



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

Riohacha Distrito Especial, Turístico y Cultural, once (11) de junio de dos mil veinte (2020)

Acción	Reparación Directa (escritural CCA)
Radicado	44-001-33-40-001-2009-00215-01
Demandante	Rosa Leonor Guillén de Socarrás
Demandado	E.S.E. Hospital San Rafael Nivel II de San Juan del Cesar y Departamento de La Guajira
Llamado en garantía	Carlos Alberto Peña Walteros
Tema	Responsabilidad médica
Sentencia No.	05
Instancia	Segunda
Magistrada Ponente	Hirina del Rosario Meza Rhénals

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de La Guajira, a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada E.S.E. Hospital San Rafael Nivel II de San Juan del Cesar, contra la sentencia de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el juzgado primero administrativo mixto del circuito de Riohacha, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones de la demanda. (Fl. 1-2)

Fueron expuestas en la demanda de la siguiente manera:

“PRIMERA. - Declarar administrativamente responsables al HOSPITAL SAN RAFAEL DE SAN JUAN DEL CESAR E.S.E. NIVEL II y al DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA por perjuicios tanto materiales como morales causados a la señora ROSA LEONOR GUILLEN DE SOCARRAS al practicarle un procedimiento quirúrgico defectuoso consistente en la resección de quiste de Beker de su rodilla derecha que la dejó coja;

SEGUNDA. - Condenar al HOSPITAL SAN RAFAEL DE SAN JUAN DEL CESAR E.S.E. NIVEL II y al DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, a pagarle a la señora ROSA LEONOR GUILLEN DE SOCARRAS, los siguientes conceptos a título de indemnización:

2.1.- El equivalente a una pensión de invalidez, mientras perdure el daño, por el valor de un salario mínimo mensual, junto con sus reajustes, intereses, mesadas adicionales o cualquier otro concepto sobre ellas, a partir de la fecha en que se le ocasionó el daño, esto es, a partir del 26 de julio de 2.007, fecha en que fue operada.

2.2.- El valor correspondiente por concepto de la terapia rehabilitante a que haya lugar y por el tiempo que sea necesario;

2.3- Los perjuicios o daños fisiológicos a los bienes de su personalidad, que estimo en la suma de \$10.000.000,00, o en la cantidad que se llegare a establecer;

2.4.- El valor de los perjuicios morales subjetivos, que el fallador señalará a su arbitrio;



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

2.5.- En subsidio de la pensión deprecada el valor de la indemnización de los perjuicios materiales por el daño inferido, teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de la actora así como un subsidio por la incapacidad temporal equivalente a 180 días de salario.

2.6.- Por las costas procesales.

TERCERA. - Las Sumas que se reconozcan, se actualizarán con base en el Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS.

CUARTA. - Igualmente se le pagarán los intereses que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoria y hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

Con fundamento en el artículo 1.653 del Código Civil, de toda suma se pagarán intereses comerciales desde el momento de la ejecutoria y hasta cuando se cumpla con esa obligación.

QUINTA. - El extremo pasivo dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con el artículo 176 del Decreto 01 de 1.984 y en la forma y modo indicados en los artículos 177 y 178, ibídem.”

2.2 Hechos relevantes. (Fl. 2-3)

Los hechos relevantes de la demanda se describen así:

2.2.1 El 26 de julio de 2007, la demandante fue intervenida quirúrgicamente en la E.S.E. Hospital San Rafael Nivel II de San Juan del Cesar por el doctor Carlos Peña Walteros, con la finalidad de eliminar unos quistes en su rodilla derecha, para lo cual se siguió el protocolo médico denominado “Resección Quistes de Baker Rodilla Derecha”.

2.2.2 EL anterior procedimiento fue defectuoso, toda vez que, una vez recuperada de la incapacidad sobreviviente, la actora comenzó a caminar con dificultades, lo cual se evidenció a la hora de ser evaluada, pues se pudo establecer que en dicho establecimiento médico no se observó el protocolo de rigor y que por omisión se le produjo una lesión de carácter definitiva y permanente, a tal punto que quedó cojeando de su pierna derecha, pues antes de ser operada caminaba normalmente.

2.2.3 Antes de producirse el resultado dañoso la actora se dedicaba a labores domésticas de toda índole, así como a la producción y comercialización de comidas y bebidas que ella misma elaboraba y vendía de casa en casa en Villanueva La Guajira, actividades que hoy realiza con el auxilio de otra persona.

2.3 Sentencia de primera instancia (Fl. 231-241)

Mediante la sentencia apelada el A quo resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRESE patrimonialmente y extracontractualmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE SAN JUAN DEL CESAR NIVEL II, por los perjuicios inmateriales ocasionados a la señora ROSA GUILLEN DE SOCARRAS, como consecuencia de la falla en la prestación de los servicios médicos producto de la defectuosa intervención quirúrgica que se le practicó el 26 de julio de 2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE SAN JUAN DEL CESAR NIVEL II, a pagar por concepto de Perjuicios Morales, la suma de 100 S.M.L.M.V. a la señora ROSA LEONOR GUILLEN DE SOCARRAS.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

TERCERO: La E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE SAN JUAN DEL CESAR NIVEL II dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin costas en la instancia.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y hechas las anotaciones de ley, archívese el expediente.”

Para sustentar su decisión, consideró el a quo luego de consignar los hechos probados, citar jurisprudencia atinente y analizar las normas jurídicas aplicables al caso concreto, que, de conformidad con el dictamen de medicina legal aportado al expediente, se concluye de manera rotunda que la lesión padecida por la actora fue ocasionada en la intervención quirúrgica que se le practicó el 26 de julio de 2007.

En esa línea, aunado a lo anterior, señaló que no obra prueba en el expediente que contradiga el dictamen, el cual tampoco fue objetado en la oportunidad legal correspondiente, por lo tanto, se acogen sus conclusiones, las cuales, a su juicio, coinciden con los hechos narrados en la demanda.

Así las cosas, infiere la juez de primera instancia que de las pruebas allegadas al plenario el daño antijurídico alegado por la actora es atribuible a la ESE demandada, toda vez que fue dicha entidad quien practicó la intervención quirúrgica que ocasionó el daño deprecado por la demandante.

No obstante lo anterior, estimó que si bien es cierto se encuentra demostrada la ocurrencia del daño y su imputación, también es cierto que el accionar de la demandante fue determinante para la ocurrencia del mismo, pues quedó acreditado también que la actora desatendió las directrices de cuidado post operatorio al no seguir al pie de la letra las indicaciones del médico tratante para la recuperación total luego de la cirugía.

En efecto señala que, a folio 36 del expediente obra prueba que evidencia la inasistencia de la actora a los controles posteriores a la operación, además que hizo caso omiso a la orden de realizarse examen de electromiografía, considerado de vital importancia para el tratamiento de la patología que padecía la actora.

En ese sentido, concluyó que el actuar displicente y negligente de la demandante tuvo injerencia directa en la ocurrencia del daño, razón por la cual, concedió las pretensiones relativas a perjuicios morales y negó la indemnización por concepto de otros perjuicios.

2.4 Recurso de apelación (Fl. 244-246)

La E.S.E. demandada apeló la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque y denieguen las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos:

Indicó que no está de acuerdo con la posición del juez de primera instancia, por cuanto, conforme a la historia clínica y del expediente en general, se puede concluir que la demandante no siguió las indicaciones del médico tratante en lo referente a los cuidados durante el pos operatorio, lo que considera de vital importancia para la total recuperación de la paciente. En ese sentido afirma que, se configuró la causal de exoneración de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, y sostiene que la actora no



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

solo no atendió las recomendaciones de su médico sino que dejó de asistir a las citas de control programadas, como tampoco reportó la realización de exámenes de radiología especializados que fueron ordenados oportunamente por el personal médico de la ESE, por lo cual solicita que, sea valorado nuevamente el material probatorio en aras de que este Tribunal determine si se estructuró o no dicha excepción, la cual indica que fue aceptada por el a quo, no obstante haber condenado a la ESE.

Por otro lado, aduce que, si bien es cierto el dictamen pericial no fue objetado por la entidad apelante, ello no impide que el juez de segunda instancia realice una valoración y análisis detallado del mismo, atendiendo los principios de la sana crítica y de la valoración objetiva de las pruebas.

En ese marco, afirma el apoderado de la apelante que sin ser profesional de la medicina se puede indicar que dicho dictamen no fue realizado por médico especialista en ortopedia y traumatología, pues quien lo firma es el director seccional La Guajira del Instituto de Medicina Legal, el cual no contaba con especialidad para afirmar rotundamente que la secuela que tiene la paciente fue ocasionada en el acto quirúrgico y mucho menos para pronunciarse irresponsablemente sobre el procedimiento quirúrgico realizado por un médico especialista. Seguidamente asevera que en el dictamen se dejó constancia de que la demandante no asistió al examen clínico forense, por lo tanto, no podía manifestar el director seccional que la lesión que aduce tener la demandante la tenía aún en esos momentos.

Por otra parte señala el apelante que, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la actividad médica conlleva obligaciones de medio, más no de resultado y que tanto la ESE demandada como su personal médico cumplieron a cabalidad con todos y cada uno de los protocolos y guías que requería la demandante, tal como se corrobora con la historia clínica que obra en el proceso, y que asimismo, obra en el expediente copia auténtica del documento, en el cual la actora deja constancia de que se le informaron todos y cada uno de los riesgos que podrían surgir con la cirugía, tanto en el momento quirúrgico como en el pos quirúrgico.

En línea con lo anterior, indica que no existe nexo o relación de causalidad entre la presunta incapacidad que tiene la demandante y la atención prestada por el Hospital demandado.

Finalmente, solicita al juez de la alzada que, se pronuncie sobre el llamamiento en garantía solicitado en primera instancia, figura jurídica sobre la cual el juez a quo no se pronunció.

2.5 Alegatos de conclusión en segunda instancia

2.5.1 Parte demandante (Fl. 260)

Presentó alegatos de conclusión indicando que ninguno de los documentos aportados permite inferir la culpa exclusiva de la víctima como lo adujo el extremo pasivo, pues las pruebas allegadas no señalan que la lesión del nervio peroneo de la rodilla derecha se produjo por la negligencia en el pos operatorio, al no cumplirse con el tratamiento allí indicado, por ello, afirmó, el juez condenó parcialmente, pues se tuvo en cuenta que la víctima concurrió en la producción del riesgo, pero como no está descartado que la causa del daño provino también por el procedimiento defectuoso de la ESE, no la absolvió.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

2.5.2 Parte demandada - E.S.E. Hospital San Rafael (Fl. 258-259)

Presentó sus alegaciones en los mismos términos del recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia apelada y se denieguen las pretensiones de la demanda.

2.5.3 Parte demandada – Departamento de La Guajira

No presentó alegatos de conclusión, según se deriva de la revisión del expediente.

2.5.4 Llamado en garantía

No presentó alegatos de conclusión, según se deriva de la revisión del expediente.

2.6. Concepto del Ministerio Público (Fl. 260-265)

La señora agente del Ministerio Público emitió concepto solicitando que sea revocada la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la actora y como consecuencia de ello sean denegadas, pues considera que en el sub judice no se encuentran estructurados los presupuestos de la falla en el servicio comoquiera que no se cuenta con la certeza que permita afirmar que la ausencia de respuesta del nervio peroneo común derecho, sea consecuencia de la cirugía realizada a la actora por la ESE demandada.

En virtud de lo anterior señala que, en el caso bajo examen no resulta clara la falla en la prestación del servicio de salud por parte del ente demandado y menos aún el título de imputación de responsabilidad objetiva en la medida en que, por un lado, la actora no siguió al pie de la letra las recomendaciones médicas y, por otro, en el proceso no se encuentra probada la existencia de un error técnico o científico que demuestre que el procedimiento quirúrgico practicado a la actora fue defectuoso.

Señala además que, en el proceso no obra historia clínica de la actora anterior al procedimiento quirúrgico al que fue sometida que dé cuenta de que la rodilla solo presentaba el quiste de Baker sin dificultad motora y sensitiva, ello, para poder inferirse sin lugar a equívocos que la lesión fue secundaria al procedimiento quirúrgico realizado.

Por otro lado, en cuanto la conclusión del informe pericial, y según el cual, *“durante el procedimiento quirúrgico realizado a la señora Rosa Leonor Guillen De Socarras, se lesionó el Nervio Peroneo Común”*, señala la agente del Ministerio Público que dicha afirmación es contradictoria con el mismo informe, pues este da cuenta de las diferentes maneras en que puede ser lesionado un nervio, pues deja ver que así como pudo haber sido lesionado durante la cirugía, también pudo haberlo sido por otras situaciones sin necesidad de que medie un procedimiento quirúrgico.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 133 del C.C.A., al tratarse de la apelación de sentencia dictada en primera instancia por un juez administrativo del circuito judicial de Riohacha dentro de un proceso de su competencia.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

3.1.2. Limitación de la competencia funcional para resolver el recurso

En el recurso de apelación le corresponde al recurrente confrontar los argumentos sobre los cuales versa su inconformidad, con la providencia objeto de alzada, de acuerdo con ello, se le asigna la carga argumentativa de señalar los puntos o asuntos que serán objeto de decisión para el juez de segunda instancia, por lo que para éste, el marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen en contra de la decisión que se hubiere adoptado por el A quo.

Es por ello, que en principio, los demás aspectos de la lis, diversos a los que ha planteado el recurrente en la apelación, deben excluirse del debate en la segunda instancia, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o la ley, tales como aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa deberá decretarlos de manera oficiosa¹; todo esto de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C.P.C. –actualmente parte inicial del artículo 328 del C.G.P.- aplicable por la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A.

En ese sentido, partiendo de la carga argumentativa que ha sido expuesta en el recurso de apelación, estima la Sala, que de la lectura integral del mismo se desprende que la competencia material en segunda instancia ha de recaer sobre si en el presente caso, respecto a los hechos relatados, se configura o no la responsabilidad administrativa y patrimonial de la ESE demandada, conforme a los elementos probatorios recaudados y las valoraciones e inferencias realizadas por el A quo en torno a estos.

3.2 Problema jurídico.

Teniendo en cuenta la sentencia de primera instancia y los argumentos planteados en el recurso de apelación, el problema jurídico se centra en determinar si conforme a lo probado en autos ¿se configuran los presupuestos para declarar la responsabilidad de la E.S.E. Hospital San Rafael Nivel II de San Juan del Cesar, con ocasión del daño antijurídico que se le imputa, consistente en lesiones a la salud de la demandante, las cuales se hacen derivar de falla médica en la que se habría incurrido al realizarle procedimiento quirúrgico en su rodilla derecha?. De manera especial, para resolver el anterior interrogante deberá analizarse la valoración realizada por el a quo del dictamen pericial recaudado en el curso del proceso, la existencia de la causal eximente de culpa exclusiva de la víctima y la situación del llamado en garantía.

Despejado el cuestionamiento central, se establecerá si debe revocarse la sentencia de primera instancia parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda, tal como lo pide el apelante o si hay lugar a confirmar esta.

3.3 Tesis

Se sustentará como tesis que debe revocarse la sentencia apelada, al asistirle razón al apelante en sus argumentos, toda vez que valorados en su individualidad y en su conjunto los medios probatorios recaudados y en especial el dictamen pericial, se concluye que no hay evidencias de que el procedimiento quirúrgico practicado a la señora Rosa Leonor Guillén de Socarrás, fuera defectuoso, o que en el curso del mismo se hubiere incurrido

¹ Como, por ejemplo, la caducidad, la falta de legitimación en la causa, la ineptitud sustantiva de la demanda, entre otros. Al respecto véase Sentencia de trece (13) de febrero de dos mil trece (2013), Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 50001-2331-000-1999-00165-01(25310).



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

en falla médica causante de las secuelas que no se discute, padece la actora. Lo anterior, en los términos que pasa a sustentarse.

3.4 Del marco jurídico aplicable a la causa.

La responsabilidad extracontractual del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política, establece la cláusula de la responsabilidad del Estado. En los terminados señalados por la Corte Constitucional² la responsabilidad patrimonial del Estado, es uno de los dos ejes axiales en los que se fundamenta el Estado de Derecho. Por ello su importancia fundamental en el orden jurídico colombiano.

Conforme con esa trascendencia, en amplio desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional y la jurisdicción contenciosa-administrativa –como juez natural de la administración- han establecido a partir de la lectura del artículo 90 Superior, los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa y patrimonial, a saber: i) el daño antijurídico y ii) la imputación.

En cuanto al primer elemento se ha señalado que la antijuridicidad no atañe a la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, sino a la no soportabilidad del daño por parte de la víctima³, es decir, que la víctima no esté en el deber jurídico de soportar el mismo. En tanto el segundo elemento, concierne principalmente a determinar si existe título jurídico de atribución de la responsabilidad, lo que quiere decir que debe desprenderse de la voluntad del constituyente o del legislador que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados⁴.

En cuanto a los títulos o fundamentos para atribuir responsabilidad estatal, ha decantado la jurisprudencia diversos regímenes, siendo la fuente primaria de ellos el régimen de falla del servicio y correspondiendo al Juzgador, bajo el principio *iuranovit curia*, la labor de revisar si conforme a los hechos, es ese el título aplicable, o en su defecto, remitirse a los restantes.

Respecto a la falla del servicio como título de imputación de responsabilidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que es este el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado. De conformidad con ello, si el juez que conoce de la causa advierte que se presentan los elementos que configuran la falla del servicio por el incumplimiento de una obligación del Estado, no hay duda de que es este el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

En ese norte, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha concluido que la falla del servicio o la falta de su prestación, se configura por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo. El evento del retardo se produce cuando la administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. A su vez, la omisión o ausencia

² Sentencia C-832 de 2001.

³ Sentencia C-254 de 2003.

⁴ En Sentencia C-254 de 2003. También en Sentencia del 5 de diciembre de 2006 del Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. Radicación interna 28459, entre otras.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

del mismo ocurre cuando la administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.

En este sentido, el análisis de responsabilidad bajo el título jurídico de falla del servicio, requiere de la concurrencia de estos elementos: (i) El desconocimiento por acción u omisión a deberes constitucionales, legales, reglamentarios o administrativos por parte del Estado que correlativamente implican derechos de los administrados, en situaciones concretas previsibles. (ii) El daño, cierto, particular, anormal, a las personas que solicitan reparación, a una situación jurídicamente protegida por el Estado. (iii) El nexo de causalidad adecuado, determinante y eficiente, entre el daño y la conducta irregular del Estado.

Ahora, en aquellos eventos en los que la autoridad estatal omite el cumplimiento de las obligaciones que le asigna el ordenamiento jurídico o lo ejecuta de forma ineficiente o incompleta, dando con ello pie a la producción del daño, le es atribuible jurídicamente el mismo a la administración. Así lo ha expresado el Consejo de Estado:

“(…) Sobre este punto, se debe destacar que dicha imputación sólo se hace viable cuando la obligación que incumple la entidad respectiva con su omisión, genera desde la perspectiva de la causalidad adecuada el surgimiento de la afectación cuya reparación se solicita-comoquiera que de lo contrario se estaría frente a un despliegue deficiente de la actividad estatal que no habría tenido incidencia alguna en el desenlace del daño y por lo tanto, no sería factible atribuirle el mismo; ver nota n.º 36-, lo que generalmente ocurre cuando se cuenta con los siguientes elementos a saber, (i) que dicho ente tenía la obligación legal o reglamentaria de realizar una actuación con la cual, según las reglas de la experiencia y en condiciones normales, se habría evitado el origen del detrimento respectivo[39]; (ii) en el despliegue de esa actuación estatal no se hace uso o no se dispone de los recursos con los que se contaba para el eficiente cumplimiento de la carga obligacional correspondiente, respecto de lo que se debe observar las características específicas del sub judice y de la entidad que corresponda, y (iii) se verifique la existencia del nexo causal adecuado, entre la omisión del comportamiento preventivo sin disponer de los medios con los que se disponía, con la producción del daño”⁵

La Responsabilidad del Estado por daños provenientes de la atención médico hospitalaria y aligeramiento de la carga de la prueba en cabeza del demandante

En lo atinente al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, por lo que en la actualidad la posición consolidada de esa Sección en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria⁶.

⁵ Sentencia de dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt. Radicación número: 47001-23-31-000-2007-00350-01(37999)

⁶Cfr. Sentencia de doce (12) de junio dos mil catorce (2014), Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación número: 68001-23-15-000-2001-02730-01(29501); Sentencia de doce (12) de junio de dos mil trece (2013), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00246-01(36415); Sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

Bajo lo anterior, en cuanto a la prueba de la responsabilidad y específicamente de la derivada del servicio médico, la Sección Tercera del Consejo de Estado actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias (hoy, artículo 167 CGP), para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endilgada.

De esta manera, fueron reevaluadas las reglas jurisprudenciales de presunción de falla médica y distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso los elementos que la configuran, para lo cual se puede hacer uso de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño y bajo el entendido que el juez puede fundar su decisión, sobre hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante.

Las acciones u omisiones médicas como causa de responsabilidad estatal

Las acciones u omisiones médicas, cobijadas bajo la denominación genérica de falla médica, involucran, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas; y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades estas últimas que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

Ahora bien, tiene decantado la jurisprudencia⁷ que para que pueda predicarse la existencia de una falla en la prestación del servicio médico, es decir, de una acción u omisión médica dañina, se requiere la demostración de que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso⁸, debiendo igualmente probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el

Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00147-01(52993).

⁷Inter alia Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Subsección B Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057) Actor: Carlos Enrique Noreña Gómez Y Otros Demandado: Municipio De Itagüí Referencia: Acción De Reparación Directa. Subsección A Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil dieciséis (2016) Radicación: 850012331000200500630-01 (37.387) Actor: Flor Alba Aguirre de Vega y otros Demandado: Hospital de Yopal E.S.E y Sociedad Clínica Casanare Ltda. Asunto: Acción de reparación directa. Subsección B Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014) Expediente: 31182 Radicación: 050012331000199903218-01 Actor: Carlos Andrés Rojas Londoño y otros Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro Naturaleza: Acción de reparación directa. Temas: Las reglas probatorias aplicables en responsabilidad médica y su estado actual a la luz de la jurisprudencia de la Sección Tercera.

⁸ Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 17149, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance⁹.

Lo anterior, al precisarse que las obligaciones que se desprenden del acto médico propiamente dicho son de medio y no de resultado, lo que justifica que al demandante no le sea suficiente con demostrar que el estado de salud no mejoró o que empeoró luego de la intervención del profesional de la salud, puesto que es posible que, pese a todos los esfuerzos médicos, el paciente no reaccione favorablemente al tratamiento de su enfermedad.

En suma, la falla médica como la que se predica en la presente demanda, ocurre cuando se viola el contenido obligacional a cargo del Galeno, reafirmandose que tal violación debe ser demostrada por quien la alega, pudiendo aligerarse la carga cuando las circunstancias del caso concreto así lo demanden.

3.5 Argumentación fáctica probatoria.

De cara a resolver el problema jurídico planteado, valora la Sala que en el plenario obran las siguientes pruebas relevantes, oportunamente allegadas a autos y decretadas en primera instancia:

- Historia Clínica de la señora Rosa Leonor Guillén de Socarrás expedida por el Hospital San Rafael Nivel II de San Juan del Cesar (Fl. 8-19) de la que hacen parte los siguientes documentos:
- ✓ Acta de auditoría médica en la que se describe como examen o procedimiento autorizado, el de “resección quiste de Baker rodilla derecha” y además se indica que la paciente Rosa Leonor Guillén tiene exámenes médicos, valoración pre quirúrgica y posee los elementos o formula completa (Fl. 8)
- ✓ Solicitud de autorización de servicios médicos dirigida a la EPS Anas Wayuu, suscrita por el médico tratante de la demandante (Fl. 9)
- ✓ Autorización para la práctica de la cirugía, proferida por la EPS Anas Wayuu EPSI (Fl. 10)
- ✓ Registro de consulta pre anestésica de la demandante, suscrito por anestesiólogo (Fl. 11)
- ✓ Hoja de evaluación pre operatoria medicina interna (Fl. 12)
- ✓ Lectura de electrocardiograma (Fl. 13)
- ✓ Rx de Torax. (Fl. 14)
- ✓ Consentimiento informado para la práctica de técnica anestésica, suscrito por anestesiólogo, la actora, un familiar de esta y un testigo (Fl. 15, se repite a folio 60)
- ✓ Epicrisis de la demandante (Fl. 16)
- ✓ Informe quirúrgico (Fl. 17)

⁹ En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 14726, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

- ✓ Informe de anestesia (Fl. 18)
- ✓ Autorización para intervención quirúrgica y otros procedimientos especiales, suscrita por la demandante. A través de esta la actora autoriza a la ESE demandada, para que bajo su responsabilidad, asigne a quienes practicarán a la demandante la resección quiste de Baker rodilla derecha, así como las operaciones o procedimientos adicionales que a juicio de estos se requieran durante la misma (Fl. 19, se repite a folio 61)
- Acta No. 005 del Comité de Historias Clínicas, Auditoría y Ética Médica de fecha 5 de junio de 2009, suscrita por la subdirectora científica del Hospital San Rafael Nivel II de San Juan del Cesar (Fl. 36-38), de la que se transcriben sus apartes más relevantes, así (subrayas para destacar):

“Paciente quien consultó a la institución por el servicio de consulta externa espezializada (sic) en Ortopedia, atendida por el Dr. Carlos Peñas Walteros quien realiza diagnóstico de quiste de Baker Rodilla derecha y ordena programar para cirugía, se programa para resección de quistes de Baker Rodilla derecha, se le realizaron los exámenes paraclínicos pertinentes pre quirúrgicos; fue valorada por medicina interna quien realiza evaluación preoperatoria dando pase a la realización del procedimiento, luego es valorada por el anesestiólogo quien realiza evaluación pre anestésica.

El día 26 de julio de 2007, es ingresada a la institución donde se le realizó el procedimiento quirúrgico por el Dr. Carlos Peñas Walteros quien según informe quirúrgico, se realiza resección quirúrgica de tumor en rodilla derecha más o menos 6 cm por tres cm de diámetro.

La paciente toleró el acto quirúrgico, evolucionó satisfactoriamente y se le da de alta con recomendaciones y formulas médicas.

El paciente continuó el seguimiento por consulta externa de su control pos operatorio donde le ordenan electroestimulación por 20 secciones (sic) el día 09/08/07 y le ordenan 20 secciones (sic) más de electroestimulación el día 25/10/07, consulta nuevamente donde manifiesta anestesia del trayecto del nervio peroneo y limitación para flexionar el pie derecho, le ordenan continuar terapia física.

El 31/10/07 es valorada nuevamente y le ordenan continuar electroestimulación por 20 secciones (sic) más.

El día 22/11/07, no asistió al control.

El día 3/12/07 consultó nuevamente donde le ordenan electromiografía de miembro inferior derecho. La paciente hasta la fecha no ha traído el reporte del estudio y no consultó más a la institución.

Como conclusión: que la paciente recibió el tratamiento necesario para la enfermedad que la aquejaba en el momento, y el procedimiento realizado fue el adecuado siendo que algunos tienen recuperación lenta y se hace necesario realizar otros procedimientos de rehabilitación posteriormente (terapias etc.) las cuales se deben cumplir según el ordenamiento y realizarse los estudios necesarios para realizar diagnósticos agregados los cuales deben llevar un seguimiento posterior con los resultados.

La paciente no siguió consultando y no se obtuvo el resultado del estudio ordenado (Electromiografía) el cual era clave para determinar el estado de funcionamiento de la extremidad operada.”



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

- Contrato de prestación de servicios de salud de fecha 1° de abril de 2007, suscrito entre la gerente de la ESE demandada y el médico Carlos Alberto Peñas Walteros, aquí llamado en garantía (Fl. 62-64)
- Resultados de electro diagnóstico practicado a la actora el 10 de diciembre de 2013 en el laboratorio CADWELL LABORATORIES, INC (Fl. 154-156) En este se identifican como hallazgos y conclusiones los siguientes:

“HALLAZGOS: Neuroconducciones: La velocidad de conducción, latencias y amplitudes de las respuestas evocadas de los nervios peroneos común izquierdos y tibial bilateral, se encuentra dentro de los parámetros de normalidad. Se encuentra ausente la respuesta del nervio peroneo común derecho.

CONCLUSIONES: Estudio Anormal. Compatible con lesión severa, antigua de tipo axonal del nervio peroneo común derecho a nivel de rodilla, sin signos de regeneración.”

- Informe pericial de clínica forense de fecha 6 de marzo de 2014, suscrito por el director seccional del Instituto de Medicina Legal de La Guajira, sobre estudio de la Historia Clínica de la señora Rosa Guillen (Fl. 191-192) En este se indica como motivo de peritación, descripción, análisis y conclusión lo siguiente (subrayas para destacar):

MOTIVACION DE PERITACIÓN

En atención al oficio de la referencia en que solicita: ... me permito solicitarle con destino a este proceso que se emita dictamen médico previo a la historia clínica (sic) de la accionante y del examen de electromiografía (sic) a fin (sic) de que se determine la lesión que se le ocasiono (sic) por la intervención quirúrgica que se le practico (sic) sobre (sic) su rodilla derecha, así como que porcentaje de incapacidad le sobrevino y el monto de la indemnización correspondiente, igualmente establecer el monto de los daños fisiológicos, teniendo en cuenta el daño referido y el tipo de secuela que quedo (sic), y cuál es el monto de la terapia rehabilitante correspondiente y por el tiempo necesario.

INFORMACIÓN DISPONIBLE PARA EL ESTUDIO

Historia clínica.

OTROS RECURSOS UTILIZADOS

Ninguno

EXAMEN CLINICO FORENSE ACTUAL

No se hace presente la víctima

DESCRIPCION DEL MANEJO ESPERADO PARA EL CASO SEGÚN LAS CIRCUNTANCIAS ESPECÍFICAS DE TIEMPO MODO Y LUGAR

Referencia Bibliográfica (sic)

(...)

El nervio peroneo común (sic) es vulnerable a lesiones por traumatismo o compresión, sobre todo en su porción superior que se encuentra cerca de la cabeza del peroné. En esta (sic) región próxima a la rodilla, un golpe directo puede ocasionar la parálisis del nervio, provocando la falta de contracción de los músculos flexores dorsales y eversores del tobillo, ocasionando un pie caído.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

El nervio peroneo es la rama menor de las dos ramas del nervio ciático, con una trayectoria en el hueco poplíteo, rodea la cabeza del peroné para dividirse en una rama superficial y una rama profunda.

El nervio puede ser lesionado por: herida cortante, herida de bala, traumatismo directo, comprensión sostenida y prolongada sobre la cabeza o cuello del peroné, fractura de la cabeza del peroné, fractura por torsión de la parte inferior de la pierna, en torceduras con intervención de tobillo, por tracción brusca, luxaciones traumáticas de la articulación de la rodilla, comprensión de un yeso o férula mal colocados y apretados.

Durante la anestesia se puede comprimir en forma directa sobre la cabeza del peroné en la mesa operatoria o en posiciones extremas que causan distensión del nervio, apoyos de las piernas en las mesas obstétricas. En la intoxicación etílica queda la pierna y el dorso del pie. Pérdida de la función muscular de la pierna y pie (pie caído) con dificultad para elevar el tobillo y dedos llevarlos hacia afuera. Se pierde tono muscular y en ocasiones pérdida de masa muscular.

Al no levantar el pie tiene dificultad para caminar sobre los talones y levanta la pierna en forma exagerada para poder pasar el pie y no rosar el suelo con la punta.

Es importante realizar una historia y examen clínico con rigurosa exploración neurológica por dermatomas (sensitiva), miotomas (fuerza muscular) y reflejos.

El estudio de electroneuromiografía del nervio peroneo nos dará datos de sitios, tipo de lesión y establecer un diagnóstico, pronóstico e iniciar tratamiento.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Se trata de una mujer adulta de 62 años de edad, que según documentación aportada y registro en historia clínica se le realizó (sic) intervención quirúrgica para resección de quiste de Baker en rodilla derecha en cara posterior ipsilateral, en la misma historia clínica no existe antecedentes de trauma, se encuentra un registro de electromiografía que reporta lesión severa antigua de nervio peroneo común, dicha lesión (sic) tiene relación con el procedimiento quirúrgico realizado en la fecha 2007-07-26.

CONCLUSIÓN

Con la evaluación de la historia clínica aportada por usted me permito dar respuesta a sus interrogantes así:

- 1. Durante el procedimiento quirúrgico (sic) realizado a la señora Rosa Leonor Guillen De Socarras, se le lesiona (sic) el Nervio Peroneo Común (sic).*
- 2. Incapacidad Médico (sic) Legal de 45 días y secuelas medio legales de perturbación de órgano de la locomoción de carácter permanente.*
- 3. El monto de la indemnización y daños fisiológicos y el monto de la terapia rehabilitante correspondiente; el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no infiere en el costo de dicha rehabilitación, indemnización del mismo, para ello debe realizarse su solicitud a la junta de invalidez regional.*

RESPUESTA A INTERROGANTES ESPECÍFICOS

Con la evaluación de la historia clínica aportadas por usted me permito dar respuestas a sus interrogantes así:



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

1. *Durante el procedimiento quirurgico (sic) realizado a la señora Rosa Leonor Guillen De Socarras, se le lesiono (sic) el Nervio Peroneo Comun (sic).*
2. *Incapacidad Medico (sic) Legal de 45 días y secuelas medio legales de perturbación de órgano de la locomoción de carácter permanente.*
3. *El monto de la indemnización y daños fisiológicos y el monto de la terapia rehabilitante correspondiente; el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no infiere en el costo de dicha rehabilitación, indemnización del mismo, para ello debe realizarse su solicitud a la junta de invalidez regional.*

COMENTARIOS

Ninguno

- Declaración jurada del señor José Aníbal Montaña. (Fl. 21-23 cuaderno despacho comisorio)

Al ser indagado sobre los hechos de la demanda señaló (subrayas para destacar): *“Personalmente yo no sé qué tipo de problemas tiene ella con los que tiene demandado, lo que sé que ella me ha comentado que tiene un problema en una pierna, me dice ella que la tuvieron que operar dela pierna y que desde su operación ella quedó mal de la pierna.”*

Se le preguntó al testigo que le observa a la actora en su pierna, para lo cual respondió: *“Yo le observo que tiene su defecto al caminar”.*

Sobre el grado de aflicción y pena que le ha causado a la actora la lesión de su pierna, el testigo respondió: *“Yo la veo es normal”.*

- Declaración jurada de la señora Ana Ramona de Armas Carrillo. (Fl. 28-30 ibídem)

Sobre los hechos de la demanda señaló la testigo: *“Yo desde que conocí a OCHA como una mujer muy trabajadora, ella tuvo ese accidente de la operación y desde que la operaron fue que quedó manca de una pierna hoy en día se siente como muy deprimida desde que tuvo esa operación porque ella se siente incompleta, hoy en día para es llorando porque se siente mucha tristeza de verse en ese estado, ella una mujer alegre, y con ánimo de trabajar, pero de ahí para acá tiene mucho decaimiento.*

También se le preguntó sobre qué observa en la pierna de la actora, para lo cual respondió: *“Yo le observo que tiene su defecto al caminar, se le está adelgazando la pierna y para caminar se bastante manca”.*

Sobre el grado de aflicción y pena que le ha causado a la actora la lesión de su pierna, el testigo respondió: *“Yo la veo que ella desde que la operaron vive como mucha tristeza, hay momentos que la encuentro llorando, y ella dice que hubiera sabido no se hubiera operado, a ella la operaron fue de una goma que tenía en la rodilla, ella caminaba normalmente”.*

- Declaración jurada de la señora Julia Elvira Torres Sarmiento. (Fl. 31-33 ibídem)

Al ser indagada por los hechos de la demanda señaló: *“Yo desde que la conocí era muy alegre, bailaba bastante, ella se fue para San Juan a operarse de la rodilla, tenía una goma, y eso le molestaba y uno le decía que se la sacara de ahí pa (sic) acá quedó lista, que ella no daba para cómo salir a la calle como maca (sic), y ella no era manca,*



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

caminaba normal, y ahora vive triste, yo la aconsejaba, heche (sic) pal (sic) ante (sic), yo le decía que compara pomada y esas cosas y se hechara (sic)."

Se le preguntó a la testigo que le observa a la actora en su pierna, para lo cual respondió: *"Yo le observo que no puede camina (sic) con esa pierna camina con dificultad manqueando".*

Con relación al grado de aflicción y pena que le ha causado a la actora la lesión de su pierna, el testigo respondió: *"Yo la veo con bastante pena, que ella desde que la operaron vive mucha tristeza, ella no es lo que era antes ni la cuarta parte".*

3.6 Caso concreto

De la mano de los supuestos fácticos demostrados con las pruebas que se relacionan en precedencia, se procede a dar solución al problema jurídico planteado, valorando la Sala que de acuerdo a la jurisprudencia que ha sido reseñada, el título de imputación aplicable en el presente asunto es el régimen de falla en el servicio probada, por lo que será este el objeto de estudio, a efectos de establecer si están acreditados los presupuestos para determinar la responsabilidad de la entidad demandada E.S.E. Hospital San Rafael de San Juan del Cesar La Guajira o por el contrario, no se encuentran acreditados dichos presupuestos –como señala la apelante-, debiéndose revocar a su pedido la sentencia apelada.

En ese orden de ideas, conviene resaltar, que los hechos de la presente demanda, según refiere la parte actora, se resumen en que, la señora Rosa Leonor Guillén fue intervenida quirúrgicamente en la E.S.E. Hospital San Rafael por el doctor Carlos Peña Walteros, con la finalidad de eliminar unos quistes en su rodilla derecha, para lo cual se siguió el protocolo médico denominado "resección quistes de Baker rodilla derecha", no obstante el procedimiento quirúrgico fue defectuoso, provocándole una lesión mayor que condujo a una incapacidad definitiva y permanente en su pierna derecha, más gravosa de la que inicialmente padecía cuando ingresó al hospital.

En primera instancia, el juzgado concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, en síntesis, por considerar que, de conformidad con el dictamen de Medicina Legal, se concluye de manera rotunda que la lesión padecida por la actora fue ocasionada en la intervención quirúrgica que se le practicó, por lo tanto a su juicio, el daño antijurídico alegado por la actora es atribuible a la ESE demandada, toda vez que fue dicha entidad quien practicó la cirugía que ocasionó el daño deprecado por la demandante.

No obstante lo anterior, estimó el juzgado que el accionar de la paciente fue determinante para la ocurrencia del daño, pues no atendió las directrices de cuidado post operatorio dadas por su médico tratante, concluyendo que el actuar displicente y negligente de la demandante tuvo injerencia directa en la ocurrencia del daño, razón por la cual negó la indemnización por concepto de perjuicios materiales y únicamente concedió las pretensiones relativas a perjuicios morales, lo que dispuso en la cuantía de 100smlmv.

Por su parte, la ESE demandada considera en su recurso de alzada que, conforme a la historia clínica, se puede concluir que la demandante no siguió las indicaciones del médico tratante en lo referente a los cuidados durante el pos operatorio, lo que resulta de vital importancia para la total recuperación de la paciente, configurándose de esa manera la causal de exoneración de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima. Aduce que si bien es cierto el dictamen pericial no fue objetado, también lo es que, el juez de segunda instancia debe valorarlo detalladamente, atendiendo los principios de la sana



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

crítica y de la valoración objetiva de las pruebas. En ese sentido, señala que el dictamen no fue realizado por médico especialista en ortopedia y traumatología, y que en el mismo se dejó constancia de que la demandante no asistió al examen clínico forense, por lo tanto no podía manifestarse que la lesión que aduce tener la demandante la tenía aún en esos momentos.

Como quedó arriba expuesto, rememora la Sala que son varios los elementos que deben concurrir para la configuración de la responsabilidad administrativa por falla en el servicio. En primera medida, debe existir un daño cierto, particular, anormal, experimentado por las personas que solicitan reparación, y frente a una situación jurídicamente protegida por el Estado. Sobre la configuración de este elemento, se tiene que el daño cuya reparación pide la demandante, consiste principalmente en secuelas posquirúrgicas, traducidas en las afectaciones físicas que, de acuerdo al material probatorio arrimado al proceso, ha sufrido y padece la señora Rosa Leonor, y como consecuencia de las cuales se afirma que se han originado a su vez afectaciones materiales y morales.

De manera que debe el Tribunal determinar si esos daños son imputables a la entidad demandada -E.S.E. Hospital San Rafael de San Juan del Cesar-, anticipándose en advertir que, conforme a las pruebas arrimadas al plenario, no existen elementos que permitan estructurar la atribución sobre la falla médica invocada.

Y es que con fundamento en el régimen de falla probada, a la parte actora le correspondía acreditar la imputación de responsabilidad a la entidad demandada, tarea en torno a la cual obran en el expediente las siguientes probanzas: i) historia clínica de la paciente señora Rosa Leonor Guillén, abierta por la ESE demandada con ocasión de la atención brindada a la paciente actora (Fl. 8-19); ii) resultados de electromiografía neuro conducción (Fl. 154-156) e iii) informe pericial de clínica forense expedido por el Instituto de Medicina Legal – seccional La Guajira (Fl. 191-192).

Ahora bien, se reitera, de la valoración crítica de dichas probanzas y de las testimoniales adicionalmente recaudadas, no se infieren los suficientes elementos de juicio que indiquen que el daño irrogado a la demandante es imputable-atribuible a la E.S.E. Hospital San Rafael.

En efecto, en cuanto a la historia clínica, contrario a lo manifestado por la demandante, lo que se desprende de ella es que, a la señora Rosa Guillén se le brindó atención médica, se le realizaron exámenes y procedimientos tendientes a determinar la clase de lesión que presentaba, aplicándole el tratamiento quirúrgico a seguir, informándole previamente sobre los riesgos de este, constando que dicha intervención quirúrgica se realizó bajo consentimiento informado y precedida de revisión por anestesiólogo e internista y que se le ordenaron y practicaron controles post operatorios, sin que de ello se evidencie actuación u omisión de la accionada generadora de la imputación que se alega en la demanda.

En lo atinente al examen diagnóstico practicado en curso del presente proceso, esto es, la electromiografía visible a folio 154, advierte la Sala que ni aun valorándose en conjunto con la historia clínica, tiene vocación y mérito para imputar a la parte accionada apelante la realización de tratamiento, procedimiento o intervención quirúrgica inadecuada, pues el mismo solo da cuenta de una lesión severa antigua del nervio peroneo común derecho a nivel de la rodilla, pero no permite inferir con grado de probabilidad predominante y menos de certeza, que la lesión surgió de la mala praxis del galeno que practicó la cirugía a la hoy demandante. Al respecto, se ha de precisar que el examen fue practicado a la señora Rosa Guillén, en fecha 10 de diciembre de 2013, es decir, más de seis (6) años después



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

del 26 de julio de 2007, día en el cual le fue realizada la cirugía cuestionada en la demanda, lo que resta aún más, mérito probatorio a dicha evidencia frente a la imputación del daño, toda vez que como más adelante se ampliará, las causas de la lesión advertida en dicho examen pueden ser diversas y variadas y además, impactadas por el transcurso del tiempo.

Adicionalmente a las anteriores valoraciones probatorias, debe advertir el Tribunal que según el acta del comité de historias clínicas de la ESE demandada (Fl. 36), - valga precisar que esta documental fue allegada por la misma actora y da cuenta de una atención médica oportuna, adecuada y eficaz-, el examen de electromiografía practicado a la actora, estando en curso el presente proceso, debió realizarse como parte de los controles del pos operatorio, tal como le fue ordenado a la demandante, a efectos de que su médico determinara el estado de funcionamiento de la extremidad operada; no obstante y como se indica en las conclusiones del Comité, la actora hizo caso omiso a las prescripciones de su médico tratante, solo asistió a unas cuantas sesiones de terapias, y no se practicó el examen, el que de haberse hecho oportunamente habría arrojado las afectaciones que posiblemente se hubieren presentado con ocasión de la cirugía a la que fue sometida la paciente. En ese orden y como fue expuesto por el a quo en el fallo apelado, se hace evidente la negligencia de la actora en la atención de su plan de tratamiento pos quirúrgico, conducta que resulta adversa a su teoría.

Ahora, pese a que el juez a quo consideró que el actuar de la demandante, efectivamente, fue negligente y que el mismo tuvo injerencia directa en la ocurrencia del daño, decidió condenar a la ESE demandada, porque a su juicio, el dictamen de medicina legal fue concluyente y claro al señalar que la lesión padecida por la actora fue ocasionada en la intervención quirúrgica practicada el 26 de julio de 2007.

Para esta Sala, contrario a lo manifestado por la sentencia de primera instancia, las conclusiones del informe pericial de clínica forense practicado a la historia clínica de la paciente actora, por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se centró el a quo para emitir fallo estimatorio, carecen de mérito para sustentar la falla médica invocada y específicamente, que la lesión del nervio peroneo común de la rodilla derecha, sufrida por la actora, fue producto de conducta activa o pasiva del médico cirujano en la intervención quirúrgica practicada a la actora el 26 de julio de 2007.

En ese sentido, sobre la afectación del nervio derecho presuntamente ocasionada en el procedimiento quirúrgico, e imputada según la demandante y el fallo del a quo a la demandada, advierte la Sala, en consonancia con el concepto del Ministerio Público en esta segunda instancia que, si bien es cierto, el Instituto de Medicina Legal a partir de la historia clínica, -que valga reiterar, no arroja cuestión distinta a un servicio médico adecuado- determinó tal suceso, lo cierto es que, no se deriva de esa simple afirmación contenida en la pericia, que dicha afectación haya sido consecuencia de una mala praxis médica, teniéndose que bien pudo haber ocurrido por otras causas, entre ellas, mal manejo post operatorio, herida cortante, herida de bala, fractura o cualquiera de las enlistadas por el mismo instituto en el informe pericial.

Y es que, consonante con lo señalado en la alzada, este Tribunal ante la inconformidad del apelante que es la que enmarca su competencia decisoria, está llamado a valorar en forma objetiva, crítica y detallada la pericia recaudada, lo que impone primeramente determinar para qué se decretó.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

Al respecto, consta a folio 4 del expediente que la parte demandante pidió “Sírvasse ordenar la práctica de una pericia, a fin de poder determinar la lesión que se le ocasionó a la demandante por cuenta del Hospital demandado con ocasión de la intervención quirúrgica que se le practicó sobre su rodilla derecha, así como la de establecer qué porcentaje de incapacidad le sobrevino y el monto de la indemnización correspondiente. De igual manera establecer el monto de los daños fisiológicos, teniendo en cuenta el daño inferido y el tipo de secuela que quedó, así como establecer el monto de la terapia rehabilitante correspondiente y por el tiempo necesario”.

También, obra que mediante auto de pruebas de fecha 20 de agosto de 2013, visible a folio 136-138 del expediente, se ordenó dictamen pericial en los siguientes términos: “Teniendo en cuenta el peritazgo solicitado y no existiendo Médico Legista dentro de la lista de auxiliares de la justicia, el Despacho procederá de conformidad con el artículo 243 del C.P.C. a fin de que se practique el mismo, para lo cual se ordenará que por secretaría se oficie al Director de Medicina Legal de esta ciudad para que designe un perito dentro del término de 15 días y previo el estudio de la historia clínica de la accionante emita el dictamen requerido”.

En ese orden, el peritazgo se decretó acorde con lo pedido y antes resaltado en lo relevante, es decir, a fin de poder determinar la lesión padecida por la actora. Con todo, el anterior auto fue recurrido por el accionante, por lo que mediante auto de fecha 6 de septiembre de 2013, el juez resolvió reponer dicho proveído en el sentido de que, se debía oficiar a Medicina Legal, una vez la demandante se practicara el examen de Electromiografía que le había sido ordenado. Es decir, para que el Instituto no solo estudiara la historia clínica sino dicho examen. Así, consta que una vez la actora se practicó el examen (Fl. 154), el secretario del juzgado libró oficio dirigido a Medicina Legal en los siguientes términos: *En cumplimiento de lo ordenado por este Despacho, en los autos de fecha 20 de agosto de 2013 y 6 de septiembre de la misma anualidad, me permito solicitarle con destino a este proceso que se emita dictamen médico previo a la historia clínica de la accionante y del examen de ELECTROMIOGRAFIA a fin de que se determine la la lesión que se le ocasionada (sic) por la intervención quirúrgica que se le practicó sobre su rodilla derecha, así como que porcentaje de incapacidad le sobrevino y el monto de la indemnización correspondiente, igualmente establecer el monto de los daños fisiológicos, teniendo en cuenta el daño inferido y el tipo de secuela que quedó, y cuál es el monto de la terapia rehabilitante correspondiente y por el tiempo necesario.*

Ahora, allegada la pericia al proceso, se surtió su contradicción, sin que se formularan objeciones ni reparos, lo que no obsta para que el Tribunal critique el informe, tal y como antes se indicó, y mucho menos para que se aparte de las inferencias del aludido Instituto, pues es claro que en esta oportunidad, no cumple el reporte con lo dispuesto en el artículo 241 del C.P.C.¹⁰, aplicable al *sub examine*, dado que las conclusiones allí mostradas no tienen respaldo probatorio, son contradictorias con el mismo texto del informe y no dan cuenta de verdaderas razones para imputar responsabilidad a la ESE demandada.

Es ese marco es menester recordar que el dictamen pericial es un medio probatorio que permite verificar los hechos que interesan al proceso y que requiere especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de auxiliares de la justicia, quienes, a través de experimentos e investigaciones, realizan un examen de las cosas o de las

¹⁰Artículo 241 del C. de P.C.- Apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

personas¹¹, no obstante para que el juez lo pueda apreciar y valorar, aun cuando no haya sido objetado por las partes, debe reunir una serie de requisitos¹², a saber:

- Que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas.

Del informe pericial rendido por Medicina Legal, se echa de menos la llamada “razón de la ciencia del dicho”, pues no se aprecia el fundamento de sus conclusiones, toda vez que, el perito se limitó a emitir su concepto señalando que “*Durante el procedimiento quirúrgico realizado a la señora Rosa Leonor Guillen De Socarras, se lesiono (sic) el Nervio Peroneo Comun (sic)*” sin explicar las razones que lo condujeron a esa conclusión. En ese sentido, rememora la Sala que el dictamen se pidió y decretó a fin de poder determinar la lesión causada a la actora, independientemente que la parte actora imputara esta a la ESE demandada.

Sin embargo, y sin razonamiento conocido, en el dictamen se concluyó que la lesión se originó o tuvo su causa durante el procedimiento quirúrgico, afirmación esta que no encuentra respaldo en la historia clínica ni en el examen de electrodiagnóstico, insumos del peritazgo, lo que impide revestir el dictamen de eficacia probatoria y priva a esa evidencia especializada, de poder de convicción

Es así, como surgen para la Sala verdaderos motivos de duda para acoger las conclusiones del informe pericial, por carecer este de explicación sobre sus razones y fundamentos; porque la paciente no fue valorada por el Instituto, pues según el informe, ésta no asistió; porque la historia clínica revisada por el experto únicamente da cuenta de la atención previa, durante y posterior a la cirugía, sin que de ella pueda inferirse que la lesión se causó en curso de esta y porque en dicha historia, no se incluye el estado de salud de la demandante previo a la cirugía y posterior a los últimos controles que la actora acudió a hacerse, datos relevantes para poder hacer las inferencias efectuadas.

- Que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo.

Como lo indica la apelante en su recurso de alzada, se desconoce la calidad, profesión, experiencia y experticia del perito, toda vez que no se hace alusión a ello en ninguna parte del informe, ni siquiera se menciona el nombre de la persona que practicó el dictamen, pues una cosa es que el informe final haya sido suscrito por el director seccional del Instituto seccional La Guajira y otra que sea este quien haya realizado la experticia, teniéndose que en todo caso, tampoco hay datos sobre su formación idónea y pertinente en el área médica.

- Que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar.

Sobre este punto es dable precisar, que si bien puede ocurrir que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar las conclusiones de un dictamen, precisamente por falta de conocimiento técnico sobre la materia, lo que dificultaría su labor, lo cierto es que en el presente asunto, resulta claro que de la simple valoración de la historia clínica - con el contenido que ha quedado detallado - y del examen de electromiografía - cuyos

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010 (expediente 17.644).

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2007, radicado número 25000232600020010021801 (30613). C.P. Danilo Rojas Betancourth.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

resultados igualmente se han expuesto -, únicos insumos utilizados por el Instituto - no se puede inferir que la lesión del nervio, haya sido causada durante la cirugía, pues se reitera, el mismo informe da cuenta de las múltiples causas por las cuales se puede afectar el nervio y de no haber acudido la actora a revisión, razón por la cual la Sala no encuentra respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen que den solidez a este.

- Que el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos.

Como antes se indicó se desconoce la especialidad del perito y mucho más, se desconoce el razonamiento que lo conllevó a su conclusión.

- Que su dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean. Ello sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad.

No se sabe a ciencia cierta, la especialidad del perito que practicó el dictamen como tampoco si los conceptos en él plasmados, son propios o de terceros.

- Que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad.

En este caso los reparos de la alzada no tocan con la neutralidad del perito.

- Que no se haya probado una objeción por error grave,

Como antes se indicó, el dictamen no fue objetado y mucho menos se probó su error grave, lo que en todo caso, no significa que sea camisa de fuerza para el juzgador, por cuanto la pericia es un auxilio, más no sustituto de la valoración judicial.

- Que se haya surtido la contradicción.

Del expediente resulta claro que el dictamen fue sometido a contradicción de las partes.

- Que no exista retracto del mismo por parte del perito.

No hay ninguna manifestación por parte del perito a través de la cual se retracte de sus apreciaciones.

- Que otras pruebas no lo desvirtúen.

Para la Sala la pericia allegada sí resulta desvirtuada por otras evidencias, específicamente, por la historia clínica en la que se basó y de la que no se desprende que hubo acción u omisión desconocedora de la *lex artis* médica en la atención de la patología de la demandante. En ese sentido, tal como lo expone el Ministerio Público en su concepto, las conclusiones del dictamen son contrarias a su fundamento. De igual modo, no podría soportarse, en la prueba electro diagnóstica, que la lesión se ocasionó en curso del procedimiento quirúrgico, no solo porque así no lo indica la conclusión de dicha prueba, sino porque esta fue realizada alrededor de seis (6) años después y si bien califica la lesión como antigua, de tal calificativo no puede extraerse que la lesión se causó el 26 de julio de 2007 en el procedimiento quirúrgico y menos que su causa fue falla médica.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

- Que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.

Estas características no se cumplen en el caso del dictamen que se valora, tal como ha quedado consignado, pues el informe resulta a todas luces contraevidente, contradictorio y en consecuencia, poco sólido y convincente, lo que no habilita que se le tenga como soporte exclusivo para decidir la causa.

De acuerdo con lo anterior, dar crédito a la pericia es claramente desproporcionado, a más de resultar no razonado, pues conduciría a que se atribuyera la lesión de la actora a la ESE demandada y concretamente a la conducta del galeno que operó, sin evidencia convincente e idónea, en la medida en que la valoración individual y conjunta de los demás elementos de prueba, no armonizan con las conclusiones del dictamen, tal como ha quedado argumentado, a lo que se suma que la actora no asumió comportamiento diligente al no asistir a los controles posquirúrgicos ni practicarse el examen que le fuera recetado precisamente para conocer el estado de su rodilla luego de la cirugía.

En esa línea, si bien fue posible establecer que la señora Rosa Guillén sufrió las lesiones alegadas, no hay evidencia de que las mismas sean imputables a la ESE demandada, reposando en autos documentales que la misma actora no tachó y que dan cuenta de que la ESE no se apartó de la *lex artis* médica al atender a la demandante. Así, no cuenta el Tribunal con elementos de juicio fácticos ni probatorios para determinar que la complicación en la salud de la mencionada señora Guillén, se presentó como efecto de un error de diagnóstico o de una mala praxis por parte de la entidad de salud demandada o su personal médico, debiéndose anotar para cerrar la valoración de todos los elementos de prueba, que los testimonios recaudados, no conducen a conclusión distinta a la que aquí se ha llegado, pues los mismos estuvieron encaminados a probar aspectos ajenos a la imputación al extremo pasivo.

Profundizando en lo anterior, el testimonio rendido por José Aníbal Montaña Muñoz, (Fl. 21-23 despacho comisario), no contribuye a esclarecer los hechos, pues al ser indagado, el testigo manifiesta que es la actora la que le ha comentado que tuvo un problema en una pierna y que, desde que la operaron quedó mal, es decir, se trata de un testigo de oídas, teniéndose que en el resto de su relato nada abona a la tesis de la demandante.

En cuanto a los testimonios de las señoras Ana Ramona de Armas (Fl. 28-30 ibídem) y Julia Elvira Torres Sarmiento (Fl. 31-33 ibídem) si bien dan cuenta de las afectaciones físicas, laborales y morales de la víctima, para el Tribunal es claro que tales declaraciones ni en su individualidad, ni analizadas en conjunto con las demás probanzas recaudadas, tienen el mérito de esclarecer la responsabilidad que se predica de la aquí accionada frente a los padecimientos de la señora Rosa Leonor.

Y es que, si bien es cierto las declarantes son contestes en indicar que la actora padece una afectación en su pierna, lo que se revela al caminar y la primera de las testigos indica que la afectación se originó luego de la operación, de su dicho no puede desprenderse que hubo un mal procedimiento que perjudicó a la señora Rosa Leonor, por la sencilla razón de que ninguna de ellas presencié los hechos de los que se derivaría la imputación del daño a la demandada, a más de no arrojar detalles en torno a la mala praxis médica o falla en el servicio que se pretende atribuir.



Rad. No. 44-001-33-40-001-2009-00215-01

Así las cosas, se reitera, las pruebas traídas a autos no dan cuenta de que el procedimiento que le fue practicado a la señora Rosa Guillén en la E.S.E. accionada, fuera defectuoso, no fuera pertinente o idóneo, o que en su curso se incurrió en falencias o mala praxis determinante en la producción del daño irrogado, lo que conlleva a su vez a que la Sala se releve de analizar la eximente de responsabilidad invocada por la ESE, consistente en la culpa exclusiva de la víctima, así como de estudiar la situación del llamado en garantía.

En suma, la valoración de los medios probatorios traídos a autos y antes relacionados, hecha bajo las reglas de la sana crítica, no permite arrojar conclusión distinta a la imposibilidad de imputar a la E SE demandada, la responsabilidad deprecada, lo que impone, acogiendo el concepto del Ministerio Público, revocar la sentencia estimatoria de primera instancia.

3.7. Condena en costas

Toda vez que no se observa actuación temeraria de la parte demandante, vencida dentro de la causa, y en aplicación del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, no habrá lugar a imponerlas en esta segunda instancia.

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por el juzgado primero administrativo mixto del circuito de Riohacha, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone **DENEGAR** las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de reparación directa, por la ciudadana Rosa Leonor Guillén de Socarrás. Lo anterior, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, y al prosperar los argumentos de la alzada.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo, previa revisión por parte de la secretaría general de este Tribunal, de la respectiva foliatura y anotación del número de cuadernos y folios que se remite y verificación de que lo actuado esté debidamente registrado en Tyba.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La presente sentencia fue aprobada en sesión virtual celebrada en la fecha conforme a lo indicado en convocatoria a sala de decisión y en señal de ello lleva la firma escaneada de la Ponente y la respectiva nota en la antefirma de las demás integrantes de la sala.

Las Magistradas

HIRINA DEL ROSARIO MEZA RHENALS

(aprobado con el voto favorable de)
CARMEN CECILIA PLATA JIMÉNEZ

(ausente con excusa médica)
MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA