



## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

---

Sincelejo, diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

**Referencia:** Reparación Directa  
**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00  
**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros  
**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A  
**Tema:** Praxis médica es de medio no de resultado-Consentimiento de la intervención quirúrgica

### SENTENCIA N° 024

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar sentencia de primera instancia.

### ANTECEDENTES.

#### 1. 1. LA DEMANDA.

##### 1.1.1 Partes

**Demandantes:** Berena Judith Martínez (Víctima); Max Francisco Riedel Fúnez (Cónyuge); María de los Ángeles Riedel Martínez (Hija); Teresa Isabel Vanegas de Martínez (Madre); Eduart Mileth Martínez Vanegas (Hermano) y Marinella Martínez Vanegas (Hermana)

**Demandada:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

### **1.1.2. PRETENSIONES.**

Se declare administrativa y patrimonialmente a las entidades demandadas; por los perjuicios materiales e inmateriales que tuvo que soportar la parte actora por causa del mal procedimiento médico del que fue objeto la señora Berena Judith Martínez Vanegas el 21 de enero del 2012, el cual le produjo la extirpación del bazo y una fistula gástrica

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación del daño antijurídico sufrido, se solicitó que se condene a la parte demandada pagar a favor de los demandantes los perjuicios que se enlistan a continuación:

- **Morales:** 100 SMLMV para todos y cada uno de los demandantes.

- **Daño la vida en relación:** 100 SMLMV para cada uno de los siguientes miembros de la parte actora: Berena Judith Martínez (Víctima); Max Francisco Riedel Fúnez (Cónyuge); María de los Ángeles Riedel Martínez (Hija); toda vez que su vida familiar no ha vuelto a ser la misma desde que la señora Berena Judith Martínez perdió uno de sus órganos por la presunta falla medica en la que incurrió los entes demandados.

- **Daño a la Salud o Fisiológicos:** 100 SMLMV para la señora Berena Judith Martínez; quien argumentó que es merecedora de este perjuicio por tener que vivir sin uno de sus componentes orgánicos.

Además, pidió que se condene en costas a la parte demandante; que las sumas concedidas sean actualizadas teniendo en cuenta el IPC y conforme a lo reglado en el artículo 188 de la Ley 1437 del 2011.

Finalmente, demandó que se le dé cumplimiento al fallo respectivo en los términos establecido en el artículo 195 ibídem y que se repararen íntegramente los perjuicio materiales e inmateriales atendiendo a lo preceptuado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Como fundamento de las anteriores pretensiones, en resumen; se narraron los siguientes argumentos fácticos:

### **1.1.3 Hechos:**

- La señora Berena Judith Martínez Vanegas de 34 años de edad, contrajo nupcias con el señor Max Francisco Riedel Fúnez; unión de la cual nació su hija María de los Ángeles Riedel Martínez; conformando de esta forma una familia que vivía en armonía, en respecto y con amor mutuo, así mismo, se indicó que la primera de las personas en mención es hija de Teresa Isabel Vanegas de Martínez y hermana de Eduar Mileth y Marinella Isabel Martínez Vanegas.

-A renglón seguido se alegó que la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “Fomag”; que a través de la Fiduprevisora S.A se encarga de Administrar los recursos pertenecientes a la Seguridad Social del Magisterio, por ende celebra todos los contratos que son necesarios para la prestación del servicio de Salud de los docentes nacionales y efectúa auditorías sobre la prestación del mismo.

-Además indicó que existe un Contrato de fiducia Mercantil celebrado entre el Fomag y Fiduprevisora S.A, el cual consta en Escritura Pública No. 0083 del 12 de julio del 1990 y que se encuentra vigente en la actualidad, puesto que, ha sido prorrogado de manera reiterativa por las entidades preceptuadas.

-En el año 2012 el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora S.A suscribió contrato con la Unión Temporal del Norte que se encuentra integrada por la Organización Clínica General del Norte S.A, Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A; entidades que son las encargadas de prestar los servicios de salud a los docentes activos y pensionados del Departamento de Sucre.

- Berena Judith desde el 27 de febrero de 1996 labora como docente en la Institución Educativa Inmaculada Concepción de Varsovia del Municipio de Toluvié; razón por la que se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio según las voces del Decreto 3752 del 2003.

-La señora Berena padecía de Obesidad Mórbida dado que tenía un índice de masa corporal de 38 y un peso corporal de 100 Kg; situación que le generaba poliartropatías, inflamación, constata dolores en su columna, extremidades inferiores

y trastorno de sueño; motivos estos por los que el Doctor Aisar Peña Gale le programó la realización de un Sleeve Gástrico por laparoscopia.

-El 21 de enero del 2012 la plurimencionada señora ingresó a las Instalaciones de la Clínica las Peñitas S.A.S con el objeto de practicarse Sleeve Gástrico por laparoscopia; entidad donde fue operada por los doctores Aisar Peña Gale y Carlos Lopera, quienes por impericia médica no le efectuaron el procedimiento en mención: toda vez que en el desarrollo de este acto médico consumaron una esplenectomía –*Extirpación del Bazo*-; pese a que en la ecografía quirúrgica del 5 de diciembre del 2011 indicó reflejo que este órgano se encontraba en condiciones normales

- Además, referenció que, la dicha esplenectomía se llevó a cabo sin su consentimiento y que le produjo una fuerte hemorragia.

- A las 5:00 P.M del 21 de enero del 2012 se le dio de alta a señora Berena Judith, sin embargo, los galenos tratantes no le indicaron la alimentación que debía seguir al estar en su casa, pues solo se limitaron a explicarle la forma de curar las heridas y que debía retirar las suturas en un plazo de 8 días.

-El 1º de febrero del 2012; la demandante presentó un fuerte quebranto de salud; razón por el que acudió a consulta médica donde fue dada de alta luego de practicarle varios examen, posteriormente ingresó a la Urgencias de la Clínica las Peñitas S.A.S donde le diagnosticaron infección pulmonar y bronquitis.

-El 5 de febrero del 2012 se ordenó trasladar a esta paciente a la Unidad de cuidada intensivo para intervenirla quirúrgicamente; ello con el fin de colocarle un tubo de tórax que se requería para extraerle el líquido pleural que tenía represado en los pulmones; consecutivamente los médicos le diagnosticaron neumonía nosocomial.

-Posteriormente la señora Martínez Vanegas fue trasladada a la Clínica Soma de la ciudad de Medellín; donde el 26 de febrero del 2016 le diagnosticaron fistula Gástrica con Colección Subfrenica y derrame tabicado izquierdo; hecho que en armonía con la extirpación de su baso reflejan para los libelistas la defectuosa praxis médica que adelantó la Clínica de las Peñitas S.A.S

-la señora Martínez Vanegas estuvo hospitalizada en la Clínica Soma desde el día 25 de febrero del 2012 hasta el 2 de abril de esta misma anualidad, lapsus de tiempo

donde se le suministró alimentación parenteral para evitar que estos salieron por la fisura, pues de suceder esto se emporaría su estado de salud; pese a ello, fue dada de alta con un drenaje debajo de su seno donde se ubicaban los residuos alimenticios, toda vez que la fistula precitada permanecía activa; acontecer que le causó diversas afectaciones físicas y psicológicas.

-El 12 de octubre de 2012 a la demandante le fue implantado Esten Gastroesofagico con la expectativa de evitar que la bolsa indicada en el párrafo antepuesto siguiera cumpliendo las funciones del estómago; último este, que fue retirado el 10 de noviembre de esta mis anualidad; no obstante, el Estén Gastroesofagico se desprendió de su cuerpo una vez se cerró la fistula que padecía; en consecuencia cayó en su estómago causándole graves dolores e impidiéndole tolerar un sinnúmero de alimentos.

-Finalmente, sostuvo que, la falla médica en que incurrió las entidades demandadas le ocasiono graves afectaciones de índole económico, moral y psicológico.

### **1.2 Tramite del Proceso.**

- La demanda fue recibida en la Oficina Judicial de Sincelejo el 28 de febrero de 2014<sup>1</sup>, siendo asignada por reparto a este Despacho<sup>2</sup>.

- En proveído adiado 27 de marzo del 2014<sup>3</sup>; se admitió la demanda, decisión que fue notificada en debida forma a las partes demandante<sup>4</sup>; a la Clínica de las Peñitas S.A.<sup>5</sup>, al Ministerio Publico<sup>6</sup>, a Medicina Integral S.A<sup>7</sup>; a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>8</sup>; a la Organización Clínica del Norte<sup>9</sup>; al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>10</sup> y a la Fiduprevisora S.A<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> Folio 24 del C. ppal.

<sup>2</sup> Folio 309 del C. ppal. No 2

<sup>3</sup> Folio 311 y su respectivo respaldo del C. ppal. No. 2

<sup>4</sup> Folio 313 del C. ppal. No. 2

<sup>5</sup> Folio 397 del C. ppal. No. 2

<sup>6</sup> Folio 398 del C. ppal. No. 2

<sup>7</sup> Folio 399 del C. ppal. No. 2

<sup>8</sup> Folio 400 del C. ppal. No. 2

<sup>9</sup> Folio 401 del C. ppal. No. 2

<sup>10</sup> Folio 402 del C. ppal. No. 2

<sup>11</sup> Folio 403 del C. ppal. No. 2

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

-Seguidamente, se efectuó el traslado de que habla el artículo 172 del C.P.A.C.A<sup>12</sup>; término en el cual contestó la demanda Fiduprevisora<sup>13</sup>; Medicina Integral S.A<sup>14</sup>; quien instauró nulidad procesal por indebida integración del litis consorte necesario<sup>15</sup>.

Así mismo, lo hizo la Organización Clínica General del Norte S.A<sup>16</sup>; quien llamó en garantía a la Aseguradora Mapfre<sup>17</sup> y la Clínica de las Peñitas S.A.S<sup>18</sup>; que igualmente llamó en garantía a la Aseguradora precitada<sup>19</sup> y al doctor Aizar Peña Gale<sup>20</sup>; además presentó nulidad de todo lo actuado por las mismas razones que esgrimió la entidad Medicina Integral S.A.

-En proveído calendado 16 de abril del 2015<sup>21</sup>; se negó las nulidades solicitadas; se aceptó los llamamientos en garantía preceptuados y se admitió la reforma de la demanda solicitada a folio 880 a 882; la cual fue contestada por la Clínica las Peñitas S.A: Organización Clínica General del Norte S.A<sup>22</sup>; decisión que fue apelada por el Doctor Aisar Miguel Peña Gale en lo que respecta a la admisión del llamado en garantía<sup>23</sup>; siendo este concedido mediante auto calendado 24 de agosto del 2015<sup>24</sup>; correlativamente, Mapfre Seguros S.A Contestó el Llamamiento en Garantía<sup>25</sup>.

-En auto fechado 27 de octubre del 2015<sup>26</sup>; fijó el 17 de febrero del 2016 como fecha en la que se llevaría a cabo audiencia Inicial en atención a lo normado en el artículo 180 del C.P.A.C.A; la cual fue aplazada a través de proveído calendado 16 de febrero del 2016 para el día 18 de marzo de esta misma anualidad<sup>27</sup>; siendo, finalmente aplazada para el 22 de abril del 2016 mediante auto del 17 de marzo del 2016<sup>28</sup>

---

<sup>12</sup> Folios 193 C. Ppal. 2

<sup>13</sup> Folio 685 a 708 del C. ppal.

<sup>14</sup> Folio 334 a 338 del C. ppal. No 2

<sup>15</sup> Folio 683 a 684 del C. ppal. No. 4

<sup>16</sup> Folio 404 a 441 del C. ppal. No. 3

<sup>17</sup> Folio 472 a 474 del C. ppal. No3

<sup>18</sup> Folio 489 a 526 del C. ppal. No3

<sup>19</sup> Folio 614 a 616 del C. ppal. No 4

<sup>20</sup> Folio 631 a 633 del C. ppal. No 4

<sup>21</sup> Folio 1363 a 1371 y su respectivo respaldo del C. ppal. No 7

<sup>22</sup> Folio 1381 a 1382 del C. ppal. No 7

<sup>23</sup> Folio 1455 a 1466 del C. ppal. No 8

<sup>24</sup> Folio 1695 a 1699 del C. ppal. No. 9

<sup>25</sup> Folio 1396 a 1419 del C. ppal. No 8

<sup>26</sup> Folio 1713 y su respectivo respaldo del C. ppal. No 9

<sup>27</sup> Folio 1735 del C. ppal. No 9

<sup>28</sup> Folio 1770 y sus respectivo respaldo del C. ppal. No 9

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

- El 22 de ese mismo mes y anualidad; se celebró la audiencia inicial; en el marco de la cual se surtieron todas las etapas previstas en el artículo 180 ibídem<sup>29</sup> ; además, se decidió tener como no contesta la demanda por la Clínica General del Norte S.A y la Clínica las Peñitas S.A y declarar la Falta de Legitimación de La Causa por Pasiva de la Fiduprevisora S.A; se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora y de la parte demandada que contestó el libelo, sin embargo se advirtió que los medios probatorios allegados por las dos primeras entidades en mención serían valorados y se fijó el día 31 de agosto del 2016 como fecha para celebrar audiencia de pruebas.

-El 31 de agosto del 2016; se realizó audiencia de pruebas; en la que se ordena incorpora y tener como medios probatorios los documentos allegados al sub examen; de otra parte, el doctor Aisar Peña Gale desistió del interrogatorio de partes; se recepcionaron testimonios y se declararon desierto otros por ausencia de los declarantes; finalmente, se decretó terminado el período probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión<sup>30</sup>; llamado al que acudió la parte demandante<sup>31</sup>, el doctor Aisar Peña Gale<sup>32</sup>, Medicina Integral S.A<sup>33</sup>, Mafre Seguro Generales de Colombia S.A<sup>34</sup>, Organicen Clínica del Norte S.A y la Clínica las Peñitas S.A.S<sup>35</sup>

- En proveído del 11 de octubre del 2016, el H. Tribunal Administrativo de Sucre; decidió revocar la decisión adoptada por este Despacho en auto del 26 de abril del 2015; consistente en aceptar el llamado en garantía del doctor Aisar Peña Gale<sup>36</sup> y el 10 de febrero del 2017, se profirió auto de obedecer y cumplir lo resuelto por el Superior<sup>37</sup>.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**Clínica General del Norte S.A y Clínica las Peñitas S.A.S:** se itera que en la audiencia consagrada en el artículo 180 de la Ley 1437 del 201 se ordenó tener por no contestada la demanda por parte de estas dos entidades dado que el togado sustituto

---

<sup>29</sup> Folio 1790 a 1795 y su respectivo respaldo del C. Ppal. No. 10

<sup>30</sup> Folio 1933 a 1937 del C. ppal. No 3

<sup>31</sup> Folio 1969 a 1978 del C. ppal. No. 10

<sup>32</sup> Folio 1943 a 1954 del C. ppal. No 10

<sup>33</sup> Folio 1955 a 1963 del C. ppal. No 10

<sup>34</sup> Folio 1964 a 1968 del C. ppal. No. 10

<sup>35</sup> Folio 1979 a 2019 del C. ppal. No 10 y 11

<sup>36</sup> Folio 34 a 38 del C. Apelación.

<sup>37</sup> Folio 110 del C. ppal.

que adelantó dicha actuación procesal no tenía el poder para desplegar este acto, en virtud de que actuaba de manera simultánea con el apoderado principal, esto de conformidad a lo reglado en el artículo 74 del C.G.P<sup>38</sup>.

Pese a lo anterior; se mantuvo la decisión de llamar en garantía a Mafre Seguros Generales de Colombia S.A y al doctor Aisar Miguel Peña Gale; último llamado en garantía que fue revocado por el H. Tribunal Administrativo de Sucre mediante auto calendarado 11 de octubre del 2016.

**Fiduprevisora S.A:** Se reitera que en el desarrollo de la audiencia inicial se declaró la Falta de legitimación en la causa por pasiva de esta entidad<sup>39</sup>.

**Medicina Integral S.A**<sup>40</sup>: Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones y condenas solicitadas en el libelo, argumentando que no existe nexo causal entre la causa generada del daño y la actividad que ejerce esta entidad; puesto que, nunca atendió a la señor Berena Judith Martínez, lo cual es así, toda vez que la Clínica las Peñitas S.A. fue quien le prestó los servicios hospitalarios; actuación que se efectuó conforme a las exigencias médicas que presentó la paciente en el desarrollo de la intervención quirúrgica de la que fue objeto, lo que pone de presente que no se incurrió en ninguna falla médica.

Finalmente, planteó en su defensa las excepciones de *Falta de legitimación en la causa por pasiva y Falta de Responsabilidad del Ente demandado*.

#### **1.4 Llamamiento en Garantía:**

**-Mapfre Seguros de Colombia S.A:** Manifestó que se deben desestimar las pretensiones invocadas en el libelo; toda vez que en el expediente no reposa medio de convicción idóneo que acredite los hecho relatados por la parte actora y que el daño antijurídico sufrido por los demandantes le es imputable por acción u omisión a entidades demandadas; sin embargo, lo que se encuentra probado es que la señora Berena Judith Martínez fue atendida con la diligencia y cuidado que requieren los pacientes

---

<sup>38</sup> Folio 1791 del C. ppal. No.

<sup>39</sup> Folio 1790 a 1795 y su respectivo respaldo del C. Ppal. No. 10

<sup>40</sup> Folio 334 a 396 del C. ppal. No 2

con obesidad mórbida de larga duración y, que se negó a seguir el tratamiento formulado por la clínica las Peñitas S.A.

Además, esgrimió que a la señora Berena se le practicó Sleeve Gástrico más eplenectomía, último en mención, que se llevó a cabo por tener hilo esplénico incrustado en la pared gástrica posterior del fungus, “*hallazgo anatómico que hizo imposible llevar a cabo la incisión requerida para terminar la cirugía bariátrica tipo sleeve Gástrico*”<sup>41</sup>, así mismo padeció neumónica con derrame pleural, colección abdominal sugfrenica y fistula gástrica posoperatoria; situaciones que fueron atendidas por los galenos tratantes en los términos que establece la *lex artis*, lo que para esta entidad refleja una vez mas que no se incurrió en una falla del servicio.

Con relación a la Pretensiones de la demanda, instauraron en su defensa las excepciones de *I) Cumplimiento del Acto médico II) Ausencia de Culpa III) inexistencia de Nexo Causal y IV) la Genérica.*

De otra parte, señaló que en caso de declararse administrativa y patrimonialmente responsable a la entidad que lo llamó en garantía ha de responder si es procedente de conformidad a las condiciones que consagra la póliza de seguro 11206309660007; las cuales dice que no se encuentran satisfechas en el caso en debate dado que esta limita a amparar las fallas médicas que se producen en su vigencia y dos años después de su finalización, lo que no sucede en este caso, toda vez que la Clínica las Peñitas S.A.S y la Clínica General del Norte S.A comunicaron sobre este litigio luego de haber transcurrido los dos años en mención razón por la cual se encuentra expirada la cobertura de la póliza de Seguro preceptuado.

A renglón seguido; propuso en este sentido las excepciones de *I) expiración de Cobertura del Contrato de Seguros; ii) inexistencia de la Obligación de pagar o reembolsar al llamante -Clínica las Peñitas S.A- los perjuicios reclamados en la demanda, por pérdida del derecho de indemnización III) Derecho de repetición IV) aplicación deducible pactada en la póliza de responsabilidad civil 11206309660007 V) Limite de Valor Asegurado en la Póliza de Responsabilidad Civil No. 11206309660007 VI) Terminación del contrato de seguro y pérdida del derecho a la*

---

<sup>41</sup> Folio 1417 del C. ppal. No 8

*indemnización a favor del asegurado VI) Nulidad relativa del contrato de seguro celebrado y Compensación y VII) La Genérica.*

En proveído del 31 de agosto del 2016, se decretó agotado el período probatorio y se le ordenó correr traslado a las partes para **alegar de conclusión**<sup>42</sup> y al Ministerio público para que conceptuara de fondo; llamado al que acudieron las siguientes partes:

#### **1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

**La parte demandante**<sup>43</sup>: Reiteró los argumentos planteados en la demanda.

**Medicina Integral S.A**<sup>44</sup>: Iteró los argumentos expuestos en la contestación del escrito demandatorio, agregando que no se encuentra probado en el expediente que se haya incurrido en una falla del servicio, toda vez que la víctima directa de este proceso se le practicaron los procedimientos médicos necesarios y de manera oportuna; pues, según las pruebas que reposan en el expediente la práctica de la esplenectomía era necesaria para salvar su vida.

Finalmente, adujo que, a la parte demandante se le dio a conocer el riesgo y las posibles consecuencias del trámite médico que se le efectuó, el cual terminó presentando complicaciones por razones inherentes a su organismo, lo que pone de presente que no existe Nexo de causalidad entre el daño padecido y el actuar u omisión de las entidades demandadas.

**Mapfre seguros generales de Colombia**<sup>45</sup>: Expresó que en el plenario se encuentra demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Organización Clínica General del Norte, puesto que no tuvo injerencia ni participó en el procedimiento quirúrgico que se le realizó a la Señora Martínez Vanegas.

Aunado a lo anterior, alegó que la Clínica de las Peñitas S.A atendió a la víctima directa de este litigio con la diligencia debida y conforme a la lex artis, por lo en consecuencia solicito que se negaran las suplicas de la demanda.

---

<sup>42</sup> Folio 1933 a 1937 del C. ppal. No. 10

<sup>43</sup> Folio 1969 a 1978 del C. ppal. No. 10

<sup>44</sup> Folio 1955 a 1963 del C. ppal. No 10

<sup>45</sup> Folio 1964 a 1978del C. ppal. No. 9

**Organización Clínica General del Norte S.A-Clinica las Peñitas S.A**<sup>46</sup>: Alegó que se deben negar las súplicas de la demanda, toda vez que la parte demandante no logro probar que la Clínicas de las Peñitas S.A incurrió en un falla médica y que el acto médico que efectuó esta entidad tienen un nexo de causalidad con el daño de naturaleza prohibida padecido por la parte actora.

Igualmente, porque del causal probatorio que fue allegado al expediente se logró demostrar que el daño sufrido por los libelalistas es producto de una complicación médica derivada de la obesidad mórbida tipo dos que padecida la señora Berena Martinez y que la Clínica de las peñitas S.A. atendió a esta paciente conforme a los protocolos médicos.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1 Competencia:**

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

### **2.2 Cuestión Previa-Resolución de Excepciones:**

**Medicina Integral S.A:** Propuso las excepciones de *Falta de legitimación en la causa por pasiva y Falta de Responsabilidad del Ente demandado*

**Mapfre Seguros de Colombia S.A:** Con relación a demanda formuló las excepción de *I) Cumplimiento del Acto médico II) Ausencia de Culpa III) inexistencia de Nexo Causal y IV) la Genérica*

En lo atinente al llamado en garantía planteó las excepciones de *I) expiración de Cobertura del Contrato de Seguros; ii) inexistencia de la Obligación de pagar o reembolsar al llamante -Clínica las Peñitas S.A- los perjuicios reclamados en la demanda, por pérdida del derecho de indemnización III) Derecho de repetición IV) aplicación deducible pactada en la póliza de responsabilidad civil 11206309660007*

---

<sup>46</sup> Folio 1979 a 1999 del C. Ppal. No. 9

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

V) Limite de Valor Asegurado en la Póliza de Responsabilidad Civil No. 11206309660007 VI) Terminación del contrato de seguro y pérdida del derecho a la indemnización a favor del asegurado VI) Nulidad relativa del contrato de seguro celebrado y Compensación y VII) La Genérica.

Las Enunciadas en la forma en que fueron planteadas guardan estrecha relación con el fondo del asunto por lo que se resolverán en el acápite correspondiente.

### **2.3 Problema jurídico:**

Se determinará si el daño padecido por los accionantes, este es, el derivado de la pérdida del bazo de la señora Berena Judith Martinez por el presunto mal procedimiento quirúrgico al que fue sometida, sin haberle advertirle con antelación los riesgos que traía consigo el acto médico denominado sleen gástrico, se constituye como un daño antijurídico que le es imputable a la parte demandada.

Para resolver este interrogante se seguirá el siguiente hilo conductor; I) La responsabilidad patrimonial de Estado por falla en el acto medico II) Acervo Probatorio III) Literatura médica IV) juicio de responsabilidad V) Conclusiones.

#### **2.3.1. La responsabilidad patrimonial de Estado por falla en el acto médico.**

Con la expedición de la carta política del 1991 se constitucionalizo el Derecho de Daños o la llamada Responsabilidad Extracontractual de Estado; toda vez que el artículo 90 Superior expresa que la administración “*responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”; lo que significa que este mandato constitucional tiene aplicación cuando se demuestre la existencia de un I) **daño antijurídico** que ha afectado bienes material o inmaterial de una persona natural o jurídico y la **II) imputación** de dicho padecimiento prohibido a la parte demandante.

Ahora bien, La responsabilidad extracontractual de Estado derivada de una falla sanitaria ha merecido una dinámica y evolución constante a nivel jurisprudencial; dado que en daños producto de una deficiente praxis médica se ven vulnerados derechos fundamentales como la vida e integridad física, además por existir deberes institucionales en cabeza de la administración que ameritan ser objeto de vigilancia y protegidos por el Estado, en atención de que dicha obligación resulta ser una garantía

para los coasociados, por el hecho de que impulsan a las entidades tratantes actuar de forma diligente, oportuna y prestar sus servicios acorde a la *lex artis*.

Lo anterior se ha reflejado, en el título de imputación que se ha utilizado para dirimir esta clase de debates jurídicos, pues a lo largo de la historia se ha acogido el régimen subjetivo de responsabilidad; que por diversas exigencias sociales y jurídicas ha pasado por múltiples matices, puesto que en un primer momento se aplicó la falla probada del servicio; que obligaba a la parte actora probar los supuestos fácticos y jurídicos en los que basa su pretensiones; luego se abolió esta postura, en efecto se adoptó, la falla presunta del servicio, donde la corporación de salud demanda era quien ostentaba la carga procesal de demostrar que había actuado conforme a las artes de la ciencia médica, seguidamente se permitió que en el marco de este último título de imputación se aplicara la carga dinámica de la prueba y finalmente, se asentó el juicio de imputación en la falla probada del servicio; al respecto el Tribunal Supremo de Contencioso Administrativo ha expresado:

*El desarrollo inicial de la jurisprudencia estuvo orientado por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer momento, se exigía al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio<sup>47</sup>.*

*A partir del segundo semestre de 1992, la Sala acogió el criterio, ya esbozado en 1990<sup>48</sup>, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo, pero con presunción de falla en el servicio. En ese segundo momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica<sup>49</sup>. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos<sup>50</sup>.*

*Posteriormente, en el año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio, mediante la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de*

---

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, exp. 6477, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6255, C.P. Julio César Uribe Acosta; sentencia de 26 de marzo de 1992, exp. 6654, C.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, exp. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de agosto de 1992, exp. 6754, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández.

*carácter técnico o científico.*

(...)

*El abandono de la presunción de falla como régimen general de responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, al demandar de la parte actora un esfuerzo probatorio significativo, exigía la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a morigerar dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se señalaba que, cuando resultaba imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el nexo de causalidad quedaba acreditado “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”<sup>51</sup>, que permitiera tenerlo por establecido.*

(...)

*Finalmente, en 2006, se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada<sup>52</sup>. Sin perjuicio de que para la demostración del nexo las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba Indiciaria”<sup>53</sup>*

En estos términos, se colige que el juicio de reproche en materia de responsabilidad sanitaria se debe efectuar aplicando la falla probada del servicio; donde resulta evidente que la parte demandante tiene el *onus probandi* o el deber probatorio de acreditar en uso de cualquier medio convicción legal el daño antijurídico padecido, la falla en el servicio y el nexo de causalidad; de lo contrario se tendría que soportar las consecuencias jurídicas de no cumplir con dicha carga procesal, que no es otra que la negación de las súplicas invocadas en el escrito petitorio.

### **2.3.1 Acervo probatorio:**

En el trascurso de trámite procesal fueron allegados oportunamente y en debida forma los siguientes medios de convicción:

---

<sup>51</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 15201-25063, C.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. El consejero Enrique Gil Botero aclaró el voto en el sentido de señalar que no debe plantearse de forma definitiva el abandono de la aplicación del régimen de falla presunta del servicio.

<sup>53</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección B; Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero; Sentencia calendada (3) de octubre del 2016; Radicación número: 08001-23-31-000-1999-00685-01(31159)

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

-Ecografía abdominal del 5 de diciembre del 2011; que se le realizó a la señora Berena Judith Martínez Vanegas en la Clínica de las Peñitas S.A en la que consta lo siguiente:

*“Hígado conserva la forma, tamaño y posición. No lesiones Focales, infiltración grasa hepática moderna.*

*Vesícula mide 69 x 18mm, espesor la pared de 3,5 mm, no cálculos en su interior*

*Va biliar intra y extra hepática no dilatada, colédoco, mide 4.3 mm*

*Páncreas de forma, tamaño, ecoestructura y posición conservada. No lesiones focales.*

*Baso mide 115 x 46 mm, de tamaño, forma, posición y estructura conservada. No lesiones focales.*

*(...)”<sup>54</sup>*

- Consentimiento de procedimiento anestésico otorgado por la señora Berena Judith Martínez<sup>55</sup>.

-Consentimiento informado para adelantar procedimiento de Sleeve Gástrico otorgado por la señora Berena Judith Martínez el 22 de diciembre del 2011; en la que consta al tenor literal:

*Yo berena Martínez Vanegas con documento de identidad No. 64.582.402 de S/ejo conociendo que tengo diagnóstico de Obesidad Mórbida.*

*Doy fe luego de ser atendido y después de haber recibido de forma adecuada la información sobre mi enfermedad, condición, tratamiento o procedimiento propuesto: Sleeve Gástrico*

*He obtenido respuestas comprensibles e entendibles a mis interrogantes, se me ha informado a aceptar o no el tratamiento o procedimiento sabiendo incluye riesgos, efectos secundarios, daños colaterales, y complicaciones como: **infección, sangrado, laparotomía, fiebre, peritonitis, fistula intercostal, reintervencion.***

*Así también sé que existen riesgos de morbilidad y mortalidad por esta enfermedad o condición, por lo que de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1991, doy consentimiento para que se me realice el tratamiento o procedimiento institucional necesario, asumiendo yo, la decisión sobre las implicaciones Legales de esta aceptación y en consecuencia, eximo de cualquier responsabilidad legal a la Clínica de las Peñitas S.A.S. y al Doctor A. Peña y Carlos Lopera*

*(...)”<sup>56</sup>*

<sup>54</sup> Folio 30 del C. ppal. No. 1

<sup>55</sup> Folio 560 y su respectivo respaldo del c. Ppal. No. 3

<sup>56</sup> Folio 561 del C. ppal. No. 3

Radicación N°: 700013333003 – 2014-00048-00

Demandante: Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

-Testimonio rendido por doctor Samuel Paternina en el marco de la audiencia de pruebas que se celebró 31 de agosto del 2016, en la que al dijo: *“yo le explique muchas veces a ella, porque ella en cierta forma fue paciente mía, le explique todas las complicaciones inherentes a la cirugía, le explique todos los riesgos a los que podía exponerse y le explique que es cierto que hoy en día la cirugía bariátrica ha cambiado mucho el futuro de las personas con obesidad y con alto riesgo cardiovascular que no solamente es una cirugía con un buen resultado sino que también tiene complicaciones por eso cuando ellos lo van a someter a cirugía le mencionan lo que se llama el consentimiento informado de que sepan a lo que se someten porque todo procedimiento quirúrgico tiene su riesgo.*

- Epicrisis de la señora Berena Judith de fecha 21 de enero del 2012<sup>57</sup>; en la que reposa lo siguiente:

|  |  |
|--|--|
| <i>EDAD PACIENTE</i>                                 | <i>33</i>  |
| <i>FECHA Y HORA DE INGRESO</i>                       | <i>ENERO 21 DEL 2012</i>   |
| <i>FECHA Y HORA DE EGRESO</i>                        | <i>ENERO 23 DEL 2012</i>   |
| Procedencia  | consulta externa   |
| Servicio donde se admitió                            | Cirugía  |
| Motivo de la consulta al ingreso                     | PROGRAMA DE FORMA ELECTIVA PARA SLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA POR OBESIDAD MÓRBIDA  |
| Enf. Actual, Antecedentes, Rev X Sistemas            | Remitida de Endocrinología por obesidad mórbida y problemas secundarios a dicha patología: trastorno del sueño y deambulación poliartropáticas   |
| <i>Examen físico y signos vitales al ingreso</i>     | <i>IMC 38. Abundante panículo Adiposo</i>  |
| <i>Diagnóstico de Ingreso</i>                        | <i>Obesidad Mórbida</i>  |
| <i>Plan De manejo al ingreso (Conducta)</i>          | <i>AYUNO</i>   |
| <i>Resultado de paraclínicos Realizados</i>          | <i>---</i>   |
| <i>Resumen de Tratamiento realizado</i>              | <i>SLEEVE GÁSTRICO Y ESPLENECTOMÍA POR LAPAROTOMÍA</i>   |
| <i>Resumen de eventos clínicos intrahospitalario</i> | <i>DEBIDO A ANORMALIDAD ANATÓMICA (BAZO INCORPORADO EN UNA CURVATURA MAYOR FUNDUS GÁSTRICO) NO FUE POSIBLE REALIZAR PROCEDIMIENTO DE FORMA SEGURA POR LAPAROSCOPIA , POR LO CUAL SE REALIZA ESPLENECTOMÍA Y SLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROTOMÍA<br/>POSTOPERATORIO SLEEVE GÁSTRICO</i> |
| <i>Diagnóstico de Egreso</i>                         | <i>Mejor</i>   |
| <i>Condición de Egreso</i>                           | <i>Alta por mejoría</i>  |

<sup>57</sup> Folio 181 del C. ppal. No. 1

Radicación N°: 700013333003 – 2014-00048-00

Demandante: Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

(...)

-Descripción Quirúrgica de fecha 21 de enero del 2012<sup>58</sup> rendida por el doctor Aizar Peña Gale; en la que se observa:

|   |   |
|---|---|
| <i>FECHA Y HORA DE INGRESO</i>                      | <i>21 DE ENERO DEL 2012-8:00</i>  |
| <i>DIAGNOSTICO PREOPERATORIO</i>                    | <i>OBESIDAD MÓRBIDA</i>   |
| <i>CIRUGÍA PROGRAMADA</i>                           | <i>SLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROSCOPIA</i>   |
| <i>DIAGNOSTICO POSOPERATORIO</i>                    | <i>OBESIDAD MÓRBIDA</i>   |
| <i>CIRUGÍA REALIZADA</i>                            | <i>SLEEVE GÁSTRICO Y ESPLENECTOMÍA POR LAPAROTOMÍA</i>  |
| <i>RECURSOS HUMANOS</i>                             |   |
| <i>CIRUJANO</i>                                     | <i>CARLOS LOPERA Y AISAR PEÑA</i>   |
| <i>AYUDANTE</i>                                     | <i>----</i>   |
| <i>ANESTESIÓLOGO</i>                                | <i>PÉREZ</i>  |
| <i>ANESTESIA</i>                                    | <i>GENERAL</i>  |
| <i>INSTRUMENTADORA</i>                              | <i>MARGARITA</i>  |
| <i>ROTADORA</i>                                     | <i>ELI</i>  |
| <i>DESCRIPCIÓN</i>                                  |   |
| <i>DESCRIPCIÓN OPERATORIA</i>                       | <i>INCISIÓN SUPRAUMBILICAL Y PASA TROCAR BAJO VISIÓN DIRECTA Y NEUMOPERITONEO. PASA TROCAR XIFOIDES Y FLANCOS IDENTIFICAN HALLAZGO DISECCIÓN Y HEMOSTASIA DE BAZOS CURVATURA MAYOR DESDE PÍLORO HASTA FUNDUS Y CUERPO GÁSTRICO, LO CUAL IMPLICA ALTO RIESGO DE SANGRADO, E IMPOSIBLE DISECCIÓN POR ESTA VÍA. INCISIÓN MEDIANA SUPRAUMBILICAL, DISECCIÓN EXHAUSTIVA DE BAZOS CORTOS A NIVEL DE FUNDUS GÁSTRICOS Y LIGADURA CON ARMÓNICO, HILIO ESPLÉNICO INCRUSTADO EN PARED GÁSTRICA POSTERIOR DEL FUNDUS. LO CUAL HACE IMPOSIBLE SU DISECCIÓN. SE DECIDE ESPLENECTOMÍA PARA PODER LOGRAR TERMINAR PROCEDIMIENTO, PASA SONDA DILATADORA. REALIZA TUBULIZACION GÁSTRICA INICIADA A 3 CMS DE PÍLORO CON ENDOGRAPADORA HASTA HAS DE HIS VERIFICA HEMOSTASIA COMPRESAS COMPLETAS. SUTURA DE FASCIA VICRIL 1. SUTURA DE PIEL NYLON 4-0</i> |
| <i>HALLAZGOS OPERATORIOS</i>                        | <i>HALLAZGOS OPERATORIOS</i>  |
| <i>DE HALLAZGOS (VOL. SANDRADO Y CONTEO DE COM)</i> | <i>SANGRADO 800 CC<br/>HILIO ESPLÉNICO SEVERAMENTE ADHERIDO E INCORPORADO EN FUNDUS GÁSTRICO LO CUAL HIZO IMPOSIBLE SU DISECCIÓN, SE DECIDE ESPLENECTOMÍA PARA CONCLUIR EL PROCEDIMIENTO</i>  |
| <i>ÓRDENES</i>                                      | <i>NO</i>   |
| <i>POSOPERATORIO</i>                                | <i>SATISFACTORIO</i>  |

<sup>58</sup> Folio 340 del C. ppal. No. 2

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

- Epicrisis de la señora Berena Judith de fecha 23 de enero del 2012<sup>59</sup>; en la que se resumieron lo eventos clínicos intrahospitarios así: *“DEBIDO ANORMALIDAD ANATÓMICA (BAZO INCORPORADO EN CURVATURA MAYOR FUNDUS GÁSTRICO) NO FUE POSIBLE REALIZAR PROCEDIMIENTO DE FORMA SEGURA POR LAPAROSCOPIA. POR LO CUAL SE REALIZÓ ESPLENECTOMÍA Y SLEEVE GÁSTRICO POR LAPAROTOMÍA”*<sup>60</sup>

-Nota de Ingreso de Enfermería al Servicio de Urgencias; en la que consta que la señora Berena Judith Martínez Vanegas ingresó a la Urgencia de la Clínica de las Peñitas S.A.S el 2 de febrero del 2012 por síndrome de dificultad respiratoria y bronquitis<sup>61</sup>; así mismo se consignó:

*“7:00 RECIBE PACIENTE EN COMPAÑÍA DE FAMILIAR DESPIERTA CONSIENTE ORIENTADA EN OBSERVACIÓN EN COMPAÑÍA DE FAMILIAR DX DE NEUMONIA SE OBSERVA CON OXÍGENO POR CÁNULA A 3LT TAPÓN VENOSO PARA TRATAMIENTO, HERIDA QX POR SLIP GÁSTRICO + ESPLENECTOMÍA EN ABDOMEN DESDE EPIGÁSTRICO A CICATRIZ UMBILICAL EN BUEN ESTADO DE CICATRIZACIÓN”*<sup>62</sup>

(...)

|                              |   |
|------------------------------|---|
| <i>ESTADO FISICO GENERAL</i> | <i>BUENO (4 puntos)</i>                 |
| <i>ESTADO MENTAL</i>         | <i>ALERTA (4 puntos)</i>                |
| <i>ACTIVIDAD</i>             | <i>DISMINUIDA (4 puntos)</i>            |
| <i>INCONTINENCIA</i>         | <i>NINGUNA (3 puntos)</i> <sup>63</sup> |

-Historia clínica de la Señora Berena Judith Martínez Vanegas; en la se observa que en el período posoperatorio se le realizaron los siguientes exámenes:

- El 1 de febrero del 2012; radiografía de tórax P.A. O A.P. y Lateral<sup>64</sup>.
- 5 de febrero del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral<sup>65</sup>
- 7 de febrero del 2012; Tac Tórax sin contraste.<sup>66</sup>
- 7 de febrero del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral.<sup>67</sup>
- 11 de febrero del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral<sup>68</sup>
- 13 de febrero del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral<sup>69</sup>

---

<sup>59</sup> Folio 181 del C. ppal. No. 1

<sup>60</sup> Folio 341 del C. ppal. No. 2

<sup>61</sup> Folio 189 del C. ppal. No. 1

<sup>62</sup> Folio 192 del C. ppal. No. 1

<sup>63</sup> Folio 194 del C. ppal. No. 1

<sup>64</sup> Folio 166 del C. ppal. No. 1

<sup>65</sup> Folio 168 del C. ppal. No. 1

<sup>66</sup> Folio 169 del C. ppal. No. 1

<sup>67</sup> Folio 170 y 171 del C. ppal. No. 1

<sup>68</sup> Folio 172 del C. ppal. No. 1

<sup>69</sup> Folio 173 del C. ppal. No. 1

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

- 15 de febrero del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral<sup>70</sup>
- 16 de febrero del 2012; ecografía Pleural<sup>71</sup>
- 16 de febrero del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral<sup>72</sup>
- 17 de febrero del 2012; Tac Tórax<sup>73</sup>
- 22 de febrero del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral<sup>74</sup>
- 24 de abril del 2012; Radiografía de tórax P.A o A.P y Lateral<sup>75</sup>

- Incapacidades medidas producto de enfermedad común que fueron concedida por la Clínica las peñitas S.A a la señora Berena Judith Martínez<sup>76</sup>.

- Ecografía abdominal del 22 de febrero del 2012; que se le realizó a la señora Berena Judith Martínez Vanegas en la Clínica de las Peñitas S.A en la que reposa:

*“Hígado, conserva la forma, tamaño, estructura y posición. No lesiones Focales.*

*Vesícula mide 80x24 mm, espesor la pared de 4mm, no cálculos en el interior.*

*Via biliar intra y extra hepática no dilatada. Colédoco, mide 3.5 mm*

*Páncreas de forma, tamaño, estructura y posición conservada. No lesiones focales.*

**Bazo no visualizado**

*(..)”<sup>77</sup>*

-Declaracion de negación a tratamiento o procedimiento suscrita por Berena Martínez Vanegas; donde consta que *“Firmó el documentos en blanco y además solicitó que a partir de la fecha no me dejo someter a ningún procedimiento de los médicos Miguel Aizar Gale y Carlos Lopera los cuales han querido intervenirme nuevamente porque no veo garantías para mi vida ya que al realizar el Sleeve Gástrico me extirparon el bazo sin mi autorización por lo que solicito mi traslado a un centro médico de mayor nivel”<sup>78</sup>*

-El 25 de Febrero del 2012 la señora Martínez Vanegas fue atendida en la Clínica Soma: reposando así en su hoja clínica lo siguiente:

---

<sup>70</sup> Folio 174 del C. ppal. No. 1

<sup>71</sup> Folio 175 del C. ppal. No. 1

<sup>72</sup> Folio 176 del C. ppal. No. 1

<sup>73</sup> Folio 177 del C. ppal. No.1

<sup>74</sup> Folio 180del C. ppal. No. 1

<sup>75</sup> Folio 181 del C. ppal. No. 1

<sup>76</sup> Folio 113 a 121 del C. ppal. No. 1

<sup>77</sup> Folio 178 del C. ppal. No. 1

<sup>78</sup> Folio 247 del C. ppal. No. 2

*“ANÁLISIS: 33 años, POP sleeve Gástrico que se complicó con sangrado y requirió esplenectomía. Posteriormente con neumonía.*

*Ahora con colección Sibfrenica (drenada el 26/02/12), derrame pleural izquierdo tabicado (decorticacion y toracostomia el 26/02/12) fistula gástrica activa.”<sup>79</sup>*

*“SUBJETIVO*

*33 AÑOS FEMENINO*

*PACIENTE REMITIDA DE CLÍNICA DE LAS PEÑITAS EN SINCELEJO*

*LE REALIZARON SLEEVE GÁSTRICO QUE INICIO POR LAPAROSCOPIA PERO QUE TERMINÓ CONVERTIDA POR SANGRADO DE BAZO.*

***REQUIRIÓ ESPLENECTOMÍA HACE 28 DÍAS***

*POSTERIOR A ESTO PRESENTÓ INFECCIÓN RESPIRATORIA Y DERRAMÉ PLEURAL IZQUIERDO ASOCIADO.*

*LA EVOLUCIÓN HA SIDO TÓRPIDA Y LA PACIENTE SIGUE PRESENTANDO FIEBRE REPETIDAMENTE A PESAR DE LA MEJORÍA EN LOS REACTANTES.”<sup>80</sup>*

-Descripción medica del 2 de agosto del 2011 en la que se estableció como motivo de la consulta fistula y enfermedad actual de la señora Berena Judith Martínez Vanegas: “SLEEVE CON ESPLENECTOMÍA ENERO /12 CON REINGRESO A LA SEMANA POR NEUMONÍA CON ESTANCIA EN LA UCI Y DERRAME PLEURAL, MANEJO CON SONDA TX EN VARIAS OCASIONES HASTA QUE EN UN MES DESPUÉS QUE POR UN TAC SE DOCUMENTA LA FISTULA, TRASLADADA A MLLIN DONDE SE REINTERVIENE POR LAPARO (MZO/12) CON DRENAJE DE LA COLECCIÓN QUE ACTUALMENTE CANALIZA LA FISTULA GASTROCUTANEA DRENAJE DE 100-150 ML”<sup>81</sup>

-Dictamen rendido por el doctor Charles Elleri Bermúdez Patillo; en el cual se indicó con relación al caso en debate lo siguiente:

*“(…)*

*1. ¿De acuerdo con la historia clínica, diga cuáles son las complicaciones que presentó intraoperatoriamente la paciente Berena Martínez en el procedimiento de Sleeve Gástrico que practicaron los médicos Aisar Peña y Carlos Lopera en la Clínica Las Peñitas S.A.S. de Sincelejo el día 21 de febrero del 2012?*

*La paciente presentó un sangrado proveniente del hilio esplénico, que obligó a la conversión a cirugía abierta y a la realización de esplenectomía, para control del mismo.*

*2. ¿De acuerdo a la literatura científica, diga si el sangrado está contemplado como uno de los riesgos inherentes al procedimiento*

---

<sup>79</sup> Folio 256 del C. ppal. No. 2

<sup>80</sup> Folio 935 del C. ppal. No. 5

<sup>81</sup> Folio 244 del C.- ppal. No. 2

*quirúrgico de Sleeve gástrico?*

*Sí, más en este tipo de procedimientos, pues la técnica quirúrgica implica la liberación de los vasos cortos, que son vasculatura proveniente de la arteria esplénica, es decir, la que aporta el riesgo sanguíneo al bazo y que está en íntima relación con el estómago, pero además en el caso particular anota el **Dr. Peña Gale un importante proceso adherencia del bazo al estómago, que favorece la presentación del sangrado, y si este no fue posible controlarlo por laparoscopia, la conducta es convertir a laparotomía para control del sangrado y si con este cambio de plan no es posible controlarlo, hay que realizar una esplenectomía, pues la vida del paciente se encuentra en riesgo.***

*3. ¿De acuerdo a la literatura científica, diga si o no al momento de realizar el sleeve gástrico y precisamente al separar el estómago del bazo, es posible que se presente sangrado difuso en el hilio esplénico, que de no corregirse con prontitud ponga en peligro la vida de la paciente?*

*Sí.*

*4. ¿Diga si o no, ante un sangrado difuso en el bazo al interior de un procedimiento quirúrgico de sleeve gástrico por laparoscopia, es indicado cambiar la vía de abordaje quirúrgico a laparotomía con el o ánimo de corregir el sangrado?*

*El sangrado en cualquier procedimiento quirúrgico es una urgencia, de no lograr control del mismo el paciente fallece, por lo tanto, las medidas para el **control del sangrado incluyen la conversión a cirugía abierta para el caso de procedimientos laparoscópicos, la resección del órgano sangrante** y otras medidas más mórbidas, como empaquetamientos y dejar el abdomen abierto, que en el caso particular no se concretaron.*

*5. ¿De acuerdo a la historia clínica, la literatura científica y los protocolos médicos, diga si o no, la esplenectomía está justificada ante un sangrado difuso que se presenta intraoperatoriamente poniendo en peligro la vida de la paciente?*

***La esplenectomía está justificada cuando el sangrado no es posible controlarlo con otra técnica distinta y como he mencionado, el sangrado no controlado pone en riesgo la vida de los pacientes.***

*6. ¿De acuerdo a la literatura científica, diga si la fístula gástrica y la Colección subfrénica son riesgos inherentes al procedimiento de Sleeve Gástrico?*

*Sí, es un riesgo descrito en todos los protocolos y guías de cirugía bariátrica.*

*7. ¿De acuerdo a la literatura científica y los protocolos médicos, diga si ante la presencia de una colección subfrénica lo indicado es ordenar un procedimiento para DRENAJE DE COLECCIÓN SUBFRÉNICA POR LAPAROSCOPIA?*

*Sí, es una de las alternativas de manejo.  
(...)"82*

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

Una vez analizados los medios probatorios antes enlistados, se tiene por cierto los siguientes hechos.

-la señora Berena Judith Martínez Vanegas padecía Obesidad Mórbida<sup>83</sup> por lo que los médicos que la trataban en la Clínica de las Peñitas S.A decidieron someterla al procedimiento médico de Sleeve Gástrico por laparoscopia<sup>84</sup>.

- El 22 de diciembre del 2011 La Clínica de las Peñitas S.A le informó a la víctima directa de este proceso los riesgos inherentes al procedimiento médico que se le había programado, dentro de los cuales se encuentran entre otros: Sangrado laparotomía y fistula intercostal.

-El 21 de enero del 2012, se le trató de efectuar a la señora Martínez Vanegas Sleeve Gástrico por laparoscopia, pero por causa de un sangrado y una anomalía en su cuerpo, se terminó practicando fue un Sleeve Gástrico y esplenectomía<sup>85</sup> (Extirpación del Bazo) por laparoscopia, el cual era necesario para terminar la intervención médica y salvar la vida de esta paciente.

- La señora Berena Judith Martínez Vanegas en el período posoperatorio padeció una Fistula Gástrica<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> La **obesidad mórbida** según los National Institutes of Health (Institutos Nacionales de Salud) de los Estados Unidos, se define como un sobrepeso de 50 al 100% encima del peso corporal ideal, o 45 kg sobre el peso corporal ideal. También se toma en cuenta el criterio de un índice de masa corporal (IMC) superior a 40.

Una persona adulta con un IMC de 30 o más se considera simplemente obeso. El término mórbida lo utilizamos en un sentido más profesional ya que indica estar relacionada a una enfermedad, en general síndrome metabólico; significado que puede ser consultado: <http://www.medigraphic.com/pdfs/endosco/ce-2012/ce122f.pdf>.

<sup>84</sup> **Sleeve Gástrico o Manga Gástrica por laparoscopia:** *En esta cirugía se hace una reducción de la capacidad del estómago, dándole una forma de tubo ó manga de poca capacidad. Esto hace que el paciente se sienta lleno con poca cantidad de alimentos y que pierda peso de manera significativa. La cirugía se hace por laparoscopia y es necesario grapar y cortar parte del estómago para reducirlo de tamaño, convirtiéndolo en un tubo, sin embargo no es necesario cortar ni suturar el intestino delgado. ver este concepto en <http://www.clinicadelaobesidad.org/sleeve-gastrico-manga-gastrica.html>.*

<sup>85</sup> Extirpación del bazo, **esplenectomía**, *esplenectomía laparoscópica o extirpación laparoscópica del bazo es la cirugía para extraer un bazo dañado o enfermo. Este órgano se encuentra en la parte superior del abdomen; ver este concepto <https://www.clinicadam.com/salud/5/002944.html>.*

<sup>86</sup> **La fístula gastro-gástrica** es una comunicación anormal entre el reservorio gástrico proximal y el fondo distal del estómago excluido. La formación de una fístula, aunque es un fenómeno que comúnmente se describe en diferentes operaciones gástricas y procesos patológicos, raramente se ha descrito en el ámbito de la cirugía bariátrica. Suele ocurrir en el periodo posoperatorio tardío de una derivación gástrica en Y de Roux y se produce en menos de 1 % de los pacientes ver este concepto en <http://www.scielo.org.co/pdf/rcci/v28n3/v28n3a3.pdf>.

### 2.3.2. Literatura Médica

El Juez de lo Contenciosos Administrativo tiene la facultad acudir a la literatura médica, para así tener más claridad a la hora de dirimir los procesos de falla en el servicio sanitaria que se encuentran bajo su tutela, pero sin llegar a tener los mismos como un medio probatorio propiamente dicho, es decir que un juicio de responsabilidad extracontractual en casos como el objeto de estudio no pueden soportarse o forjarse en conceptos médicos sino en las pruebas que reposan en sub iudice, toda vez que la literatura médica tiene un fin pedagógico y no probatorio. Al respecto el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“Es pertinente recordar que, sobre la posibilidad de que el juez acuda a la literatura médica especializada, con el fin de obtener un mejor conocimiento acerca de los temas sometidos a su consideración, en sentencia del 28 de marzo de 2012, esta Corporación expresó: *“(…) el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa”*.<sup>87</sup>

Según las Guías de Manejo de Cirugía Bariátrica expedida por la Asociación Colombiana de Obesidad y Cirugía Bariátrica se define por cirugía bariátrica <sup>88</sup> *“el conjunto de procedimientos médicos diseñados con la intención de perder peso y mejorar las enfermedades asociadas, dichos procedimientos quirúrgicos se han enfocado en modificar anatómicamente el trato digestivo con el objeto de producir restricción a nivel del estómago y disminución de la absorción a nivel del intestino delgado; esto lleva a una serie de cambios enterohormonales con afectación en diferentes órganos blancos y el hipotálamo.”*

*Las cirugías bariátricas se clasifican de acuerdo con su mecanismo de acción en los siguientes tres grupos:*

- *Cirugías restrictivas:*

*-Manga Gástrica*

*- Banda Gástrica ajustada*

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 28 de mayo de 2015, radicado No. 19001-23-31-000-2002-01021-01(33094), Actor: Leticia Acosta Astudillo y otros, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>88</sup>Ver las Guías de Manejo de Cirugía Bariátrica expedida por la Asociación Colombiana de Obesidad y Cirugía Bariátrica en <http://www.acocib.com/ACOCIBFlipbook/#/0>

*-Gastroplastia vertical con banda*

*-Plicatura gástrica*

- *Cirugías malabsortivas*

*-Derivación biliopancreática*

*-Switch (interruccion) duodenal.*

- *Cirugías Mixtas:*

*-Bypass Gástrico*

*- Bypass Gástrico de una anastomosis*

Ahora bien. Dentro de los riesgos inherentes de la cirugía bariátrica se encuentran la extirpación del bazo y la aparición de fistulas, última complicación que puede aparecer pasados varios meses desde que se practicó el procedimiento médico en cita; en efecto dice la literatura médica:

*“Al igual que ocurre con cualquier operación quirúrgica, la cirugía bariátrica implica ciertos riesgos, que variarán según el tipo de cirugía bariátrica que se haga. Asegúrese de analizar sus riesgos quirúrgicos con su cirujano. Estos pueden incluir:*

- *Infección, incluidos el estómago, las incisiones, el tracto urinario y los pulmones, así como otros sitios.*
- *Pérdidas de líquido, bloqueo en un punto donde ha habido unión o engrapado de tejidos (anastomosis) o sangrado, lo cual puede requerir intervenciones adicionales o hasta una cirugía mayor para repararlos*
- *Problemas respiratorios, como neumonía, que pueden requerir ventilación*
- *Reflujo ácido, úlceras y/o esofagitis*
- *Síndrome de evacuación gástrica rápida/diarrea, cólicos y otros síntomas gastrointestinales*
- *Insuficiencia renal*
- *Ánimo deprimido u otros problemas psicológicos*
- *Coágulo(s) sanguíneo(s) en las piernas que pueden desplazarse hasta los pulmones o el corazón*
- ***Lesión al bazo, que a veces requiere su extracción***
- *Vómitos recurrentes que requieren una intervención quirúrgica para resolver el problema*
- *Formación de una hernia en uno de los lugares de incisión (incluso interna)*
- *Problemas causados por la anestesia*
- *Otras complicaciones infrecuentes, pero graves*
- *Muerte”<sup>89</sup>*

“Con relación a extirpación del bazo en el desarrollo de una cirugía bariátrica se encontró que el *Servicio de Cirugía Bariátrica, Fundación Valle de Lili, Centro Médico*

---

<sup>89</sup> Ver esto en <https://www.fairview.org/espanol/BibliotecaSalud/art%C3%ADculo/87010>

*Imbanaco, Cali, Colombia; en el Artículo denominado **Reintervenciones en cirugía bariátrica, conversión a otro procedimiento realizado** un estudio en 27 pacientes con obesidad con el objeto de establecer las complicaciones de mortalidad y morbilidad de las cirugías bariaticas, encontrándose entre otro resultado el siguientes:*

*Se reintervinieron 27 pacientes entre agosto de 2002 y febrero de 2008. La edad media fue de 44 años (rango, 26 a 71 años), de los cuales, 19 eran mujeres (70%) y 8 hombres (30%). Las enfermedades concomitantes encontradas fueron: hipertensión arterial (9 pacientes), apnea del sueño (6) y diabetes mellitus (2). Se hizo seguimiento de todos los pacientes y la media de seguimiento fue de 19 meses (rango, 2 a 60 meses). La media de índice de masa corporal (IMC) antes de la reintervención fue de 41 kg/m<sup>2</sup> y al seguimiento, de 32 kg/m<sup>2</sup>. Los procedimientos quirúrgicos desarrollados inicialmente fueron: 1 minibypass (4%), 9 bandas gástricas ajustables (33%), 1 gastroplastia vertical con bandas (4%), 14 bandas gástricas no ajustables (52%) y 2 bypass gástricos (7%).*

*(...)*

***Se presentaron complicaciones en 6 pacientes (22%). Dos de ellos (7%) presentaron lesión de bazo, que requirió esplenectomía durante el mismo procedimiento, con evolución satisfactoria;** en 2 pacientes se presentó sangrado posoperatorio (7%), de los cuales, sólo uno de ellos (3%) requirió reintervención a los seis días; un paciente (3%) presentó lesión de vejiga y se le practicó rafia en el mismo acto quirúrgico, con evolución sin complicaciones, y un paciente (3%) presentó fístula intestinal que mejoró con el manejo médico. Fue necesario transfundir un paciente (3%) que presentó hemoperitoneo que se resolvió sin requerir reintervención.”<sup>90</sup>*

Finalmente, la Asociación Colombiana de Obesidad y Cirugía Bariatica en su Guías de Manejo en Cirugía Bariatica establece que la fistula es una de las complicaciones que se presentan en la cirugía Bariatica por Manga Gástrica; “*en general descrita como una complicación temprana, el aumento de la realización de este procedimiento quirúrgico ha llevado su presentación varias semanas e incluso meses después de una cirugía, el diagnóstico se comprueba mediante estudios como TAC con contraste que evidencia la fuga y el sitio donde esta drenando. Dependiendo del compromiso del*

<sup>90</sup> Ver esto en <http://www.scielo.org.co/pdf/rcci/v26n1/v26n1a6.pdf>.

paciente, su tratamiento será solo con punción dirigida y drenaje, colocación de prótesis por vía endoscópica e incluso manejo quirúrgico según la evolución”.

### **2.3.3. Juicio de Responsabilidad**

**Daño antijurídico:** Es el primer elemento de la responsabilidad Extracontractual del Estado que se ha definido como “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*”<sup>91</sup>; presupuesto que se encuentra acreditado en el caso en estudio, pues una vez analizados los medios de probatorios que fueron allegados a este proceso, se logró determinar que a la señora Berena Judith Vanegas Martínez el 21 de enero del 2012 se le extirpó su Bazo durante el procedimiento médico de Sleeve Gástrico y Esplenectomía por Laparotomía, que fue practicado en la Clínica de las Peñitas S.A.S; daño que se torna antijurídico porque la pérdida de un órgano del cuerpo humano es una carga o afectación que el ordenamiento jurídico no impone el deber de soportar.

Encontrado probado el daño antijurídico, se emprende el análisis pertinente, para determinar si este le es imputable a las entidades demandadas, pues de ser así, se genera la obligación de reparar el detrimento que se derivó del precitado perjuicio de naturaleza prohibida.

**Imputación:** Es el examen jurídico que busca determinar quién es el autor (*imputación fáctica*) y la entidad llamada a responder por los detrimentos que se generaron en la esfera material e inmaterial de una persona, por causa de un daño que no se estaba en el deber legal de soportar (*imputación jurídica*).

Pues bien, en este debate se entiende que la pérdida del bazo y la fistula que sufrió la señora Vanegas Martínez el 21 de enero del 2012 no le es imputable a la parte demandada; por las siguientes razones jurídicas:

En algunos casos se ha hablado de responsabilidad del Estado por haberse adelantado un procedimiento medico sin el consentimiento del paciente, ello aun cuando se esta en presencia de daños que son consecuencia inevitable del acto médico; falla en el

---

<sup>91</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia adiada 9 de mayo de 2012; Radicación número: 68001-23-15000-1997-3572-01(22366)

servicio que no se configura en el *sub lite* al evidenciar en la historia clínica de la señora Berena Judith que el día 22 de diciembre 2011 se le informó y explicó las posibles complicaciones que se presentan en las intervenciones médicas de Sleen Gástrico, entre las cuales a saber se encuentran **Sangrado, laparotomía y Fistura intercostal**; lo que permite indicar con probabilidad de verdad, que la víctima directa de esta litis se acogió a los riesgos que son inherentes a dicho procedimiento médico; los cuales se terminaron configurándose y causando la extirpación de su bazo y una Fistula Gástrica, lo que es así, porque el medio de convicción donde reposa esta información (Acta de consentimiento informado del 22 de diciembre 2011) nunca fue reputada o tachada por la parte actora, razón por la que se tomaran por cierto los datos que consta en su corpus; además porque en el testimonio rendido por el doctor Samuel Paternina consta que este galeno que le explicó a la señora Berena las complicación que generalmente tiene lugar en el de trámite médico plumencionado, finalmente se advierte que cuando el paciente otorga esta clase consentimiento no está aceptando aquellos perjuicios que son producto de una falla médica.

Al respecto del consentimiento informado del tratante, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha expuesto:

*“es menester resaltar que el consentimiento del paciente, por una parte es siempre parcial y, por otra parte, es cualificado por cuanto debe ser informado.*

*Sobre lo primero, cabe decir que el alcance del consentimiento se limita exclusivamente a los riesgos inherentes a la intervención, asumiendo que ésta se realiza con pleno cumplimiento de la *lex artis*, pero no se puede extender de modo alguno a lo que se derive de la negligencia o impericia del médico tratante, pues ello sería legitimar la mala fe. Esto es relevante toda vez que en ocasiones los riesgos inherentes a la operación se ven incrementados por la negligencia asistencial o médica, casos que dan lugar a la predicación de responsabilidad.”<sup>92</sup>*

En suma, se concluye que el daño antijurídico sufrido por la parte activa de este libelo no le es imputable a las entidades demandadas por ausencia de consentimiento del paciente; toda vez que la señora Berena acepto las complicaciones que eran inherentes al procedimiento quirúrgico plurimencionado; teniendo esto claro, se estudiará si el daño sufrido por la parte actora tuvo ocasión por una falla un acto médico contrario a la *lex artis*.

---

<sup>92</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección B; Consejero ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo; Sentencia calendarada 12 de diciembre de 2013; Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493)

En estos términos, se encuentra probado que la esplenectomía (extirpación del bazo) que se le efectuó a la señora Berena Judith, devino o tuvo lugar porque en el procedimiento médico que tenía por objeto practicarle un Sleeve Gástrico, se presentaron una serie de complicación por causa de un sangrado y anomalía anatómica en su cuerpo; última esta, que fue definida por los galenos tratantes así *“HILIO ESPLÉNICO INCRUSTADO EN PARED GÁSTRICA POSTERIOR DEL FUNDUS, LO CUAL HACE IMPOSIBLE SU DISECCIÓN, SE DECIDE ESPLENECTOMÍA PARA PODER LOGRAR TERMINAR EL PROCEDIMIENTO”*; situación está, que autoriza a concluir que la pérdida orgánica que padece la señora Martínez Vanegas no se presentó por la negligencia o impericia de los galenos tratantes; sino porque se materializó uno de los riesgos inherentes al tan mencionado acto médico, lo que en otras palabras refleja que en el desarrollo de esta procedimiento no se sometió a la víctima de este proceso a un riesgo distinto al que se acogen todas aquellas personas que se realizan un Sleen Gástrico; además, porque se encuentra suficientemente acreditado en la historia clínica de esta paciente y en especial sentido en el dictamen pericial que fue rendido por el doctor Chales Elleri Bermúdez; que la realización de esta esplenectomía-*extirpación del bazo*- era un acto necesarios para salvar la vida de esta paciente y terminar dicha intervención, que no se había logrado finalizar por el fuerte sangrado que presentaba la señora Martínez Vanegas.

Situación que toma más fuerza al no encontrarse acreditado en el sub examine que el sangrado, la extirpación del bazo y la fistula que fue soportada por la liberalita fueron causa de una falla médica; lo cual era una carga que le asistía a los demandantes, toda vez que el artículo 167 del C.G.P le impone a las partes de un proceso judicial probar los supuestos fácticos y jurídicos en que sustentas sus pretensiones; de igual manera, porque la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha establecido que para declarar la responsabilidad Extracontractual del Estado por una falla en las artes medicas *“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 dañoso . Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos*

Radicación N°: 700013333003 – 2014-00048-00

Demandante: Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

y técnicos que se tengan al alcance.”<sup>93</sup>; presupuesto que se reitera no fueron cumplidos por la parte demandante y que pone de presente la inexistencia de la falla en servicio.

En estos términos, el H. Consejo de Estado ha considerado sobre la carga de la prueba lo siguiente:

*“...el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.*

*Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las reglas de la carga de la prueba se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico<sup>94</sup>. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que **la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.***

*En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso.*

*Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, **pues dichas reglas, precisamente,***

<sup>93</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero; Sentencia (3) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057)

<sup>94</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.968, p. 312.

permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues “[S]i no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez.”<sup>95</sup>

De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 1993<sup>96</sup>, estableció tres reglas a tener en cuenta cuando se habla de la carga de la prueba, así:

4. *Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: "onus probandi incumbit actori", al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; "reus, in excipiendo, fit actor", el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, "actore non probante, reus absolvitur", según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”.*

Ahora bien, al no encontrarse probado la falla en servicio de los entes demandados, resulta incensario entrar a estudiar el tercer elemento de la responsabilidad subjetiva que se denomina nexo de causalidad, pues al no probarse la falla en el servicio médico no se podría entrar a establecer que esta tenga relación con el daño antijudío que ha soportado la parte actora.

### 3. CONCLUSIÓN.

La respuesta al problema jurídico inicialmente planteado es negativa dado que el daño antijurídico padecido por los demandantes no resulta imputable a los entes demandado, toda vez que no se logró acreditar qué este devino por una falla en el servicio médico o por haberse omitido informarle a la señora Berena Judith

<sup>95</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez; Sentencia adiada (18) de dos mil diez (2010); Radicación número: 19001-23-31-000-1997-01038-01(18076), posición reiterada por esta Subsección, a través de sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 18.417, Así mismo, ver Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia Calendada (23) de febrero de dos mil doce (2012); Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06446-01(22671)

<sup>96</sup> Sentencia del 25 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Actor: Jorge Enrique Benavides López.

**Radicación N°:** 700013333003 – 2014-00048-00

**Demandante:** Berena Judith Martínez Vanegas y Otros

**Demandado:** Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A – Clínica General del Norte S.A – Clínica las Peñitas S.A.S y Medicina Integral S.A

---

Martínez los riesgos inherentes al procedimiento de Sleeve Gástrico; lo que traduce que no se configuran los elementos que establece el artículo 90 de la Constitución Nacional para declarar administrativa y extracontractualmente responsable al Estado.

#### **4. CONDENA EN COSTAS.**

De conformidad a lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. se condenara en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría, utilizando para tales efectos el 5% del juramento estimatorio de cuantía presentado en libelo demandatorio.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: NIÉGUESE** las pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas a la parte demandante; las cuales corresponden al 5% del juramento estimatorio de cuantía presentado en el escrito demandatorio. En firme la presente providencia, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

**TERCERO:** Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CLARA LUZ PEREZ MANJARRÉS**

**JUEZ**