

TEMA: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA- El juez, en uso de las máximas de la experiencia, la lógica y el sentido común, puede deducir ciertas presunciones o, acudir a la aplicación de razonamientos como el *res ipsa loquitur*, para determinar el nexo de causalidad y la culpa médica, en casos que suponen cierta dificultad probatoria./

HECHOS: Pretende la apoderada demandante se declare la responsabilidad de la demandada y, en consecuencia, se condene a pagar a los actores indemnización de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales en las modalidades de daño moral y a la salud. El juzgado de origen declaró la responsabilidad civil de la entidad demandada y, en consecuencia, la condenó al pago de perjuicios extrapatrimoniales por daño moral y patrimoniales en favor de los demandantes, negó el reconocimiento de la pretensión del daño a la salud o vida de relación, desestimó las excepciones y condenó en costas a la demandada. Por tanto, los problemas Jurídicos se centran en determinar si en la decisión se valoró adecuadamente la prueba para concluir la acreditación del daño, el actuar culposo y el vínculo de causalidad como presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil médica y; si se probó el daño a la salud o vida de relación cuyo reconocimiento reclama la demandante en la alzada o, por el contrario, como sostiene la demandada, debe revocarse la sentencia de primera instancia por falta de demostración de los elementos estructurales de la acción y/o por la configuración de la prescripción extintiva. De descartarse la configuración de la prescripción alegada y hallarse probada la responsabilidad, si los perjuicios extrapatrimoniales se tasaron excesiva y desproporcionadamente.

TESIS: Es precedente jurisprudencial reiterado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que la responsabilidad civil médica se rige por los principios generales de toda acción resarcitoria y que sus presupuestos axiológicos son el daño, el actuar culposo del médico y el vínculo de causalidad adecuada entre ellos.(...)Específicamente en lo que concierne a la culpa médica, la jurisprudencia ha sostenido que se debe entender como la inobservancia del estándar del profesional medio del sector, el desconocimiento de las reglas de su arte, el actuar contrario, imprudente o negligente frente a la *lex artis*.(...) La demandada concentra el reproche en la ausencia de demostración de los elementos estructurales de la responsabilidad civil médica, sosteniendo que, no hubo una correcta apreciación probatoria, ni se aplicó debidamente la carga dinámica de la prueba. En su sentir, se logró acreditar diferentes circunstancias que dan cuenta de la imposibilidad de ejecución de la conducta reprochada, así como el cumplimiento de los protocolos de la *lex artis* que derruyen el nexo causal y la culpa médica.(...) La hipótesis fáctica que se plantea en la demanda acerca de la causa que provocó los daños consistió en un cuerpo extraño (pinza) que fue olvidado en el abdomen del demandante Jhon Jader Gamboa Ramírez al practicarle el procedimiento denominado “herniorrafía inguinal derecha” en la Clínica demandada el 3 de mayo de 2004, lo cual, implicó el sometimiento a una intervención quirúrgica de extracción en noviembre de 2017, así como sucesivos síntomas postquirúrgicos y procedimientos médicos por las afectaciones de salud en que se vio sumido.(...)Para la Sala, la inferencia efectuada por el a quo es lógica y razonable para derivar del acto quirúrgico practicado en mayo de 2004 el nexo de causalidad y la culpa médica, en atención al oblito quirúrgico que fue abandonado en el organismo del paciente, circunstancia con entidad suficiente para deducir el descuido, la negligencia, impericia y trasgresión de la *lex artis ad hoc*.(...) la extracción del cuerpo extraño involucró no solo el elemento metálico o pinza, sino también el retiro de múltiples fragmentos de epiplón que, según las explicaciones del representante legal de la demandada, es una capa superficial del intestino de la cual puede hacer parte la pared inguinal y cumplir funciones de protección como una “encapsulación” que puede incluso evitar la difusión hacia una peritonitis. (...)Lo anterior quiere significar que, existe una explicación desde el punto de vista científico, a partir de la cual, se

deriva la posibilidad que el cuerpo extraño intrabdominal permaneciera por años en el organismo del demandante al encontrarse “incrustado” en el tejido graso y bajo el amaro de la función protectora del epiplón. Es decir, según indicó el informe anatomopatológico y lo explicado por el representante legal la demandada, se puede inferir razonablemente que, el objeto hallado se instaló o incrustó en el tejido graso y el organismo lo asimiló tras el paso de los años.(...) En efecto, la ausencia de intervenciones quirúrgicas entre 2004 y 2017 diferentes a la herniorrafia inguinal practicada al actor, la proximidad del elemento hallado con el lugar donde fue intervenido quirúrgicamente, los hallazgos de la incrustación del cuerpo metálico en el tejido graso y la incidencia de este tejido en la práctica del procedimiento, el retiro de fragmentos de epiplón y la función protectora que cumple para “encapsular” que puede explicar una asimilación del cuerpo extraño por el organismo, la posibilidad de que una masa de hasta de 5kg en el abdomen genere sintomatología leve y la consecuente dificultad en detectar el elemento, así como la caracterización del elemento extraído como una “pinza de disección en acero inoxidable” que coincide con las que utiliza la Clínica y con la técnica que se aplicó en la herniorrafia inguinal, la oxidación que sugiere la larga duración del elemento al interior del cuerpo, son situaciones que permiten inferir lógica y razonablemente que fue en el procedimiento quirúrgico practicado el 3 de mayo de 2004 en donde se dejó la pinza quirúrgica encontrada en el cuerpo del paciente, sin que se hubiera probado la existencia de otra causa que brinde una explicación sensata y lógica de la presencia de una pinza quirúrgica al interior del organismo del actor distinta de la mencionada, todo lo cual, desembocó el sometimiento de aquel a una cirugía de extracción y todo el menoscabo en su salud que sufrió el actor a continuación. (...) Con relación al daño moral, encuentra la Sala que, contrario al concepto del apelante, se encuentra demostrado. Por cuanto una persona puede experimentar dolor, frustración, angustia, zozobra, desolación, entre otros sentimientos y emociones que afecten su esfera interna, producto del dolor físico, el desmedro en las condiciones de salud, el hecho de hallarse enfermo, basta acudir a las reglas de la experiencia y del sentido común para determinar que el menoscabo en la salud verdaderamente ocasiona deterioro anímico en un sujeto.(...) La parte demandante centró su inconformidad en la ausencia de reconocimiento de daño “a la salud” o “vida de relación”. En su sentir, se probó con los testimonios y la declaración de las partes, la merma o ausencia de actividad física del afectado luego de la práctica de cirugías por extracción del cuerpo extraño (pinza), pues antes de dichos procedimientos, acostumbraba a realizar largas caminatas y montar en bicicleta con su compañera permanente, su amigo Camilo Agudelo y su hermano. Lo anterior, sumado a las limitaciones y cuidado extremo en la alimentación por el temor constante de sufrir dolencias estomacales y la posibilidad del sometimiento a nuevas cirugías.(...) se probó que las condiciones de salud del actor generaron la pérdida o disminución de la posibilidad de ejecución de actividades que hacían más agradable la vida, por consiguiente, prosperará la inconformidad manifestada por la parte actora. (...)En esa línea, no es posible considerar como punto de partida de la prescripción la actividad médica de 2004, sin miramiento a otras situaciones relevantes como lo es el momento de la aparición del daño y su conocimiento por parte del afectado. (...)contrario al juicio del recurrente, el comienzo del término debía producirse a partir del descubrimiento del hallazgo en 2017, momento desde el cual, no alcanza a configurarse el plazo decenal para la configuración el fenómeno extintivo al tiempo de la demanda en 2020, ni siquiera para la fecha, luego, el fenómeno extintivo alegado no tiene ninguna vocación de éxito. (...)

MP.SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ

FECHA: 12/12/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PRIMERA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, doce (12) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso:	DECLARATIVO – RC MÉDICA
Radicado:	05 001 31 03 008 2020 00252 02
Demandantes:	JHON JADER GAMBOA RAMÍREZ JUAN PABLO GAMBOA HERRERA LESBY ORAIDA BUSTAMANTE GONZÁLEZ DARCY VERGARA BUSTAMANTE MARCO FIDEL GAMBOA CARRILLO BLANCA DEYANIRA RAMÍREZ TORRES MARCO FIDEL GAMBOA RAMÍREZ
Demandada:	FUNDACIÓN COLOMBIANA DE CANCEROLOGÍA “CLÍNICA VIDA”
Providencia	Sentencia
Tema:	El juez, en uso de las máximas de la experiencia, la lógica y el sentido común, puede deducir ciertas presunciones o, acudir a la aplicación de razonamientos como el <i>res ipsa loquitur</i> , para determinar el nexo de causalidad y la culpa médica, en casos que suponen cierta dificultad probatoria.
Decisión:	Modifica
Sustanciador/ponente:	Sergio Raúl Cardoso González

Decide la Sala la apelación de la sentencia proferida el 6 de junio de 2023 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín, en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES.

1.1 DEMANDA¹.

Pretende la apoderada demandante se declare la responsabilidad de la demandada y, en consecuencia, se condene a pagar a los actores indemnización de perjuicios patrimoniales² y extrapatrimoniales en las modalidades de daño moral³ y “a la salud”⁴.

¹ Ver ruta carpeta 01 / archivo 02

² A favor de Jhon Jader Gamboa Ramírez la suma de \$3.408.058.

³ Para Jhon Jader Gamboa Ramírez el equivalente a 50 SMLMV, Lesby Oraida Bustamante, Juan Pablo Gamboa, Darcy Vergara Bustamante, Marco Fidel Gamboa Carrillo y Blanca Deyanira Ramírez Torres el equivalente a 30 SMLMV c/u y para Marco Fidel Gamboa Ramírez 20 SMLMV.

⁴ Para Jhon Jader Gamboa Ramírez el equivalente a 50 SMLMV.

Expuso que, el 3 de mayo de 2004 le realizaron a Jhon Jader Gamboa un procedimiento quirúrgico denominado *“herniorrafía inguinal derecha”* en la institución demandada, sin presentar complicación; que en septiembre de 2017 presentaba sensación de dolor punzante en pierna derecha acompañado de dilatación de sistema venosa, por lo que consultó en la IPS Virrey Solis y le practicaron un Rx de columna lumbosacra donde se observó la presencia de un cuerpo extraño (pinza), según se consignó en la historia clínica del 15 de noviembre de 2017 de la misma institución y, que el procedimiento realizado en 2004 ha sido el único que se ha practicado al actor.

Refirió que, el 15 de noviembre de 2017 fue valorado por cirugía en la Clínica Sagrado Corazón, en donde le ordenaron tomografía que, una vez practicada, describió la presencia de un cuerpo metálico en pelvis, sin lesiones asociadas, le programaron la realización de una laparoscopia para la extracción del objeto que fue posteriormente convertida a *“laparotomía para resección de cuerpo extraño”* por la complejidad del hallazgo y practicada el 17 de noviembre siguiente con alta del mismo día, arrojando el informe anatomopatológico del 21 de noviembre lo siguiente: *“en recipiente rotulado como cuerpo extraño: se recibe múltiples fragmentos de epiplón, el mayor de 18 x 8 x 2 cm, de color amarillo y café con áreas de aspecto fibroso. Incrustado en el tejido graso se observa un fragmento de consistencia firme de aspecto metálico oxidado, libera gran cantidad de óxido...”*.

Relató que, el 21 de noviembre de 2017, el señor Gamboa consultó a urgencias por presentar vómito, cuadro clínico compatible con un íleo posquirúrgico e inhibición funcional de la actividad gastrointestinal, cuyo cuadro empeoró; que el 24 de noviembre presentó una obstrucción intestinal por bridas con vómito fecaloide y distensión abdominal, siendo reintervenido, sin presentar mejoría visible e inicio de cuadros febriles; que el 27 de noviembre le realizaron lavado de cavidad abdominal y eventrorrafía con colocación de malla en pared abdominal y que, según la historia clínica continuó sin mejoría.

Atribuyó las dolencias y hospitalizaciones a la práctica médica del 3 de mayo de 2004, esto es, a la herniorrafía inguinal en donde se le dejó un cuerpo extraño (pinza quirúrgica). A su juicio, de haber contado correctamente los instrumentos, no hubiese tenido que verse expuesto a procedimientos quirúrgicos para la extracción.

Aseveró que al paciente se le prescribieron varias incapacidades, sufrió dolor físico por las reintervenciones, la recuperación de los posoperatorios, la afectación de salud y cicatrices que quedaron en su cuerpo y, daño moral por la pérdida de las

condiciones de salud, alcanzando a los demás demandantes como sus familiares, por el padecimiento de aquel y el alto riesgo de muerte.

Agregó que, el señor Gamboa ejercía el cargo de jefe de control de calidad en la empresa Forlex S.A. percibiendo ingresos por \$1.222.300 mensuales, con los cuales aportaba para el sostenimiento de su hijo Juan Pablo Gamboa y la hija de su compañera permanente Darcy Vergara Bustamante, quien renunció a su trabajo el 7 de diciembre de 2017 para hacerse cargo de su cuidado.

1.2 CONTESTACIÓN.

La FUNDACIÓN COLOMBIANA DE CANCEROLOGÍA, CLÍNICA VIDA⁵ reconoció como cierto, la realización al demandante una herniorrafía inguinal derecha sin complicaciones el 3 de mayo de 2004, el reporte del TAC del 16 de noviembre de 2017 que describe un cuerpo metálico en pelvis, el alta del 19 de noviembre de 2017, la anotación trascrita del informe anatomopatológico del 21 de noviembre, así como el registro de la consulta en urgencias del mismo día y las notas posteriores consignadas en las historias clínicas aportadas. Negó que la IPS Virrey Solis mencionara que el paciente tenía pinzas en la cavidad y la imputación de responsabilidad efectuada en la demanda. Con relación a los restantes hechos, indicó no constarle o ser apreciaciones subjetivas de la parte demandante.

Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó:

- *“Prescripción”*, porque la intervención quirúrgica en Clínica Vida data del 3 de mayo de 2004, encontrándose prescrita la acción desde el 3 de mayo de 2014, según término de diez años que contempla el art. 2536 del CC.

- *“Diligencia y cuidado: ausencia de culpa en la conducta de Clínica Vida”*, fundada en que se trata de una responsabilidad de naturaleza subjetiva, correspondiendo demostrar que el daño fue causado por una conducta culposa del demandado, sin que sea posible tal demostración, pues la atención brindada al paciente fue diligente y cuidadosa. Preciso que en la intervención por una hernia simple no se entra nunca en la cavidad abdominal, ese espacio está completamente cerrado, finalizado el procedimiento, se hace lavado de todo el material quirúrgico utilizado y se hace el cierre del corte, la intervención fue exitosa, sin complicaciones o alarmas y ajustada a la *lex artis*

⁵ Ibid. archivo 35

ad hoc. Añadió que el instrumental quirúrgico es de acero quirúrgico y con propiedades inoxidable.

- *“Inexistencia de nexo causal”* entre la conducta especializada que fue desplegada por CLÍNICA VIDA en mayo del año 2004 y el hallazgo del cuerpo extraño en noviembre del año 2017 en el paciente; indicó que no se aportó la radiografía realizada en la Clínica Sagrado Corazón, que los riesgos y complicaciones se deben a las cirugías practicadas en 2017, que es sorpresivo que se deje un cuerpo extraño en 2004 y 13 años después presente síntomas desfavorables, planteando varios interrogantes para atacar la veracidad y credibilidad del relato del demandante y desvirtuar el nexo de causalidad.

- *“Causa extraña: hecho de un tercero”*, en la medida que, los daños cuya indemnización se pretende, se derivan de una laparoscopia que debió complementarse con una laparotomía, efectuadas por una institución distinta y, porque es temporalmente imposible que el cuerpo extraño extraído de la cavidad intrabdominal del paciente haya sido dejado en la intervención realizada en la Clínica Vida en 2004.

- *“Ausencia de daño”*, por cuanto, el paciente se recuperó completamente tras la atención médica recibida en la Clínica Sagrado Corazón, de estimarse la existencia de daño, deberá atenderse la tasación, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

- *“Improcedencia de perjuicios morales para las víctimas indirectas”*, porque se realizó una equivocada tasación de la cuantía y, solo están legitimados para reclamar tal daño la persona que padeció físicamente la lesión.

- *“Improcedencia de una sentencia condenatoria”*, por la inexistencia de los elementos de la responsabilidad civil.

1.3 PRIMERA INSTANCIA⁶.

Mediante sentencia proferida el 6 de junio de 2023, el juzgado de origen declaró la responsabilidad civil de la entidad demandada y, en consecuencia, la condenó al pago de perjuicios extrapatrimoniales por daño moral⁷ y patrimoniales⁸ en favor de

⁶ Ibid. archivos 67 (carpeta primera instancia) y 03 (carpeta segunda instancia, enlace No 70)

⁷ Por las siguientes sumas de dinero: John Jader Gamboa Ramírez (\$25.000.000), Lesby Oralda Bustamante González, Juan Pablo Gamboa, Darcy Vergara Bustamante, Marco Fidel Gamboa Carillo y Deyanira Ramírez Torres (\$10.000.000 c/u) y Marco Fidel Gamboa Ramírez \$5.000.000.

⁸ A favor de John Jader Gamboa Ramírez la suma de \$488.800.

los demandantes, negó el reconocimiento de la pretensión del daño a la salud o vida de relación, desestimó las excepciones y condenó en costas a la demandada.

El *a quo* concluyó de la prueba valorada en conjunto, que en el año 2004 se le practicó al demandante Jhon Jader Gamboa Ramírez una herniorrafía en la Clínica Vida y producto de ese procedimiento se le dejó un material quirúrgico, en concreto, una pinza, conforme evidenció del elemento aportado al proceso en respuesta a la prueba de oficio.

Sostuvo que, el caso se sitúa en aquellos excepcionales donde opera la regla *res ipsa loquitur* (las cosas brillan por sí solas) y que la historia clínica del demandante daba cuenta que no tenía ningún otro antecedente quirúrgico y que, aun cuando se hizo alusión a una radiografía para tratar de establecer alguna explicación distinta del por qué se pudo encontrar ese material en el cuerpo de la víctima, no dejaba de ser eso, una hipótesis sin la entidad suficiente para afirmar que el paciente fue sometido a otro tipo de intervención quirúrgica y, que, por tanto, no existía explicación de causa diferente que el procedimiento realizado en 2004.

Refirió que, aunque la instrumentadora quirúrgica que participó del procedimiento en 2004 depuso que en las intervenciones se hacía contabilización del material quirúrgico, la evidencia era contraria, pues no se hizo la correcta contabilización y, que, si bien el médico Darío Sierra depuso que ese tipo de pinzas no se oxida y que el procedimiento practicado era superficial sin comprometer el abdomen, aunque fueran explicaciones acertadas desde lo teórico, se contradecían con la realidad, a saber, una intervención realizada al demandante donde se le dejó un material quirúrgico (pinza), sin que la demandada cumpliera con la carga probatoria de desvirtuar tal situación, pese a estar mejor llamada a la comprobación por su conocimiento médico-científico.

Adujo que no tendría éxito el intento de la demandada de atribuir los daños al procedimiento realizado en 2017 y a otras circunstancias relacionadas con la materialización de riesgos inherentes y con el consentimiento informado. Esto, por cuanto ese procedimiento no fue cuestionado en la demanda y, porque se determinó que la falla del servicio y la mala práctica surgió desde la intervención del 2004 por el oblito quirúrgico⁹ que obligó al afectado a someterse a una cirugía de extracción.

⁹ Según Diccionario de la Lengua Española: “*Med. Cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica.*”

En punto a los perjuicios morales, señaló que operaba una presunción de su causación en los familiares más cercanos de la víctima directa, como son los demandantes frente a quienes se acreditó los vínculos respectivos, debiendo ser reconocidos y procedió a la tasación acudiendo a referentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Con relación al daño a la salud y vida de relación, indicó que no se encontraban acreditados y por tanto no serían reconocidos.

Finalmente, en lo concerniente al daño patrimonial derivado del pago de unas incapacidades, aseveró que se encontraban soportadas en la prueba documental aportada, por lo que procedía su reconocimiento, sin descontar de la indemnización los pagos realizados por el Sistema de Seguridad Social, por tratarse de un título distinto, conforme lo establecido por la jurisprudencia.

1.4 TRÁMITE DE LA APELACIÓN.

La sentencia de primera instancia fue proferida en audiencia y notificada en estrados, inmediatamente fue apelada por ambas partes quienes precisaron los reparos frente a la decisión oportunamente.

Se dio aplicación al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, concediéndole a las partes la oportunidad para sustentar el recurso y replicar. Ambas partes sustentaron el recurso oportunamente y, del derecho de réplica solo hizo uso el demandado, pues, la parte demandante se limitó a advertir sobre la extemporaneidad de la sustentación de su contraparte y solicitó la deserción del recurso, no obstante, no le asiste razón, en tanto la contabilización de términos permite evidenciar que el demandado sustentó dentro de la oportunidad legal¹⁰.

2. CONTROL DE LEGALIDAD Y COMPETENCIA DEL SUPERIOR.

En atención a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 42 y en el artículo 132 del Código General del Proceso, se aprecian reunidos los presupuestos procesales para emitir sentencia porque se verificó la demanda en forma y su trámite adecuado, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y acudir al proceso respecto de los extremos del litigio, debiéndose destacar que no se advierten vicios ni irregularidades que configuren nulidad.

Por disposición del artículo 328 de la misma obra, el análisis se circunscribirá a los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que se deban adoptar de oficio.

¹⁰ Ver carpeta 02 archivo 16

3. REPAROS CONCRETOS¹¹.

La actora formuló sus motivos de inconformidad con el propósito de que se reforme parcialmente la decisión, en el sentido de reconocer todos los daños reclamados, por su parte, la demandada, planteó la alzada con la finalidad de que se desestimen las pretensiones. Con base en sus intervenciones se establecerán los problemas jurídicos objeto de estudio.

3.1 Reparos parte demandante.

3.1.1. Reconocimiento del daño a la vida de relación o daño a la salud.

Discrepó la recurrente de la desestimación del daño a la salud o vida de relación, en su sentir, se probó con los testimonios y la declaración de las partes, la merma o ausencia de actividad física del afectado luego de la práctica de cirugías por extracción del cuerpo extraño (pinza), pues antes de dichos procedimientos, acostumbraba a realizar largas caminatas y montar en bicicleta con su compañera permanente, su amigo Camilo Agudelo y su hermano.

Lo anterior, sumado a las limitaciones y cuidado extremo en la alimentación por el temor constante de sufrir dolencias estomacales y la posibilidad del sometimiento a nuevas cirugías, pues, de la historia clínica se observa que después de las intervenciones por extracción en 2017 y hasta el 2019 consultó repetidamente por dichas dolencias y que fue remitido a psicología por el temor de ser reintervenido.

- Réplica demandada. Refutó el reparo indicando que, los perjuicios a título de “daño a la salud” no se reconocen a título independiente, además de su improcedencia, deben ser demostrados en su existencia, extensión y cuantía, lo que no se acreditó y, tampoco se indicó en la sentencia sobre el mencionado daño, por lo que un pronunciamiento en segunda instancia en ese sentido generaría incongruencia.

3.2 Reparos parte demandada.

3.2.1 Indebida valoración probatoria de los elementos estructurales de la acción y falta de demostración.

¹¹ Ver ruta carpeta 01PrimeraInstancia / archivos 71 y 72

Sostuvo que el *a quo* no valoró la imposibilidad de la Clínica de ejecutar la conducta alegada pues, conforme se demostró con la prueba documental, testimonial y pericial practicada, la herniorrafía inguinal derecha se realiza con un único corte de 2 o 3 cms., procediéndose posteriormente al lavado del material quirúrgico y cierre, siendo imposible que un cuerpo extraño de 11 cms. quede en el paciente durante 13 años y, que una cirugía realizada en la ingle finalice con un cuerpo extraño en una parte del cuerpo como la cavidad abdominal, cuando no hizo parte de la intervención.

Indicó que hubo ausencia de prueba de la culpa médica, puesto que la parte demandante no logró acreditar una conducta generadora de responsabilidad, ni alcanzó a contravenir las pruebas practicadas en el proceso que demostraron la aplicación de los protocolos de la *lex artis* y los que para la época se exigían con relación al procedimiento que se realizó sin complicaciones.

Refirió que el juez erró al aplicar la carga dinámica de la prueba indicando que correspondía a la demandada probar que no se dejó un cuerpo extraño, puesto que en realidad sí demostró la imposibilidad de tener un cuerpo extraño durante 13 años en la cavidad abdominal sin sintomatología, el hallazgo de otras posibles intervenciones quirúrgicas al paciente y que la del 2004 es ambulatoria y de baja complejidad. Adicionalmente, no se probó que el cuerpo extraño correspondió a una pinza y que esté compuesto por los mismos materiales que usa la demandada, asegurando que la aportada no cumplió con la cadena de custodia. Todo lo cual, da cuenta de la falta de prueba del nexo causal.

Agregó que, tampoco se probó el daño, en su criterio, el hecho de sufrir dolores derivados de un procedimiento médico no puede considerarse daño antijurídico, además, el menoscabo reclamado no se fundamenta en la intervención del 2004 que terminó en forma exitosa, sino en la practicada en 2017 y hace parte de los síntomas postquirúrgicos expresados en el consentimiento informado, además, no se aporta prueba alguna del daño moral, ni del patrimonial por incapacidades, pues fueron pagadas por la EPS.

3.2.2 Excesiva tasación de perjuicios.

Cuestionó la cuantificación de perjuicios por no aplicarse el principio de proporcionalidad y no considerar que las condenas de los referentes jurisprudenciales corresponden a lesiones graves y permanentes cuando en este caso, el paciente no tuvo ninguna lesión física, sino únicamente sintomatología temporal que no dejó secuelas permanentes.

3.2.3 Omisión de pronunciamiento sobre la excepción de prescripción.

Reprochó la falta de pronunciamiento frente a la excepción de prescripción propuesta en la demanda, insistiendo en su configuración por no promoverse la acción dentro del término de 10 años, contados desde el momento en que se generó el presunto daño.

3.3 Problemas Jurídicos.

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala establecer:

- a) Si en la decisión se valoró adecuadamente la prueba para concluir la acreditación del daño, el actuar culposo y el vínculo de causalidad como presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil médica y; si se probó el daño a la salud o vida de relación cuyo reconocimiento reclama la demandante en la alzada o, por el contrario, como sostiene la demandada, debe revocarse la sentencia de primera instancia por falta de demostración de los elementos estructurales de la acción y/o por la configuración de la prescripción extintiva.
- b) De descartarse la configuración de la prescripción alegada y hallarse probada la responsabilidad, si los perjuicios extrapatrimoniales se tasaron excesiva y desproporcionadamente.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO.

4.1 Presupuestos de la responsabilidad civil médica.

Es precedente jurisprudencial reiterado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que la responsabilidad civil médica se rige por los principios generales de toda acción resarcitoria¹² y que sus presupuestos axiológicos son el daño, el actuar culposo del médico y el vínculo de causalidad adecuada entre ellos¹³.

¹² Ver Sentencia SC3919-2021 del 8 de septiembre de 2021, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: “«‘(...) los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)’». (CSJ SC de 30 ene. 2001, rad. n° 5507).”.

¹³ Ver Sentencia SC4786-2020 del 7 de diciembre de 2020, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: “... en la actualidad, existe una doctrina consolidada que, sin desconocer las nociones de daño, actuar culposo y nexo causal, fijan los derroteros para establecer el deber resarcitorio ocasionado por una falla médica...”. En el mismo sentido, Sentencia SC3604-2021 del 25 de agosto de 2021, MP Luis Alonso Rico Puerta: “... ordinariamente, el debate procesal termine centrándose en la demostración de los otros dos puntales de la responsabilidad civil médica, esto es, el actuar culposo del galeno demandado –entendido como la inobservancia de la *lex artis ad hoc*– y su vínculo de causalidad con el menoscabo anunciado en la demanda”. También la Sentencia SC3253-2021 del 4 de agosto de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo: “la prosperidad de una acción resarcitoria de dicho linaje, debe partir de la base de acreditar la concurrencia de un perjuicio, de una culpa y del nexo causal entre los dos anteriores”.

Específicamente en lo que concierne a la culpa médica, la jurisprudencia ha sostenido que se debe entender como la inobservancia del estándar del profesional medio del sector, el desconocimiento de las reglas de su arte, el actuar contrario, imprudente o negligente frente a la *lex artis*¹⁴.

4.2 Carga de la prueba y criterios de flexibilización.

Indica el precedente que, por regla general e independientemente del origen contractual o extracontractual de la prestación, la responsabilidad civil médica se rige por los principios de la culpa probada y para efectos de asignar las cargas probatorias se ha considerado conveniente acudir a la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, de tal forma que, en principio, corresponde al demandante la demostración de todos los elementos estructurales de la acción:

“Corresponderá al perjudicado demostrar el actuar imprudente, imperito o negligente del accionado, último sobre quien pesa la demostración del factor de exculpación, de acuerdo con los artículos 1604 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil (actual 167 del Código General del Proceso).”¹⁵

Con relación al factor subjetivo de atribución de responsabilidad, esto es la culpa de la parte demandada, el demandante está obligado a su demostración, como quiera que este presupuesto axiológico sigue la regla general en materia de carga

¹⁴ Al respecto se refieren las providencias citadas. La SC4786-2020: “Por tanto, cuando se persiga la reparación de los daños derivados de un yerro médico, es connatural que el interesado acredite, además del daño y nexos causal, que el galeno carecería de la capacitación requerida, omitió las verificaciones necesarias según la sintomatología, actuó de forma descuidada o temeraria al realizar el procedimiento o, en general, que desatendió las reglas propias de la *lex artis ad hoc*.”. La SC3604-2021: “Lo anterior explica la necesidad de acudir a una pauta diferenciada, denominada *lex artis ad hoc*, esto es, «(...) el estándar de conducta exigible al profesional medio del sector, que actúa de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el ámbito médico y dentro del sector de especialidad al que pertenece el profesional sanitario en cuestión. En la jurisprudencia alemana se habla del nivel de diligencia “de un profesional de la medicina respetable y concienzudo, con la experiencia media en el correspondiente campo de especialidad”, o dicho de otro modo, de la conducta “que se esperaría de un colega en la misma situación”. Del mismo modo, los tribunales ingleses exigen un nivel de diligencia superior al del “hombre normal y razonable”, que tome en consideración la experiencia, habilidades, técnicas y conocimientos que se esperan del profesional medio del sector”. En la SC3253-2021, citando sentencias del 26 de noviembre de 2010 y del 28 de junio de 2011: “En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. ... En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia.”.

¹⁵ Sentencia SC4786-2020, en la que además se indica: “La distinción entre deberes de diligencia y de resultado específico ha servido a la jurisprudencia para cualificar la culpa exigida para que se configure la responsabilidad galénica, como ya se dijo, siendo la regla general la culpa probada, esto es, que los médicos únicamente responden cuando se demuestre en el proceso su impericia, imprudencia, negligencia o dolo, mientras que la presunta es una excepción acotada a ciertas materias.” En el mismo sentido la SC3253-2021: “Tradicionalmente la jurisprudencia ha comprendido que en el ámbito de la actividad médica, el régimen que gobierna la responsabilidad del profesional sanitario y de las instituciones que prestan sus servicios a los pacientes es el de la culpa probada, con lo cual, en línea de principio, corresponde al paciente o a quien demande por la atención que se le brindó o por una mala praxis médica, demostrar la culpa de quienes participaron en el acto médico o de las personas que con su actuar negligente, descuidado o imperito causaron un daño. ... Lo anterior, por supuesto, sin olvidar que al momento de determinar si ha concurrido o no culpa en el actuar médico, la Corte, para ciertos eventos, ha morigerado el instituto de la carga de la prueba para la parte demandante, teniendo en cuenta la facilidad o posibilidad que cada extremo tiene para acceder a los medios de convicción.”. También la SC3919-2021, citando la SC2804-2019 del 26 de julio de 2019: “Para el caso de la responsabilidad médica, está ya aclimatada entre nosotros, con características despejadas de doctrina probable, la consideración general acerca de que la principal obligación del galeno es de medio y no de resultado, esto es, que su compromiso se contrae a desplegar una conducta diligente en procura de obtener un fin concreto y específico (la mejora o la preservación de las condiciones de salud del paciente), que sin embargo no garantiza, salvedad hecha, claro está, que medie pacto entre las partes que así lo establezca.”

probatoria definida en el artículo 167 del CGP, al determinar que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Lo anterior, sin perjuicio de casos particulares en los que se ha admitido la excepción a la regla considerando criterios de flexibilización, introducidos por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2001¹⁶.

Con relación a los criterios de flexibilización probatoria, el CGP introdujo explícitamente la figura de la carga dinámica de la prueba en el artículo 167¹⁷ que comprende la posibilidad del juez de asignar la carga probatoria a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones demostrativas, según los requisitos consagrados en la norma.

En materia de responsabilidad médica ha sostenido la Corte que, el carácter dinámico de la carga de la prueba es excepcional, atiende a las particularidades del caso, descansa en la dificultad probatoria para la parte demandante¹⁸ y la facilidad de la contraparte en la obtención de la prueba. Ha dicho el alto tribunal:

*“Esta última referencia es particularmente importante en situaciones excepcionales, en las que exista una evidente dificultad probatoria para el paciente o sus familiares en orden a obtener los medios de prueba que sirvan para acreditar la culpa médica, y por el contrario, por cercanía o disponibilidad, la demostración de la diligencia resulte de mayor facilidad”*¹⁹.

La Corte ha explicado que el juez en uso de las máximas de la experiencia, la lógica, las normas jurídicas y el sentido común puede deducir ciertas presunciones o, acudir a la aplicación del principio *res ipsa loquitur* que significa *“la cosa habla por sí misma”*, como en el caso de los oblitos quirúrgicos²⁰, que puede suponer la dificultad probatoria del demandante para demostrar exactamente la ocurrencia del hecho generador del daño, pero que su naturaleza misma permite inferir que ha sido producto de la negligencia e identificar el responsable, a menos que se demuestre lo contrario. Ha dicho la Corte:

¹⁶ Sostuvo la Corte:

«Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista, como también lo ha resaltado la jurisprudencia civil que, en relación con el onus probandi, es dable al juzgador aplicar criterios de flexibilización o racionalización probatoria en algunos supuestos excepcionales, atendiendo las circunstancias del caso concreto, v.gr., la regla *res ipsa loquitur*, la culpa virtual, o la presencia de un resultado desproporcionado, entre otros (cfr. Cas. Civ. Civ. 30 de enero de 2001, exp. 5507, 22 de julio de 2010, exp. 41001 3103 004 2000 00042 01, y de 30 de noviembre de 2011, exp. 76001-3103-002-1999-01502-01)».

¹⁷ Dispone la norma en su parte pertinente:

“No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.

¹⁸ Ha indicado la jurisprudencia:

“se reitera, teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artis*)” (CSJ SC 5 de noviembre 2013, rad. 2005-00025-01. Citada en SC 12947 de 2016).

¹⁹ CSJ SC 5 de noviembre 2013, rad. 2005-00025-01. Citada en SC 12947 de 2016).

²⁰ Concepto que se entiende como el “cuerpo extraño olvidado en el interior de un paciente durante una intervención quirúrgica. Entre estos se pueden citar: gasas, compresas, pinzas, retractores, agujas, electrodos, etc.”. Según definición que se cita en la Sentencia SC 3367-2020.

*“dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibídem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una ‘culpa virtual’ o un ‘resultado desproporcionado’, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (Subraya la Corte)”²¹.*

De esta manera, por regla general, en la acción de responsabilidad médica corresponde al demandante demostrar, entre otros presupuestos, el hecho culposo, es decir, la omisión o el actuar negligente, imprudente, con impericia o violación de reglamentos del facultativo demandado; mientras que al resistente le incumbe acreditar que fue diligente y cuidadoso, atendiendo las reglas propias de su arte, conforme al estándar de conducta que le era exigible.

5. CASO CONCRETO.

5.1 Configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil médica.

La demandada concentra el reproche en la ausencia de demostración de los elementos estructurales de la responsabilidad civil médica, sosteniendo que, no hubo una correcta apreciación probatoria, ni se aplicó debidamente la carga dinámica de la prueba. En su sentir, se logró acreditar diferentes circunstancias que dan cuenta de la imposibilidad de ejecución de la conducta reprochada, así como el cumplimiento de los protocolos de la *lex artis* que derruyen el nexo causal y la culpa médica.

La tesis que sostendrá la Sala es que, tal como concluyó el *a quo*, se encuentran acreditados los presupuestos axiológicos que estructuran la responsabilidad civil médica de la clínica demandada con ocasión del oblito quirúrgico en el cuerpo de Jhon Jader Gamboa en el procedimiento quirúrgico practicado el 3 de mayo de 2004.

5.1.1 Nexos de causalidad y culpa médica.

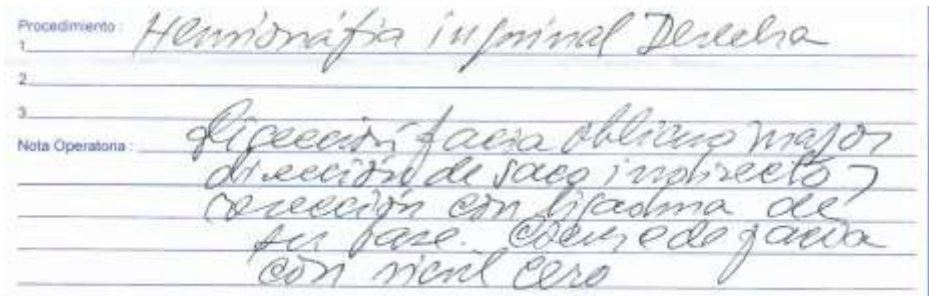
La hipótesis fáctica que se plantea en la demanda acerca de la causa que provocó los daños consistió en un cuerpo extraño (pinza) que fue olvidado en el abdomen

²¹ CSJ SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01, citada en SC12947-2016, SC 3367-2020 y SC4121-2021.

del demandante Jhon Jader Gamboa Ramírez al practicarle el procedimiento denominado *“herniorrafía inguinal derecha”* en la Clínica demandada el 3 de mayo de 2004, lo cual, implicó el sometimiento a una intervención quirúrgica de extracción en noviembre de 2017, así como sucesivos síntomas postquirúrgicos y procedimientos médicos por las afectaciones de salud en que se vio sumido.

Reposa en el expediente historia *“quirúrgica de enfermería”* de la institución demandada, en donde se evidencia que, el 3 de mayo de 2004 se le practicó al señor Jhon Jader Gamboa una cirugía de *“Hernia Inguinal Derecha”*. Las anotaciones de enfermería informan el ingreso del paciente al quirófano para la realización de una herniorrafía inguinal, monitorización, aplicación de anestesia general y medicamentos, colocación de *“máscara laríngea”*, asepsia en área preoperatoria, inicio de la cirugía, reporte de saturación de oxígeno y constancia de la terminación del procedimiento *“sin complicaciones”*²².

Además, se aportó *“historia quirúrgica de médica”* contentiva de un resumen de la historia clínica del paciente que señala: *“masa en región inguinal derecha que protruye con los esfuerzos”* y da cuenta de la realización del procedimiento *“herniorrafía inguinal derecha”* por el médico cirujano Darío Sierra, quien consigna la siguiente nota operatoria: *“Disección fascia oblicuo mayor, disección de saco indirecto, Corrección con ligadura de su base, cierre de fascia con vicryl cero”*²³:



Se allegó también historia clínica del 15 de noviembre de 2017 de la IPS Virrey Solis que registra atención médica prioritaria al demandante con la nota: *“paciente trae radiografía de abdomen donde se evidencia en cavidad cuerpo extraño”*²⁴, como enfermedad actual señala: *“hace 13 años le realizaron herniorrafía inguinal derecha en cuz (sic) blanca y hoy en radiografía que le toman para estudio de otra patología, le encuentran cuerpo extraño (pinza) en pelvis”*²⁵, por lo que se remite a cirugía general para *“retiro”*²⁶, contemplándose como diagnóstico *“T815 Cuerpo extraño dejado accidentalmente en cavidad corporal o en herida operatoria”*²⁷.

²² Archivo 03 pág.34

²³ Archivo 35 pág. 87

²⁴ Archivo 03 pág. 22

²⁵ Archivo 03 pág. 12

²⁶ Archivo 03 pág. 18

²⁷ Archivo 03 pág. 10

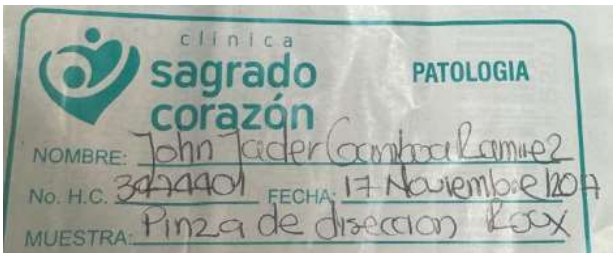
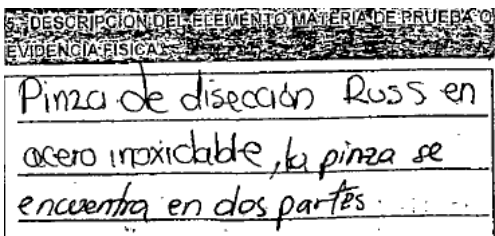
El 17 de noviembre siguiente se le realiza en la Nueva Clínica Sagrado Corazón una “extracción cuerpo extraño intraperitoneal (o DIU perdido por laparotomía)” por el diagnóstico preoperatorio de “cuerpo extraño en otras y en múltiples partes del tubo digestivo” consignándose la siguiente descripción quirúrgica²⁸:

HALLAZGOS:
CUERPO EXTRAÑO DE CONSISTENCIA METALICA ENGLOBADO EN TEJIDO GRASO DE DISECCION TECICAMENTE MUY COMPLEJA POR LO QUE SE CONVIERTE A LAPAROTOMIA
NO EVIDENCIO COMPROMISO DE ESTRUCTURAS VASCULARES

TECNICA DE NEUMOPERITONEO ABIERTA
PUERTO UMBILICAL DE 10MM
BAJO VISION DIRECTA 2 PUERTOS DE 5MM EN FLANCO IZQUIERDO
SE EVIDENCIAN HALLAZGOS POR LO QUE SE CONVIERTE A LAPAROTOMIA
INCISION MEDIANA SUPRA E INFRAUMBILICAL
DISECCION POR PLANOS HASTA CAVIDAD
IDENTIFICACION DE HALLAZGOS
LIBERACION EXAHUSTIVA HASTA RESECAR Y EXTRAER LA TOTALIDAD DEL CUERPO EXTRAÑO
REVISION EXAHUSTIVA DEL RESTO DE LA CAVIDAD SIN HALLAZGOS PATOLOGICOS ADICIONALES
SE CIERRA FASCIA CON POS 0
SE CIERRA PIEL CON SURGIPRO 3-0
NO COMPLICACIONES
CONTEO COMPLETO
SE ENTREGA CUERPO EXTRAÑO PARA CADENA DE CUSTODIA
SE EXPLICA A SUS ACUDIENTES

Se destaca el hallazgo del procedimiento médico de extracción que consignó: “cuerpo extraño de **consistencia metálica englobado en tejido graso de disección técnicamente muy compleja por lo que se convierte a laparotomía**”.

El acervo probatorio cuenta con el cuerpo extraño que le fue extraído al paciente que, según la rotulación del paquete es una “pinza de disección Roox” y, conforme la descripción contemplada en el formato de registro de cadena de custodia se trata de una “pinza de disección Ross en acero inoxidable, la pinza se encuentra en dos partes”²⁹, observándose del elemento aportado que, en efecto, se corresponde con una pinza partida en dos partes:



²⁸ Archivo 03 pág. 16

²⁹ Archivo 63 pág. 3



El historial médico aportado por el extremo activo se corresponde con las atenciones en salud brindadas al paciente en la Clínica demandada, la IPS Virrey Solís y la Nueva Clínica Sagrado Corazón. En la primera donde se le practicó la “*herniorrafía inguinal derecha*” en mayo de 2004 y, en las dos últimas, donde se halló el cuerpo extraño y se efectuó el procedimiento de extracción en noviembre de 2017.

En respuesta a la prueba de oficio decretada por el Juzgado, la EPS Saludtotal aportó la historia clínica de la IPS Virrey Solis que da cuenta de las atenciones en salud al demandante entre los años 2014 y 2022, sin que de su revisión conjunta con el restante registro médico que milita en el expediente, se advierta algún antecedente quirúrgico practicado al paciente diferente de la herniorrafía inguinal realizada en mayo de 2004.

Ciertamente, la revisión de toda la historia clínica aportada no reporta procedimiento quirúrgico al señor Jhon Jader Gamboa distinto de la herniorrafía inguinal, tal circunstancia generó convicción suficiente en el fallador de primer grado para inferir que fue en tal intervención y no en otra, en donde se dejó el oblito quirúrgico al señor Jhon Jader Gamboa, apoyándose en el principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas).

Para la Sala, la inferencia efectuada por el *a quo* es lógica y razonable para derivar del acto quirúrgico practicado en mayo de 2004 el nexo de causalidad y la culpa médica, en atención al oblito quirúrgico que fue abandonado en el organismo del paciente, circunstancia con entidad suficiente para deducir el descuido, la negligencia, impericia y trasgresión de la *lex artis ad hoc*.

En punto al nexo de causalidad, resulta ser suficientemente indicativo del hallazgo del cuerpo extraño, la ausencia de reporte de algún otro antecedente quirúrgico distinto de la herniorrafía inguinal realizada en mayo de 2004, como se anotó. Esto, porque revisado todo el historial médico allegado, bien puede notarse que, en

ninguna de las atenciones surgidas desde la fecha del procedimiento en 2004, ni las que datan en el periodo comprendido entre 2014 y octubre de 2017 dan cuenta de la existencia de cirugía diferente practicada al actor.

Se duele el extremo pasivo de la falta de valoración del informe de lectura de impresión diagnóstica del 22 de noviembre de 2017, mediante el cual, se indican los resultados de un estudio de rayos X de abdomen simple efectuado al señor Jhon Jader Gamboa que da cuenta de un *“material de sutura a la altura de los cuerpos vertebrales de L3, L4 y L5”*³⁰:

ESTUDIO: RAYOS X DE ABDOMEN SIMPLE

Llama la atención aparente material de sutura que se proyecta a la altura de los cuerpos vertebrales de L3, L4 y L5, ante la ausencia de una proyección lateral no logro determinar su ubicación adecuadamente.

Algunas asas ligeramente dilatadas hacia el hipocondrio derecho e hipocondrio izquierdo, sin que se definan claramente niveles.

No hay evidencia de neumoperitoneo ni neumatosis intestinal.

Estructuras óseas sin lesiones.

**IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA:
MATERIAL DE SUTURA EN LA REGIÓN ABDOMINAL?**

Sin embargo, del informe en comento no se puede deducir la práctica de otro procedimiento quirúrgico al actor que explique la presencia del oblitto quirúrgico. Esto, por cuanto dicho informe es posterior a la intervención practicada al paciente para la extracción del cuerpo extraño (17 de noviembre de 2017), de ahí que, los hallazgos de suturas puedan obedecer precisamente a tan reciente intervención, adicionalmente, el mismo radiólogo indica que no cuenta con proyección lateral para establecer su ubicación, por consiguiente, la existencia de otras intervenciones quirúrgicas que defiende el extremo pasivo derivadas del contenido del informe de radiografía es netamente conjetural y carente de respaldo.

La inferencia a partir de la ausencia de intervenciones quirúrgicas resulta ser significativa y trascendental para asociar el hallazgo del oblitto quirúrgico con la herniorrafía inguinal del 3 de mayo del 2004, el daño alegado derivado del sometimiento al procedimiento de extracción y las afectaciones de salud que sufrió el actor, pero, no es única y exclusiva, debido a la existencia de otros medios demostrativos que, valorados en conjunto, brindan certeza de la configuración del nexo de causalidad entre el menoscabo y la actividad médica objeto de reproche.

En efecto, la ausencia de cirugías al actor entre el 2004 y el 2017, sumado a la ubicación del objeto extraño evidencian que verdaderamente fue en la herniorrafía inguinal practicada en la Clínica demandada en donde se dejó el elemento extraño.

³⁰ Archivo 35 pág. 81

Al respecto, la historia clínica del 15 de noviembre de 2017 da cuenta que el cuerpo extraño (pinza) se encontraba en la pelvis³¹, la nota operatoria del 17 de noviembre siguiente señala como diagnóstico pre y postoperatorio “*cuerpo extraño intraabdominal*”³², precisando que se trata de un “*cuerpo extraño en **región inguinal***”, localización que coincide precisamente con el lugar operatorio de la hernia. Por su parte, las notas operatorias de la herniorrafía describen “*disección fascia oblicuo mayor, disección de saco indirecto, corrección con ligadura de su base, cierre de **fascia** con vicryl cero*”³³.

Respecto del procedimiento realizado al paciente, explicó el representante legal de la Clínica demandada:

*“La hernia inguinal derecha, **una hernia es una protrusión, una salida o una pérdida de continuidad de la pared inguinal**, como se dice, tal cual como indica su nombre, en donde protruye, **puede ser parte del epiplón**, que es una capita que cubre el intestino o el peritoneo o el mismo intestino (...)*

*En una herniorrafía inguinal, la acción principal no es intraabdominal, es extraabdominal. Entonces, **se trabaja es a nivel inguinal**, ¿cierto? sobre las capas, **se incide en la piel, tejido celular cutáneo, tejido graso**, y se encuentra una musculatura y **una fascia, que es como una piel secundaria del ser humano, que protege para que los intestinos se queden encapsulados en donde deben estar.***

*Cuando existe la hernia, digamos que hay una separación, por decirlo así, aquí, y finalmente, **puede existir salida aquí del tejido graso, el epiplón**, o incluso intestinal. Normalmente **lo que se hace es, se diseca, se llega a esa apertura, y lo que se hace es, se reduce la hernia, se introduce nuevamente al intestino, al abdomen**, y se cierra con una sutura la piel, segunda piel del ser humano”*³⁴.

De la declaración del representante legal de la institución demandada emana una explicación sobre el procedimiento realizado que, apreciada en conjunto, con el lugar del hallazgo del cuerpo extraño, otorga mayor razonabilidad y certeza de la conclusión a la que arribó el juez de primera instancia, esto es, que la pinza encontrada en el organismo del demandante tuvo origen en la herniorrafía inguinal realizada en 2004 por la Clínica demandada, en tanto se evidencia la coincidencia en el lugar donde se halló la pinza y donde se realizó el procedimiento, así como una explicación técnica y lógica que indica que, aunque mínima, la herniorrafía si incide en la cavidad abdominal, pues es de allí que emana el tejido graso y por ello se introduce el tejido al abdomen.

³¹ Archivo 03 pág. 12

³² Archivo 03 págs. 6

³³ Archivo 35 pág. 87

³⁴ Archivo 52 minuto 1:20:38 y ss.

Véase como el cuerpo extraño se encontraba alojado en la pelvis o zona inguinal, mismo sitio de intervención de una herniorrafía inguinal que compromete la fascia, inclusive y el oblicuo mayor, es decir un músculo del abdomen, por lo que incide allí y en este caso fue objeto de disección, aun de forma superficial, conforme a las explicaciones brindadas por el representante legal de la demandada, quien aseveró ser profesional de medicina y, además, expuso que ese “trabajo” a “nivel inguinal” incide en el *“tejido graso”*.

La incidencia en el tejido graso cuando se practica una herniorrafía inguinal llama la atención de la Sala, puesto que, precisamente el informe anatomopatológico del 21 de noviembre de 2017 que caracteriza el elemento extraño extraído del paciente señala que se encontraba *“incrustado en el tejido graso”*, incluso que “estaba rodeado” por el mismo³⁵:

En recipiente rotulado como **cuerpo extraño**: Se reciben múltiples fragmentos de epiplón, el mayor de 11x8x2cm de color amarillo y café con áreas de aspecto fibroso. Incrustado en el tejido graso se observa un fragmento de consistencia firme de aspecto metálico oxidado, libera gran cantidad de óxido y está rodeado por el tejido graso. Se procesa parte representativa 6F.

Adicionalmente, el informe da cuenta del hallazgo de *“múltiples fragmentos de epiplón”*. Sobre el epiplón expuso el representante declarante:

“El epiplón es una capa superficial del intestino, digamos que hace varias funciones de lubricación y digamos que hace que el intestino tenga los movimientos adecuados. El epiplón, normalmente, voy a poner varios ejemplos, de pronto, para que tengamos como claridad al respecto, cuando el epiplón o cuando existe una irritación dentro del abdomen, una irritación por cualquier motivo, puede incluso tener, señor juez y todos los aquí partícipes, una apendicitis perforada. A un ser humano se le puede perforar el apéndice, el cuerpo humano hace una encapsulación, puede llegar a suceder que haga una encapsulación y tenga el cuerpo, la inflamación, la localice y no la deje difundir hacia una peritonitis. Entonces, eso hace parte que el epiplón, digamos, que puede tener, digamos, que esas funciones de protección, por decirlo así”

De tal manera, la extracción del cuerpo extraño involucró no solo el elemento metálico o pinza, sino también el retiro de múltiples fragmentos de epiplón que, según las explicaciones del representante legal de la demandada, es una capa superficial del intestino de la cual puede hacer parte la pared inguinal y cumplir funciones de protección como una “encapsulación” que puede incluso evitar la difusión hacia una peritonitis.

Dicha explicación resulta plausible para aceptar que el elemento encontrado permaneciera incrustado en el organismo del demandante, pese al considerable

³⁵ Archivo 04 pág. 8

paso de los años y, desvirtúa las afirmaciones del médico Darío Sierra, quien en su testimonio expresó: *“sí una pinza se llega a caer a la cavidad abdominal, no hay forma de que eso quede 14 años allá y que el paciente nunca consulte por nada, si eso llega a ocurrir, en las primeras horas el paciente va a estar molesto quejándose de dolor”*.

Es decir, la imposibilidad que manifestó el testigo técnico Darío Sierra pierde credibilidad con la explicación brindada por el representante legal de la Clínica, toda vez que, el epiplón que fue retirado en fragmentos en conjunto con el elemento extraño, cumple una función de protección o encapsulamiento que puede impedir el paso hacia una peritonitis, conforme las aseveraciones del representante legal de la demandada.

Lo anterior quiere significar que, existe una explicación desde el punto de vista científico, a partir de la cual, se deriva la posibilidad que el cuerpo extraño intrabdominal permaneciera por años en el organismo del demandante al encontrarse *“incrustado”* en el tejido graso y bajo el amaro de la función protectora del epiplón. Es decir, según indicó el informe anatomopatológico y lo explicado por el representante legal la demandada, se puede inferir razonablemente que, el objeto hallado se instaló o incrustó en el tejido graso y el organismo lo asimiló tras el paso de los años.

Ahora, el médico Darío Sierra negó la posibilidad que el elemento se alojara en la cavidad abdominal por años, sin sentir dolor, sin embargo, la declaración del representante legal de la institución demandada devela la posibilidad de su ocurrencia al aseverar que, una persona con masas de hasta 5 kilogramos en el abdomen presente sintomatología leve. En sus palabras:

“el ser humano a nivel del abdomen puede tener masas incluso de 3, 4 y 5 kilogramos, 3, 4 y 5 kilogramos y tener una sintomatología leve (...) aquí en Clínica Vida y, además en tema de cáncer, hemos visto pacientes con masas pélvicas de 1 y 2 kilogramos y con sintomatología leve”.

En punto a ello, advierte la Sala que la historia clínica de la IPS Virrey Solís da cuenta de alguna sintomatología que presentó el demandante desde 2016, específicamente, en la atención médica del 30 de diciembre de dicha anualidad aquel consultó por motivo de: *“vómito (...) náuseas hoy, además dolor abdominal y deposiciones muy blandas”*, generándole el diagnóstico de *“(A09) diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso”*³⁶.

³⁶ Archivo 58 pág. 59

De tal modo que, según las afirmaciones del representante legal de la institución llamada a juicio, no necesariamente debe aparecer sintomatología temprana como fuertes dolores como lo indicó el testigo técnico, pues, inclusive en casos de masas en el abdomen de hasta 5 kilogramos los síntomas pueden calificar de “*leves*”, siendo imperceptibles o al menos no ameritar objeto de preocupación o consulta. En todo caso, como se evidenció, sí existió reporte previo de alguna sintomatología que pueda estar asociada con la presencia de un objeto extraño en el abdomen.

Por otra parte, el elemento extraño se describió como un fragmento de aspecto metálico “*oxidado*” que “*libera gran cantidad de óxido*”, aspecto que fue cuestionado en el dictamen pericial, por cuanto “*los materiales quirúrgicos están hechos de **acero inoxidable***” y, “*no se utiliza material oxidable en cirugía*”³⁷, así como por el testigo técnico Darío Sierra, quien afirmó: “*todo el instrumental que se utilice en cirugía es instrumental que es con **material antioxidante***”.

La oxidación del elemento extraído del cuerpo del demandante, tampoco tiene la virtualidad de derruir la tesis que viene sosteniendo la Sala. Al respecto, el formato de registro de cadena de custodia describe el cuerpo extraño como una “***pinza de disección Ross en acero inoxidable***”, caracterización que se corresponde con las herramientas quirúrgicas que usualmente utiliza la demandada, según afirmó el representante legal de la demandada: “*las pinzas, digamos, que están certificadas y avaladas por el INVIMA, que son las que nosotros normalmente utilizamos en los aspectos de salud, **son acero inoxidable***”.

En ese orden, la pinza extraída al actor, en efecto, se corresponde con la característica indicada por la demandada respecto de las que normalmente utilizan en los procedimientos médicos, pues claramente se describe que está hecha en “*acero inoxidable*”. Ahora, el hecho de hallarse oxidada o de liberar grandes cantidades de óxido no desvirtúa que esté hecha de acero inoxidable, es decir, por tener esta característica no implica que no se oxide con el paso del tiempo, contrario a ello, da cuenta del prolongado tiempo que pudo permanecer la pinza al interior del cuerpo del demandante. El mismo perito que convocado por la demandada indicó en la sustentación que los elementos quirúrgicos son de acero inoxidable, pero que “***a largo plazo todo material es oxidable***”.

A más de lo anterior, el elemento retirado del cuerpo del paciente se describió como “***pinza de disección***”, término este último que guarda relación con la técnica utilizada en la herniorrafía inguinal, recuérdese que la nota operatoria describió la

³⁷ Archivo 40 pág. 19

intervención como: ***“disección fascia oblicuo mayor, disección de saco indirecto, Corrección con ligadura de su base, cierre de fascia con vicryl cero”***.

Respecto del elemento extraído, aunque hubo discusión de la pasiva sobre la falta de evidencia de este, cierto es que fue aportado al proceso luego de la prueba de oficio decretada por el *a quo*, evidenciándose que ciertamente corresponde a una pinza, como se dejó establecido en precedencia, sin que tenga ningún éxito el reproche de la demandada concerniente a falencias en la cadena de custodia, pues no se demostró el incumplimiento de los factores como identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío, entre otros, además, se aportó el acta del correspondiente registro elaborado por la institución demandada³⁸.

Hasta este punto, refulgen varias circunstancias que, contrario al sentir del apelante, confluyen para dar fuerza a la tesis que sostuvo el *a quo* sobre el origen de la pinza derivada de la herniorrafía inguinal realizada el 3 de mayo de 2004 en la Clínica demandada.

En efecto, la ausencia de intervenciones quirúrgicas entre 2004 y 2017 diferentes a la herniorrafía inguinal practicada al actor, la proximidad del elemento hallado con el lugar donde fue intervenido quirúrgicamente, los hallazgos de la incrustación del cuerpo metálico en el tejido graso y la incidencia de este tejido en la práctica del procedimiento, el retiro de fragmentos de epiplón y la función protectora que cumple para “encapsular” que puede explicar una asimilación del cuerpo extraño por el organismo, la posibilidad de que una masa de hasta de 5kg en el abdomen genere sintomatología leve y la consecuente dificultad en detectar el elemento, así como la caracterización del elemento extraído como una “pinza de disección en acero inoxidable” que coincide con las que utiliza la Clínica y con la técnica que se aplicó en la herniorrafía inguinal, la oxidación que sugiere la larga duración del elemento al interior del cuerpo, son situaciones que permiten inferir lógica y razonablemente que fue en el procedimiento quirúrgico practicado el 3 de mayo de 2004 en donde se dejó la pinza quirúrgica encontrada en el cuerpo del paciente, sin que se hubiera probado la existencia de otra causa que brinde una explicación sensata y lógica de la presencia de una pinza quirúrgica al interior del organismo del actor distinta de la mencionada, todo lo cual, desembocó el sometimiento de aquel a una cirugía de extracción y todo el menoscabo en su salud que sufrió el actor a continuación.

³⁸ Al respecto, dispone en su parte pertinente el art. 254 de la Ley 906 de 2004:

“ARTÍCULO 254. APLICACIÓN. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos”.

Ahora bien, se aportó un dictamen pericial elaborado por el médico especialista en cirugía general Luis José Palacios Fuenmayor, mediante el cual, se concluyó la improbabilidad de que una pinza hubiese sido dejada en la cavidad abdominal por un espacio de 13 años y que obedezca a la herniorrafía inguinal practicada en 2004, evidenciando una serie de situaciones que soportan su dicho, a saber, permanecer el paciente asintomático durante ese tiempo, la presencia de hallazgos operatorios por el informe de lectura de radiografía del 22 de noviembre de 2017 y la oxidación del elemento extraído cuando los instrumentales quirúrgicos están hechos en acero inoxidable³⁹.

Dicha prueba pericial carece de fiabilidad y solidez, toda vez que no da cuenta de las razones técnicas de lo afirmado; las conclusiones no se fundamentan en métodos, investigaciones o estudios científicos en la materia; el perito reconoce en la sustentación la existencia de casos incidentales como el que invoca la parte demandante, lo cual contradice la improbabilidad concluida; reconoció asimismo la oxidación a largo plazo de todo material, aspecto que, como se vio, es un hecho indicador de que la pinza que se extrajo liberando grandes cantidades de óxido permaneció por largo tiempo en el organismo del paciente; también se advierte un grave error frente a la lectura radiológica del 22 de noviembre de 2017 que utilizó para afirmar la existencia de un procedimiento quirúrgico de columna lumbar y desmentir la ausencia de otras intervenciones quirúrgicas, desconociendo que tiene fecha posterior a la extracción del oblito y que el radiólogo señaló que no cuenta con proyección lateral para establecer su ubicación, como se anotó.

Asimismo, desconoció el experto la sintomatología que presentó el paciente en diciembre de 2016, pues su examen se limitó a lo que está escrito en la historia clínica de la Clínica Vida en 2004, así como de la Clínica Sagrado Corazón y los informes de las imágenes de radiografía, sin perder de vista que, en lo relativo a los síntomas, el mismo representante legal de la demandada aceptó que una persona los refiera en forma leve incluso con masas en el abdomen de hasta 5 kilogramos.

Sobre el particular, es importante destacar que la historia clínica de la Clínica Vida es escasa y deficiente precisamente para el procedimiento de 2004, pues no describe el procedimiento quirúrgico con detalle, tampoco se acompaña de registros previos que permitan conocer las condiciones de salud del paciente, síntomas, exámenes, hallazgos, diagnóstico y tratamiento, cuyo deber de diligenciamiento es del médico tratante y tenía que reposar en la institución demandada, conforme lo establecido en la Resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud que establece

³⁹ Ver archivo 40

como características del registro: integralidad, secuencialidad, racionalidad científica, disponibilidad y oportunidad.

Para la Sala, es un hecho indicador de una deficiente atención médica que se aporte una historia clínica incompleta. Esto, por cuanto, es un documento neurálgico para atestar sobre la atención médica ofrecida a un paciente y útil para la resolución de casos como el que nos ocupa de cara al esclarecimiento de los hechos objeto de controversia y la formación del convencimiento del juez.

Sumado a lo anterior, si se aprecia la historia clínica suministrada por Salud Total, se puede advertir que, con anterioridad al hallazgo del oblito, el demandante refirió a los médicos que empezaron a tratar sus dolencias por dolores de cabeza y pierna que su único antecedente quirúrgico fue precisamente la herniorrafía de 2004⁴⁰, lo que descarta una conducta procesal indebida por parte del actor, quien cumplió con acreditar la realización de la cirugía, el hallazgo que indica el olvido del instrumental quirúrgico y los efectos dañinos que ello produjo en su salud.

De tal manera, la postura defensiva del extremo pasivo está llamada al fracaso, puesto que, contrario a la misma, se puede deducir de la apreciación conjunta de las pruebas, el nexo de causalidad generado entre la actividad médica desplegada el 3 de mayo de 2004 y los daños que reclama el actor, cuyo origen se generó por el oblito quirúrgico abandonado en tal fecha cuando se practicó al señor Jhon Jader Gamboa la herniorrafía inguinal derecha.

De tal conducta deriva además la configuración de la culpa médica como elemento estructural de la responsabilidad, pues una intervención quirúrgica requiere de la mayor rigurosidad posible y la adopción de buenas prácticas como el conteo del instrumental que se utilice para asegurarse que no se olviden el cuerpo del paciente y contrarrestar al mínimo el riesgo de que ocurra, así se advierte, por ejemplo, en la historia clínica que da cuenta de la extracción del objeto.

El hallazgo del oblito quirúrgico a causa de la cirugía realizada el 3 de mayo de 2004 evidencia, a todas luces, que no se cumplió con la rigurosidad y el deber de cuidado que debía atenderse en la práctica del procedimiento médico para que culminara exitosamente, sin dejar al azar la posibilidad de dejar instrumental quirúrgico al interior del cuerpo del paciente, su abandono es desde todo punto de vista una conducta reprochable que por sí misma califica de imperita, negligente, descuidada y que transgrede la *lex artis ad hoc*, de tal suerte que, el elemento subjetivo también se encuentra satisfecho.

⁴⁰ Archivo 58 pág. 56

5.1.2 Daño patrimonial.

Discrepó la demandada del reconocimiento del perjuicio patrimonial. A su juicio, no se acreditó, fue pagado por la EPS y no tiene relación con la intervención quirúrgica en la Clínica Vida.

Tal reparo también está llamado al fracaso, puesto que, conforme el certificado expedido por la sociedad Forlex S.A.S. expedido el 9 de febrero de 2018, está probado que el señor Jhon Jader Gamboa estuvo vinculado laboralmente a dicha empresa desde el 5 de septiembre de 2016 devengando un salario de \$1.222.300⁴¹ y que estuvo incapacitado por un espacio de 12 días.

De ese modo, contrario al sentir del recurrente, si se acreditó el perjuicio patrimonial al actor derivado de las incapacidades y, aun cuando adujo que no estaban relacionados con la intervención del 2004, lo cierto es que se evidencia que fueron prescritas por los diagnósticos T88.9 que, conforme la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE)⁴² obedece a *“complicación de atención quirúrgica y médica, no especificada”* y Z988 *“otros estados postquirúrgicos especificados”* derivado del drenaje de colección de pared abdominal y las complicaciones posteriores a la extracción del cuerpo extraño, por lo que procedía el reconocimiento.

Tampoco tiene la vocación de derruir la obligación resarcitoria el hecho del pago que eventualmente hizo la EPS de las incapacidades, porque las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social y la indemnización de perjuicios por la producción de un daño no resultan incompatibles, su origen y fuentes son diversas⁴³, razonamiento por el cual no se acoge el reproche de la alzada.

Frente al monto calculado no hubo reproche en la apelación, por lo que se tendrá en cuenta el determinado por el *a quo* (\$488.800), pero con la actualización que ordena el art. 283 del CGP.

Para indexar la suma se recurrirá a la siguiente formula:

⁴¹ Archivo 44 pág. 44

⁴² Consultado en: <https://mediately.co/es/icd?chapterCode=S00-T88&setCode=T80-T88>. Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2024.

⁴³Al respecto, tiene dicho la Corte: *“bien distintas son las acciones para reclamar indemnización y prestaciones sociales en asuntos laborales, de las civiles para demandar resarcimiento de perjuicios, por corresponder a fuentes diferentes; en aquella, lo será el contrato de trabajo y/o las leyes laborales que regulan el sistema de seguridad social, según el caso, y en esta, el daño infringido a la víctima, que puede o no venir precedida de una relación jurídica preexistente”*⁴³ SC2498-2018. Ver también las sentencias SC17494-2014, SC295-2021). Citadas en Sentencia SC506-2022.

VA: VH * IPC FINAL/IPC INICIAL

Donde:

VA: Valor actual

VH: Valor histórico

IPC FINAL: 144,22 (fecha de esta sentencia): noviembre 2024⁴⁴

IPC INICIAL: 133,78 (fecha fallo primera instancia): junio 2023

Total daño patrimonial actualizado: **526.945,25**

5.1.3 Daño moral.

Con relación al daño moral, encuentra la Sala que, contrario al concepto del apelante, se encuentra demostrado. Por cuanto una persona puede experimentar dolor, frustración, angustia, zozobra, desolación, entre otros sentimientos y emociones que afecten su esfera interna, producto del dolor físico, el desmedro en las condiciones de salud, el hecho de hallarse enfermo, basta acudir a las reglas de la experiencia y del sentido común para determinar que el menoscabo en la salud verdaderamente ocasiona deterioro anímico en un sujeto.

Ese es el caso del demandante, de quien puede inferirse lógicamente el daño moral ocasionado por la zozobra que genera saberse con la presencia de un objeto extraño al interior de su cuerpo, sumado al sometimiento a un procedimiento para su extracción que implicó una *“disección técnicamente muy compleja”*, así como las afectaciones y complicaciones de salud que surgieron a continuación.

Puntualmente, el actor aportó historia clínica de las atenciones médicas luego de la extracción de la pinza que dan cuenta de síntomas como dolor⁴⁵, náuseas y emesis⁴⁶, *“vómitos biliosos más o menos 30 que se asocia (...) deposición diarreica”*⁴⁷, diagnósticos de *“otros dolores abdominales y los no especificados”* y *“complicaciones no especificadas de la atención médica y quirúrgica”*⁴⁸, con descripción de *“paciente con cuadro de obstrucción intestinal por bridas, vómito francamente fecaloide, no mejoría con el manejo médico (...) propongo (...) la revisión de cavidad”* y se programa *“LE urgente”*, posteriormente, se le realiza *“pop de laparotomía exploratoria, liberación de adherencia, omentectomía”*⁴⁹, en la evolución postquirúrgica se anotó: *“se inició soporte nutricional parenteral como*

⁴⁴ Último periodo certificado por el DANE.

⁴⁵ Archivo 03 pág. 4

⁴⁶ Archivo 04 pág. 100

⁴⁷ Archivo 04 pág. 98

⁴⁸ Archivo 04 pág. 96

⁴⁹ Archivo 04 pág. 92

*única vía de suministro de nutrientes (...) según evolución de cx aún sin tránsito intestinal, requiere continuar NPT, se programa para cubrir 100% de los requerimientos calóricos y proteicos*⁵⁰.

Además, se observa de la historia clínica la realización de intervenciones subsiguientes como *“POP inmediato de lavado peritoneal POP + Liberación de adherencias + Cierre de pared abdominal parcial con eventrorrafia con malla y bolsa subfascial*⁵¹. Todo lo anterior en noviembre de 2017, días después del procedimiento de extracción.

A continuación, se evidencian síntomas de picos febriles, notas de *“abdomen abierto con malla de prolene y bolsa subyacente*⁵², prescripción de avance a *“dieta licuada”* y mas adelante a *dieta blanda*⁵³, el sometimiento a nuevas intervenciones de *“POP lavado peritoneal”*⁵⁴, consultas posteriores en noviembre de 2018 por dolor abdominal⁵⁵, procedimiento quirúrgico de *“drenaje de colección en pared abdominal”*⁵⁶ y recomendaciones de restricción en la alimentación⁵⁷.

Tal escenario revela indudablemente la afectación en la órbita interna del agraviado derivada de la aflicción, incertidumbre, congoja, incomodidad y zozobra que genera en una persona la merma en sus condiciones de salud, las continuas atenciones médicas, el sometimiento a varias intervenciones quirúrgicas, complicaciones postoperatorias y la intranquilidad que supone conocer la presencia de un cuerpo extraño en el organismo, la posibilidad de riesgos y el agravamiento en el estado de salud.

Aunado a ello, se acreditaron los vínculos de familia de Jhon Jader Gamboa con Juan Pablo Gamboa Herrera, Lesby Oraidá Bustamante, Darcy Vergara Bustamante, Marco Fidel Gamboa Carrillo, Blanca Deyanira Ramírez Torres y Marco Fidel Gamboa Ramírez, quienes ostentan la calidad de hijo, compañera permanente, hija de crianza, padre, madre y hermano, en su orden, conforme los registros civiles y declaración jurada ante notario⁵⁸ y las declaraciones rendidas en juicio. Al respecto ha dicho la Corte que:

“el parentesco y más concretamente el primer círculo familiar, ha sido un fuerte indicador para derivar de allí la inferencia o presunción de que, en

⁵⁰ Archivo 04 pág. 86

⁵¹ Archivo 04 pág. 84

⁵² Archivo 04 pág. 60

⁵³ Archivo 04 pág. 52

⁵⁴ Archivo 04 pág. 44

⁵⁵ Archivo 04 pág. 18

⁵⁶ Archivo 04 pág. 16

⁵⁷ Archivo 04 pág. 10

⁵⁸ Ver archivo 03 págs. 60 – 67; 46

*razón de los afectos que en ese entorno se generan, la muerte, la invalidez o los padecimientos corporales de unos integrantes hiere los sentimientos de los otros por esa cohesión y urdimbre de que se habla - surgiendo así por deducción la demostración de la existencia y la intensidad del daño moral*⁵⁹ (Subrayado de la Sala).

En atención a lo anterior, respecto de los daños morales existe presunción de su existencia derivada de los padecimientos corporales y las relaciones de familia más cercanas, por lo que era carga de la demandada derruir la mencionada presunción a través de prueba idónea que permitiera concluir la ausencia del daño, sin que cumpliera con la misma.

Por el contrario, el agravio moral sufrido por la víctima directa, así como las indirectas producto del desmedro en la salud de aquel, no solo se infiere a partir del uso de las reglas de la experiencia y del sentido común, también emana de la declaración rendida por los demandantes y de la prueba testimonial.

El demandante Jhon Jader Gamboa manifestó: *“mi situación ahora es súper complicada, yo ahora no puedo comer nada, a mí todo me hace daño, yo me inflamo, mi estómago se inflama todo el tiempo (...) **esto ha sido un tormento** después de estas cirugías, y cada vez se ha ido agudizando más”*.

Por su parte, Darcy Vergara Bustamante (Hija de Crianza) expresó que, en el periodo comprendido entre noviembre de 2017 y febrero de 2018 cuando el señor Jhon Jader Gamboa presentó las serias dificultades en su estado de salud le *“empezó a ir muy mal en el colegio (...) de acuerdo con todo eso y a la situación que pasó”,* se sintió muy *“**afectada**”* y, agregó: *“empecé a bajar las notas (...) perdí alrededor de ocho materias, casi me lleva el año completo”*.

Juan Pablo Gamboa (hijo) aseveró:

*“yo personalmente con mi familia empecé a tener varios problemas, primero por las **afectaciones que tuve en el ámbito escolar**, yo perdí el año con 14 materias perdidas (...) a mi papá lo podía como ver por ratos, cierto. Entonces desde ahí que empezaron como las afectaciones (...) Luego de eso, pues, eso era como delicado e **incómodo**, porque eso impactó de una manera que era hasta como delicado hablar del asunto. Y yo sé que **todos lo sentíamos así, era como algo de lo que ni siquiera hablamos, porque fue como un shock**, no sé, fue como una terapia de shock, algo así. No hablábamos mucho como del asunto. Mi papá, pues, yo soy una persona que toda la vida vivió con mi papá, entonces se puede considerar de mis mejores amigos”*.

Marco Fidel Gamboa Ramírez (hermano) indicó:

⁵⁹ SC 5686- 2018.

*“en la familia no teníamos problemas médicos o angustias por ese tema, digamos que con Jader fue donde se detonó por primera vez como ese tema y eso pues obviamente detonó una **angustia familiar (...)** en el momento de la operación de mi hermano pues todos estuvimos muy pendientes, pero finalmente **a todos nos golpeó mucho** porque como les decía nunca habíamos vivido esa situación (...) pero digamos que sí se notó en algunos, **sobre todo en mi padre y mi hermano**, pues se **decajó bastante** como después de la situación decajó bastante”.*

En esa misma línea, Marco Fidel Gamboa Carrillo (padre) mencionó que, producto de la intervención quirúrgica de su hijo en noviembre de 2017 se vio **“bastante afectado”**, precisando: *“al ver uno el hijo ya prácticamente en peligro de muerte, eso **nos afectó muchísimo a todos**. Inclusive yo estuve muy enfermo después de eso (...) **fue un estrés permanente**”* y, en similares términos, la demandante Blanca Deyanira Ramírez Torres (madre) expresó sobre las afectaciones de salud de su hijo:

*“eso **fue una cosa muy agotadora** que nunca yo, nunca había tenido un hijo enfermo. Mis hijos, mis tres hijos fueron mis muchachos muy sanos (...) a raíz de eso **mi muchacho se vio muy afectado** (...) En el tiempo que estuvo mi muchacho allá en ese hospital, eso **fue muy desgastador para nosotros**, para mí, ver que casi todos los días le sacaban a mi hijo el intestino, todo lo del estómago para hacerle un lavado y verlo constantemente abierto, tirado en una cama, abierto, expuesto a una bacteria o alguna cosa que le pudiera presentar. Muchas noches amanecí con él allá, en reemplazo de la esposa, porque la esposa siempre estuvo pendiente de él. Pero hay noches que yo iba para que ella se fuera a descansar, **noches muy desgastadoras** de nosotros, ver cómo moría una persona allí, otra allí y ver uno, el paciente, el hijo de uno tirado en una cama, abierto. **Eso es muy duro**, señor”.*

A su turno, la testigo Elisabeth Cristina Torres Roldán, quien laboraba con la demandante Lesby Oraida Bustamante al preguntarle por el estado de ánimo de Jhon Jader Gamboa y de aquella a causa de la intervención quirúrgica de extracción del cuerpo extraño y las subsiguientes atenciones, contestó: *“No, pues él (Jhon Jader) que estaba a punto de quitarse la vida, es que eso era horrible, pues el quedó en un estado super mal, y ella (Lesby Oraida) también, o sea, **toda la familia se desmoronó** (...) yo viví el **proceso de sufrimiento de ella** todo el tiempo”.*

En esa misma línea, el testigo Camilo Agudelo Vélez, quien adujo ser amigo de Jhon Jader Gamboa señaló:

*“de cierta forma manejo camaradería como buen amigo, que me considero que soy de él, él me dijo en varias ocasiones que estaba súper mal, incluso no quiso que nosotros fuéramos los primeros por ahí 25 o 30 días después de que salió, de que lo mandaron para la casa, porque él decía que se sentía, es decir, verse de esa manera, con esa herida tan abierta, y que **él se sentía muy mal** en esas cuestiones (...) él de salud mental sí **estuvo muy mal**. Incluso, pues, teniendo la cercanía que*

*tiene conmigo, en determinado momento me llegó a decir que estaba **muy aburrido** y que no sabía qué iba a hacer”.*

Por último, Beatriz Eugenia Grajales García depuso:

*“yo después de que salió del hospital, yo sí lo visité en la casa. Él estuvo unos días en la casa de la mamá porque tenía que tener unos cuidados demasiado especiales, en cuanto pues como la alimentación, la contaminación de todo esto, pues que no tuviera ningún tipo de contaminación y esto y **vi a la mamá muy demacrada (...)** **Él me lloró en varias oportunidades**, digamos unas tres oportunidades, **desesperado porque no sabía qué iba a pasar con él, con su salud, con su empleo, con el empleo del Lesby que ella había tenido que dejarlo debido a toda esta situación para poder estar pendiente de él”.***

Del acervo probatorio acabado de resaltar, no queda duda que el sometimiento a un procedimiento quirúrgico para la extracción del oblitio quirúrgico y, todo el desmedro en las condiciones de salud que sufrió Jhon Jader Gamboa a continuación, las complicaciones consecuentes que incluyó el sometimiento a nuevas intervenciones quirúrgicas, a dietas estrictas (liquidas y blandas), la restricción en la alimentación y circunstancias como el “*abdomen abierto con malla de prolene y bolsa subyacente*”⁶⁰, ciertamente comportan afectación en el estado de ánimo de un individuo y en su esfera interna, en este caso, no solo al afectado directo, sino que además repercutió en su núcleo familiar más cercano compuesto por su hijo, compañera permanente, hija de crianza, padres y hermano, evidenciándose asimismo fuertes lazos familiares, de ahí que, contrario al juicio del apelante, resultaba procedente el reconocimiento del daño moral.

En lo concerniente a la cuantificación del daño moral, la parte accionada consideró que fue excesiva, señalando que, los referentes jurisprudenciales citados por el juez se corresponden con lesiones graves y permanentes y, en este caso, el paciente no tuvo ninguna lesión física, sino únicamente sintomatología temporal que no dejó secuelas permanentes.

El *a quo* condenó a las siguientes sumas de dinero: \$25'000.000 para John Jader Gamboa Ramírez, \$10'000.000 para cada uno de los demandantes Lesby Oraidá Bustamante González, Juan Pablo Gamboa, Darcy Vergara Bustamante, Marco Fidel Gamboa Carillo y Deyanira Ramírez Torres y \$5'000.000 para Marco Fidel Gamboa Ramírez, sumas que, a la fecha de la decisión equivalían a 21.55, 8.62 y 4,31 SMLM de la época⁶¹, respectivamente.

⁶⁰ Archivo 04 pág. 60

⁶¹ Según Decreto 2613 del 28 de diciembre de 2022, el salario mínimo para el año 2023 se fijó en \$1'160.000.

Citó el fallador a modo de ejemplo varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia en casos de responsabilidad médica como referente para la tasación del daño moral. Esto es, la sentencia SC3919-2021, en donde se condenó por el equivalente de 55,03 SMLMV a favor de la víctima indirecta (padres) por las secuelas neurológicas severas como consecuencia de hipoxia cerebral ocurrida durante transoperatorio de procedimiento quirúrgico cardiovascular; la SC3728-2021, por el equivalente a 66,04 SMLMV a favor de la víctima directa por hipoxia al nacer, asfixia perinatal, insuficiencia respiratoria aguda, isquémica miocárdica y hemorragia subaracnoidea”, “cercenamiento” de las “capacidades físicas, intelectuales y espirituales”; la SC780-2020 por el equivalente a 34,18 SMLMV a favor de la víctima directa por deformidad física que afecta el rostro, de carácter permanente y lesiones sufridas de mediana gravedad; la SC21828-2017 por el equivalente a 54,22 SMLMV a favor de la víctima directa por pérdida de la vista del actor; la SC562-2020 por el equivalente a 68,35 SMLMV a favor de la víctima directa por ceguera total en ambos ojos debido a una retinopatía producida por su nacimiento prematuro; la SC9193-2017 por el equivalente 81,33 SMLMV para la víctima directa por parálisis cerebral y cuadriplejía de por vida del menor, por atención deficiente en un trabajo de parto y; finalmente, la SC del 15 de octubre de 2004 que tasó por el agravio moral el equivalente a 41,89 SMLMV a favor de la víctima directa por amputación de su miembro inferior izquierdo.

Sin necesidad de efectuar una búsqueda adicional de referentes jurisprudenciales de la Corte en materia de daño moral, dado que la abundante y exhaustiva citación de la que se sirvió el *a quo* para la tasación es suficiente para colegir que fue efectuada de manera racional y no en forma desproporcionada o excesiva, como consideró el apelante.

En efecto, nótese como los casos citados dan cuenta de eventos que pueden clasificar de alta y mediana complejidad, encontrándose las condenas impuestas muy superiores a la fijada por el *a quo*, esto es, 21.55 SMLMV para la víctima directa y para las indirectas 8.62 y 4,31 SMLMV, de ahí que, contrario al sentir del recurrente, no luzca irrazonable la cuantificación efectuada cuando el máximo fijado por el juez (21.55) no alcanzó siquiera al monto inferior tasado por la Corte (34.18) en un caso de mediana complejidad.

Adicionalmente, atiende a las reglas de equidad, no se observa irracional, insuficiente o desbordada a partir del agravio en la esfera interna que sufrió el señor Jhon Jader Gamboa de cara a la zozobra que le generó tener un elemento extraño al interior de su cuerpo, el sometimiento a intervenciones quirúrgicas y las serias complicaciones en su salud que se produjeron en consecuencia ya expuestas, así

como a su núcleo familiar, cuya intensidad no se calcula solo a partir de la determinación de secuelas permanentes, sino de todo un proceso que implicó el agravamiento del estado de salud y su recuperación que, conforme las declaraciones al unísono y las expresiones utilizadas hubo estrés permanente, “tormento”, decaimiento, tristeza y desesperación en la víctima directa que irradió en sus familiares quienes se vieron sumidas en agotamiento, desgaste, desolación, sufrimiento, “shock” y, en general, angustia familiar. Sentimientos que resultan apenas lógicos al tener que hacer frente a la situación de salud de Jhon Jader Gamboa a causa del olvido quirúrgico. En consecuencia, la condena por daño moral se mantendrá incólume.

5.1.4 Daño a la vida de relación.

La parte demandante centró su inconformidad en la ausencia de reconocimiento de daño “a la salud” o “vida de relación”. En su sentir, se probó con los testimonios y la declaración de las partes, la merma o ausencia de actividad física del afectado luego de la práctica de cirugías por extracción del cuerpo extraño (pinza), pues antes de dichos procedimientos, acostumbraba a realizar largas caminatas y montar en bicicleta con su compañera permanente, su amigo Camilo Agudelo y su hermano. Lo anterior, sumado a las limitaciones y cuidado extremo en la alimentación por el temor constante de sufrir dolencias estomacales y la posibilidad del sometimiento a nuevas cirugías.

Para resolver el reproche, de manera inicial advierte la Sala que, es fútil analizar si el daño a la salud como se tituló en la demanda ha sido acogido por la jurisprudencia civil como daño resarcible independiente. Lo cierto del caso es que, la fundamentación del daño en la demanda revela que la intención de la parte actora es aspirar al resarcimiento del daño a la vida de relación, tal como se evidencia del hecho séptimo de la demanda, en donde se asocia el menoscabo con las cicatrices con el sentimiento de vergüenza, actitudes de distanciamiento y abstención del agraviado para realizar actividades que normalmente realizaba.

Conjuntamente, en el acápite “concepto y reparación del daño a la salud” la actora cimenta la pretensión resarcitoria en las consecuencias de la enfermedad que reflejan en las alteraciones del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agravan su condición⁶².

Establecido lo anterior, considera la Sala que, contrario al criterio del *a quo*, en efecto, se probó la disminución o deterioro de la calidad de vida del señor Jhon

⁶² Ver archivo 17 págs. 4 y 17

Jader Gamboa frente a su entorno social y relacional, así como la afectación para desplegar actividades de disfrute tan elementales como salir a comer sin restricciones de orden alimenticio.

Sobre el particular, el demandante manifestó que, luego de estar un mes con el “*abdomen abierto*” y el “*intestino expuesto*”, salió de la Clínica y aproximadamente por espacio aproximado de cuatro meses no pudo realizar ninguna actividad, caminar, debía estar ayudado de un bastón o caminador por lo complejo y por la ubicación de la cirugía en toda la zona abdominal. Añadió:

“en el momento no realizo ninguna actividad porque la verdad si tengo limitaciones (...) me recomendaron pues como ciertas dietas, y a lo largo de estos años, hemos tenido que pegarme a esas cosas, porque en realidad, todo me hace daño. Yo me como un grano, me hace daño, fríjol me hace daño, no me puedo comer un plato de fríjoles, porque no puedo salir de mi casa. Siempre voy a estar enfermo. Entonces, sí, me ha tocado estar pues como muy ahí, pendiente, pues como de una dieta, que me ha tocado hacer. Estoy exigido a hacerla, no porque quiera, sino porque me toca por mi condición médica”.

Por su parte, Lesby Oraida Bustamante aseveró: “*el deporte lo tengo también en el momento pues como parado por un tiempo, pues por lo mismo, porque yo hacía deporte era con mi pareja y pues ha bajado como mucho, entonces para mí muchas veces es como muy difícil hacer muchas cosas que hacíamos pues en realidad juntos (...)*”. A su turno, Marco Fidel Gamboa dijo: “*él ya no... ya en las comidas o en las cosas que hacemos en la familia, pues ya no es lo mismo porque ya se cuida mucho la alimentación*”.

Juan Pablo Gamboa indicó:

“hasta el momento nosotros, pues, sí pasamos tiempo, pero desde la fecha se ha vuelto muy limitado, porque lo que uno hacía, pues, con mi papá no lo puede volver a hacer muchas de las cosas (...) nosotros en el barrio que vivíamos los domingos a veces él se iba a chutar conmigo, sí, no era que yo chutara, él también se iba con su pantaloneta, todo. Después lo que nos gustaba hacer mucho era subir, pues, como subir la montaña, las caminatas que ya mencionaba Les, pues, son como actividades así”.

Los testigos rindieron declaración en similares términos. Elisabeth Cristina Torres Roldán depuso: “*Él (Jhon Jader) tuvo que dejar su trabajo, tuvo que dejar sus actividades, ya no podía salir*”. Beatriz Eugenia Grajales mencionó: “*Él dejó de hacer muchas cosas. A veces pues lo invitamos como a salir y decía que no, que estaba muy deprimido, que por el dolor esto y lo otro*”.

Finalmente, Camilo Agudelo señaló:

“nosotros manteníamos haciendo ejercicio y todo el tema y tuvimos que parar de salir a caminar y nosotros montamos bicicleta precisamente por uno de esos componentes que se le generó esa cierta limitación de que no podía realizar determinadas actividades físicas.

Había incomodidad pues como para el tema, por lo menos que usted entienda, era el tema motriz para el tema de la bicicleta y llegó un punto donde realmente no pudo acompañarnos más como para el tema de los ejercicios y la actividad como tal. Eso anterior a la cirugía y ya posterior, pues usted sabrá que ya no se pudo volver a hacer porque ya no era tanto el tema de la limitación de la actividad como tal, sino que ya llegó un punto donde si se alimentaba de determinada forma le caía mal, cualquier cosa muy aliñada o si tenía mucha grasa como tal también le caía mal (...) yo sí salgo a comer. Entonces, el decir de él era que ya no, pues, él puede compartir con nosotros, pero realmente ya no sale a comer con nosotros como tal, precisamente porque las comidas le caen muy mal.

Las declaraciones rendidas advierten diversas situaciones que dan cuenta de la repercusión del estado de salud de John Jader Gamboa en su órbita externa, en su entorno social y en las actividades cotidianas. Esto es, caminar, compartir momentos recreativos con su hijo o compañera permanente y, una actividad tan elemental como alimentarse se encuentra restringida, lo que obviamente irradia en actividades de disfrute como salir a comer, conforme el testimonio de Camilo Agudelo que, cobra mayor fuerza probatoria tras apreciar anotaciones de la historia clínica como: *“se insiste en el adecuado consumo de los alimentos ofrecidos”*⁶³ y de *“recomendaciones generales para manejo nutricional ambulatorio, alimentos aconsejados y desaconsejados”*⁶⁴.

De tal manera, se probó que las condiciones de salud del actor generaron la pérdida o disminución de la posibilidad de ejecución de actividades que hacían más agradable la vida, por consiguiente, prosperará la inconformidad manifestada por la parte actora.

Para la cuantificación, a modo de ilustración, la relación que se expone a continuación da cuenta de algunas decisiones de la Corte, cuya condena máxima por daño a la vida de relación en casos de lesiones de mediana gravedad no superó el monto de 45,57 SMLMV para la víctima directa:

⁶³ Archivo 35 pág. 66

⁶⁴ Archivo 35 pág. 66

N° Providencia	Lesión	Equivalencia SMLMV
SC5885-2016 (sustitutiva)	Incapacidad médico legal: Definitiva: Treinta y cinco (35) días. Secuelas médico legales: perturbación psíquica de carácter permanente: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente perturbación funcional de sistema nervioso central de carácter permanente. / PCL 20.65%, estudiante universitaria menor de edad. Accidente tránsito	29,01
SC21828-2017 (sustitutiva)	pérdida de la vista del actor (...), es decir, primero del ojo izquierdo (que terminó con evisceración) y luego el ojo derecho (afección visual); quedando el paciente desvalido por la ausencia de la visualización	40,67
SC780-2020	«deformidad física que afecta el rostro, de carácter permanente», las lesiones sufridas por la demandante fueron de mediana gravedad	45,57

Del marco jurisprudencial en comento, se observa que una estimación razonable del daño a la vida de relación al actor es el equivalente a 15 SMLMV, dado que atiende a las reglas de equidad, no se observa irracional, insuficiente o desbordada a partir de la afectación que supuso la alteración en las condiciones de existencia y de actividades cotidianas tan elementales como alimentarse que repercuten en la vida social de un individuo. Eso sí, sin que se equipare a los montos máximos que se evidencian de las decisiones en cita, teniendo en cuenta que los casos que analizó la Corte revisten mayor magnitud que el presente, en tanto, en aquellos el agravio a la salud alcanza condiciones como la pérdida de la vista, secuelas permanentes y pérdida de la capacidad laboral.

En definitiva, se impone la modificación de la decisión de primera instancia, en el sentido de establecer la indemnización por daño a la vida de relación en el equivalente a 15 SMLMV, confirmando las otras resoluciones emitidas, puesto que, tampoco está llamado a prosperar ninguno de los medios exceptivos formulados.

5.1.5 Excepciones.

Con relación a la prescripción extintiva que alegó el extremo pasivo, evidencia la Sala que, ciertamente no fue objeto de pronunciamiento por parte del *a quo*, procediendo la resolución en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 283 del CGP.

El medio exceptivo se fundamentó en que la intervención quirúrgica en Clínica Vida data del 3 de mayo de 2004, por lo que, en concepto de la demandada, la acción prescribió desde el 3 de mayo de 2014, según el término de diez años que contempla el art. 2536 del CC.

Tal excepción no tendrá vocación de prosperidad, por cuanto, si bien el artículo 2536 del estatuto civil establece que la acción ordinaria prescribe en 10 años y la presente se rige por el término decenal que contempla la citada disposición⁶⁵, cierto es que, conforme el art. 2535 ibidem, el tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, siendo imposible la contabilización en este caso desde la realización del procedimiento del 3 de mayo de 2004, puesto que, como bien se evidenció, el hallazgo del oblito quirúrgico acaeció en 2017 y las consecuencias nocivas se produjeron a continuación, luego, es desde allí que resulta apenas lógico el comienzo de la contabilización del término al ser ese el momento en que el afectado tuvo conocimiento del evento dañoso.

Mal sería aplicar la sanción extintiva por inactividad cuando la falta de formulación de la acción jurisdiccional no obedeció precisamente a desidia o negligencia del actor, sino al desconocimiento del oblito quirúrgico que había sido dejado en la herniorrafía inguinal realizada en 2004, encontrándose la víctima imposibilitada para ejercer la acción precisamente por la ignorancia en la que estuvo por un largo periodo sobre la presencia del elemento extraño en su cuerpo y, la demandada no demostró que el hallazgo del oblito se produjo con anterioridad al 2017, menos aún que la parte actora hubiese conocido de tal circunstancia, a fin de procurar la prosperidad de su medio exceptivo.

Sobre el particular, el inciso final del art. 2530 del CC contempla: *“No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista”*.

Por su parte, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo ha indicado:

*“(...) el hecho está compuesto por la conducta más el daño, así este se produzca o se manifieste tiempo después de realizada la conducta. **Es decir, puede afirmarse que el hecho dañino comienza con la acción u omisión del responsable y concluye con la aparición del daño y su posterior conocimiento por parte del acreedor, poco importa el tiempo transcurrido entre lo uno y lo otro**”⁶⁶.*

*“(...) Aunque la acción, desde el punto de vista teórico, surge desde el mismo momento de la conducta que genera el perjuicio, lo cierto es que ella solo «puede ser ejercitada desde el instante en que se realizó el daño; **la prescripción comienza entonces a correr, en principio, desde el día de la realización del perjuicio (...)** De todas maneras, el término de la prescripción se encuentra suspendido hasta el día en*

⁶⁵ Al respecto, en la Sentencia C381-2008 aunque la Corte Constitucional se inhibió de efectuar pronunciamiento de fondo sobre una demanda de inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 712 de 2001, sostuvo que, el “*término de la prescripción de la acción para hacer efectivo el derecho a la indemnización de perjuicios, que encuentra recae sobre la víctima de las controversias originadas por fallas médicas que tengan origen en el Sistema de Seguridad Social en Salud*” es de 10 años en la jurisdicción civil.

⁶⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II. Legis, 2018. Página 277.

que la víctima tiene conocimiento de la realización del perjuicio, cuando comienza a correr la prescripción »” (Negrilla fuera del texto).

En esa línea, no es posible considerar como punto de partida de la prescripción la actividad médica de 2004, sin miramiento a otras situaciones relevantes como lo es el momento de la aparición del daño y su conocimiento por parte del afectado. La prescripción extintiva es una sanción que impone la ley a quien actúe de manera totalmente pasiva, implicando el análisis que se realice, la consideración del elemento subjetivo, conforme ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades al analizar la configuración del fenómeno, en donde se descarta la idea que se considere la figura como un asunto meramente objetivo⁶⁷.

En suma, contrario al juicio del recurrente, el comienzo del término debía producirse a partir del descubrimiento del hallazgo en 2017, momento desde el cual, no alcanza a configurarse el plazo decenal para la configuración el fenómeno extintivo al tiempo de la demanda en 2020, ni siquiera para la fecha, luego, el fenómeno extintivo alegado no tiene ninguna vocación de éxito.

Sumado a ello, las excepciones denominadas “*Diligencia y cuidado: ausencia de culpa en la conducta de Clínica Vida*”, “*Inexistencia de nexo causal*”, “*ausencia de daño*”, “*improcedencia de perjuicios morales para las víctimas indirectas*” e “*improcedencia de una sentencia condenatoria*” también estaban llamadas a fracasar, como bien concluyó el *a quo*, puesto que, conforme a la motivación ya expuesta se acreditaron los elementos estructurales de la acción.

Misma suerte corre el medio exceptivo que se denominó “*causa extraña: hecho de un tercero*”, porque no fue objeto de discusión una mala praxis en los procedimientos de extracción u otra atención médica distinta de la herniorrafía inguinal en 2004 y tampoco fue demostrado un supuesto relacionado con ello que abra paso al éxito de la excepción.

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIÓN.

La verificación de hechos indicadores, la valoración conjunta y las inferencias y deducciones propias de la razón, la lógica y la experiencia, permiten inferir lógica y razonablemente que fue en el procedimiento quirúrgico practicado el 3 de mayo de 2004 en donde se dejó la pinza quirúrgica encontrada en el cuerpo del paciente y que dicha practica médica constituyó la causa adecuada los daños reclamados, desprendiéndose del oblito quirúrgico una conducta reprochable que por sí misma

⁶⁷ Entre otras, ver la Sentencia 9 de septiembre de 2013, ref. Referencia: C-11001-3103-043-2006-00339-01.

califica de imperita, negligente, descuidada y que transgrede la *lex artis ad hoc* constitutiva de culpa médica. Adicionalmente, se halló acreditado el daño moral por la afectación en la esfera interna del agraviado directo, así como de sus familiares más cercanos y del daño de orden patrimonial alegado por las incapacidades prescritas al actor.

Asimismo, se acreditó la disminución o deterioro de la calidad de vida del señor Jhon Jader Gamboa frente a su entorno social y la alteración de actividades cotidianas y de disfrute que imponen la modificación de la decisión para conceder el daño a la vida de relación, encontrándose razonable y conforme los parámetros jurisprudenciales calcular el *quantum* en la suma 15 de SMLMV.

En suma, se modificará la decisión recurrida específicamente para estimar la pretensión por daño a la vida de relación y se condenará en costas a la parte demandada por la resolución desfavorable del recurso (art. 365.1 CGP).

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

7. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ACTUALIZAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 6 de junio de 2023, en el sentido de estimar la pretensión por daño a la vida de relación y extender la condena a la fecha de esta decisión, el cual quedará de la siguiente manera:

POR PERJUICIOS MORALES:

Para el señor Jhon Jader Gamboa Ramírez, la suma equivalente a 21.55 SMLMV.

Para la señora LESBY ORAIDA BUSTAMANTE GONZALEZ, la suma equivalente a 8.62 SMLMV.

Para el hijo JUAN PABLO GAMBOA HERRERA, la suma equivalente a 8.62 SMLMV.

Para DARCY VERGARA BUSTAMANTE, la suma equivalente a 8.62 SMLMV.

Para el padre MARCO FIDEL GAMBOA CARRILLO, la suma equivalente a 8.62 SMLMV.

Para la madre de DEYANIRA RAMÍREZ TORRES, la suma equivalente a 8.62 SMLMV.

Para el señor MARCO FIDEL GAMBOA RAMÍREZ, en su calidad de hermano, la suma equivalente a 4,31 SMLMV.

POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN:

Para el señor Jhon Jader Gamboa Ramírez la suma de 15 SMLMV.

POR PERJUICIOS PATRIMONIALES:

Se condena a la suma de \$526.945,25 pesos a favor de Jhon Jader Gamboa Ramírez, por concepto de incapacidades.

En lo demás permanecerá incólume la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, una vez se encuentre ejecutoriada la presente sentencia.

NOTIFÍQUESE

(Firma electrónica)

SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ

Magistrado

(Firma electrónica)

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

Magistrado

(Firma electrónica)

JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Magistrado

Firmado Por:

Sergio Raul Cardoso Gonzalez
Magistrado
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Martin Agudelo Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Omar Bohorquez Vidueñas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Civil
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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:

c2cd66a358883500fac2059022dd521c18645a6459338c6f8ea2073273f429b2

Documento generado en 23/01/2025 12:37:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>