



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Santa Marta D.T.C.H., 27 de marzo de dos mil veinte (2020)

Acción:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicación:	No. 47001-3331-008-2013-0056600
Demandante:	SIXTO MENJURA LAITON Y OTROS
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL – MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL-SUPERINTENDENCIA DE SALUD-CLÍNICA MAR CARIBE

Agotadas las solemnidades propias de la acción de reparación directa, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 169 del C.C.A, con observancia del siguiente esquema: 1.- Antecedentes. 1.1 La demanda; 1.2.- Contestación de la demanda; 1.3.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público. 2.- Consideraciones: 2.1.- Problema jurídico; 2.2.- Pruebas; 2.3.- Régimen de responsabilidad aplicable; 2.4.- Estudio de responsabilidad de las entidades demandadas. 3.- Condenas en costas.

1. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

El señor Sixto Miguel Menjura Laiton en su nombre y en representación de su menor hijo Miguel Ángel Menjura Bermúdez y la señora Margarita Dolores Pérez de Menjura, a través de apoderado judicial, promovieron acción de reparación directa, prevista en el artículo 86 del C.C.A contra la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional- Ministerio de Protección Social- Superintendencia de Salud- Clínica Mar Caribe- igualmente en proceso separado, el cual fue acumulado al presente trámite, los señores Eileen Jasbleidys Menjura Pérez, Luis Miguel Menjura Pérez, Kellys Lisney Menjura Pérez, Efraín Antonio Menjura Laiton, Ana Joaquina Menjura Laiton, Pedro Alejandro Menjura Laiton, José Aristóbulo Menjura Laiton, Nubia Emilce Menjura Laiton y Luis Antonio Menjura Laiton, interpusieron la misma acción contra las entidades en mención, con fundamento en los mismos hechos y en procura de obtener el reconocimiento de iguales pretensiones, siendo estas:

1.1.1.- Pretensiones

Ambas demandas en cita se presentan a efectos de obtener de esta jurisdicción las pretensiones que seguidamente se resumen, así:

Que se declare responsable a LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL, MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y CLÍNICA MAR CARIBE, de haber incurrido en falla en el servicio por retardo y negligencia en el diagnóstico, así como en el tratamiento médico clínico que debieron prestarle al señor SIXTO MIGUEL MENJURA LAITON, lo que le generó la estrangulación de la apéndice y le provocó una peritonitis, ello por la falta de atención oportuna de la Clínica Mar Caribe a donde fue remitido por el Departamento de Sanidad de la Policía Nacional y posteriormente, por decisión de sus familiares, fue trasladado en estado agónico a la Clínica La Milagrosa, donde le practicaron un cirugía de urgencia el día 05 de septiembre de 2009 a las 4:30 p.m.

Como consecuencia de lo anterior, que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a las entidades demandadas, LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, POLICÍA NACIONAL, MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y CLÍNICA MAR CARIBE a pagar en favor de los accionantes los siguientes perjuicios:

- **Perjuicios Materiales:** para el lesionado señor SIXTO MIGUEL MENJURA LAITON la suma de \$197.011.406.

- **Perjuicios Morales:** Cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los siguientes demandantes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia; esto es; para el lesionado SIXTO MIGUELMENJURA LAITON, su esposa MARGARITA DOLORES PÉREZ DE MENJURA y sus hijos MIGUEL ANGEL MENJURA BERMÚDEZ, EILEEN JASBLEIDYS MENJURA PÉREZ, LUIS MIGUEL MENJURA PÉREZ, KELLYS LISNEY MENJURA PÉREZ, igualmente el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los siguientes accionantes, en calidad de hermanos del lesionado; EFRAIN ANTONIO MENJURA LAITON, ANA JOAQUINA MENJURA LAITON, PEDRO ALEJANDRO MENJURA LAITON, JOSE ARISTÓBULO MENJURA LAITON, NUBIA EMILCE MENJURA LAITON Y LUIS ANTONIO MENJURA LAITON.
- **Perjuicios a la vida de relación o fisiológicos:** Cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los siguientes accionantes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia; esto es; para el lesionado SIXTO MIGUELMENJURA LAITON, su esposa MARGARITA DOLORES PÉREZ DE MENJURA, sus hijos MIGUEL ANGEL MENJURA BERMÚDEZ, EILEEN JASBLEIDYS MENJURA PÉREZ, LUIS MIGUEL MENJURA PÉREZ, KELLYS LISNEY MENJURA PÉREZ y sus hermanos; EFRAIN ANTONIO MENJURA LAITON, ANA JOAQUINA MENJURA LAITON, PEDRO ALEJANDRO MENJURA LAITON, JOSE ARISTÓBULO MENJURA LAITON, NUBIA EMILCE MENJURA LAITON Y LUIS ANTONIO MENJURA LAITON.

1.1.2.- Hechos de la demanda

Como fundamentos fácticos de las pretensiones se relató en resumen lo siguiente:

El día 02 de septiembre de 2009 el señor Sixto Miguel Menjura Laiton se encontraba laborando en un taxi de servicio público de esta ciudad, repentinamente sintió un fuerte dolor abdominal permanente tipo cólico en la parte superior de su abdomen, que le produjo episodios de vómitos, por lo que decidió desplazarse a su casa y posteriormente en compañía de su esposa se dirigió a la Policlínica del Rosario del área de Sanidad de la Policía Nacional sede Magdalena, en donde fue atendido por el médico de turno, quien le inyectó medicamentos para el dolor, permaneciendo en observación un par de horas y luego en la tarde del mismo día le dieron de alta sin efectuarle estudio médico científico alguno de la patología que padecía.

Ahora bien, sostienen los accionantes que al señor Sixto Menjura le persistía el dolor abdominal y vómitos de manera contundente, por lo que regresó a la Policlínica del Rosario dejándolo nuevamente en observación y en la noche de ese mismo día se agravó su estado de salud, por lo que el médico de turno decidió remitir al mentado paciente a la Clínica Mar Caribe ante la carencia de instrumentos científicos idóneos y habitacionales necesarios para realizarle una supuesta cirugía, aunque desconocía el galeno la enfermedad que padecía pues, en concepto de los demandantes, no había un diagnóstico convincente ni claro.

Seguidamente relatan que al llegar a la Clínica Mar Caribe fue examinado por el médico Pedro Pablo Romero MG. 114 diagnosticándole apendicitis aguda no especificada, cálculo urinario no especificado, dolor lumboabdominogenital de tipo cólico acompañado de disuria, vómitos y dolor abdominal localizado en la parte superior, por lo que, con dicho diagnóstico fue dejado en observación en la Clínica Mar Caribe, colocándole solamente una ampolla para el dolor pues según el médico tratante la apendicitis no estaba especificada.

Expresan que el cinco (05) de septiembre de la misma anualidad el mentado accionante completaba tres (03) días de angustia y padeciendo fuertes dolores en su abdomen con el agravante que su estómago se inflamó mostrando unas líneas o vértebras de color rojizo a su alrededor, por lo que los familiares del paciente inmediatamente informaron lo sucedido al personal médico y de enfermería que lo atendían en ese momento, empero, aducen que dicho personal hizo caso omiso a las observaciones de los familiares, no se preocuparon por

determinar que le estaba sucediendo al accionante, simplemente se limitaron a decirle a los familiares que el neurocirujano no se encontraba en la clínica y que debían esperar hasta que éste llegara a las instalaciones de la misma.

Así mismo, aseveran que ante la situación descrita y en vista que el neurocirujano jamás se presentó a atender al paciente, sumado a las manifestaciones del personal de enfermeras que indicaron que el galeno se encontraba en la ciudad de Barranquilla, los familiares, ante la negligencia y falta de atención en la Clínica Mar Caribe, afirmaron que le produjo el estrangulamiento de la apéndice al señor Sixto Menjura, tomaron la decisión para salvarle la vida, de trasladarlo de inmediato a la Clínica de la Milagrosa, lo cual se efectuó a las 2:00 p.m. del mismo día.

En consecuencia, expresan los demandantes que el día 07 de septiembre de 2009 el accionante en comento fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica de la Milagrosa por el doctor Eliseo Bermúdez, bajo el diagnóstico de apendicitis aguda con peritonitis general, permaneciendo en UCI en dicha institución hospitalaria por ocho (08) días.

Al respecto, recalcan los accionantes que a pesar de no existir relación precontractual entre la Policía Nacional y la mencionada clínica para atención médica, lo cierto es que esta última le brindó al paciente demandante todos los cuidados y asistencia médica requerida salvándole la vida. Lo cual contrastan con la falta de diligencia de la Clínica el Rosario de la Policía Nacional, pues aducen que en el tiempo que estuvo en la Clínica Mar Caribe no se percataron de su estado de salud, ni se preocuparon por saber cómo había evolucionado su situación médica, en virtud del contrato de prestación de servicios médicos asistenciales ambulatorios, hospitalarios y de urgencia de mediana y alta complejidad que para la época existía entre las aludidas entidades.

Igualmente, los demandantes expresaron que al señor Sixto Menjura le surgieron escaras en la piel, cabeza, nalgas y talones lo que se le siguió desarrollando de forma degenerativa, asegurando se originaron con anterioridad a su estancia en la Clínica de la Milagrosa, por lo que se generaron en la Clínica Mar Caribe.

Posteriormente a su intervención en la Clínica la Milagrosa el accionante fue internado nuevamente por veinte (20) días en la Clínica Nuestra Señora del Rosario del área de sanidad de la Policía Nacional sede Magdalena, para observación y seguimiento en el desarrollo del post operatorio, una vez fue dado de alta de dicha entidad de salud con criterio médico de una muy buena mejoría, el señor Sixto Menjura por cuenta propia se practicó examen de cultivo para cerciorarse de su estado de salud verdadero, detectando en dicho examen una bacteria intrahospitalaria, novedad que reportó de inmediato a la Clínica Nuestra Señora del Rosario y esta lo trasladó para la ciudad de Bogotá a cargo de la Policía Nacional donde le realizaron una segunda intervención quirúrgica para la instalación de una malla de Procid en el estómago, permaneciendo más de quince (15) días hospitalizado en la Clínica de la Policía de la ciudad de Bogotá, empero, su estado de salud se agravó, presentando sangrado en la zona operada, por lo que los galenos optaron por operarlo por tercera vez en menos de un trimestre, aseverando los accionantes que en la actualidad el mencionado paciente no posee libre movilidad física, siendo todo lo narrado responsabilidad de la Clínica Mar Caribe por el descuido y negligencia en la atención, pues si desde el comienzo se hubiere brindado la asistencia médica adecuada ello no habría acaecido.

1.2.- Contestación de la demanda

1.2.1.- Clínica Mar Caribe (fls. 214-219 Cdno. 1 y fls. 194- 198 Cdno. 2)

Expresó sobre los hechos, que algunos no le constan, empero, hizo un recuento de los fundamentos fácticos en cuanto a su perspectiva de atención hacía el demandante, aludiendo que el paciente refirió disuria y vómitos, con abdomen blando, sin irritación peritoneal pero con dolor en hipogastrio fosa iliaca derecha y flanco derecho, por lo que se

solicitó atención por urología ya que el cuadro clínico y medios diagnósticos no correspondían a apendicitis aguda.

Realizó un recuento del servicio brindado al lesionado detallándolo por horas, expresó que a las 11:57 p.m. se solicita nueva radiografía de abdomen y de tórax y se espera valoración por cirugía, sin embargo el paciente pidió el retiro voluntario y no esperó la revaloración por cirujano general.

Así mismo, afirmó que no es cierta la afirmación de la parte demandante en cuanto a que era necesario un neurocirujano para valorar al paciente, dado que los síntomas que presentaba no eran propios de estudio por dicha especialidad puesto que no era nada de índole cerebral.

Sostuvo que el servicio brindado fue diligente y adecuado, tal como lo muestra la historia clínica y que no es cierto que el paciente fue operado por apendicitis el mismo día de su egreso de la Clínica Mar Caribe, sino que, si bien fue operado por tal padecimiento lo fue 2 días después de su ingreso a la Clínica La Milagrosa, por lo que sus afirmaciones son contrarias a la realidad, así como el hecho de haber entrado el paciente en estado agónico a la última clínica en comento.

En lo que respecta a haber adquirido una bacteria intrahospitalaria aseveró que no pudo haberla tomado en la Clínica Mar Caribe debido a que no fue sometido allí a ninguna intervención quirúrgica, por lo que debe probar en qué institución la adquirió de ser cierto que la tuviese, mencionó que no puede la parte demandante imputarle responsabilidad a esta entidad por hechos que ocurrieron con posterioridad a su atención en la misma.

Ahora bien, en cuanto a las pretensiones, se opuso a todas ellas fundándose en el artículo 2341 del Código Civil que explica lo atinente al juicio de conducta de un individuo, en este caso, entidad, frente a la responsabilidad extracontractual, aunado al código penal, según el cual, indica que para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad, pues queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por lo que, en el caso concreto no se ha demostrado la configuración de la culpabilidad de la Clínica Mar Caribe, lo cual constitucionalmente es necesario para endilgar responsabilidad en materia civil, penal, sancionatoria, disciplinario y administrativa.

Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

Caducidad: expresa que el artículo 136 del CCA señala un término de 2 años para interponer la acción de reparación directa contados desde el día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa, por lo que, al ser la última actuación del demandante el 05 de septiembre de 2009 el tiempo para la notificación y presentación de la demanda ha excedido los aludidos 2 años.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Por cuanto la Clínica Mar Caribe es sólo un establecimiento de comercio de propiedad de Colsalud S.A. de conformidad con el registro en Cámara de Comercio, por ende no ha producido daño alguno pues al ser establecimiento de comercio no es persona jurídica de derecho.

Esgrimió prescripción y cualquier otra que se encuentre probada como inexistencia de la obligación o inexistencia de perjuicios.

1.2.2.- Policía Nacional (Fls. 243-246 Cdno. 1 y Fls. 304-307 Cdno. 2)

Expresó que lo pretendido por la parte actora, esto es, la declaratoria de responsabilidad por presunta falla médica contraviene la condición de medio y no de resultado del servicio médico, no obstante, sostiene que se atienen a lo que resulte probado en el proceso.

Aduce que de las historias clínicas allegadas al expediente es prueba que el paciente recibió atención médica adecuada, muestra de ello es que al momento de la complicación del paciente, este se encontraba internado en la Clínica Mar Caribe, lo cual extrae del hecho segundo del líbello de la demanda, de donde se observa que el accionante claramente indica que fue remitido a ese centro por las directivas de la Clínica Nuestra Señora del Rosario del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, con lo que se evidencia que estaba bajo la atención médica, de tal suerte que no existe factor de conexidad entre el hecho que la policía nacional le hubiere prestado los servicios iniciales y las verdaderas causas del perjuicio padecido por el paciente, por lo que el despacho puede apreciar la complejidad de la atención brindada registrada en la historia clínica.

A su vez trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado así como doctrina del autor Chabas sobre la teoría de la "pérdida de una oportunidad", realiza una explicación de ella y menciona los elementos necesarios para que esta se configure generando responsabilidad, no por el hecho de haber causado el daño como tal, sino por ser responsable de la pérdida de oportunidad de recuperarse o sobrevivir de una persona, seguido de lo cual expresa que en el caso concreto está visto en el plenario que no existió omisión por parte de la Policía Nacional, primero porque no está demostrado que haya incurrido en falla del servicio médico prestado como tampoco que se hubiere negado a brindarlo, pues reitera que fue remitido del sistema de salud de la Policía a la Clínica Mar Caribe y que si en gracia de discusión se admitiera que hubo falla del servicio en tal entidad, no comprometería la responsabilidad de la Policía Nacional, por lo que la ausencia de nexo causal entre los elementos que conforman la responsabilidad de la administración permiten solicitar la exoneración de responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

Aunado a ello, propuso de siguiente excepción:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Por cuanto de los hechos de la demanda se extrae que la alegada responsabilidad por falla del servicio recae según los hechos de la demanda en la Clínica Mar Caribe.

1.2.3. Ministerio de Salud y Protección Social (Fls. 308-317 Cdno. 1 y 228-239 Cdno. 2)

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aseveró que no le consta nada de lo narrado por la parte actora habida cuenta que el Ministerio no tiene dentro de sus funciones y competencias la atención médica o quirúrgica de pacientes, es decir, que no presta de manera directa o indirecta los servicios de salud, pues solo es un ente rector de la política pública en materia de salud y promoción social en salud por lo que desconoce la historia clínica de Sixto Menjura Laiton.

Por otra parte, expone que las demás entidades demandadas son entidades descentralizadas que tienen personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y protección Social no tiene injerencia en sus decisiones, ni actuaciones, lo cual fundamenta en la Constitución Política Colombiana, en varios decretos, la ley 30 de 1993, ley 100 de 1993, ley 715 de 2001, ley 790 de 2002, entre otras, con las que ilustra sobre las competencias y responsabilidades del Ministerio de SALUD Y Protección Social y el motivo por el cual no está llamada a responder en el presente asunto.

Así mismo, propone como excepciones las que siguen:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Pues la legitimación en la causa por pasiva es un presupuesto procesal y se predica de quien está llamado a defenderse prejudicial o judicialmente de presuntas obligaciones jurídicas exigibles a este, empero aclara que por mandato legal y constitucional las funciones del Ministerio están debidamente asignadas, no estando dentro de ellas la atención médica ni quirúrgica de pacientes como se ha dicho, por lo que, al ser la falla en el servicio de salud el título de responsabilidad

imputado, es claro que la entidad no está llamada a responder dado que por la ley 715 de 2001 delegó en las entidades territoriales la función de gestionar la prestación de los servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad, por lo que son estas entidades quienes se encuentran legitimadas a comparecer en los estrados prejudiciales y judiciales por las presuntas irregularidades en la prestación ineficiente de los servicios de salud.

Finalmente citan una sentencia del Consejo de Estado en la que se aclara que el Ministerio emite las políticas públicas para la prestación del servicio de salud y por ende de las entidades que prestan tal servicio más no asume responsabilidad por los servicios que estas suministren.

Inexistencia de daño antijurídico o falta de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social: Aduce que los elementos de la responsabilidad no se configuran en este caso respecto del Ministerio, dado que no actuó por acción o por omisión en la prestación del servicio médico, pues claramente este se brindó por la Clínica Mar Caribe, por lo que al no haber brindado el servicio, no pudo haber generado daño al lesionado y no existe nexo de causal entre el servicio prestado por la Clínica Mar Caribe y dicha cartera.

La innominada: Artículo 164 del C.C.A.

1.2.4. Superintendencia Nacional de Salud (fls. 319-349 Cdno. 1 y fls. 252-281 Cdno. 2)

En lo tocante a los hechos expuso que no le constan y se atiene en la mayoría de ellos a lo probado en el proceso.

Respecto a las pretensiones aseveró que se opone a todas ellas por carecer las mismas de nexo causal entre el daño supuestamente antijurídico y presuntamente producido a los demandantes y las funciones o actuaciones desarrolladas por la Superintendencia.

A su vez, propuso como excepciones las que se indicarán:

Falta de legitimación en la causa por pasiva- inexistencia de nexo causal: Lo sustentó en el hecho que no existe nexo de causalidad entre el presunto daño producido al demandante, esto es, el estrangulamiento de la apéndice, la peritonitis y la bacteria adquirida con posterioridad a la cirugía; y las funciones constitucionales y legales asignadas a la dicha Superintendencia.

Para lo cual explicó ampliamente la naturaleza de la superintendencia de salud como órgano de carácter técnico administrativo, adscrito al Ministerio de Salud, y sus funciones, decantando que no le corresponde el aseguramiento del riesgo de salud y las de prestación del servicio médico, entre otras, por lo que, esgrime que no se advierte ningún vínculo entre la falla médica demandada y las funciones descritas y desarrolladas por la Superintendencia, pues desconocer ello sería ignorar los principios constitucionales y legales que establecen la descentralización funcional y por servicios y la autonomía de los entes vigilados en el manejo de sus propios asuntos, pues afirma que es evidente que tal entidad de vigilancia no prestó servicio de salud alguno al lesionado ni aseguró ninguna contingencia al respecto.

Inexistencia de la obligación: En la misma perspectiva, señaló que no puede ser atribuido a la Supersalud el daño causado al accionante, ya que, si bien la entidad hace parte del sistema general de seguridad social en salud, es un organismo de inspección, vigilancia y control y no una institución prestadora de servicios de salud o asegurador de servicios de salud, por lo que la presunta irregularidad se presentó por parte de la Policlínica del Rosario, la Clínica Mar Caribe y la Clínica La Milagrosa y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, las que prestaron los servicios de salud al lesionado o eran su asegurador

en salud, sin que se logre señalar por los demandantes el nexo causal de responsabilidad de la Superintendencia de Salud en cumplimiento de su órbita funcional.

Hecho de un tercero: expuso que la inconformidad de la parte actora se genera por la falla en la cirugía practicada en la Policlínica del Rosario y la Clínica Mar Caribe, de la que se derivó complicaciones médicas no endilgables a la superintendencia sino a dichas entidades de salud.

Excepción genérica: La que de oficio se declare.

Por último, relató en su contestación una explicación del sistema especial de salud de policía y concluyó mencionando que la autoridad competente en el proceso de vigilancia, control e inspección de habilitación de los prestadores del servicio de salud, es el departamento, el distrito, el Ministerio de Protección Social, conforme a lo aquí descrito, mientras que con relación a la asesoría y asistencia técnica, la inspección, vigilancia y control de salud pública corresponde por competencia a los departamentos y distritos, por lo que en el caso concreto la llamada a inspeccionar, vigilar y controlar la prestación del servicio de salud es la Secretaría Departamental de Salud del Magdalena y no la superintendencia demandada.

1.2.5. La Previsora S.A. Compañía de Seguros –Llamada en garantía- (Fls. 410-425 Cdno. 1 y Fls. 413-436 Cdno. 2)

Realizó contestación a la demanda y al llamamiento en garantía. Respecto a la demanda respondió que no le constan los hechos relatados en la misma y sobre las pretensiones se opuso a todas de forma expresa, dado que aduce que no existe claridad en los fundamentos fácticos ni existe prueba que permita atribuir falla en el servicio a la Clínica Mar Caribe (quien la llamó en garantía), así como tampoco encuentra fundamentos jurídicos que soporten la estimación motivada de la cuantía que se pretende por los demandantes.

Por otra parte propuso como excepciones las que siguen:

Falta de prueba de los elementos que acrediten la falla en la prestación del servicio médico: sobre esta indicó que para que se endilgue responsabilidad estatal es necesario que se acredite una falla en el servicio, un daño plenamente demostrado y una relación causal entre estos, empero, en el caso concreto afirma que no se satisfacen tales presupuestos toda vez que existe;

a) Falta de especificación y prueba del daño: por cuanto en su concepto, solo se hace alusión a la supuesta falla médica, más no se prueba detalladamente en qué consistió el daño sufrido por el aparente lesionado, ni las secuelas, mucho menos se aporta peritazgo al respecto y además se tasa de manera arbitraria la supuesta pérdida de capacidad del actor, sin que obre prueba que la determine legalmente, siendo que de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. la carga de probar el daño se encuentra en cabeza del accionante.

b) Falta de identificación e imputación del hecho dañino: expresa que el accionante se limita a señalar la falla del servicio en forma genérica para todos los demandantes, sin entrar a explicar en qué consiste la omisión en que incurrió cada una de las partes involucradas, por lo que surgen interrogantes que no han sido probados por la parte accionante, como, ¿Cuál es la falla que endilga el accionante?, en cuánto a la supuesta bacteria adquirida, ¿En qué momento la adquirió?, ¿en qué lugar?, ¿cuál es la prueba que evidencia que fue adquirida durante su corta estancia en la Clínica Mar Caribe?, ¿Cuál es la prueba que descarta que fue adquirida en la Clínica La Milagrosa?, ninguno de los cuales está demostrado en el expediente siendo que en materia de falla médica se exige la demostración de la culpa por ser de régimen de responsabilidad subjetiva con culpa probada.

c) Falta de prueba del nexo causal: no obra prueba del daño ni de la falla del servicio, por lo que por sustracción de materia no existe prueba del nexo causal y ello en concepto de la

Previsora S.A. hace improcedente la sentencia condenatoria por no estructurarse responsabilidad estatal por falla del servicio médico.

Objeción a la tasación de perjuicios: objeta la tasación de perjuicios y solicita al juez darle aplicación a lo señalado en el artículo 211 del CPC.

Improcedencia de pago de perjuicios morales y tasación excesiva de los mismos: Afirma que no está probado en el proceso los perjuicios morales ni el padecimiento en dicho sentido, por lo que el juez deberá, en caso de encontrarlo acreditados, tasarlos conforme a los criterios jurisprudenciales.

Improcedencia de reconocimiento de daño a la vida de relación y tasación excesiva de os mismos: Manifestó que este tipo de perjuicios solo se predicen de aquellos eventos en que con ocasión a un daño la víctima directa, es decir, el afectado sobreviviente, haya visto desmejorado su calidad de vida al verse obligado a realizar actividades conforme a su limitación física y psíquica impidiéndole de tal manera experimentar situaciones que le hacen más placentera su existencia y que por el acontecer del insuceso debe dejar de practicar o llevarlas a cabo de manera distinta al común de la gente, en consecuencia dada la definición no es posible su reconocimiento a los familiares del perjudicado como lo pretenden los demandantes.

Por otro lado, en escrito separado (fls. 426 – 434 Cdno. 1) la compañía aseguradora contestó el llamamiento en garantía expresando que se opone a la afectación de la póliza expedida por ella, lo cual fundamentó en la falta de cobertura temporal de la póliza, las exclusiones, siendo ellas, reclamos que lleguen a conocimiento del asegurado por fuera de la vigencia de la póliza y responsabilidad por el acto médico individual, así mismo adujo la operancia en exceso de la póliza No. 1000241 expedida por ella y el valor asegurado como límite máximo de responsabilidad de la aseguradora.

1.2.6. Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza –Llamado en garantía- (Fls. 351- 355 Cdno. 2)

En escrito de contestación manifestó la aseguradora frente a los hechos de la demanda que no les consta ninguno de ellos, en lo referente a las pretensiones se abstuvo de pronunciarse pues adujo desconocer los fundamentos fácticos que las sustentan.

En lo que compete a los hechos del llamamiento en garantía esbozó que son ciertos y frente a las pretensiones de tal llamamiento se opuso a que la compañía sea condenada a pagarle a los demandantes o reembolsarle a la llamante en garantía, Policía Nacional, por cuanto en su concepto operan algunas excepciones de mérito, siendo estas:

Ausencia de cobertura de daños extrapatrimoniales por expresa exclusión, teniendo en cuenta el objeto del seguro y la cobertura del mismo, así como lo atinente a la cláusula de seguro de responsabilidad civil que señala los eventos cubiertos. Señaló también como excepción el deducible y el máximo valor asegurado, indicando que la cuantía de la demanda supera tal monto.

1.3.- Alegatos de conclusión

Las partes procesales alegaron en resumen lo siguiente:

La parte demandante (Fls. 135-141 Cdno. 3) presentó sus alegatos de conclusión manifestando que insiste en la responsabilidad de las entidades demandadas pues los medios probatorios son concluyentes para demostrar que existió una falla en el servicio médico, relatando la atención brindada en la Clínica Mar Caribe, de donde venía remitido por Sanidad de la Policía Nacional, aduciendo que pese a referir todos los síntomas propios de una apendicitis, la misma no fue diagnosticada por los galenos sino que se dio tratamiento como un cálculo en el riñón, por lo que, se infiere que existió un error de

diagnóstico, esto es, falla en el diagnóstico, lo que agravó el estado de salud del paciente hasta el punto que sus familiares decidieron retirar voluntariamente al lesionado, llevándolo a la Clínica La Milagrosa en donde se afortunadamente le practicaron el procedimiento quirúrgico que le salvó la vida.

Por lo que, en criterio del extremo accionante, es claro que hubo falla en el servicio médico pues en su ingreso en la Clínica Mar Caribe desde el 03 de septiembre de 2009 hasta el 05 de septiembre de 2009, nunca fue visto por un médico cirujano ya que sólo fue tratado por urología, por lo que cita un fragmento de una sentencia del Consejo de Estado en donde se expone de la responsabilidad por falla médica por indebido diagnóstico, aunado a ello sostuvo que la literatura médica le da mucha importancia al diagnóstico, dado que uno errado ocasiona como consecuencia un tratamiento equivocado, por lo que se incurre en una falla en el servicio cuando la entidad no agota los recursos científicos y técnicos a su alcance para establecer un diagnóstico definitivo, por lo que, en los casos en que no es posible un diagnóstico exacto, se debe acudir a exámenes primarios y complementarios, que en el caso sub judice se omitieron, pues tanto en la Clínica de la Policía como en la Mar Caribe se prescindió de realizar tales exámenes, no siguiendo los protocolos médicos. Al respecto, afirmó que la inobservancia de protocolos implica una conducta culposa de los profesionales.

También hizo alusión a la dificultad de probar el elemento de responsabilidad consistente en el nexo causal entre el daño y el hecho que lo genera, dada la complejidad de los conocimientos científicos y técnicos que se requieren, empero, trajo a colación jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo en donde se da valor a los indicios y se permite al juez valorarlos en la medida en que no existan otras pruebas, así, señala que conforme a lo expuesto obran varios indicios que emergen en el caso concreto y permiten acreditar la falla del servicio por falta de diagnóstico, ello radica en los fuertes dolores abdominales que refería el paciente desde su ingreso, específicamente sobre su abdomen en la zona que cubre el área de la apéndice, además de irritación peritoneal, por lo que solicita finalmente se declaren la responsabilidad de las demandadas y se concedan las pretensiones de la demanda.

La parte demandada:

Policía Nacional: Rindió sus alegatos de conclusión (Fls. 124-129 Cdo. 3) reiterando lo plasmado en la constatación de la demanda, por lo que indicó que no se configuran los elementos de la responsabilidad necesarios para condenar a su representada, pues se alude falla médica por omisión, empero, de las pruebas militantes en el expediente sostiene que se puede evidenciar que si hubo un tratamiento médico de forma oportuno, seguro, accesible y continuo, sin que pueda constatarse omisión alguna, ya que se le brindó la atención requerida, se le remitió por parte de la Policlínica Nuestra Señora del Rosario de la Policía Nacional a otra clínica, esto es, La Mar Caribe, por tratarse de una de mayor nivel de complejidad, con lo que se vislumbra que se obró proporcionando atención de forma diligente de acuerdo a los requerimientos del paciente.

En consecuencia, concluye solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- Problema jurídico

En el asunto de la referencia se debe entrar a dilucidar si, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Ministerio de la Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud y la Clínica Mar Caribe son administrativamente responsables por los supuestos perjuicios ocasionados a los señores Sixto Miguel Menjura Laiton, su menor hijo Miguel Ángel Menjura Bermúdez y la señora Margarita Dolores Pérez de Menjura, así como a Eileen Jasbleidys Menjura Pérez, Luis Miguel Menjura Pérez, Kellys Lisney Menjura Pérez, Efraín Antonio Menjura Laiton, Ana Joaquina

Menjura Laiton, Pedro Alejandro Menjura Laiton, José Aristóbulo Menjura Laiton, Nubia Emilce Menjura Laiton y Luis Antonio Menjura Laiton, como consecuencia de la aparente falla en el servicio por retardo y negligencia en el diagnóstico y tratamiento médico ocasionando la estrangulación del apéndice, peritonitis y contraer bacteria intrahospitalaria al señor Sixto Menjura Laiton.

2.2.- Marco Jurídico

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política *"El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."*

El artículo 2º ibídem dispuso que *"[...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*

El artículo 83 del C.C.A., establece por su parte, que *"La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto"*.

Aplicables al caso resulta también el artículo 86 del C.C.A. que faculta a todo interesado a demandar directamente la reparación del daño con motivo de un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación temporal o permanente de inmueble con motivo de la realización de trabajos públicos o por cualquier otra causa. De la misma manera, el caso en estudio se analizará bajo las subreglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado proferidas en ésta materia.

2.3. Título de Imputación y régimen probatorio aplicable

La responsabilidad extracontractual, inicialmente se implementó únicamente con fundamento en la teoría de la **falla del servicio**, consistente en que la persona pública está llamada a responder porque produjo un daño debido al incumplimiento, el cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación preexistente en la ley.

Posteriormente se admitió que en algunos casos el Estado podía ocasionar perjuicios a los administrados aún en cumplimiento de actividades lícitas, es aquí donde surgen los llamados regímenes de responsabilidad objetiva como son el denominado **daño especial** que se concreta cuando la administración en cumplimiento de sus funciones lícitas causa un daño, caso en el cual está en la obligación de indemnizar si se comprueba que a través de la actividad lícita hay un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas; y el **riesgo excepcional** que se presenta en las ocasiones en que el Estado debe responder porque en ejercicio de una actividad de las consideradas riesgosas ocasiona un daño.

El presente asunto será decidido bajo la égida de la **falla del servicio**, como quiera que el demandante centra la imputación en cabeza de las entidades demandadas argumentando que éstas *"incurrieron en falla en el servicio por retardo y negligencia en el diagnóstico y tratamiento médico clínico que debieron prestarle al señor Sixto Miguel Menjura Laiton"*. En consecuencia, corresponde al demandante acreditar el daño ocasionado y que el mismo se produjo como resultado de una actuación médica irregular de las entidades demandadas.

Lo anterior en cuanto al régimen probatorio aplicable, dado que, dependiendo el régimen de imputación jurisprudencialmente el H. Consejo de Estado, ha establecido diferentes sistemas que según el caso, determinan a quien corresponde la carga probatoria; inicialmente se manejó con fundamento en la figura de falla probada, que exige al actor demostrar los tres elementos constitutivos de la falla del servicio, tanto en los temas

provenientes del deficiente funcionamiento de los servicios médico asistenciales, como los causados por actos médicos propiamente dichos, hasta que en el año 1992, la citada Corporación consideró "que no podía dárseles el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos"¹.

Por consiguiente, la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, mientras que la responsabilidad médica, es decir, aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, entre otros aspectos en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, se aplica la figura de falla del servicio presunta o inversión de la carga de la prueba, respecto del elemento "falla", presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio. La base de este criterio jurisprudencial, encuentra su sentido en lo expresado por el H. Consejo de Estado en Sentencia del 14 de Diciembre de 2004, por lo que, como en este caso, la responsabilidad que se pretende endilgar a la administración recae sobre el acto médico propiamente dicho, ello es, en voces de la parte demandante en la elaboración de diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos se llevará por el régimen de falla presunta del servicio, en el cual, le corresponde a la parte actora probar el daño y la relación de causalidad.

Despejado lo relacionado con el título de imputación y régimen probatorio a aplicar, se relacionarán las pruebas que figuran en el expediente, las cuales serán valoradas y examinadas como parte del análisis posterior para establecer la existencia de los elementos de la responsabilidad (daño y nexo causal) alegada por la parte demandante.

2.4.- Pruebas

Al proceso se allegaron los siguientes medios de prueba relevantes:

2.4.1.- Documentales:

- Copia auténtica de Registros Civiles de Nacimiento y matrimonio tendientes a demostrar el parentesco de los demandantes con el lesionado directo (Fls. 19-21 Cdno. 1 y 156,173-181 Cdno. 2).

-Fotocopia simple de cédula de ciudadanía del señor Sixto Menjura Laiton y del carnet que acredita su calidad de agente retirado de la Policía Nacional expedido por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional (fl. 22 Cdno. 1)

-Copia simple de la epicrisis de la historia clínica No. 19268237 de fecha 16 de septiembre de 2009 (fls. 33-36 Cdno. 1 y 14-17 Cdno. 2) en la que se observa como diagnósticos:

"Dx Ingreso: R101 Dolor abdominal localizado en parte superior

Dx Salida: R103 Dolor localizado en otras partes inferiores del abdomen

Dx Egreso 1: K359 Apendicitis aguda no especificada

Dx Egreso 2: N209 Calculo urinario no especificado

Dx Egreso 3: R103 Dolor localizado en otras partes inferiores del abdomen"

-Copia simple de resultados de radiografía de tórax de fecha 06 de septiembre de 2009 No. 371551 practicada al señor Sixto Miguel Menjura Laiton en la Clínica La Milagrosa, así como de la descripción quirúrgica No. 3895 en la que se indica "Procedimiento Lavado peritoneal terapéutico Sod., Sutura de Herida múltiple en área general y de la evolución del paciente e historia clínica en la misma institución de salud (Fls. 37-62 Cdno. 1 y 18-43 Cdno. 2).

- Copia simple Historia Clínica del señor Sixto Menjura emitida por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (fls. 63-67,85-191 Cdno. 1 y 44-43, 65-155 Cdno. 2).

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de Mayo de 2006. C.P.: RAMIRRO SAAVEDRA BECERRA.

-Copia simple documentos varios de resultados de laboratorios médicos, radiografías y exámenes practicados en la Clínica la Milagrosa y Sanidad de la Policía Nacional, están impresos a una cara de una entidad y al reverso de la otra (fls. 68-84 Cdno. 1 y 49-65 Cdno. 2).

- Copia con sello de autorización de archivo de la Historia Clínica del señor Sixto Menjura remitida por la Clínica Mar Caribe (fls. 220-229, 530-539, 597-618 Cdno. 1 y 204-223 Cdno. 2) y del Protocolo de manejo de infecciones (fls. 230-239 Cdno. 1).

- Copia de Póliza de responsabilidad civil No. 1000241 proferida por la Previsora S.A., cuyo tomador es la Compañía Colombiana de Salud Colsalud S.A. (fls. 241-242 Cdno. 1 y fl. 226 Cdno. 2).

- Copia de contrato de prestación de servicios profesionales y/o técnicos- persona natural No. 30-7-20077-2009 suscrito entre Policía Nacional- Comando Departamento de Policía Magdalena y el señor Oscar Rodríguez Avendaño junto con sus anexos como certificado de registro presupuestal, aprobación de garantía, póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, póliza de responsabilidad civil, recibo de caja, oficio de iniciación de ejecución de contrato (fls. 249-283 Cdno. 1).

- Copia de contrato de prestación de servicios profesionales y/o técnicos- persona natural No. 30-7-20031-2009 suscrito entre Policía Nacional- Comando Departamento de Policía Magdalena y el señor Rafael Mauricio Campo Amaya junto con sus anexos como póliza de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales, póliza de responsabilidad civil y civil extracontractual tomada con la empresa Confianza S.A. (fls. 281-303, 358-364 Cdno. 2).

-Copia simple de hoja de inscripción- ingreso, historia clínica No. 00774791, notas de enfermería, ordenes médicas del señor Sixto Menjura emitidas por la Clínica La Milagrosa (fls. 2-102 Cdno. 3).

2.4.2.- Testimoniales:

- Testimonio rendido por el señor Enrique Antonio Gamarra Acosta (médico) en audiencia celebrada el 02 de junio de 2016, en la que se manifestó por el declarante, entre otras cosas, lo siguiente (fls. 526-527 Cdno. 1):

"(...) El despacho accede a la petición de la apoderada de la parte demandante y pone de presente al testigo la referida historia clínica. Seguidamente se le otorga el uso de la palabra a la solicitante de la prueba para que si bien lo tiene interrogue al declarante, lo cual hace de la siguiente manera. PREGUNTADO: Sírvase explicarle al Juzgado que (sic) diferencia existe entre una epicrisis y una historia clínica? CONTESTO: La epicrisis es el resumen de la historia clínica del paciente atendido, donde se plasman o tienen los datos más relevantes (sic) de la historia clínica como son las evoluciones médicas, los paraclínicos o laboratorios realizados en su estancia hospitalaria; especifica el momento hora y fecha del ingreso y el del egreso. En la historia clínica es todo lo que se le realizó al paciente, igualmente desde el ingreso hasta el egreso, con detalles que incluyen las evoluciones de las enfermeras jefes, auxiliares o cualquier otro profesional que intervenga en la historia de ese paciente. PREGUNTADO: Teniendo en cuenta que al ingreso del paciente (sic) a la institución Clínica Mar Caribe se registra en la historia clínica el motivo de la consulta, dolor abdominal y vómitos y consecuente con esa consulta se ordenan imágenes diagnósticas y laboratorios y una vez obtenidos los resultados en la evolución médica se anota: "Paciente de 54 años con los siguientes diagnósticos cálculo urinario no especificado, sírvase decir en qué consiste el hecho de que el cálculo urinario no este especificado? CONTESTO: En las historias clínicas, los diagnósticos que un médico especifica según el SIS 10 de Minsalud, códigos de diagnóstico establecidos y autorizados, al cálculo urinario se le cataloga como N209, pero como al momento del ingreso son unos diagnósticos presuntivos, no se tiene mayor conocimiento por eso se indica no especificado pues el médico en ese aun no puede identificar tipo de cálculo, tamaño, ubicación. Son impresiones diagnósticas. PREGUNTADO: En la historia clínica concretamente en el folio 6 con fecha 3 de septiembre de 2009, a las 8:08 la doctora KAREN ELENA MORA GARICA en la evolución médica anota CONTESTO: (sic) paciente de 54 años en

su primer día de internación por los siguientes diagnósticos: Apendicitis aguda no especificada, calculo ordinario no especificado, sírvase decir si esta anotación corresponde después de realizados los exámenes de laboratorio y ecografía o después CONTESTO: Considero que lo descrito por la doctora KAREN ELENA MORA GARCIA en el folio número 6 de la historia clínica lo realiza teniendo en cuenta los resultados obtenidos de los laboratorios ordenados anteriormente en el folio 1. En ese momento no tiene la ecografía pues la misma fue ingresada al sistema el día 3 por la doctora KATIA MEYER AREVARLO (sic) PREGUNTADO: Como quiera que en los hechos de la demanda se afirma que se requería la consulta con un cirujano general y este nunca se presentó, le pregunto, de acuerdo con la historia clínica el doctor EDINSON ECHEVERRÍA SÁNCHEZ qué especialidad ostenta? CONTESTO: El doctor en mención es cirujano general. Según la historia clínica el día 3 de septiembre de 2009 a las 6:16 minutos fue valorado por este galeno, dejando plasmado en la historia que el paciente no presentaba ningún signo de irritación peritoneal; igualmente hace referencia a los leucocitos que encontró en cifras de 4.200, un parcial de orina patológico, una radiografía de abdomen simple sin niveles hidroaéreos y hace la observación de un cuadro sugestivo de urolitiasis, dejando como plan la solicitud de una ecografía abdominal y valoración por urología, esta ecografía aparece en la historia reportada, sin alteraciones, se reporta así cuando el ecografista encuentra todo bien, o normal, no hay hallazgo ecográfico o sea que si fue valorado por un cirujano general, que en este caso fue el doctor ECHEVERRÍA. PREGUNTADO: Infórmele al despacho que significan los términos "sin signos de irritación peritoneal". Con eso se descartó la irritación peritoneal y "urolitiasis" que aparecen consignados en las anotaciones del doctor Echeverría. CONTESTO: Refiriéndose a "sin signos de irritación peritoneal" se entienden que el médico está descartando signos clínicos de que el peritoneo este irritado, los signos que usualmente se hallan son blumberg, rovsin, psoas, la persona puede tener dolor abdominal y no tener irritación abdominal. El segundo término hace referencia a, como su nombre lo dice uro-litiasis, e un (sic) cálculo (litio) en el sistema urinario (uro). PREGUNTADO: Sírvase decir si usted recuerda que el paciente SIXTO MENJURA haya sido intervenido quirúrgicamente en la institución? CONTESTO: No recuerdo. PREGUNTADO: Sírvase decir si a un paciente que no ha sido intervenido puede ingresarle una bacteria? CONTESTO: Un paciente hospitalizado en una institución hospitalaria, puede adquirir lo que se llama una infección mesoponial, por ejemplo vía respiratoria, una neumonía, una flebitis, pero no una peritonitis. Termina la apoderada de la Clínica Mar Caribe con el interrogatorio. Continúa el despacho: PREGUNTADO: Infórmele al Despacho si no se ha intervenido quirúrgicamente a un paciente puede este desarrollar una infección o inflamación en el peritoneo o peritonitis? CONTESTO: Esa infección la puede desarrollar de sus propios gérmenes o bacterias, pero adquiridas del ambiente. (...) el agente del Ministerio público expresa su intención de hacerlo, por lo cual se le concede el uso de la palabra, que desarrolla así: PREGUNTADO: Sírvase el declarante manifestarle al despacho que significa apendicitis aguda no especificada. CONTESTO: La patología de apendicitis siempre es aguda, y lo de no especificada se refiere a la causa, la apendicitis se entiende ocasionada por procesos obstructivos de residuos alimenticios no digeridos adecuadamente y quedan retenidos al nivel del apéndice que es una parte del organismo ciega, no tiene salida, por un trauma también se puede generar una apendicitis, parásitos o una simple amibiasis. Otros diagnósticos se hacen pues se encuentra el paciente con el apéndice rojo irritado pero se indica no especificada porque en ese momento no se puede determinar la causa. PREGUNTADO: Sírvase decir el declarante y desde el punto de vista médico que consecuencias pueden presentarse a nivel de paciente con una apendicitis aguda. CONTESTO: Si se ha diagnosticado como tal la apendicitis, confirmándola por clínica o paraclínicos, la conducta sería intervenir quirúrgicamente pero teniendo en cuenta el criterio médico del cirujano tratante y las condiciones hemodinámicas del paciente. Manifiesta el señor Procurador que no tiene más preguntas que formular al testigo. Continúa el despacho con el interrogatorio. PREGUNTADO: Tiene algo más que agregar, corregir o enmendar? CONTESTO: No. (...)"

- Testimonio rendido por el señor Wilfrido José Armenta Noriega (médico) en audiencia celebrada el 06 de julio de 2016, en la que se relató por el declarante, entre otras cosas, lo siguiente (fls. 544-545 Cdno. 1):

"(...) PREGUNTADO: por sus generales de ley CONTESTO: Me llamo e identifico como viene dicho, de 57 años de edad, estado civil: soltero, médico, residente en la Avenida del Libertador No. 28-178 de Santa Marta. PREGUNTADO: Conoce usted los motivos por los cuales ha sido llamado a rendir esta declaración, en caso afirmativo haga el relato detallado de lo que le conste respecto de los mismos. CONTESTO: Si, sé que me llamaron por el caso del paciente SIXTO MEJURA; efectivamente es un paciente que presentó dolor abdominal, presentó IPS de la Policía Nacional, posteriormente fue remitido a la Clínica Mar Caribe donde se atiende en urgencia y se hospitaliza para la definición de la etiología o causa y tratamiento del dolor abdominal; el paciente ingresa con un cuadro bizarro, es decir no fácilmente atribuible a una patología específica, que ameritaba una serie de estudios de laboratorio, de imágenes radiológicas, tomografías, para poder establecer su causa y realizar el tratamiento. Su dolor inicialmente, por sus síntomas y signos, apuntaba a un cuadro de origen renal;

fue evaluado por las especialidades respectivas, cirugía y urología, quienes iniciaron las pesquisas para tener un diagnóstico de certeza porque hasta ese momento solo existía una impresión diagnóstica de un dolor abdominal, probablemente de etiología urológica. En este momento interrumpe el relato la conductora de la diligencia y el declarante es PREGUNTADO: Para el momento de la valoración y ordenación de los estudios diagnósticos especializados por parte del Dpto. de Cirugía y el de urología de la Clínica Marcaribe cuál era el tiempo de desarrollo del dolor abdominal del paciente, y de atención en ese centro de salud? CONTESTO: Bueno en la historia se puede establecer; según la historia clínica el paciente, que ingresa a la Clínica Marcaribe el día 3 de septiembre de 2009 a las doce y cinco de la madrugada (12:05 a.m.) y refiere que el dolor se inició en la noche, lo que significa que es un dolor de menos de seis horas de evolución; lo cual es un tiempo que de acuerdo a los casos, generalmente no es suficiente para que la patología se defina plenamente; el dolor localizado en la fosa iliaca derecha y flanco del mismo lado y bastante álgido. Estos datos los estoy tomando de la historia clínica porque mi participación fue casual, esporádica y transitoria, y en ese momento no había iniciado. Según la historia en el folio 4 Cirugía lo evalúa a las 6:16 del mismo día, después de haberle realizado varios exámenes, como cuadro hemático el cual no presentaba indicio de patología quirúrgica, los RX sin patología quirúrgica y con una impresión de cuadro sugestivo de urolitiasis, que es uno de los 127 causas de dolor abdominal, con exámenes normales al momento de la evaluación por cirujano quien a la vez ordena otros estudios para seguir investigando la causa del dolor, entre ellos una ecografía abdominal tomada el mismo día 11:33, y que arrojó resultados normales "sin alteraciones". Con el resultado de los exámenes y la ecografía lo atiende el urólogo a las 14:01, quien coloca un diagnóstico diferido, significa que no es concluyente, sugiere urolitiasis y por tanto debe seguir revisándose al paciente y debe hospitalizarse, todo lo anterior lo hacen en urgencias; se indica la realización de otros estudios como tomografía de abdomen. Indica que se está frente a un caso que no tiene sintomatología clara. El paciente entonces es hospitalizado y se le indicaron los estudios correspondientes. Yo al paciente lo vi el día cuatro (4) de septiembre, viene de una noche donde pasó estable, tranquilo, según notas de enfermería y encontré un paciente tranquilo, deambulando en la habitación (fl. 19), afebril, hemodinámicamente estable y sin ningún signo de irritación peritoneal, es decir, no había hasta ese entonces datos que sugirieran o indicaran un proceso que requería cirugía en ese momento. Es decir, durante mi evaluación en el piso, como médico hospitalario, no había abdomen quirúrgico en ese momento. Hasta allí participé como médico. Posteriormente le realizaron una tomografía con reconstrucción tridimensional UROTAC, que reportó estudio urográfico dentro de la normalidad. Eso fue el día cinco (5). Dice ese estudio que las porciones evaluadas de colon e intestino son de aspecto normal, es decir no reportó ninguna patología y clínicamente el paciente no presentaba en ese momento abdomen quirúrgico. PREGUNTADO: Cómo concluye la intervención de la Clínica Marcaribe en la evolución o revisión médica del paciente SIXTO MENJURA y en que modalidad se presentó su egreso de dicha institución? Es preciso aclarar que en la Clínica Marcaribe Urología evalúa el paciente con su tomografía inmediatamente, solicitaron seguimiento del paciente, colocación de sondas nasogástricas y nuevos exámenes para evaluarlos o confrontarlos con los anteriores a ver si se mantenían iguales o había alguna variación, de lo cual queda claro que el paciente tuvo un seguimiento estricto tanto de la especialidad como de los exámenes iniciales y de control; el paciente no esperó la realización de esos nuevos exámenes de control para nueva evaluación por cirugía (los exámenes fueron solicitados por urología para revisión por cirugía el día 5 de septiembre a las 12 y 53). El paciente una hora y media después, 14:39 del 5 de septiembre pidió retiro voluntario, quizá con menos de ese tiempo pues a esa hora es que se hace la anotación. El paciente, según la misma historia firma el retiro y sale con su familiar, en silla de ruedas, consciente, en regular estado de salud, tranquilo y orientado (fl. 44 de H.C.). Significa que el paciente voluntariamente interrumpe el estudio y tratamiento de su patología. Sobra anotar que cuando al paciente se le firma el retiro voluntario siempre se le explican las consecuencias de su decisión, asume sus consecuencias y exime de lo que pueda ocurrir de ahí en adelante a la clínica y a su médico tratante, en este caso, urología y cirugía que no pudo definir nada porque el paciente se fue y no esperó realizar los exámenes de control. Se concede el uso de la palabra a la apoderada de la CLÍNICA MARCARIBE, peticionaria de la prueba, el cual desarrolla así: PREGUNTADO: En el hecho 7º de la demanda se afirma que el paciente el día 7 de la misma anualidad y mes fue intervenido quirúrgicamente bajo el diagnóstico de apendicitis aguda, sírvase explicar si en ese lapso de retiro de la Clínica Marcaribe al ingreso a la Clínica La Milagrosa, donde fue operado, ante la ausencia de un diagnóstico preciso que determinara el padecimiento del paciente, que consecuencias podría acarrear ese lapso de tiempo mientras que la Clínica La Milagrosa buscara el origen del dolor? CONTESTO: A manera de ilustración general, un cuadro clínico puede cambiar o pueden aparecer síntomas y signos precisos de una patología determinada en cuestión de horas o hasta menos; llama la atención según lo leído por la abogada que es operado posteriormente en la fecha que aparece en la demanda, en el hecho 7º, 7 de septiembre de la misma anualidad. PREGUNTADO: En la epicrisis de la historia clínica con fecha 04-09-2009 el doctor ENRIQUE ANTONIO GAMARRA ACOSTA hace una anotación a las 8: "que dice en su segundo día de operación apendicitis aguda no especificada, calculo urinario no especificado, dolor

localizado en otras partes inferiores del abdomen". Explíqueme al Juzgado a que se refiere el médico cuando dice apendicitis aguda no especificada y cálculo urinario no especificado. CONTESTO: Eso significa que se está frente a un paciente con un cuadro de dolor abdominal donde los signos y síntomas presentados por el paciente más el resultado de los estudios no podía decirse que fuera una apendicitis como diagnóstico de certeza y de precisión, o igual que fuera cálculo urinario u otra cosa, esa es la razón por la cual este paciente se le realizaron todos esos exámenes, desde un cuadro hemático hasta una tomografía axial computarizada de abdomen –uro tac-, significando que no había un diagnóstico preciso y por lo tanto tenía que seguirse realizando el control clínico y paraclínico, es decir lo que presentaba el paciente y para clínico los exámenes especializados, los de control no pudieron llevarse a cabo por el retiro del paciente. Es un caso donde la mayoría de los pacientes con los estudios realizados se hubiese llegado a un diagnóstico, sin embargo, existen pacientes que aún con todos esos exámenes no se llega al diagnóstico sino después de cirugía. Es decir, después de agotar todos los elementos y todos los estudios, si no hay definición diagnóstica previa y el paciente empieza a presentar deterioro de su estado clínico, estaría indicada la cirugía, que durante su permanencia en la Clínica Marcaribe no se presentó ese estado al cual me estoy refiriendo en este momento. PREGUNTADO: Sírvase decir qué consecuencias acarrea al paciente frente a la duda del diagnóstico la práctica de una cirugía para exploración y definir cuál es la enfermedad? CONTESTO: La cirugía tiene sus indicaciones precisas, aun cuando no se tenga diagnóstico de precisión y se realiza al presentar los pacientes los síntomas y signos que indiquen irritación peritoneal o que presente deterioro progresivo de su estado general y persistencia de los síntomas y el diagnóstico cuando se opera se hace un diagnóstico preoperatorio y otro posoperatorio frente a un abdomen agudo. Porque no se opera un paciente o todo paciente con dolor abdominal para establecer el diagnóstico? Porque una cirugía si no llena los requisitos que mencioné anteriormente, en cualquier paciente es someterlo a un procedimiento con riesgos inherentes a la anestesia, a la misma cirugía, a posibles infecciones, de una manera irresponsable, es decir se opera de acuerdo a los criterios que indiquen que el abdomen es quirúrgico, de lo contrario, se corren riesgos innecesarios que pueden llegar hasta la muerte. Manifiesta la apoderada de la Clínica Marcaribe que no tiene más preguntas que realizar al testigo. Se interroga a los apoderados presentes sobre si es su voluntad hacerlo, a lo cual responde afirmativamente el mandatario judicial del demandante, y por tanto el declarante es PREGUNTADO: Diga usted qué día atendió al paciente SIXTO MENJURA LAITON. En estado de la diligencia la conductora de la misma le recuerda al apoderado del actor que en el desarrollo de su declaración ya el testigo había expresado que fue el día 04 de septiembre de 2009 estando en piso el paciente, por lo tanto el abogado manifiesta que no tiene más preguntas que realizar. Continúa el despacho con el interrogatorio. PREGUNTADO: Tiene algo más que agregar, corregir o enmendar? CONTESTO: Si. Como lo muestra la historia clínica, desde su ingreso por urgencias del paciente a la Clínica Marcaribe fue atendido diligentemente con la realización de todos los exámenes indicados durante su permanencia, en tiempos adecuados, pero que lamentablemente se interrumpió la atención con el retiro voluntario del paciente. No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina (...)"

Habiendo relacionado las pruebas relevantes aportadas al proceso, se estudiarán las mismas en el caso sub examine para determinar la configuración de los elementos generadores de la responsabilidad de la administración.

2.5.- La responsabilidad patrimonial del Estado.

Puntualizado lo anterior, se entrará en el estudio de la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Ministerio de la Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud y la Clínica Mar Caribe, esto es, determinar si las pruebas allegadas al proceso acreditan los elementos que estructuran dicha responsabilidad, es decir, el daño y la imputación del mismo en cabeza de cada una de las entidades demandadas.

2.5.1.- El Daño.

Para que exista responsabilidad se requiere la ocurrencia de un daño y la imputabilidad del mismo a la entidad demandada; siendo necesario que el daño alegado sea producto de la actuación de la administración; dicho daño debe afectar la integridad física, moral o patrimonial de una persona.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia de manera general indican que el concepto de daño es sinónimo de perjuicio, desde la óptica del derecho administrativo se considera también lo siguiente:

"...el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada."²

Así mismo, se observa que la doctrina española difiere el concepto de lesión del de perjuicio, para que la primera exista es menester que tal perjuicio sea antijurídico, calidad que deriva de que quien sufra el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, en otras palabras, la lesión es el daño pero cualificado.

En la jurisprudencia colombiana, se observan ambigüedades derivadas del sistema de responsabilidad español, en últimas la noción de daño se equipara al perjuicio.

Con respecto a los perjudicados, la doctrina extranjera establece dos tipos de víctima: la directamente dañada o que sufre el daño en su integridad física-síquica, y la indirectamente perjudicada, que lo sufre en esfera diferente, trátase de pecuniaria o moral, o en ambas, cuyo daño es originario e independiente del anterior.

Para que el daño sea resarcible es necesario que revista el carácter de: a) Personal, esto es, que la persona que demanda reparación es la persona que lo sufrió. Esta característica del daño apunta a establecer la legitimación en la causa por activa, por lo tanto, quien demanda debe demostrar ser titular del derecho y, b) Ciertamente, es decir aquel que es actual o futuro, no eventual.

Dicho lo anterior, es de indicar que en el sub lite el daño alegado consiste en el deterioro de la salud del señor Sixto Miguel Menjura Laiton que le impiden su libre movilidad física en virtud de la supuesta negligencia médica por retardo y error en el diagnóstico de la patología del citado paciente que generaron la estrangulación de la apéndice y peritonitis, no obstante, una vez revisado en detalle el acervo probatorio militante en el expediente no se halla acreditado tal daño, es decir, no obra prueba alguna en la que se determine la supuesta disminución en las condiciones de vida del referido señor que le imposibiliten su movilidad libremente, pues para tal efecto, era necesaria prueba pericial o dictamen de junta de calificación de invalidez donde se realizara una valoración del porcentaje de pérdida de capacidad laboral del mismo, o que si quiera mediante testimonios de personas cercanas al afectado se hubiese podido demostrar al menos sumariamente tal perjuicio o daño, sin embargo, tales elementos no figuran en el expediente, simplemente se limitó la parte actora a aportar copia de las historias clínicas que refieren la atención médica brindada al señor Sixto Menjura Laiton en los distintos centros clínicos donde fue ingresado, tal como la Policlínica de la Policía Nacional, la Clínica Mar Caribe y la Clínica La Milagrosa, no obstante, como ya se había expuesto en acápite precedente, en el caso concreto se cuestiona por la parte demandante la actuación médica en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos empleados, por lo que, al estar en práctica la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, se utiliza la figura de falla del servicio presunta o inversión de la carga de la prueba, respecto del elemento "falla", presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio, empero, como se mencionó, la parte actora no logró demostrar el daño en el asunto de marras.

En lo referente es preciso señalar que, tal omisión probatoria se puede endilgar a la parte accionante, en tanto que no aportó las pruebas necesarias, conducentes y pertinentes para probar la existencia del elemento de la responsabilidad estatal llamado DAÑO, así como tampoco solicitó la práctica de pruebas que permitieran establecer tal elemento, pese a ello, vale destacar que el despacho si decretó en auto visible a folio 593 a 595 del Cdo. 1 del expediente, la práctica de prueba pericial que paradójicamente fue solicitada por la parte

² Bénott Francis Paul, Citado por Juan Carlos Henao, El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.77.

demandada y no por la demandante, orientada a determinar si los procedimientos médicos fueron adecuados, por lo que quedó bajo la carga de la parte demandada aportar dicha prueba por ser la que la requirió, pero nunca fue arrimada al proceso.

Por lo anterior y en virtud de esta orfandad probatoria, ya que el daño alegado por la parte demandante no se encuentra configurado, por lo tanto, como quiera que para estructurar la responsabilidad patrimonial y extracontractual del estado, es preciso que converjan los 3 elementos de ésta —daño, imputación y nexo de causalidad—y en el sub examine, ni siquiera se configura el primero de ellos, se torna innecesario continuar con el estudio del caso de marras.

Así lo ha señalado en múltiples ocasiones el H. Consejo de Estado ante la falta de acreditación de los elementos de la responsabilidad estatal como lo indicó en la sentencia de 30 de mayo de 2019³, así:

"[L]a Sala reitera que en asuntos como el presente, le corresponde a la parte demandante acreditar todos los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Administración, esto es, el daño antijurídico y la imputación; sin embargo, en el presente caso no se cuenta con un dictamen pericial, testimonios médicos o necropsia que permitan determinar la causa de la muerte del señor Gutiérrez Meza (...). Así las cosas, en el caso concreto que ahora se examina se torna, como consecuencia, infructuosa cualquier posibilidad de imputación dentro del examen de los fundamentos o sistemas de responsabilidad, objetivos o tradicionales, porque se está ante la ausencia de prueba de la causalidad del hecho dañoso que pudiera ser imputado al Estado, cuestión que releva a la Sala de cualquier análisis adicional, por lo que procede la revocatoria del fallo consultado y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda."

Por lo expuesto, y no habiéndose demostrado la configuración del daño por la parte actora, este despacho denegará las súplicas de la demanda.

Ahora bien, pese a estar relevados de efectuar cualquier análisis adicional en el caso que nos ocupa, por cuanto, como ya se mencionó, ni siquiera se probó la estructuración del daño, considera el despacho pertinente precisar que, del análisis realizado por este operador judicial se determinó además que tampoco se configura la falla en el servicio, por cuanto de los testimonios vertidos en el expediente, así como de las historias clínicas aportadas se pudo establecer que al paciente Sixto Miguel Menjura Laiton le fue atendido por la Policlínica de la Policía Nacional de conformidad con el dolor abdominal referido por este y de acuerdo con lo relatado por la misma parte demandante, decidió remitirlo a la Clínica Mar Caribe para continuar con su estudio clínico, con lo que se constata que se le brindó la atención requerida y se transfirió al paciente a una clínica de mayor complejidad en aras de garantizar una adecuada prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, durante su estancia en la Clínica Mar Caribe, se puede evidenciar de las declaraciones rendidas en el proceso, así como de la historia clínica aportada por la parte demandante y por la citada institución de salud que, si bien no se logró determinar de forma inmediata al ingreso del paciente el diagnóstico de apendicitis, lo cierto es que desde un inicio estuvo presente en la historia clínica como una de las posibles impresiones diagnósticas, junto con dolor localizado en partes inferiores y cálculo urinario no especificado (fls. 204 Cdno. 2) empero, no era posible determinar a priori que ese fuera el padecimiento del actor, máxime si se tiene en cuenta, como lo relató el médico Wilfrido Armenta Noriega en su declaración que, son 127 las causas de dolor abdominal, signo referido por el paciente, por lo que, era necesario establecer cuál era la causa de dicho dolor en aras de darle adecuado tratamiento, en ese sentido, se le practicaron todos los exámenes médicos que

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 47001-23-31-000-2011-00091-01(49618). Actor: Beatriz Peña Meléndez y otros. demandado: Nación – Ministerio de protección social y salud.

consideraron necesarios los galenos para determinar el diagnóstico, tales como hemograma, radiografía de tórax, radiografía de abdomen simple, uro análisis, ultrasonografía de abdomen total, hígado, páncreas, vesícula, vías biliares, riñones, bazo, todos los cuales arrojaron como resultado "sin alteraciones" esto es, que para ese momento se encontraban en condiciones normales, tal como da cuenta la historia clínica (fls. 204-223 Cdo. 2) y tal como lo expresó el aludido doctor en declaración rendida en el proceso cuando señaló: *"Según la historia en el folio 4 Cirugía lo evalúa a las 6:16 del mismo día, después de haberle realizado varios exámenes, como cuadro hemático el cual no presentaba indicio de patología quirúrgica, los RX sin patología quirúrgica y con una impresión de cuadro sugestivo de urolitiasis, que es uno de los 127 causas de dolor abdominal, con exámenes normales al momento de la evaluación por cirujano quien a la vez ordena otros estudios para seguir investigando la causa del dolor, entre ellos una ecografía abdominal tomada el mismo día 11:33, y que arrojó resultados normales "sin alteraciones".*

Igualmente, evidencia el despacho que fue atendido en interconsulta por cirugía general y urología, con lo que se constata que no es cierto lo relatado por la parte actora en los hechos de la demanda en los que indicó que el paciente no fue atendido por médico cirujano general, puesto que, del análisis de la historia clínica se puede observar que fue revisado por médico especialista en cirugía General Dr. Edinson Echeverría, quien al estudiar al paciente encontró entre otras cosas lo siguiente: *"... abdomen blando, depresible, dolor a la palpación en hipogastrio, fosa iliaca y flanco derecho sin irritación peritoneal, leucocitos 4200 PO Patológico, RX de abdomen simple sin niveles de hidroaereos, Cuadro sugestivo de urolitiasis, plan solicitud eco abdominal y valoración por urología"* (fl. 207 Cdo. 2), por lo que el cirujano general al evaluarlo y no hallar síntomas de irritación peritoneal que le indicaran un cuadro de apendicitis o peritonitis se inclinó más por una urolitiasis o cálculo renal y obrando en conformidad con ello ordenó valoración por urología, en ese aspecto, fue revisado por el urólogo, doctor Eugenio Diazgranaados (fl. 210 Cdo. 2), quien ordenó hospitalizar al paciente, tomografía de abdomen total con reconstrucción tridimensional y seguimiento por cirugía general (fl. 210 Cdo. 2), esto entre los días 3 y 4 de septiembre de 2009 posteriormente se le indicó radiografía de abdomen y estaba en espera de revaloración por cirugía el día 5 de septiembre de 2009, empero, el paciente solicitó retiro voluntario ese mismo día (fls. 222-223 Cdo. 2), por lo que no fue posible contrastar los estudios y exámenes iniciales del día 3 de septiembre con los realizados el 4 de septiembre en aras de evidenciar posibles cambios en los mismos y así establecer con certeza el diagnóstico del demandante, así lo refiere también el declarante Dr. Armenta: *"(...) Indica que se está frente a un caso que no tiene sintomatología clara. El paciente entonces es hospitalizado y se le indicaron los estudios correspondientes. Yo al paciente lo vi el día cuatro (4) de septiembre, viene de una noche donde pasó estable, tranquilo, según notas de enfermería y encontré un paciente tranquilo, deambulando en la habitación (fl. 19), afebril, hemodinámicamente estable y sin ningún signo de irritación peritoneal, es decir, no había hasta ese entonces datos que sugirieran o indicaran un proceso que requería cirugía en ese momento. Es decir, durante mi evaluación en el piso, como médico hospitalario, no había abdomen quirúrgico en ese momento. Hasta allí participé como médico. Posteriormente le realizaron una tomografía con reconstrucción tridimensional UROTAC, que reportó estudio urográfico dentro d la normalidad. Eso fue el día cinco (5). Dice ese estudio que las porciones evaluadas de colon e intestino son de aspecto normal, es decir no reportó ninguna patología y clínicamente el paciente no presentaba en ese momento abdomen quirúrgico. PRGUENTADO: Cómo concluye la intervención de la Clínica Marcaribe en la evolución o revisión médica del paciente SIXTO MENJURA y en que modalidad se presentó su egreso de dicha institución? Es preciso aclarar que en la Clínica Marcaribe Urología evalúa el paciente con su tomografía inmediatamente, solicitaron seguimiento del paciente, colocación de sondas nasogástricas y nuevos exámenes para evaluarlos o confrontarlos con los anteriores a ver si se mantenían iguales o había alguna variación, de lo cual queda claro que el paciente tuvo un seguimiento estricto tanto de la especialidad como de los exámenes iniciales y de control; el paciente no esperó la realización de esos nuevos exámenes de control para nueva evaluación por cirugía (los exámenes fueron solicitados por urología para revisión por cirugía el día 5 de septiembre a las 12 y 53). El paciente una hora y media después, 14:39 del 5 de septiembre pidió retiro voluntario, quizá con menos de ese tiempo pues a esa hora es que se hace la anotación. El paciente, según la misma historia firma el retiro y sale con su familiar, en silla de ruedas, consciente, en regular estado de salud, tranquilo y orientado (fl. 44 de H.C.). Significa que el paciente voluntariamente interrumpe el estudio y tratamiento de su patología."*

Al respecto, para establecer la existencia de un error de diagnóstico como originante de la responsabilidad en la prestación del servicio médico, la Sección Tercera del Consejo de

Estado, ha definido el diagnóstico como el elemento determinante del acto médico, toda vez que es a partir de sus resultados que se elabora todo el tratamiento propiamente dicho.

Igualmente, esa misma Corporación ha sostenido que para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud sea extremadamente diligente y cuidadoso en el cumplimiento de cada una de las dos fases de diagnóstico, (la primera es aquella donde se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento que va desde la realización del interrogatorio hasta la ejecución de pruebas, tales como palpación, auscultación, tomografías, radiografías, etc.; y en la segunda corresponde al médico analizar los exámenes practicados y emitir su juicio), esto es, que emplee todos los recursos a su alcance en orden a recopilar la información que le permita determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente⁴.

En este sentido, si el médico actuó con la pericia y cuidado antes mencionada, su responsabilidad no queda comprometida a pesar de que se demuestre que el diagnóstico fue equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones⁵.

En virtud de lo anterior, la misma corporación ha afirmado que para imputar responsabilidad a la Administración por daños derivados de un error de diagnóstico, se requiere acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada por alguno de los siguientes motivos⁶:

- i) El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban.
- ii) El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.
- iii) El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.
- iv) El médico dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad.
- v) El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente.
- Vi) Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto.

Sobre todo ello, se tiene que, para el Despacho la Clínica Mar Caribe no incurrió en ninguna de las anteriores causales, dado que, como se explicó precedentemente, empleó todos los medios a su alcance para tratar de establecer la patología del paciente y le realizó todos los exámenes médicos y de laboratorio indicados para las patologías tenidas en cuenta como posible diagnóstico, empero, por las condiciones especiales del caso y los resultados arrojados en los exámenes, los cuales eran normales o sin alteraciones, ocasionaron que los galenos se vieran en la necesidad de hacer un examen más exhaustivo, el cual ejecutaron, como da muestra las pruebas militantes en el expediente, empero, al solicitarse el retiro voluntario del paciente se interrumpió el seguimiento que se venía realizando.

Con lo anterior, se evidencia la diligencia en la actuación desplegada por la institución de salud en comento, que al encontrarse frente a un caso de difícil diagnóstico, decidió practicar todos los exámenes médicos necesarios para determinar la patología y ordenó las revisiones con los especialistas del caso, las cuales se llevaron a cabo, empero, debido al retiro del paciente no pudieron hacer un adecuado seguimiento y comparación para establecer el diagnóstico definitivo.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

⁵ Ibidem.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 y 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.

2.6.- Condena en Costas

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, por cuanto la conducta procesal de ésta no está teñida de mala fe, dado que no es constitutiva de abuso del derecho, ni puede calificarse como torticera, maliciosa ni malintencionada, presupuesto éste indispensable para adoptar este tipo de decisión.

En mérito de las razones expuestas, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

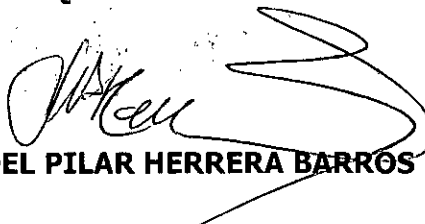
PRIMERO.- Denegar las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia para la parte vencida.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión archívese el proceso de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


MARÍA DEL PILAR HERRERA BARROS