecciones que tuvo que padecer la señora María Irene, respondió lo siguiente: *“No, no TIENE nada que ver porque los cambios de aparato si hablamos desde el primer procedimiento, hasta llegar al lado derecho era todo estéril, que nunca fue intervenido, entonces yo no puedo hablar de que el cuerpo extraño sea el causante de múltiples intervenciones, porque encontraron la gasa obviamente se fue a todas esas cirugías. El cuerpo extraño que yo encontré dio la infección con más facilidad porque no es aceptado para el organismo, pero también hay que tomar en cuenta que toda cirugía puede llevar a una infección, pero en este caso, en la forma como llegó la paciente, o sea, avanzada, con secreción purulenta y sacar el cuerpo extraño que es la gasa o gasas, está clara fue para infección, pero toda cirugía tiene riesgo de infección...”*

En su declaración, la médica LINDA IVETTE manifiesta que a la paciente se realizó una prueba de alergia al material con el que se fabrican los marcapasos y a la fibra con el que se sutura, cuyo resultado fue positivo. Ello implicó nuevamente el cambio de

marcapasos y la utilización de fibra no absorbible, lo que en el futuro demostró que hecho tal cosa no volvió a contaminarse.

La versión completa de la médica se encuentra disponible el siguiente archivo: *04CuadernoCincoPruebasComunesPrimeraInstancia, exped. digital, folios 15 a 20.*

5.1.1.9. Al pasar revista por la historia clínica de la paciente, Clínica Cardiovascular del Niño de Risaralda, (*Archivo 03CuadernoTresPruebasDTe.pdf*), encuentra esta Magistratura que, ciertamente, hay registro o anotación en el sentido de que es posible, la paciente sea alérgica a alguno de los componentes del dispositivo, por lo cual se recomienda seguimiento estrecho por electrofisiología (*Fl 47*). Y otra nota señala: “NUEVAMEN PRESENTA REACCION A CUERPO EXTRAÑO DEL MARCAPASOS POR LO QUE SE LE REALIZAN PRUEBAS DE ALERGIA Y RESULTARON POSITIVAS – SE ENCUENTRA PENDIENTE CONSECUSION DEL NUEVO DISPOSITIVO CON LOS MATERIALES ADEDCUADOS DE ACUERDO A LAS PRUEBAS DE ALERGIA” (*Fl. 48*). Más adelante se documenta: “PACIENTE ESTABLE, TOLERANDO IMPLANTE DEL NUEVO DISPOSITIVO SE DOCUMENTO ALERGIA AL POLIPROPILENO POR LO CUAL EL NUEVO MARCAPASOS REQUIRIO SER CONSTRUIDO BAJO LAS ESPECIFICACIONES ANOTADAS.” (*Fl.50*)

5.1.1.10. Al proceso no se arrimó prueba pericial. Sin embargo, la declaración de la médica tratante de la señora MARÍA IRENE, Dra. LINDA IVETTE (testigo técnico), fue determinante para la decisión de primera instancia. En efecto, es lo expresado en su declaración lo que llevó al juzgado a negar las pretensiones, toda vez que, para el despacho la causa de la infección de la paciente, en criterio de la médica, fue una alergia al material con el que estaba fabricado el marcapasos y el material de sutura.

Mencionamos que se trata de un testigo técnico que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso; es decir, es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos. De todas maneras y a pesar de su cualificación especial, es un testigo, de modo que debe haber percibido de manera personal, los hechos objeto de controversia u otros relacionados directa o indirectamente con aquéllos, sobre eso debe ocuparse su declaración, como aquí ha ocurrido. (Sentencia SC-9193 de 2017).

5.1.1.11. Como se puede apreciar, es completamente cierto que la señora MARÍA IRENE fue víctima de un oblito quirúrgico, que le trajo como consecuencia una infección que requirió de varias intervenciones para erradicarla de su cuerpo. Empero, también es cierto que, no todas las intervenciones a que fue sometida se debieron a dicha infección, como se sostiene en la demanda, porque, las pruebas demuestran que resultó alérgica al material con que se fabricaba el marcapasos, de manera que, una cosa es la infección por el cuerpo extraño olvidado (gasa) y otra la reacción alérgica que padeció por el material utilizado para la fabricación del

marcapasos y sus electrodos, además al material de sutura. Es decir, no todas las intervenciones quirúrgicas que se le practicaron tienen su fuente en el olvido.

Entonces, el asunto ha de analizarse desde dos ópticas. La primera en cuanto a la infección originada en el olvido quirúrgico, y la segunda, la generada por la alergia al marcapasos y al material de sutura.

5.1.1.12. Respecto de la primera, no ofrece duda para esta Sala de Decisión se estructuran los elementos axiológicos de la responsabilidad médica, pues se hallan demostrados: La conducta antijurídica o hecho dañoso, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquella, así como la culpabilidad.

El primero de ellos, la conducta antijurídica o hecho dañoso, consistente en el olvido quirúrgico (olvido de una gasa al interior del cuerpo de la paciente); el segundo, daño, esto es, la infección originada en el cuerpo de la paciente, es decir, un daño a la salud, pues la paciente debió someterse a una nueva intervención en la que se extrajo el material olvidado; el tercero, nexo causal, consistente en la relación o conexión entre la conducta del médico -hecho dañoso (olvido de una gasa) y el daño a la salud de la paciente (infección); y el cuarto, la culpabilidad, en la modalidad de culpa, esto es, el olvido de la gasa, que denota el descuido del personal que llevó a cabo la intervención quirúrgica. No obstante, lo anterior, la infección fue tratada y erradicada, como da cuenta la médica tratante y la misma historia clínica de la paciente; ello habría ocurrido para el 30 de septiembre de 2011, fecha en que la profesional de la medicina refiere que la señora MARÍA IRENE no tiene ningún tipo de infección.

Sin embargo, frente a la segunda situación, no ocurre lo mismo, toda vez que hubo un rechazo del cuerpo de la paciente a los materiales con que se fabricaron el marcapasos y el de la sutura, como quedó documentado en su historia clínica y el testimonio de su médica tratante, tal cual se mencionó párrafos arriba y no es necesario reiterarlo. De manera que los daños causados a la señora MARÍA IRENE, deberán ser indemnizados por los demandados, en lo que concierne únicamente al olvido quirúrgico, por cuanto las posteriores intervenciones a que fue sometida, una vez descubierta la alergia, tienen causa, obviamente, diferente al olvido.

5.1.1.13. Por lo anteriormente explicado, ha de decirse que la lógica que emplea el apelante al exponer el reparo, en el sentido de que, si la señora MARÍA IRENE estuvo con un marcapasos por once años y no se infectó, no tenía por qué infectarse con otros marcapasos que utilizan los mismos materiales para su fabricación, no es de recibo para esta Magistratura, toda vez que la realidad de lo ocurrido con la paciente demuestra lo contrario.

Y de otro lado, con respecto al invocado lineamiento *RES IPSA LOQUITUR* (la cosa habla por sí misma, como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.), por la parte actora, ha de decirse que, si bien la Corte Suprema de Justicia, lo ha considerado factible, ha de ser sin

perjuicio de la carga de la prueba que se impone a la parte actora (art. 177 del C.P.C. - 167 del C.G.P. Ahora, en el caso bajo estudio, otra circunstancia hay que permite concluir que posteriores infecciones padecidas por la señora MARÍA IRENE tienen causa diferente (alergia).

5.2. SEGUNDO REPARO

Es respecto a la prueba de oficio, la cual no se valoró sustancial y adecuadamente; la juez de instancia, dice el apelante, actúa contrario al principio de inescindibilidad.

5.2.1. RESPUESTA: NO PROSPERA

5.2.1.1. En efecto, la jueza de conocimiento, antes de finalizar la audiencia de instrucción y juzgamiento, de oficio, ordenó, a efectos de determinar de qué material estaba elaborado el marcapaso que le fue implantado a la señora María Irene Gómez Ortiz el 26 de mayo de 2011, además, se indicara (i) la marca del marcapasos, (ii) la ficha técnica del mismo. (*archivo 05CuadernoPrincipaTomoDos.pdf, folios 34 y siguientes, expediente digital*). La respuesta se obtuvo por el mismo fabricante, señala:

Materiales en contacto con el tejido humano: Titanio, poliuretano, silicona, adhesivo de silicona. Y Agrega:

- a. Volumen con orificios de conexión desconectados.*
- b. Los ojales pueden sobresalir ligeramente de la superficie de la carcasa.*
- c. La identificación radiopaca se puede ver en una imagen fluoroscópica del dispositivo.*
- d. Se ha comprobado que estos materiales no producen incompatibilidad biológica. El dispositivo no genera una temperatura perjudicial en el tejido circundante durante su funcionamiento normal.*

En la sentencia dijo la funcionaria judicial de primer nivel, “*quedó claro, con las pruebas practicadas de oficio, especialmente la respuesta dada por la Compañía Medtronic Colombia S.A. que los materiales del marcapaso que quedan en contacto con el tejido humano, son titanio, poliuretano, silicona y adhesivo de silicona, últimos materiales a los que es alérgica la señora Gómez Ortiz, tal y como se evidenció líneas atrás.*”

5.2.1.2. Señala el apelante que de todo el contenido de la mencionada respuesta, la Juez de instancia toma únicamente el fragmento del exponente “**d**” para determinar que en el “**MARCAPASOS BICAMERAL VERSA MODELO ADDRL1**”, había un compuesto de silicona que originó alergia en MARÍA IRENE y con esta evidencia, funda la causa de los daños sufridos por ella y su grupo familiar para negar las pretensiones, ignorando totalmente que aquel material (silicona) no genera incompatibilidad biológica, tal como lo afirma la misma respuesta de la empresa Medtronic Colombia S.A.

5.2.1.3. Considera el Tribunal que, si bien, el informe del fabricante del marcapasos señala que sus componentes no generan incompatibilidad biológica, en la historia clínica de la señora MARÍA IRENE, como ya se indicó atrás, documenta una alergia a dichos materiales, que cesó cuando le fue implantado otro dispositivo fabricado con

las recomendaciones del cuerpo médico que la atendió, por lo cual resulta infundado el reparo.

5.2.1.4. De otro lado, para el apelante sería incoherente aceptar que, en la instalada del nuevo marcapasos, con gasa incluida, fuera uno de sus componentes (silicona) la causa de los daños. El mismo fallo admite que el oblito indicado no fue el exclusivo causante de las varias cirugías, o sea que por lo menos ese cuerpo extraño también lo fue con otras circunstancias, que según el fallo es la alergia; la misma providencia admite que el OBLITO es causante, también lo cual se deduce de lo que afirma la galena Carvajal Acosta que “toda cirugía tiene riesgo de infección y que el oblito propicia la infección con mayor facilidad.”

Ha de decirse al apelante que, el punto queda dilucidado con lo que ha expuesto por este Tribunal, pues se reconoce en esta instancia la existencia del oblito, que genera responsabilidad civil, por lo cual, más adelante se mencionará como ha de ser la indemnización de los perjuicios.

5.3. TERCER REPARO

Consiste en no haber tenido en cuenta el despacho judicial la totalidad del material probatorio, como las pruebas testimoniales del doctor Luis Antonio Angarita Navarro y otras personas.

5.3.1. RESPUESTA: NO PROSPERA

5.3.1.1. Al respecto señaló la sentencia de primer grado: “Por último es necesario indicar que para la solución de la controversia no se tuvieron en cuenta las declaraciones del especialista en cirugía cardiovascular, Luis Antonio Angarita Navarro, ni de los señores Ramiro Alfonso Urueña, Luis Fernando Cano Flórez y Luisa Magdalena Zuluaga Giraldo; porque el primero indicó haber realizado una cirugía a la señora María Irene Gómez Ortiz para cambio de marcapaso, cuando él la atendió ya le habían extraído un cuerpo extraño, que escuchó lo habían dejado alojado en el sitio de la cirugía, del elemento dejado en el cuerpo de la paciente este profesional no tiene conocimiento pues al parecer, según su relato, indica que el suceso ocurrió cuando se le implantó el primer marcapaso a aquélla, once años antes de la intervención que él hizo, cuando no fue cierto según se analizó anteriormente, además se extracta también que hizo el retiro del marcapaso del lado derecho; y los de los segundos porque no tienen conocimientos en medicina y en relación con las cirugías practicadas a la señora Gómez Ortiz se limitaron a informar lo que aquélla les contó; por último, el interrogatorio de parte del señor José Germán Duque Muñoz tampoco aporta nada sobre este aspecto porque no tiene conocimientos médicos y tampoco, según sus propios dichos, recuerda bien los procedimientos que le han hecho a su cónyuge.”

En criterio de esta Sala de Decisión ningún reproche cabe frente a la manifestación de la falladora de primera instancia, en el sentido que no se tuvieron en cuenta las declaraciones de varias personas, por cuanto lo que hizo, después de evaluarlas, es descartarlas, ya que no aportaban conocimiento al proceso, especialmente, respecto del nexo causal que se investigaba. Y en ello tiene la razón, tales pruebas no eran eficaces para tal fin. En tales circunstancias, no se ha cercenado el material probatorio.

6. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Al tamiz de las precedentes premisas, la hipótesis de responsabilidad civil referente al oblitio quirúrgico se encuentra probada. De manera que, cumple señalar que, una vez comprobados los presupuestos que integran la responsabilidad civil, entre ellos, el daño, le compete al juez cuantificar la suma correspondiente a cada una de sus tipologías, ya material ora inmaterial, que el demandante haya acreditado. Y para tal efecto, recuerda la Corte, la regla establecida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que dispone que *“(...) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales (...)”*, que *“supone, de un lado, el deber jurídico de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo; y de otro, la limitación de no excederse en tal reconocimiento pecuniario, porque la indemnización no constituye fuente de enriquecimiento.”*

En la demanda se solicitó indemnización de perjuicios así: **a.** Por daños morales a María Irene Gómez Ortiz y José Germán Duque Muñoz, 100 smlmv a cada uno; a Pedro Alejandro y Julio César Duque Gómez, 50 smlmv a cada uno. **b.** Por daño a la vida de relación a María Irene Gómez Ortiz 150 smlmv. **c.** Por los intereses moratorios a partir de la ejecutoria.

6.1. Serán reconocidos únicamente los perjuicios morales, conforme a lo que se explica a continuación.

6.1.1. En atención a que la señora MARÍA IRENE, por el oblitio quirúrgico padeció intensos dolores y debió someterse a un procedimiento adicional para que le extrajeran la gasa que dejaron olvidada en su cavidad torácica, además de las posteriores curaciones, con los riesgos que estos procedimientos conllevan, la Sala considera que dicha situación le produjo a ella y a sus familiares dolor y aflicción que debe ser indemnizado.

6.1.2. Con relación a la usual definición del daño moral, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: *“...está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos*

expresivos”, que se concretan “en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”. (Sentencia SC10297-2014).

6.1.3. Ahora, en lo atinente a la tasación, considera esta Sala, acorde con las guías que la Corte Suprema también de tiempo atrás viene realizando, para las autoridades jurisdiccionales inferiores, con el fin de que en el arbitrio judicial prevalezca la medida y la condena no sea fuente de enriquecimiento para la víctima, este Tribunal, teniendo en cuenta, que si bien se trata de un daño, este no fue permanente, para la víctima directa, no implicó amputación de miembros ni de órganos que le impidan su movilización, los fijará en las siguientes cantidades:

Para la señora María Irene la suma de \$6.000.000. Para su esposo y cada uno de sus dos hijos la suma de \$3.000.000. Recuérdese que la reparación del daño moral más que ostentar un carácter resarcitorio, cumple una función paliativa, tratando con ella de obtener que la víctima reciba una compensación suficiente, acorde con la aflicción. Además, es una aplicación patente del prudente arbitrio y recoge las recomendaciones que la Corte Suprema ha tenido como guía para su tasación. (Por ejemplo, Sentencia SC5886-2018).

Se probó la relación familiar de la señora MARÍA IRENE (víctima directa), con los demás demandantes. Fueron allegadas las copias de los registros civiles de matrimonio y de nacimiento. (*02CuadernoPrincipaTomoUnoParteU.pdf. Carpeta primera instancia expediente digital. Folios 17 a 21*)

6.2. No se reconocerán indemnización por daño a la vida de relación. Al hacer un recuento de la evolución jurisprudencial del daño a la vida de relación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC20950-2017, expresa lo que debe entenderse por tal, en los siguientes términos:

“(...) a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial” (...) Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar.”

Y en más reciente pronunciamiento, Sentencia STC16743-2019 (criterio auxiliar), se refiere al respecto de la siguiente manera:

«La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido reiteradamente que “el daño a la vida de relación” es parte de la reparación integral y totalmente diferente al daño moral, pues se caracteriza por tratarse de un sufrimiento que afecta la esfera externa de las personas en relación con sus actividades cotidianas, concretándose en una alteración de carácter emocional como consecuencia del “daño” sufrido en el cuerpo o la salud generando la pérdida o mengua de la posibilidad de ejecución de actos y actividades que hacían más agradable la vida. Afecta esencialmente la alteridad con otros sujetos incidiendo negativamente en la relación diaria con otras personas.

De igual manera, ha precisado la Corte, que si no hay certeza de la afectación causada al demandante se impide acceder a una condena; sin embargo, existen casos en los cuales la afectación constituye un hecho notorio que no requiere prueba para ser demostrado, pues bastan las reglas de la simple experiencia y el sentido común para tener por probado el “daño a la vida de relación”.

De acuerdo con lo visto, considera esta Sala de Decisión que en el caso concreto de la señora MARÍA IRENE, víctima directa, la afectación padecida como consecuencia del oblitio fue transitoria, toda vez que fue sanada la infección, y los padecimientos posteriores se debieron a la alergia que hemos mencionado en el trascurso de esta providencia. De manera que, si sus actividades cotidianas o la alteridad con otras personas, o se ha menguado la posibilidad de ejecución de actos y actividades que hacen más agradable la vida, en criterio de este Tribunal, no son consecuencia del oblitio quirúrgico.

7. CONCLUSIONES

Se revocará la sentencia apelada y en su lugar se condenará a los demandados al pago de los perjuicios morales en favor de los demandantes víctima en la cuantía anunciada.

Se condenará en costas a la parte demandada, en primera instancia de manera parcial en un 50% y total en esta instancia (art. 365 num. 1. 4 C.G.P.)

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Civil Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia calendada el 26 de febrero de 2020, emitida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía, dentro del proceso de responsabilidad civil médica de la referencia. En su lugar se **RESUELVE: DECLARAR** civil y solidariamente responsables a los demandados **NUEVA EPS SA.** y **FUNDACIÓN CLÍNICA CARDIOVASCULAR DEL NIÑO** por los daños ocasionados a los actores.

SEGUNDO: CONDENAR a los demandados a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero: Para la señora **MARÍA IRENE GÓMEZ ORTIZ** seis millones de pesos (\$6.000.000). Para los señores **JOSÉ GERMÁN DUQUE MUÑOZ, PEDRO ALEJANDRO DUQUE GÓMEZ Y JULIO CÉSAR DUQUE GÓMEZ,** tres millones de pesos (\$3.000.000) para cada uno de ellos.

Costas a cargo de la parte demandada, en primera instancia de manera parcial en un 50% y total en esta instancia (art. 365 num. 1. 4 C.G.P.)

En su oportunidad, vuelva el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

En uso de compensatorio

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

Firmado Por:

Edder Jimmy Sanchez Calambas
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8104a3c624abe1a312c5d061a746085013d4bde48ac8ef05c5af2621becc174d**

Documento generado en 13/04/2023 10:05:04 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>