

Bogotá D.C., 06 de agosto de 2021.

Doctor:

Asdrúbal Corredor Villate.

Juez Treinta y Ocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá.

Carrera 57 No. 43-91.

Complejo Judicial del CAN.

Bogotá – Cundinamarca.

E.S.D.

Referencia:

Medio de Control: Reparación Directa.

Radicado No.: 11001-33-36-038-2021-00010-00.

Demandante: Ana Guillermina Cuesta Moreno.

Demandado: E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana.

Actuación: **Contestación de Demanda.**

Javier Arcenio García Martínez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.101.686.146 de Socorro (Santander), portador de la Tarjeta Profesional No. 215.162 del C.S. de la J., en mi condición de apoderado judicial de la **E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana**, entidad demandada en el proceso de la referencia, conforme al poder debidamente conferido por el Doctor **Edgar Silvio Sánchez Villegas**, en su calidad de Gerente y Representante Legal de la citada empresa social del estado, estando dentro del término de ley presento **contestación a la demanda** en los siguientes términos:

I.- A LOS HECHOS.

Primero: Es cierto.

De este hecho da cuenta la historia clínica de la señora Ana Guillermina Cuesta Moreno.

Segundo: Es cierto.

Está acreditado con la prueba documental que la señora Cuesta Moreno, para la fecha de los hechos objeto del proceso, estaba afiliada a la EPS Medimás S.A.S.

Tercero: Es cierto.

El 30 de agosto de 2018, en las instalaciones de la E.S.E. Hospital Universitario de la Samaritana, se le practicó a la señora Ana Guillermina Cuesta, una biopsia de ganglio linfático superficial.

Cuarto a Sexto: No son ciertos.

La falla en la prestación del servicio médico alegado por la parte demandante es inexistente, en la medida que las diferentes guías nacionales y la literatura médica recomienda el uso de la clorhexidina para la desinfección del sitio quirúrgico.

El procedimiento institucional vigente para la época de los hechos (02PQX01-V2), recomendaba el uso de clorhexidina jabón y solución en el área quirúrgica y dicha sustancia antiséptica fue la utilizada en el caso de la señora Ana Guillermina Cuesta Moreno.

A contrario sensu de lo señalado por la activa la atención médica asistencial prestada en la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, fue integral, adecuada, pertinente y oportuna.

La señora Cuesta Moreno, tenía pleno conocimiento sobre todas las posibles complicaciones que implicaba el procedimiento a realizar, prueba de ello son los consentimientos informados obrantes en la historia clínica, los cuales dan cuenta de habersele explicado de forma clara, detallada, suficiente y previa a la paciente de los pormenores del tratamiento operatorio a seguir.

Séptimo a Noveno: No son ciertos.

El presunto daño alegado por la demandante fue secundario a la atención médica. Se desconoce cual fue la evolución de la paciente en la medida que no consultó con la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, con posterioridad a la cirugía.

Se alega una cicatriz que limita el vestir de la señora Ana Guillermina Cuesta, no obstante, en valoración médica allegada con el escrito de la demanda se documentó únicamente cambios en la coloración de la piel y escaso pelo, y esto no tiene la entidad de un daño grave.

Décimo: Se habla del agotamiento del requisito de procedibilidad y dicha referencia no encaja en el concepto de hecho.

II.- A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las súplicas procesales elevadas con el libelo inicial; lo anterior, por cuanto **la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, en ningún momento generó o propició la afectación a los derechos jurídicos que con la demanda se dice fueron vulnerados, no participó mi prohijada, bien sea por acción u omisión, en la producción del daño que se discute por la parte actora.**

Lo anterior se sustenta en los siguientes argumentos:

2.1.- De la inexistencia de una falla en la prestación del servicio médico imputable a la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana.

El artículo 90 de la Constitución Política, prevé:

“(…)

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

(…)”

Así establecido la responsabilidad del Estado, ha sido elevada a rango constitucional con el fin de brindar protección a los derechos de los asociados, y conforme señala la norma, esta responsabilidad extracontractual tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción como por la omisión¹.

¹ Consejo de Estado, Sentencia de 26 de marzo de 2014, Exp. No. 25000-23-26-000-2002-00815-01(29460), C.P. Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz “A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, “sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho,

El Consejo de Estado, se ha pronunciado en consideración a las variadas hipótesis y formas en que tiene ocurrencia los daños, teorías y regímenes para resolver las controversias que se plantean. Al respecto, la Sección Tercera, en Sentencia de 16 de junio de 2016, Exp. No. 850012331000200500630-01 (37.387), M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, explicó:

“(…)

Esta Sala, en sentencia de 19 de abril de 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma:

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado...

(...)” -Negrilla fuera de texto-

Es así como **el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, tradicionalmente ha consultado un régimen subjetivo² de falla en el servicio médico**, evento en el cual, además de la demostración de la existencia de un daño, se exige para su imputación que ese menoscabo haya sido causado por acción u omisión predicable de las entidades prestadoras del servicio de salud y que dicha conducta resulte anómala o desconocedora del ordenamiento jurídico.

Al respecto, precisó el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“(…)

En lo que se refiere a las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección 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 (...)

(...)

Con fundamento en todo lo anterior, se impone establecer si en el sub lite concurren o no los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en la configuración de una falla en el servicio.

Así, pues, la Sala procede a estudiar si se encuentra acreditado el daño antijurídico expuesto en la demanda y si el mismo resulta imputable a la demandada, así sea de manera indiciaria³.

(...)” - Resaltado adicional-

sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”.

²Consejo de Estado, Sentencia de 26 de febrero de 2018, Exp. No. 47001-23-31-000-2005-00095-01(39439), C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas “Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste” (Énfasis adicional).

³ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 16 de junio de 2016, Exp. No. 850012331000200500630-01 (37.387), M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera

Planteada de esta forma la controversia, el asunto del epígrafe debe ser decidido con fundamento en el régimen subjetivo por falla probada del servicio, conforme al cual la parte que litiga tiene la carga de acreditar que la entidad prestadora del servicio de salud incumplió una obligación a su cargo o lo hizo de manera defectuosa⁴, en tanto que la demandada para exonerarse de responsabilidad deberá demostrar que cumplió diligentemente la obligación, **medio liberatorio de responsabilidad que para el caso de autos se configura en favor de la E.S.E Hospital Universitario de La Samaritana.**

El caso informa de una mujer adulta que consultó la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, por un cuadro de fiebre, pérdida de peso y ganglios en múltiples zonas del cuerpo. Se ordenó varias pruebas diagnósticas, entre ellas una biopsia de los ganglios existentes en el cuello.

Fue así como el 30 de agosto de 2018, le fue practicado a la señora Ana Guillermina Cuesta Moreno, una biopsia de ganglio linfático superficial, procedimiento que es catalogado como de alto riesgo en razón de la utilización de un electrobisturí; no obstante, y conforme lo ha indicado las guías y procedimientos clínicos, se observaron en este caso las siguientes precauciones:

- La paciente fue debidamente aislada de partes metálicas y de la mesa de cirugía.
- La placa de retorno fue ubicada lo más cerca del campo quirúrgico.
- La zona de ubicación de la placa estaba seca y limpia.
- Previo a la cirugía fue verificado que el cable de alimentación, el electrodo y el lápiz no presentaran torceduras o se encentraran expuestos.
- En el momento del uso del electrobisturí se utilizó la potencia más baja posible para llevar a cabo el procedimiento.
- Se mantuvo lo más lejos posible los electrodos de ECG del campo quirúrgico.
- Se aseguró que no hubiesen ingresado líquidos o fluidos entre la placa y el paciente antes y durante el procedimiento quirúrgico.

Adicionalmente, fue utilizado clorhexidina para la desinfección del sitio quirúrgico, compuesto que era el recomendado en las diferentes guías nacionales y la literatura médica vigente para la data de la intervención.

Es así como el procedimiento institucional de la época (02PQX01-V2), recomendaba el uso de clorhexidina jabón y solución en el área quirúrgica y dicha sustancia antiséptica fue la utilizada en el caso de la señora Ana Guillermina Cuesta Moreno.

Pero además, está acreditado que la hoy demandante tenía pleno conocimiento sobre todas las posibles complicaciones que implicaba el procedimiento a realizar, así lo indica los consentimientos informados obrantes en la historia clínica, los cuales dan cuenta de habersele explicado de forma clara, detallada, suficiente y previa a la paciente de los pormenores del tratamiento operatorio a seguir.

Recapitulando, en el asunto que se examina no se evidencia un “hecho” o “fenómeno” que vincule el daño que se reprocha por la parte demandante y el actuar de la entidad que represento.

⁴Consejo de Estado, Sentencia de 26 de febrero de 2018, Exp. No. 47001-23-31-000-2005-00095-01(39439), C.P. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas “En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención 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 dañoso³⁵. 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 y técnicos que se tengan al alcance”.

En materia de determinación causal la jurisprudencia nacional ha utilizado como método para identificar la “causa” del daño la teoría de la causalidad adecuada, según la cual **sólo es causa del resultado aquella que es suficiente, idónea y adecuada para la producción del mismo**, desechando la doctrina de la equivalencia de condiciones. Así lo señaló el Consejo de Estado en Sentencia de 22 de junio de 2001, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque⁵:

“(…)

la realización de cualquier hecho es el resultado de una serie de causas. De acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, todas esas causas son relevantes a efecto de definir la responsabilidad de los sujetos intervinientes. No obstante, esta perspectiva no es de recibo ya que da lugar decisiones absurdas e injustas, pues tanto interviene en un homicidio el que clava el puñal como quien fabricó el arma, pero condenar al segundo de un delito que no llegó siquiera a imaginar al realizar su labor es evidentemente injusto.

Por eso, es claro que sólo alguna o algunas de las causas que intervienen en la realización del daño son jurídicamente relevantes. Para establecer cuál es la determinante en la producción del daño se han ideado varias teorías y aunque su validez no es absoluta pues con ninguna de éstas puede obtenerse la solución de todos los casos concretos, sí constituyen ayudas metodológicas importantes.

La teoría de la causalidad adecuada es la de mayor acogida en la jurisprudencia, aunque se le critica que para aplicarla es necesario conocer previamente la causa relevante de la producción del daño. Según esta teoría, sólo los acontecimientos que normalmente producen un hecho pueden ser considerados como la causa del mismo. Por lo tanto, un comportamiento es el resultado de un daño, si al suprimirlo es imposible explicar el resultado jurídicamente relevante....

(...)”

Lo relevante para el sub iudice es que la parte actora no acreditó técnicamente con la demanda que el procedimiento quirúrgico adelantado por los galenos de la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, no estuvo ajustado a los protocolos médicos y la *lex artis* instituidos para dicho tipo de intervenciones.

Ha de acotarse que no se trajo con la demanda ningún medio de juicio que acreditara, siquiera sumariamente, una falla del servicio imputable a la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana. Se rememora los alcances de la carga de la prueba precisada en la jurisprudencia contenciosa administrativa, la cual ilustra que le atañe a la parte demandante probar dentro del medio de control de reparación directa los requisitos configurativos de la responsabilidad y los fundamentos de hecho de la demanda como noción procesal que se basa en el principio de autorresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable de todo aquél a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.

Las cargas procesales, vistas desde la óptica de la autorresponsabilidad probatoria⁶, son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demanda una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en beneficio del mismo sujeto y cuya omisión trae aparejada para este consecuencias desfavorables como la preclusión de una oportunidad o **la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso**⁷.

⁵Consejo de Estado, Sentencia de 22 de junio de 2001, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. No. 13.625.

⁶Consejo de Estado, Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. No. 68001-23-15-000-1997-00023-00(17995), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez “(...) **La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.** Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento (...)” (Negrilla de interés).

⁷Parra Quijano, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. “(...) Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no

Sobre este tópico el Consejo de Estado, ha señalado:

“(…)

La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta la aludida carga, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree”.

(…)

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida⁸.

(…)”

Es así como revisado de forma panorámica el expediente es apenas evidente que **la parte que litiga no probó el supuesto de hecho que alega**, en la medida que **no acopió prueba eficaz, pertinente, idónea y conducente del daño que reprocha y su nexo causal⁹ con el actuar de mi prohijada**. El asunto, entonces, carece de medios cognitivos pertinentes y suficientes que identifiquen con verosimilitud que hubo una falla del servicio médico por parte de mí representada, o que se omitió un protocolo al momento de intervenirla quirúrgicamente, y que por ese evento en particular, se presentó las lesiones que reprocha la parte demandante.

III.- PETICIÓN ESPECIAL.

Solicito respetuosamente al Juzgado, de conformidad con lo antes razonado, denegar las pretensiones de la demanda formuladas contra la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana.

encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.(…)” pág. 406.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 11 de diciembre de 2007, Exp. No. 110010315000200601308 00.

⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 17 de Junio de 2004, Exp. No. 1996-0825-01 (15183). C.P., Dra. María Elena Giraldo. “(...) Para que surja el deber de indemnizar con fundamento en el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 90 constitucional, bajo el título de falla, no es suficiente que el demandante haya sufrido un daño cierto, determinado o determinable y antijurídico y que contra quien se dirige la imputación haya incurrido en alguna conducta de irregularidad constitutiva de falla de aquellas alegadas por el actor, porque es necesario además que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de la falla de la Administración, nexos causal que para efectos de esta declaratoria no debe ser visto desde el punto de vista de la causalidad física perteneciente al mundo de los fenómenos naturales, sino desde el punto de vista jurídico, entendido como el estudio de la eficiencia de la conducta estatal en la causación de un daño desde el deber ser que prevé la norma para el Estado en relación con el administrado (...)”

IV.- ESTIMACIÓN DE LOS PERJUICIOS.

Sin aceptar las pretensiones de la demanda me oponga a la liquidación de los daños efectuada por la parte actora.

Se estimó la cuantía en **Ciento Treinta y Seis Millones Doscientos Setenta y Ocho Mil Novecientos Pesos M/cte. (\$136.278.900)**, discriminados así:

. - Por concepto de perjuicios subjetivados:

- Morales: 50 smmlv.
- Daño a la vida en relación: 50 smmlv.
- Daño a la salud: 50 smmlv.

Desde el año 2014, la sección tercera del Consejo de Estado¹⁰, determinó que los perjuicios inmateriales indemnizables bajo su jurisdicción comprenderían: **i)** el daño moral; **ii)** el daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico) y **iii)** la afectación grave a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

4.1.- Del daño moral.

El concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014¹¹, el Consejo de Estado, sostuvo que para la liquidación de este tipo de daño, en caso de lesiones, se debe observar la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso, así:

- **Nivel No. 1.** Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. No. 26251.

¹¹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, Exp. No. 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172), C.P. Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

- **Nivel No. 2.** Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.
- **Nivel No. 3.** Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.
- **Nivel No. 4.** Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.
- **Nivel No. 5.** Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

El presunto daño alegado por la demandante fue secundario a la atención médica. Se alega una cicatriz que limita el vestir de la señora Ana Guillermina Cuesta, no obstante, en valoración médica se determinó únicamente cambios en la coloración de la piel y escaso pelo, y esta situación no tiene la entidad de un daño grave, de hecho se desconoce un porcentaje de gravedad de la lesión alegada.

La medida indemnizatoria solicitada por este concepto rebasa los topes fijados en la sentencia de unificación del consejo de estado de 28 de agosto de 2014. Adicionalmente, el reconocimiento de este perjuicio está supeditado a la prueba del nexo de causalidad entre el daño y el hecho que se imputa a la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, el cual, como fuera ya indicado, es inexistente, por tanto **no es procedente el reconocimiento de indemnización alguna por este u otro concepto.**

4.2.- Del daño a la vida de relación – categoría subsumida en el daño a la salud.

En sentencia de 14 de septiembre de 2011, dictada dentro del proceso de Reparación Directa No. 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222), Consejero Ponente el Dr. Enrique Gil Botero, se consideró que **el daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial**, como lo son **la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación-**, precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos **perjuicios inmateriales** que hay lugar a reconocer son el **daño moral y el daño a la salud.**

En esa perspectiva, **la noción de daño a la vida de relación** que sirvió al Consejo de Estado, para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, **no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia**, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros), sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar su adopción en el derecho Colombiano:

“(…)

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

(…)”

Precisado lo anterior, el daño a la salud es entendido como las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, se distinguen las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.

- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

La indemnización, en los términos del fallo unificado de 14 de septiembre de 2011, **procede única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 smmlv., de acuerdo con la gravedad de la lesión o afectación psicofísica**, debidamente motivada y razonada.

Para el sub judice no se probó la perturbación o grave alteración psicofísica sufrida por la demandante como consecuencia de la biopsia de ganglio linfático superficial practicada en la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, todo lo cual impide, junto con la falta de determinación porcentual de una invalidez y la no configuración de una falla del servicio endilgadle a la entidad, efectuar un reconocimiento indemnizatorio por este tipo de afectación y/o perjuicio.

V.- PRUEBAS.

Ruego al Despacho se decreten, practiquen y tengan como pruebas las siguientes:

5.1.- Documentales.

- Copia completa, transcrita, íntegra y legible de la Historia Clínica No. 35891396, perteneciente a la señora Ana Guillermina Cuesta Moreno.

5.2.- Dictamen pericial.

Conforme lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 54 de la Ley 2080 de 2021, **las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitarlo** dentro de la **oportunidad probatoria de que trata el artículo 212 de la Ley 1437 ídem**, con el fin de recaudarse una prueba técnica que informe y suministre elementos de juicios especializados y calificados que sirvan de sustento para la adopción de la sentencia que ponga fin al proceso.

En los anteriores términos solicito se oficie al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de que designe médico legista para que valore a la señora Ana Guillermina Cuesta Moreno y determine, de existir, las secuelas generadas con ocasión de la biopsia de ganglio linfático superficial practicada en la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, el 30 de agosto de 2018.

VI.- ANEXOS.

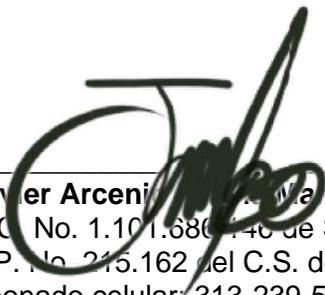
- Memorial poder.
- Documentos que acreditan la representación legal de la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana.
- Documental referida en el acápite de pruebas.

VII.- NOTIFICACIONES.

- La **E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana**, en la Carrera 8ª No. 0-29 sur de la ciudad de Bogotá. Buzón de notificaciones judiciales: notificaciones@hus.org.co.
- El suscrito abogado en la Carrera 8ª No. 0-29 sur de la ciudad de Bogotá. Abonado celular: 313-239-5776. Correo electrónico: garcia.abogado@hotmail.com.

Se informa que en los términos del artículo 186 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021, concordante con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto No. 806 de 2020, se remitió por los canales digitales elegidos para los fines del proceso un ejemplar de este memorial junto con sus anexos, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a los demás sujetos procesales.

Con toda deferencia,


Javier Arcenia Martínez.
C.C. No. 1.101.680.740 de Socorro (Santander).
T.P. No. 215.162 del C.S. de la J.
Abonado celular: 313-239-5776.
Correo electrónico: garcia.abogado@hotmail.com.