

Cartagena de Indias D. T. y C, cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020).).

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-31-006-2011-00109-02
Demandante:	JUDITH FERRER MONTENEGRO Y OTROS
Demandado:	NACIÓN – MIN. DEFENSA – ARMANDA NACIONAL Y OTROS
Actuación:	SENTENCIA DE SEGUNDA INTANCIA
Magistrado Ponente:	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema:	RESPONSABILIDAD MÉDICA / FALLA PROBADA

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el trece (13) de febrero del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

Fueron invocadas las siguientes (se transcribe):

“PRIMERO: Que se declare a las entidades: Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, Hospital Naval de Cartagena, Hospital Militar Central de Bogotá, Sanidad Militar Barranquilla, que son administrativa y solidariamente responsables de las consecuencias funestas que rodearon el proceso operatorio y pos – operatorio del señor NELSON TABORDA DE AVILA que lo condujo hasta la muerte.

SEGUNDO: Que como consecuencia condene a las antes mencionadas a pagar los perjuicios inmateriales causados a los familiares del occiso, derivados de su inesperada desaparición, así:

PERJUICIOS MORALES:

Los sufridos por JUDITH FERRER MONTENEGRO, NAZLY TABORDA FERRER, NILKA TABORDA FERRER, NELSON TBORDA FERRER y ALBA MARÍA TABORDA BARRIO, por la actitud negligente de las entidades mencionadas durante todo el tratamiento a que estuvo sometido el señor NELSON TABORDA DE AVILA, negligencia tan protuberante que lo condujo hasta la muerte.

Estos perjuicios los estimamos en 100 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los demandantes.

PERJUICIOS A LA VIDA DE RELACIÓN

Los sufridos por JUDITH FERRER MONTENEGRO, NAZLY TABORDA FERRER, NILKA TABORDA FERRER, NELSON TBORDA FERRER y ALBA MARÍA TABORDA BARRIO, por la actitud negligente de las entidades mencionadas durante todo el tratamiento a que estuvo sometido el señor NELSON TABORDA DE AVILA, negligencia tan protuberante que lo condujo hasta la muerte.

Estos perjuicios los estimamos en 100 salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los demandantes.

SUBSIDIARIAMENTE, a falta de base suficiente para la liquidación matemática actuarial de los perjuicios que se le deben a los reclamantes. Fijarlos por razones de equidad o liquidación establecidas en los art. 307 y 308 del CPC, en concordancia con el 172 del CCA o en su defecto 500 SMLMV actualizados según el índice de precios al consumidor a la fecha de la sentencia según los establecido en el art. 4 de la ley 153 de 1887 ..(....)"

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

Cuenta la demanda que el día 17 de junio el 2009, el señor NELSON TABORDA DE AVILA falleció como consecuencia del deterioro de su estado de salud por causas atribuibles al servicio médico prestado por los demandados.

Informa que el servicio médico desconoció una serie de protocolos que atentaron contra los derechos fundamentales del finado, hasta el punto de tener que intervenir la Personería Distrital de Cartagena, para que a través de una acción de tutela se ampararan los derechos fundamentales eran desconocidos por el Hospital Naval de Cartagena.

Aduce que todo inicio el día 8 de septiembre del 2007, fecha en la que el señor TABORDA DE AVILA presentó signos de cefalea intensa con pérdida de la conciencia y antecedentes de hipertensión arterial, razón por la cual fue acudió a la clínica de la Armada Nacional en la ciudad de Barranquilla, recibiendo como respuesta un tratamiento médico con analgésicos y antibióticos, al considerarse que se trataba de una infección de vías urinarias.

Sostiene que dicha impresión clínica fue equivocada porque en un paciente de 60 años de edad, hipertenso con cefalea súbita y perdida del conocimiento debió ser objeto de estudio a través de una tomografía axial computarizada de cerebro con la finalidad de evaluar las causas y no agravar el estado de salud durante el largo lapso que duro el tratamiento ordenado por sanidad militar de Barranquilla.

Manifiesta que el día 16 de septiembre del 2007, por falta de un tratamiento adecuado se solicita el traslado del paciente al Hospital Naval de Cartagena y este efectivamente se dio.

Que el TAC reporto resultados normales y por ello se procedió a una punción lumbar con diagnóstico de meningitis, también se realizó resonancia magnética que informo lesión frontobasal izquierda inespecífica, por lo que el neurólogo solicitó nuevo estudio de resonancia magnética contrastada de alta resolución y esta reportó lesión de aspecto neoplásico con signo hemorrágicos en su interior.

Arguye que fue trasladado al Hospital Militar de Bogotá el día 26 de septiembre del 2007 y este emitió como impresión clínica la existencia de un aneurisma cerebral roto.

Que fue llevado a cirugía el día 10 de octubre del 2007 puesto que la arteriografía cerebral realizada el día 3 del mismo mes, mostró aneurisma de arteria comunicante anterior.

Que después de la cirugía fue trasladado a UCI con aparente evolución satisfactoria y posteriormente trasladado a piso para recuperación pero a la semana de estar hospitalizado mostró un cuadro de disnea y estridor respiratorio con taquicardia que requiere valoración por medicina interna y anestesiología, diagnosticándose estrechez de la vía aérea y traqueilitis bacteriana, razón por la cual se ordenó intubación con fibrobroncoscopia flexible y se reingresa a UCI

Agrega que el paciente fue remitido el 12 de diciembre del 2007 al Hospital Naval de Cartagena con consentimiento de la familia y fue ingresado a UCI.

Que con una serie de complicaciones y en estado vegetativo fue dado de alta en el mes de febrero del 2008 para ser atendido bajo el programa de hospitalización en casa, el cual requería obligatoriamente la presencia de una enfermera las 24 horas y servicios de terapia física y respiratoria pero ello nunca se dio.

Indica que por esa razón fue necesaria la intervención de un juez de tutela.

Que todo ello produjo una gran afectación moral y económica a todos los demandantes generando un daño en el señor de la familia que se concretizó con la muerte del señor NELSON TABORDA.

2. Contestación.

2.1. Hospital Naval de Cartagena.

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Expone como razones de la defensa (en esencia) que en el asunto no se han acreditado los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado y de aceptarse su demostración, no se acreditó el daño a la vida de relación.

2.2. Hospital Militar Central.

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Su argumento central se basó en que no existió falla del servicio, nunca hubo daño y tampoco existe nexo causal entre el presunto daño.

Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en tanto dicho ente hospitalario actuó conforme a los protocolos de ética hospitalaria.

Aduce la inexistencia de relación de causalidad por razón del distanciamiento temporal y especial que existe entre la atención brindada a la víctima y la fecha del lamentable deceso.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del trece (13) de febrero del dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las suplicas de la demanda.

Despacho la denegación argumentando que quien acude a la jurisdicción en procura de la declaratoria de responsabilidad debe conducir a la certeza al juzgador sobre los tres elementos que la configuran, esto es, la causación del daño, que el mismo sea imputable al Estado y que exista un nexo causal entre el daño generado y el comportamiento positivo u omisivo del Estado.

Así pues – refirió –, en tratándose de los casos de responsabilidad sanitaria, el contacto profesional y el resultado dañoso, no son suficientes para atribuir la responsabilidad del centro asistencial; es necesario que se demuestre fehacientemente la relación de causalidad entre el daño y la conducta activa y omisiva del entre prestador del servicio médico, carga que bajo el régimen de falla probada del servicio incumbe a la parte actora en los términos del artículo 177 del CPC y que en el asunto de marras no asumieron satisfactoriamente los interesados.

Asegura que todo el material probatorio permite aseverar que al señor NELSON TABORDA DE AVILA se le brindó la atención adecuada y oportuna que su caso ameritaba y que si surgieron complicaciones son las propias de la evolución de la patología que lo aquejaba, en otras palabras, son los riesgos propios de los procedimientos que le fueron aplicados, difíciles de prevenir, sin que puedan imputarse a negligencia idoneidad de los profesionales médicos o paramédicos involucrado en el caso.

Sostiene que se apreció todo el material probatorio y el historial clínico y que se él se evidencia que la atención medica prestada al paciente ocurrió con

miras a satisfacer sus dolencias de salud, y que, si a la postre se produjo su muerte, ese daño no puede calificarse como antijurídico, porque era un riesgo que podía sobrevenir con ocasión de los problemas de salud del paciente y no como el resultado de una mala praxis médica.

4. La apelación.

Acusa la sentencia de haber utilizado una metodología demasiado simple y superficial para llegar a su postura negativa en detrimento del respeto que merecen del “fallador de justicia” (sic)

Sostiene que la negación de las pretensiones fue una decisión “predeterminada” (sic), que implica que, “pasase lo que pasase” el despacho tenía proclividad hacia la negativa.

Advierte que esa sensación está basada en el análisis de los textos que configuran el pronunciamiento del juez de primera instancia, contrastados con los documentos presentados en el proceso.

Ataca el fallo por carecer de “profundidad” y porque no entró en detalles que “esconden verdades; a lo que agregó que no escuchó la gestión probatoria de la parte actora, aceptando como verdades las declaraciones de los demandados y desvirtuando los testimonios de la demandante.

Citó a título de ejemplos el hecho de que a la víctima se le haya ubicado, cuando arribó al Hospital Militar Central, en la misma habitación en la que se encontraba el señor BENEDICTO ARDILA ARIZA, pues a este se le había diagnosticado NEUMONIA CON DERRAME PLEURAL POR ESTAFILOCOCO.

Y aseguró que erró el juez al descartar de tajo el testimonio de GUIDO MERCADO, pues dicho testimonio, no fue tachado de falso y por esa razón de debió valorar.

Que falló en darle crédito a la declaración del Dr. CARLOS PÉREZ argumentando que no fue tachada de falsa, puesto que la de GUIDO MERCADO tampoco lo fue, y habida consideración que aquel tenía un vínculo con la entidad.

Se pregunta si no es el de marras un caso imparcial? (sic)

Otro ejemplo lo hace fincar en el hecho de que la actora aportó un documento fehaciente en el que la señora SANDRA PATRICIA VELEZ VELANDIA, enfermera, declara bajo la gravedad del juramento (sic) que en la habitación en que ubicaron al señor NELSON TABORADA estaba el señor BENEDICTO ARDILA ARIZA quien se le había diagnosticado NEUMONIA CON

DERRAME PLEURAL POR ESTAFILOCOCO. Aduce que “curiosamente” el juez no menciona nada de esta prueba.

Arguye que el a quo tomo el camino fácil e indico que esta declaración no pudo ser contrastada con la historia clínica del compañero de cuarto de la víctima y de ello se extrae que el testimonio de la enfermera no mereció un mínimo de crédito.

Que no se aplicó el principio de unidad de la prueba, concatenando por ejemplo el testimonio de GUIDO MERCADO (fl. 494) con el de CIELO ISABEL BOLÍVAR (folio 530).

Recalcó que a parte que se le dio pleno valor a la simple declaración de parte interesada, no cuestionó del Hospital Militar Central el hecho de excusarse de aportar la Historia Clínica del señor Benedicto, siendo su obligación.

A lo que agregó que esa era una gestión probatoria de la entidad demanda y el juez la relevó de dicha gestión para determinar que no se probó por parte de los actores porque el testimonio de GUIDO MERCADO no se pudo constatar con la historia clínica.

Puntualizó que en materia de responsabilidad médica es muy valioso tomar en cuenta el principio de solidaridad en materia probatoria y que, si bien en el Consejo de Estado ha decaído la tesis de la carga dinámica de la prueba, en caso como el del sub lite es patente la obligación de la entidad de suministrar la historia clínica del señor Benedicto.

En cuarto lugar advirtió que es esencial el protocolo médico en la apreciación de las conductas galénicas porque estos describen el proceso de atención y en ese orden resulta llamativo que el despacho no se ocupó de contrastar las narraciones fácticas de la demanda con la serie de documentos contentivos de los protocolos aportados oportunamente por el actor y que militan en el expediente.

Como quinto ejemplo manifestó que hubo documentos que “pasaron sin pena ni gloria” porque fueron ignorados como lo son la carta que una de las hijas del difunto (fl. 57) dirigiera a la Doctora Rosalba Romero en el cual le reclama atención adecuada para su padre. En esa carta se observa – según interpreta – la desesperación de la señora NILKA y los señalamientos respecto de las omisiones y falencias del Hospital Naval que produjeron indudablemente un gran deterioro en la salud del paciente.

Señaló, en el numeral sexto del exordio que otro ejemplo de la precaria valoración probatoria realizada en el material documental lo constituye la sentencia de tutela del Juzgado 12 Administrativo de Cartagena.

Anotó sobre el particular que en ningún aparte se detiene el a quo en contratar las actuaciones de las entidades con los protocolos aportados y que el despacho se dedicó a operar como “defensa” de la parte demandada, sin tener en cuenta el diagnóstico equivocado, pues este no tuvo la más mínima relevancia como conducta constituyente de falla médica.

Por ultimo insistió en la importancia de las consideraciones del fallo de tutela, precisando que tal y como se expuso en la demanda, la interposición de la acción de tutela es una muestra del incumplimiento de la entidad hospitalaria y que está demostrado que el juez desconoció las narraciones fácticas de la demanda, con una mínima valoración de las declaraciones de los testigos, pues nunca se mencionó por ejemplo el testimonio de la señora CIELO BOLÍVAR MARIMON.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte actora.

Reiteró las argumentaciones que sustentan la alzada.

5.2. Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

Expuso en síntesis que todo el material probatorio allegado al proceso permite asegurar que al señor NELSON EDIT TABORDA DE AVILA se le brindó la atención necesaria, adecuada y oportuna, no obstante, su muerte se trató de un riesgo que podía sobrevenir con ocasión de los problemas de salud que este padecía y no como resultado de una mala praxis.

5.3. Hospital Militar Central.

Iteró en esencia lo manifestado en la contestación de la demanda como razones de la defensa.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES.

2.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello, y

como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada propuestas.

2.2. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2.3. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento del recurso de alzada propuesto, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Si el daño antijurídico materializado en la muerte del señor NELSON TABORDA DE AVILA resulta imputable a las entidades demandadas?

Para desarrollarlo se dilucidarán, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los aspectos relativos a las reglas probatorias aplicables en materia de responsabilidad médica, para en segundo lugar, pronunciarse respecto al problema jurídico planteado.

2.4. Tesis

Se confirmará la sentencia por cuanto no se acreditó la imputación del daño al Estado.

2.5. Análisis normativo y jurisprudencial.

2.5.1. Elementos de la responsabilidad extracontractual del estado.

El Régimen constitucional vigente establece una cláusula general de Responsabilidad Patrimonial del Estado, consagrada en el inciso 1º del artículo 90 Superior, que a la letra dice:

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

De la norma en cita, se concluye que son dos los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa: (i) La existencia de un daño antijurídico; (ii) La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de una autoridad pública.

Sobre los elementos de la Responsabilidad Estatal, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

“Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.”¹

En este orden de ideas, la responsabilidad del Estado procederá única y exclusivamente cuando concurren los dos elementos antes citados.

Ahora bien, en la decisión antes citada, la jurisprudencia define el elemento Daño de la siguiente forma:

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.”

Por su parte, la jurisprudencia ha definido la imputabilidad de la siguiente manera:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).”²

De igual forma, la Alta Corporación ha dicho:

“Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”.³

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Expediente No. 22163.

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2020.

En consonancia con lo expuesto por la Jurisprudencia Nacional, la imputabilidad se debe analizar desde dos orbitas, la primera desde un ámbito de imputación material (imputación fáctica), entendida como la atribución del resultado dañoso a una acción u omisión del Estado, y la segunda desde un ámbito jurídico (imputación jurídica), en el sentido de que la imputación abarca el título jurídico en el que encuentra fundamento la responsabilidad Administrativa endilgada, esto es la falla en el servicio, el riesgo excepcional o el daño especial.

Así las cosas, y de acuerdo al mandato establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponde a la víctima demostrar, para obtener la declaratoria de responsabilidad estatal, lo siguiente: (i) La existencia de un daño antijurídico, esto es aquel que no se está en el deber de soportar; (ii) Que la ocurrencia de ese daño sea atribuible o imputable a la acción u omisión de una autoridad pública; en este aspecto, el demandante deberá demostrar que materialmente el daño ocurrió por la acción u omisión del Estado, siendo deber del juez analizar, en virtud del principio iura novit curia, cuál es el título de imputación aplicable al caso concreto.

2.5.2. De las reglas probatorias aplicables en responsabilidad médica y su estado actual a la luz de la jurisprudencia.

La construcción primigenia de la jurisprudencia estuvo orientada por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer estadio, correspondía al demandante aportar la prueba de la falla del servicio para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, no bastaba la sola existencia del daño para presumir la falla del servicio de la administración.⁴

A partir del segundo semestre de 1992, se acogió el criterio ya esbozado en 1990⁵, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio. En ese segundo momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604 del Código Civil⁶ debía ser

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, rad. 6253, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, rad. 6477, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6255, M.P. Julio César Uribe Acosta; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6654, M.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, rad. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

⁶ Código Civil. "Artículo 1604. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega"

aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica⁷. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su *“conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”*, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos⁸.

Seguidamente, en una sentencia del año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y se postuló la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual *el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia*, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. En estos términos se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁹.

El abandono de la presunción de falla como régimen general de responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, al demandar de la parte actora un esfuerzo probatorio significativo, exige la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a morigerar dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se ha señalado que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causalidad queda acreditado *“cuando los elementos de juicio*

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, rad. 6897, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, rad. 11878. M.P. Alier Hernández Enríquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, rad. 14421, M.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia del 11 de mayo del 2006, rad. 14400, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”¹⁰ que permita tenerlo por establecido.

En ese entendimiento, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales “resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio¹¹.

En el año 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada¹². Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel¹³, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, rad. 11169, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 14786, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, rad. 15201-25063, M.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. El consejero Enrique Gil Botero aclaró el voto en el sentido de señalar que no debe plantearse de forma definitiva el abandono de la aplicación del régimen de falla presunta del servicio.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto del 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 30 de julio del 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 21 de febrero del 2011, rad. 19125, M.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.



“De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obran en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. (...)

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes¹⁴.

En efecto, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la *lex artis* o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra¹⁵.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas,

Así las cosas, como lo recordó la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de julio del 2013¹⁶, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras del alto tribunal¹⁷:

“La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio¹⁸

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística¹⁹, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse

para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertuisis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157. MP. Ramiro Pazos Guerrero

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, rad. 23132, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, citada por la sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157.

¹⁸ “Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

¹⁹ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.



por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata²⁰. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”²¹, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”²², que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios²³.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.”

²⁰ “Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

²¹ Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42”.

²² “Ibidem, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque”.

²³ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, rad. 15276 y 15332, [M.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Finalmente debe ponerse de relieve que la línea decantada desde el 2006, (responsabilidad subjetiva) se ha consolidado, según se puede ver del fallo del 5 de marzo del 2015, de la Sección Tercera, Sub sección B del Consejo de Estado²⁴, en el que se ha advertido 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, precisando que para que pueda predicarse la existencia de una falla, “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 dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.”

2.6. CASO CONCRETO.

La censura ha puesto el dedo principalmente en la valoración de la prueba testimonial, aduciendo que de ella emerge la falla del servicio médico. Se abordará el estudio entonces iniciando por los testimonios que motivaron el reproche.

El señor GUIDO EDUARDO MERCADO ARIAS, bacteriólogo de profesión, con especialización en hematología y banco de sangre, casado con NIKA ROSA TABORDA FERRER, es decir, con una de las actoras, indicó al despacho que: Todo comenzó cuando su suegro experimentó un fuerte dolor de cabeza conllevándolo a pérdida de la conciencia; de lo que se enteraron porque este les comentó a todos los miembros de la familia una vez se comunicó ya que él vivía en la ciudad de Barranquilla.

Informó que su suegro fue llevado hasta sanidad militar en Barranquilla donde fue tratado con analgésicos y antibióticos, haciendo curso en el diagnóstico por parte de sanidad militar de una infección urinaria.

Refiere que transcurrió alrededor de una semana y el dolor de cabeza no cedía, y aseo del 16 de septiembre del 2007 llegó al Hospital Naval de Cartagena donde se le practica un TAC simple que no arrojó nada y se le practica una punción lumbar para hacerle un estudio encéfalo raquídeo.

Relató que posterior a ello se le practicó una resonancia donde se muestra una lesión cerebral difusa y posteriormente se le practica una resonancia de alta resolución contrastada, identificándose supuestamente una lesión

²⁴ Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102) MP. Danilo Rojas Betancourth

neoplásica con características hemorrágicas y es allí cuando se decide que debe ser remitido al Hospital Militar de Bogotá, pero esto ocurre dieciocho días después de estar experimentando el dolor de cabeza. Asegura que en el Hospital Militar Central va para que se le practique una biopsia pero le practican una nueva resonancia y diagnostican que se trata de un aneurisma cerebral roto.

Indicó que en el Hospital Militar se procedió a una arteriografía que se le realiza hasta el tres de octubre, o sea, pasados ocho días posteriores al diagnóstico y una vez ubicado el sitio de la lesión, se dictamina la necesidad de llevar a cirugía.

Sostiene que la cirugía se realiza el día diez de octubre, o sea treinta y dos días después del inicio de los síntomas y fue llevado a UCI; que en el periodo de tiempo lo fue a visitar ya que coincidió esa fecha con un congreso de bacteriólogos y le pareció que las condiciones de la UCI no eran las más adecuadas, las heridas estaban expuestas y no tenía ningún tipo de gasa ni nada que lo cubriera; que tampoco era la temperatura adecuada y había presencia de polvo, ya que estaban remodelando el hospital.

Subrayó que se siguió la conducta normal y se bajó para piso donde experimento mejoría pero posteriormente le avisaron a todos de algunas dificultades respiratorias, lo que dio lugar a reanimación cardiaca y fue llevado a UCI nuevamente; que después de esto vino el estado vegetativo y salió de UCI a una cama en hospitalización y en la misma se comete otro de los grandes errores que es que lo colocaron al lado de una persona que tenía neumonía, a lo que agregó que se infectó, se complicó y le fue colocada una sonda nasogástrica para poderlo alimentar pero ello no funcionó por el peligro de broncoaspiración, empeorando su situación y desmejorando su estado de manera súbita, ya que tampoco se podía alimentar.

Señaló que paso días sin alimentarse conllevando a una gastritis severa y una vez la sintomatología lo permitió, se procedió al traslado hasta el Hospital Naval de Cartagena con una acompañante; que ingresó al Hospital Naval para el mes de diciembre y continuó empeorando hasta que en el mes de febrero del 2008 decidieron aplicar terapia de cuidado en casa y se comprometieron a estar cuidándolo como su paciente.

Precisó que al paciente lo dejaron tirado y le tocó a la familia hacerse cargo de él, razón por la cual se vieron avocados a comprarle camilla, colocarle enfermera particular, pañales, cremas y todo lo que demandaba su cuidado; que en muchas ocasiones solicitaron al hospital un trato digno y

por la situación se vieron en la necesidad de interponer un recurso en la personería y esta los obligó a que cumplieran pero no lo hicieron, razón por la cual hubo la necesidad de llevarlo nuevamente al hospital y muchas veces fue encontrado con golpes en las manos y en la cara. Subrayó que falleció el 17 de junio el 2009, prácticamente dos años después.

Interrogado por la parte demandada sobre los antecedentes de hipertensión arterial y tabaquismo, contestó que conocía la hipertensión pero nunca lo vio fumar. Acotó también que la víctima vivía en Barranquilla, pero dijo no recordar la dirección exacta y que la decisión del traslado al Hospital Naval de Cartagena después de la operación se debió a la consideración de que todos vivían en Cartagena y se desempeñaban en el medio para facilitar la atención que se derivaba de su estado.

A instancia de dicho testimonio se pretendió acreditar circunstancias respecto de los hechos que enmarcan la *causa petendi*; bajo dicho alero fue decretada la declaración, de suerte que se trata de un testigo de hechos y por esa razón, no es posible atender ninguna las opiniones profesionales referidas por el señor MERCADO ARIAS. En tal virtud, no merecen crédito sus manifestaciones respecto de posibles errores en el diagnóstico y tratamientos médicos, ni mucho menos sus opiniones como profesional de la salud, pues además de la ya dicho, se trata de un testigo que merece que su dicho se valore con el mayor recelo y todo el rigor, siendo que se trata del cónyuge de una de las demandantes, y el yerno de la víctima, es decir, a la Sala le sobran razones para dudar de la objetividad de dicho relato.

CIELO ISABEL BOLÍVAR MARIMON refirió al *a quo* haber sido la enfermera contratada por la señora JUDITH FERRER para los cuidados del señor NELSON TABORDA DE AVILA. Refirió que en el tiempo que estuvo allí nunca vio a nadie del hospital que fuera a hacerle las terapias respiratorias al paciente; que solamente llegaba un médico que le hacía las visitas, pero no eran seguidas y lo demás le tocaba a ella.

Reveló que en más de una ocasión tuvo que pedirle a la familia los insumos para realizar las labores de cuidado del paciente, como guantes, pañales, cremas y Ensure para la alimentación.

Y cuando fue inquirida sostuvo que el servicio lo prestó entre los años 2006 y 2007.

Este relato, valorado bajo el tamiz de la sana crítica, por su anacronismo no merece credibilidad. Ello por cuanto, se indicó que la labor para la cual fue



contratada la señora BOLÍVAR MARIMON se realizó ente los años 2006 y 2007, en abierto contraste con lo que de por si los reseñan los hechos narrados en la demanda. Téngase en cuenta que el libelo arguye que toda la “problemática inició el 08 de septiembre del 2007” (véase hecho No. 2) y que el paciente fue dado de alta en estado vegetativo en el mes de febrero del año 2008 (véase hecho No. 18), luego, no es posible entonces que antes de esta última calenda haya podido la citada señora haber realizado el cuidado personal del paciente.

Ya en lo documental, refleja la historia clínica que el señor NELSON EDIT TABORDA DE AVILA, ingresó por el servicio de urgencias al Hospital Naval de Cartagena a las 18:55 del día 15 de noviembre del año 2007, con una observación de “infección en vías urinarias e hipertensión”. Esto a la luz de lo consignado en la hoja de admisión No. 0001815564 (fl. 66 Cdo Ppal No. 2).

De dicho folio se extrae que efectivamente el señor TABORDA DE AVILA ya había consultado en una unidad médica en Barranquilla pero de allí pidió su alta voluntaria, según como se observa del ítem de observaciones, ergo, por esta razón no puede oponérsele efecto o consecuencia alguna al centro asistencial de la ciudad de Barranquilla.

También emerge (ver reverso) que el señor TABORDA DE AVILA presentaba al momento de su ingreso al Hospital Naval, un cuadro clínico de siete días de evolución consistente en cefalea, fiebre y orina colorica, y que este manifestó haber estado recibiendo medicinas. Lo anterior implica que la víctima llego consiente, no solo al centro asistencial de la ciudad de Barranquilla que lo valoro *ab initio*, y de la que pidió voluntariamente su alta, sino también al HOSPITAL Naval de Cartagena, pues de otra forma no pudo haber manifestado libremente que venía siendo medicado por una infección urinaria. De tal manera que pierde todo sustento el hecho narrado en la demanda (hecho No. 2) que asegura que el actor ingresó a Sanidad Militar con pérdida de la conciencia. Esto se corrobora también a partir de lo narrado por el testigo MERCADO ARIAS cuando precisó en su declaración que la víctima les comunicó de sus dolencias y su ingreso a la clínica.

Es cierto que el diagnostico primigenio dado en Sanidad Militar de la Escuela Naval de Suboficiales fue “infección de vías urinarias” según se desprende de la epicrisis que milita al folio 65 del cuaderno Principal No. 2, de la cual se corrobora que efectivamente el paciente, cuando ingresó para su atención se encontraba consiente y que posteriormente se pidió la alta voluntaria, la que fue dada con recomendaciones y signos de alarma. También lo es que el tratamiento ofrecido preliminarmente en dicha institución se contrajo a

antibiótico para la infección (ampicilina) y analgésicos para el dolor (dipirona), así como la orden de laboratorios, pero no es cierto que el ingreso se haya dado el 8 de septiembre del 2007, toda vez que, esta última detecta una fecha de ingreso el día 14 de septiembre del 2007 y egresó el 15 del mismo mes y año por petición voluntaria.

Para la Sala es ligero hablar de un error de diagnóstico, pues tan pronto ingresó don NELSON TABORDA al Hospital Naval de Cartagena el 15 de septiembre del 2007, luego de haber decidido voluntariamente renunciar a la atención que le prodigara Sanidad Militar el día anterior (14 de septiembre del 2007), se hicieron sendos estudios para descartar lesiones a nivel del cerebro; fue entonces sometido a estudio, realizándosele al día siguiente, es decir, el 16 de septiembre del 2007 una tomografía axial computarizada de carácter simple que arrojó como conclusión un resultado dentro de los límites normales (véase al respecto folio 443 del cuaderno principal No. 2). Aun así, al día siguiente, es decir, el 17 de septiembre del 2007 se le practicó una resonancia magnética (fl. 440 ídem) que arrojó como conclusión una lesión especificada en la región frontobasal izquierda, recomendándose valoración con “estudio contratado”.

Ahora bien, ese estudio contrastado que sugirió la resonancia que viene de citarse, fue realizado el 21 de septiembre del 2007, es decir, cuatro días después de la resonancia, y concluyó:

“sospecha de lesión neoplásica primaria con signos hemorrágicos en su interior en la región frontobasal izquierda. Se sugiere y se ofrece la realización de RM funcional con técnica de perfusión y espectroscopia para una mejor evaluación de la posible lesión tumoral”.

No es preciso entonces sentenciar sin más un error de diagnóstico pues, de un lado, la observación de infección urinaria se hizo en el primer establecimiento clínico en el que se dio la alta por petición de las propias víctimas, y del otro, se sabe que la ciencia médica no es exacta y en las más de las veces (sino en todas), la diagnosis presupone una serie de actos para allegar a una posible hipótesis.

Sobre el diagnóstico, la doctrina especializada²⁵ informa que implica la aplicación de una serie de conocimientos científicos con el propósito de esclarecer la ratio que subyace a la patología que aqueja al paciente, según sea el caso; se trata entonces de un ejercicio inductivo en el que el profesional valora ciertos signos y síntomas característicos (provenientes del examen físico, biológico o científico) que, a la luz del conocimiento

²⁵ La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica. Carlos Ignacio Jaramillo. Editorial Ibáñez 2014.

profesional y de una interpretación o lectura conjunta de los mismos (integración), lo conduce a la formulación de una hipótesis de trabajo para el asunto en particular ; esa hipótesis , en rigor, es el **diagnóstico** y, como tal, se halla sujeto a comprobación, confirmación o reevaluación ulterior, toda vez que no es absoluta, inamovible o pétrea.

Efectivamente, como es bien sabido – agrega -, la ciencia médica no es exacta, más allá de los avances logrados, sin duda trascendentes en muchos ámbitos, por lo general, de suerte que como bien lo advierte SIGMUND FREUD, se memora, la medicina es una disciplina de hipótesis que, en línea de principio rector, admite numerosas discusiones, miradas y técnicas, lo que explica que este sujeta a comprobaciones , reestudios y replanteamientos a la luz de la evidencia física con que se cuenta; esas hipótesis con base en las cuales se construye y desenvuelve la ciencia médica, se itera, se concretan en el diagnóstico, fase de amplio espectro, que reúne la interpretación realizada por los médicos frente a un caso en particular.

Volviendo al asunto se pues que para el 21 de septiembre del 2007 ya se tenía sospecha de una posible lesión neoplásica primaria con signos hemorrágicos en su interior en la región frontobasal izquierda. Fue por ello que se sugirió nueva resonancia magnética con técnica de perfusión y espectroscopia para una mejor evaluación de la posible lesión tumoral.

No obstante lo anterior, una las epicrisis (fl. 44 a 46 cuaderno No. 1) permite apreciar que solo hasta el 26 de septiembre del 2007 el paciente fue remitido hacia el Hospital Militar Central de Bogotá reportando lesión de aspecto neoplásico con signos hemorrágicos en su interior. El propósito de la remisión fue la “biopsia estereotaxica”.

Se advierte que según la literatura médica²⁶, una biopsia corresponde a un procedimiento diagnóstico que permite extraer muestras de un tejido para su posterior análisis microscópico y la técnica “estereotaxia” da cuenta de la capacidad de un equipo de localizar en forma exacta una lesión a partir de dos imágenes con distinta angulación, ergo, ello supone entonces dos cosas; de un lado, que el diagnóstico precisaba exactitud y del otro, que no se contaba con los equipos para ello. De allí emerge entonces la posibilidad tentativa de establecer una suerte de retardo en la remisión, si se tiene en cuenta que ya había evidencia de una lesión con la posibilidad de

²⁶ <https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-Y-ESPECIALIDADES/Centros/Centro-Integral-de-la-Mama/Diagnostico-Mamario/biopsia-bajo-guia-estereotaxica>

hemorragia en el cerebro y solo hasta pasados 5 días de detectar la lesión, se dio el ingreso al Hospital Militar Central.

Aunado a ello, la epicrisis del Hospital Militar Central permite ver que al paciente se le realizó una arteriografía cerebral, confirmándose la presencia de un **aneurisma “de la comunicante anterior”** y solo hasta el día 10 de octubre del 2007, es decir, pasados 19 de tener un primer hallazgo de posible lesión a nivel cerebral, finalmente se llevó a cabo la cirugía de “clipaje de *aneurisma de arteria comunicante anterior*”.

El aneurisma ha sido identificado, según la literatura médica²⁷ como, “*una protuberancia o dilatación en un vaso sanguíneo en el cerebro. En ocasiones, tiene el aspecto de una cereza que cuelga de un tallo*”.

“*Un aneurisma cerebral puede presentar una pérdida o una rotura, y causar sangrado en el cerebro (accidente cerebrovascular hemorrágico). A menudo, la rotura de un aneurisma cerebral se produce en la zona entre el cerebro y los tejidos delgados que recubren el cerebro. Este tipo de accidente cerebrovascular hemorrágico se denomina “hemorragia subaracnoidea”*”

De manera unánime se precisa que “*La rotura de un aneurisma se convierte en una amenaza para la vida rápidamente **y requiere el tratamiento médico inmediato***”.

Vistas las cosas lisa y llanamente podría concluirse, como se subrayó supra que existen indicios de retardo, sin embargo, se han encontrado detalles que bien pueden favorecer la hipótesis de la atención oportuna, o por lo menos no negligente de los entes hospitalarios. Lo primero que debe indicarse es que la demanda dio cuenta de hechos que no son ciertos como pasas a recapitularse.

Aduce que todo inicio el día 8 de septiembre del 2007, fecha en la que el señor TABORDA DE AVILA presentó signos de cefalea intensa con pérdida de la conciencia y por esa razón acudió a la clínica de la Armada Nacional en la ciudad de Barranquilla, recibiendo como respuesta un tratamiento médico inadecuado, pero no contó que el señor TABORDA DE AVILA renunció voluntariamente a la atención de dicho ente hospitalario, al punto que abandono su instalaciones al día siguiente, con el apoyo, según indica el historial, de su familiares.

²⁷ <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/brain-aneurysm/symptoms-causes/syc-20361483>

Asegura que el día 16 de septiembre del 2007, por falta de un tratamiento adecuado se solicitó el traslado del paciente al Hospital Naval de Cartagena y este efectivamente se dio, pero ello contrasta con la que emerge de la historia clínica, ya que tal y como ya se advirtió, el señor TABORDA DE AVILA abandonó voluntariamente la atención en la ciudad de Barranquilla en donde se le dio de alta por voluntad de él y de sus familiares con la recomendación expresa de "SIGNOS DE ALARMA" e ingresó al día siguiente, esto es, el 15 de septiembre del 2017, al Hospital Naval de Cartagena, a eso de las 18:55.

Finalmente refirió que el señor TABORDA DE AVILA fue abandonado a su suerte por el Hospital Naval de Cartagena, toda vez que se le dio de alta para hospitalización en casa luego de la cirugía y no atendió las obligaciones que de ello dimanaban. Esto tampoco es cierto porque de la historia clínica emerge un hecho incontrastable, aceptado incluso por los testigos, y que viene a ser determinante, a juicio de la Sala, si bien no para decantarlo como causa eficiente del daño, por lo menos si como una excusa válida de negligencia por parte de los entes demandados, y tiene que ver con la conducta incuriosa, imprudente y escasa de cautela y moderación asumida por los familiares del señor TABORDA DE AVILA (hoy actores) que dio lugar a que al paciente lo remitieran nuevamente el 12 de diciembre del 2007, luego de su cirugía de corrección de aneurisma cerebral y de sendas complicaciones posoperatorias, al Hospital Naval de Cartagena.

Y es que, no puede pasar inadvertido que por petición y consentimiento de la familia, el paciente haya abandonado (una vez más) el centro hospitalario al que en principio fue remitido para decantar el diagnóstico y tratar la patología, para volverlo a internar en el hospital que se vio precisado a remitir por el nivel de complejidad.

Definitivamente dicha actitud debe tener consecuencias jurídicas y efectos liberadores, pues de suyo aclara que el riesgo propio de la intervención a la que fue sometido el paciente se incrementó, a instancias de los propios actores al disponer el retiro voluntario de la clínica especializada (Hospital Militar Central) a la que fue trasladada la víctima precisamente para la intervención quirúrgica. Evidentemente, ante la situación no le era exigible al Hospital Naval, porque no estaba a su alcance, la curación del enfermo como si se tratase de una obligación de resultado, luego de la travesía desde la ciudad de Bogotá y hasta Cartagena de un paciente en delicado estado de salud.

Ese hecho tiene plenos efectos liberadores, pues – se itera - no es comprensible a la luz de la sana crítica, las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, que a un paciente que busca atención especializada en un centro de mayor complejidad, lisa y llanamente se le sustraiga de él cuando está siendo

atendido, y se le regrese al remitente en busca del apoyo clínico que fue buscar a aquel.

Se debe agregar que el fallo de tutela que se ha traído a la causa (fls. 183 a 189 cuaderno de pruebas No. 2) no deviene en prueba de negligencia y falta atención pues como pudo leerse de su texto, el juez constitucional no encontró vulnerados derechos fundamentales asociados a la falta de suministro de pañales, guantes, alimentos y Ensure, dado que juzgó que esas prestaciones no se relacionaban con las necesidades del paciente.

A lo que agregó que se amparaba el derecho a la salud, no para conjurar un daño consumado ni porque se le hubiese negado la atención, sino para prevenir o evitar complicaciones en la salud del paciente, y emitiendo una orden condicionada a la alta del paciente del Hospital Naval de Cartagena, la cual se contrajo a la atención médica integral y la enfermera o auxiliar de enfermería para que realizase los procedimientos prescritos de manera permanente.

Se subrayó arriba que indiciariamente podría colegirse el retardo en la atención dada la gravedad de la lesión finalmente descubierta y el tiempo que corrió hasta que finalmente fue intervenido, y con él, en gracia de discusión podría devenir la falla; no obstante, si así fuera, las pruebas, con todo y el grueso del material documental aportado, no permiten vislumbrar la relación de causalidad entre esa posible falla y el daño antijurídico invocado.

Recuérdase que, cuando resulte imposible llegar a la certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causalidad queda acreditado *“cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”* que permita tenerlo por establecido.

No obstante y, a decir verdad, en el expediente no milita el medio probatorio que permita establecer por lo menos con grado de probabilidad cual fue la causa de la muerte del señor NELSON TABORDA DE AVILA, por esa razón deviene inocua no solo la histórica clínica de BENEDICTO ARDILA ARIZA, compañero de habitación del *de cuius* en el Hospital Militar Central, sino la declaración extrajudicial de SANDRA PATRICIA LÓPEZ VELANDIA (fl.56 Cdo No. 1), pues dichos medios se dirigieron a establecer como posible hipótesis de la muerte, una mala praxis médica, por el hecho de haberse internado al señor TABORDA DE AVILA en la misma habitación de un paciente que se encontraba diagnosticado con NEUMONIA CON DERRAME

PLEURAL POR ESTAFILOCO; la irrelevancia deriva, habida consideración que no se acreditó que la muerte de la víctima estuvo asociada a la neumonía, o que fue factor determinante. Por la misma razón se tornan inanes los protocolos de atención aportados.

Corolario de todo lo dicho es que la responsabilidad estatal en el asunto de marras no deviene justificada, pues ella no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención médica y de la acreditación de la inobservancia de la *lex artis* (falla), ya que a ello debe sumarse, sin posibilidad de soslayo, el elemento que permita la persuasión de que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño.

Jurisprudencia y doctrina han aceptado que ante las dificultades que presenta la acreditación del nexo causal para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con un dictamen serio y bien fundamentado de un experto - como ocurre en el sub lite - , que establezca o niegue esa relación, es posible buscar apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina foránea.

Son esas reglas la *res ipsa loquitur* del derecho anglosajón, la *culpa virtual* de la doctrina francesa y su similar alemana e italiana de la *prueba prima facie* o *probabilidad estadística*. Sin embargo, dichas reglas se abren paso cuando de la aplicación de las máximas de la experiencia refulge como apodíctico, por la **anormalidad o excepcionalidad** del daño, que este solo pudo tener origen en la conducta negligente del personal médico.

A lo que se agrega que cuando la negligencia pueda ser una de entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima, no es posible establecer por deducción flexible la relación de causalidad.

En el asunto de marras no sería correcto entonces deducir la relación causal entre el daño y el procedimiento médico a partir de reglas como las expuestas, porque el contexto probatorio analizado permite inferir que no estamos en presencia de una daño anormal o excepcional y no se muestra la presunta negligencia médica como la única posibilidad, sino que al contrario, ha emergido de la valoración razonada (más allá de fórmulas jurídicas), que otra entre varias probabilidades puede ser la conducta imprudente de los propios demandados.

Finalmente, a propósito de la de "pérdida de oportunidad" que se interpreta de la alzada (en gracia de discusión), debe decirse que en torno a la definición de la figura ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado consenso respecto a su definición en el derecho de daños. Hay quienes le



dan la categoría de daño autónomo y quienes le atribuyen simplemente la calidad de herramienta para facilitar la determinación del nexo causal entre el daño y la conducta (acción – omisión) de la administración, concluyendo estos últimos que darle el tratamiento de daño autónomo equivaldría a comulgar con el daño hipotético y eventual.

En lo que respecta a la figura, la más avezada doctrina²⁸ precisa algunos aspectos para garantizar su correcta aplicación:

“a) la pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en los casos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa y efecto. En consecuencia el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

b) la figura solo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad sea significativo, es decir, superior al menos al 50 por ciento, comoquiera que si este es muy reducido (v.gr. 10%) las probabilidades no serán más que posibilidades y el nexo causal se diluye; mientras que si aquella es muy alta (v.gr. 99%), existiría una probabilidad preponderante y el resultado será imputable al ciento por ciento, sin que sea admisible una reducción en virtud de la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad.

c) En los casos en que no exista prueba de la causalidad que materializa la imputación fáctica, no es posible hacer referencia a la figura de la pérdida de la oportunidad y, por tanto, habrá que absolver al demandado. En otros términos, si bien la pérdida de la oportunidad ayuda a resolver problemas relativos a la dificultad para delimitar la amplitud o estrechez del nexo causal, lo cierto es que debe existir al menos prueba del vínculo existente entre la conducta activa u omisiva y el resultado, así como la acreditación de que se privó al actor de una oportunidad de recuperación.

*d) Como quiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad, entendida como instrumento para definir un curso de acontecimientos probable, se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal - como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño -, **la función del operador judicial en estos casos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad** sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consiguientemente, el impacto de tal valor en el monto que se debe indemnizar, pues como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza.*

*e) Como no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos casos, la forma de indemnizar **la pérdida de la oportunidad debe ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido.***

Así las cosas, el juez debe valerse de todos los medios probatorios allegados al proceso, para aproximarse al grado que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, como quiera que de su determinación dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia.

²⁸ Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial Temis, Bogotá Colombia 2013. Pág. 586 y ss.



f) La pérdida de oportunidad, como se puntualizó, debe ser replanteada a partir de la incertidumbre causal, toda vez que, entendida como un daño autónomo, lo que se estaría indemnizando vendría a ser uno de naturaleza eventual e indeterminable, pues se situaría al juez en la labor de establecer el valor de una oportunidad cercenada, situación cercana a la abierta discrecionalidad judicial que sería claramente cuestionada.

Por su parte, la jurisprudencia²⁹ – aquella que define la figura como daño autónomo – ha considerado:

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto...”

Ahora bien, el propio Consejo de Estado no se ha matriculado de lleno en la escuela de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, tampoco en aquella que profesa que equivale a una herramienta para facilitar la determinación el nexo causal entre la conducta y el daño; pero con todo y eso, al margen de cualquier disquisición, lo que si no está en discusión es que siendo aceptada en nuestro derecho interno en cualquiera de las dos modalidades, a quien la alega le incumbe la carga de probar de manera científica cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud y además, que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica³⁰.

Así las cosas, en el sub examine, tampoco es predicable la imputación a título de pérdida de oportunidad, pues independientemente del

²⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., agosto once (11) de dos mil diez (2010). Radicación: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593) Actor: PEDRO EMILIO VALENCIA Y OTROS Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y OTRO.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006). Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772). Actor: MARIA OLGA SEPULVEDA RAMIREZ. Demandado: HOSPITAL RAMON GONZALEZ VALENCIA.

tratamiento que se le dé, sea como daño autónomo o como herramienta para determinar el nexo causal, lo cierto es que de las pruebas aportadas no deviene acreditado científicamente (como se exige) cual es el **porcentaje de probabilidad** real de vida del paciente si no se hubiesen presentado los problemas de atención o los retardos referidos.

En razón a todo lo dicho, se confirmará la sentencia apelada, aun cuando se le haya la razón al censor en que el fallo evidencia déficit de razonamiento probatorio.

2.7. Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

“(…) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado por ser esta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso y por haberse confirmado en todas sus partes la sentencia recurrida, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas en segunda instancia a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL