

Cartagena de Indias D. T. y C, quince (15) de mayo del dos mil veinte (2020)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-007-2015-00446-01
Demandante	MARIO NAVIA HURTADO Y OTROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE
Tema	Responsabilidad médica
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 06 de diciembre de 2017, por el Juzgado séptimo (07) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES.

Los demandantes pretenden, a través del ejercicio del medio de control de REPARACION DIRECTA, que se declare patrimonialmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE de los perjuicios que, según aducen, les fueron ocasionados a raíz de una mala praxis quirúrgica.

Como consecuencia de lo anterior, a título de indemnización, se condene a la parte demandada a pagarles las siguientes indemnizaciones:

- A título de perjuicios materiales, a modalidad de daño emergente, la suma correspondiente al valor de los gastos generados por conceptos de medicamentos, copagos y todos aquellos sufragados por prestación de servicios médico-asistenciales y con los respectivos intereses moratorios.
- A título de perjuicios materiales, modalidad de lucro cesante, la suma correspondiente al porcentaje de capacidad laboral perdida por el señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO desde la fecha de la lesión

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



hasta la vida probable del mismo, de conformidad con la expectativa de vida fijada en las tablas de mortalidad vigentes.

- A título de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los accionantes.
- Por concepto de daños inmateriales en la modalidad de daño a la salud, cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO.
- Que se condene a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, ajustar las sumas solicitadas por concepto de daño a la salud de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a partir del momento en que debió realizarse el pago de cada una de las obligaciones adeudadas por la entidad demandada dando aplicación a la siguiente formula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

- Condenar a la demandada a cancelar por concepto de agencias procesales, el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas en la demanda de conformidad con el numeral 3.1.2 del artículo 6 del acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
- Condenar a la demandada a pagar las costas procesales.

1.2 HECHOS

A continuación, se resumen los narrados en la demanda así:

El señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO sufrió un accidente de tránsito que le ocasiono fractura del hueso humero de la extremidad superior derecha, razón por la cual fue intervenido quirúrgicamente el día 8 de mayo de 2013 en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE por el medico HERNANDO AGUILAR, quien le atrofió de manera involuntaria el nervio radial del miembro operado.

El grupo familiar de la víctima directa está constituido por la señora MARTHA GARCIA HERNANDEZ, con quien hace vida marital en unión libre, y por su hijo

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



menor MARIO NAVIA DEL RIO, y todo ellos han sufrido graves afectaciones en su esfera moral debido a que por causa de un mal procedimiento quirúrgico el señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO se vea imposibilitado para desempeñarse normalmente en su vida cotidiana; hecho que los ha sumido en un profundo sentimiento de aflicción y congoja.

El señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO, trabajaba como vigilante en la empresa Vigilancia Acosta Ltda., donde devengaba un salario de un millón de pesos (\$1.000.000.00) y de manera independiente se dedicaba a los oficios de albañilería y mantenimiento de estufas en los que percibía un salario mínimo legal mensual vigente.

El 23 de febrero del año 2015 el señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO tuvo que someterse a una intervención, esta vez por parte de la E.P.S Salud Total, para corregir el daño ocasionado por el mal procedimiento quirúrgico realizado por parte de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE.

La irregular práctica quirúrgica le produjo una pérdida permanente de su capacidad laboral, y por ende dicha circunstancia es atribuible jurídicamente a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, por lo que considera la parte accionante que, debe declararse responsable de resarcir el lucro cesante correspondiente al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral entre la fecha del daño hasta el final de la vida probable del actor y de los perjuicios patrimoniales surgidos del daño emergente evidenciado en los gastos de transporte, y otros exámenes que pudieron haberse evitado si la intervención quirúrgica hubiese sido exitosa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invoca en su demanda como sustento de sus pretensiones las siguientes normas de orden constitucional y legal:

Constitucionales:

- 90, 1, 13, 29, 48, 51.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



El juzgado Séptimo (07) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias en sentencia de fecha seis (6) de Diciembre de 2017 negó las pretensiones de la demanda, concluyendo que no se demostró que la demandada haya incurrido en una falla en la prestación del servicio médico brindado al señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO, ni el nexo causal entre una acción y omisión de esa entidad y el daño cuyo resarcimiento se pretende. Con otras palabras, no se acreditó que el daño fuera imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada.

Así las cosas, se impone concluir que el extremo accionante, en franco incumplimiento de la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, no acreditó la configuración de una responsabilidad estatal por falla del servicio.

3. RECURSO DE APELACION

3.1. Demandante

Expone que en la sentencia del 6 de Diciembre de 2017, al analizar los criterios de imputación de responsabilidad sobre los cuales se estructuró la demanda, el fallador de primera instancia descartó la existencia del nexo de causalidad entre el daño y el hecho dañino absteniéndose de condenar a la parte demandada, aun cuando las pruebas e indicios allegados al proceso, dan cuenta suficiente que todos los elementos de responsabilidad se encuentran probados, y que en efecto, el médico tratante del señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO incurrió en falencias profesionales que le causaron los perjuicios cuya reparación se persigue a través de la demanda interpuesta.

Agrega el demandante que, el juez de primera instancia pasó por alto que, antes de realizarle la intervención al señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO aquel no presentaba lesión de tipo vascular o motor que sugiriera que la afectación por él padecida era en su nervio radial, y que sólo después de habersele efectuado la intervención quirúrgica el galeno se percató de la presencia de aquella lesión.

La parte demandante señala que, el galeno tratante incurrió en una serie de omisiones a los deberes profesionales, que desembocaron en el daño causado al mismo, y que el juez de primera instancia pasó totalmente por alto. En el escrito de recurso se expone lo siguiente:

“...en primer lugar, no se observa en la HISTORIA CLÍNICA del paciente, que el galeno tratante hubiese efectuado una serie de valoración del real estado de salud del señor NAVIA HURTADO para determinar si en efecto el mismo padecía desde el momento de la fractura, la lesión del nervio radial por el presentada, pues de haber sido así, seguramente se hubiese anotado desde el 30 de abril de 2013 sobre la existencia de la misma; por lo debido, era en efecto tener por cierto que aquella afectación tuvo lugar de manera posterior o concomitante a la realización de la operación, como tenemos la convicción que sucedió.

En segundo lugar, no se observa en la HISTORIA CLÍNICA que el galeno tratante del señor NAVIA HURTADO hubiese informado al mismo los posibles riesgos inherentes a la operación, lo que quiere decir que en esta oportunidad aquel medico falló a su obligación profesional de información y de obtención del consentimiento informado de aquel, por lo que la posición de que el daño hacia parte además de los riesgos inherentes a la cirugía realizada acogida por el despacho, no es de buen recibo, pues claramente, al no haberse informado dichos riesgos al accionante, se le cercenó su oportunidad de decidir si se sometía a la intervención prescrito con aquel médico, o con otro, incluso si optaba por tratamiento distinto.

En tercer lugar, se tiene que el galeno tratante del señor NAVIA HURTADO omitió realizar todos sus esfuerzos profesionales para corregir el daño causado sobre el nervio de aquel, faltando nuevamente de esa forma a su deber como profesional de la salud, agravando así además el daño ya perpetuado a mi protegido.”

Por lo anterior, la parte demandante, solicita que se REVOQUE la sentencia de fecha 6 de diciembre de 2017.

4. ALEGACIONES

4.1. Parte actora (fls. 301-311).

4.2. Parte demandada (fls. 312-316).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

2.1. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

2.2. COMPETENCIA.

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer le asiste responsabilidad a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, por la presunta falla del servicio médico.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho procederá de la siguiente manera: 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.

La Sala confirma la decisión del juez de primera instancia, debido a que no se demostró la falla en el servicio, por lo que la entidad demandada queda exonerada de responsabilidad, toda vez que el servicio médico se desarrolló diligentemente y de acuerdo a las capacidades existentes para el momento de los hechos.

2.5. Marco normativo y jurisprudencial.

2.5.1. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN EL TÓPICO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del estado en la Constitución Política de 1991 lo constituye el concepto de daño antijurídico establecido en el art. 90.

Para el Consejo de Estado, Sección Tercera, la responsabilidad patrimonial por la falla medica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas a aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional de la salud, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están cargo del personal paramédico o administrativo.

La tesis desarrollada es la siguiente:

“La responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (iii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes¹.

¹ Distinción hecha por BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos, Edit. Hammurabi, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424, 425, citada, entre otras, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405.

Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos², pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico, en tanto permite establecer la cobertura del concepto "responsabilidad médica".

En relación con el acto médico propiamente dicho se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado.

Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento, y en fin de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente.

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio.

² Sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165. Se dijo en esa providencia: "Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalar al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave". No obstante, en sentencia de 10 de agosto de 2000, exp: 12.944, aclaró la Sala: "En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de 'los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio', y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicación del régimen de falla probada frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido 'el de falla presunta'".

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 para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, 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 servicio³.

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 estadística⁴, 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 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

³ 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.

⁴ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007.

de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata⁵. 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"⁶, 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"⁷, 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 indicios⁸.

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."⁹.

⁵ Sobre el tema ver, por ejemplo, RICARDO DE ÁNGEL YAGUEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112.

⁶ Cfr. RICARDO DE ANGEL 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.

⁷ *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: 11.169.

⁸ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 17001-23-31-000-1996-08017-01(20502). Actor: MARIELA GIRALDO DE MARIN Y OTROS. Demandados: CAPRECOM Y HOSPITAL DE CALDAS. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION)

Según la doctrina especializada hay que asumir que, evidentemente, los errores en el diagnóstico son inherentes al mismo – y estarán siempre, presentes- en la profesión médica. Por eso resulta también evidente que, a un médico, solamente, se le podrá exigir que efectúe las precisas comprobaciones, los controles necesarios y las apreciaciones convenientes para evitar y reducir al mínimo posibles el acatamiento de resultados lesivos para la salud. Así visto, cualquier otro grado superior de exigencia resultaría, incluso, incompatible con la labor médica.

2.6. CASO CONCRETO

En el presente caso, la censura ha sido direccionada a acreditar el nexo causal entre el daño y el hecho dañino presentado al señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO.

Atendiendo a la historia clínica del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, se observa que, el señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO, ingresó a consulta donde es valorado por el médico general de turno, el día 30 de abril de 2013 por caída de motocicleta en movimiento recibiendo trauma directo sobre el brazo derecho con posterior aparición de edema y limitación funcional, se procede a realizar rayos X en brazo afectado y como resultado, indica una FRACTURA CERRADA DIAFISIARIA TRANSVERSA DE HUMERO DERECHO (fl.21 y 25).

A partir del día 30 de abril de 2013 hasta el día de la intervención quirúrgica (8 de mayo de 2013) las evoluciones médicas de los diferentes ortopedistas (fl. 21 anverso y reverso, 20 anverso y reverso y 19 anverso) coinciden que “NO SE EVIDENCIA COMPROMISO VASCULAR O MOTOR EN EL MIEMBRO SUPERIOR DERECHO”.

El día 8 de mayo de 2018 (fl. 29 y 30) se realiza el procedimiento quirúrgico sin ningún tipo de complicaciones.

El día 10 de mayo de 2013 (fl. 19 reverso), fue valorado por cuatro (4) médicos ortopedistas, quienes coinciden en la en que el paciente “TIENE COMPROMISO NEUROBASCULAR DISTAL, LLAMA LA ATENCION LA MANO CAIDA LO QUE INDICA LESION POSIBLE DE N. RADIAL ALTA...”

El día 17 de mayo de 2013, (fl 17 anverso) le diagnostican, además de la fractura del humero, lesión de nervio radial, manifestando que el paciente presenta imposibilidad a la extensión de la muñeca, deciden retirarle el material de fijación externa.

Los días 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 de mayo de 2013 (fl. 17 reverso, 16 anverso y reverso) el paciente manifiesta la imposibilidad de extender la mano derecha. Los médicos están a la espera de realizar el procedimiento para retirar el material de fijación externa.

El día 27 de mayo de 2013, se le realizó el retiro del fijador externo del humero derecho y la reducción abierta + osteosíntesis del humero derecho. El diagnóstico post operatorio fue "1. Fractura humero derecho, 2. Lesión nervio radial derecho. (fl. 23 anverso y reverso)

El señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO, acudió a la Clínica Nuestra Señora del Rosario Cali Valle para someterse a una nueva intervención quirúrgica para la "TRANSFERENCIA DE FLEXORES A EXTENSORES ESPASTICOS Y ARTRODESIS RADIOCARPIANA MUÑECA O PUÑO CON INJETO OSEO NCOC" y se observa que el procedimiento finaliza sin complicaciones (fl. 81).

Ahora bien, la parte demandante alega que, la copia de la historia clínica del actor en la E.S.E. accionada, evidencian que la afectación del nervio radial del brazo derecho del accionante se produjo debido a la cirugía de reducción abierta + osteosíntesis de humero derecho el 8 de mayo de 2013.

A continuación se dispone la Sala a dilucidar el caso puesto de presente por de la siguiente manera:

La responsabilidad del Estado, por los daños antijurídicos que este ocasione por acción u omisión de sus funciones, se encuentra fundamentada en tres elementos: 1) un hecho, 2) el daño y 3) la relación de causalidad que debe existir entre los dos primeros. A su vez, la responsabilidad médica es uno de los aspectos que mayor trascendencia y cuestionamiento ha tenido en lo que se refiere a la imputación de daños al Estado. Precisamente, el nexo de causalidad es de los que más controversia genera, pues en ocasiones este se ha presumido o dado por probado sin que sea necesario que el demandante o demandado deba demostrar su existencia.

El nexo de causalidad, como lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, debe ser probado en todos los casos. Así, por ejemplo en sentencia del 2 de mayo de 2002 exp. 13477, se dijo:

"El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por si mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado."

Expuesto lo anterior, se hace necesario por esta Sala acudir a la literatura clínica y, lo expuesto por Malfatti M. en "Uso de los tutores externos en fracturas de húmero. Papers Book. Compiled by the Scientific Committee. World Congress on External Fixation. Lima, Perú; 2005. p. 32."

"Las fracturas de la diáfisis humeral constituyen alrededor de 3 % de todas las fracturas, muchas pueden ser tratadas por métodos no quirúrgicos; Chamley afirmó que el húmero "es el hueso largo donde es más fácil utilizar el tratamiento conservador, no quirúrgico", siendo el rango de tolerancia de un acortamiento pequeño entre el hombro y el codo mayor que en otras regiones, que causa un déficit funcional pequeño y muy bien tolerado por los pacientes. Históricamente los métodos de tratamiento conservador han incluido la tracción esquelética, los tratamientos en abducción ("aeroplanos"), "yesos y ortesis", los vendajes de Velpeau y los yesos colgantes (hanging arm cast), cada uno con sus ventajas y desventajas.

El resultado óptimo del tratamiento quirúrgico en las fracturas de la diáfisis humeral comprende el restablecimiento de la longitud de esta, el alineamiento y una fijación estable; las opciones quirúrgicas incluyen la osteosíntesis con placas y tornillos, el enclavado intramedular y la fijación externa; esta última reservándose para traumas de gran energía con lesiones importantes de las partes blandas y fracturas con contaminación importante, según algunos autores.⁸ En tanto, otros con la experiencia de 2 332 pacientes operados por fracturas de húmero con técnica de fijación externa utilizando el método de Ilizárov obtuvieron resultados satisfactorios en 84,1 % de los pacientes, regulares en 15,2 % y malos solo en 0,6 % de los casos operados; recomendándolo para el tratamiento de fracturas diafisarias humerales, tanto abiertas como cerradas.⁹ Mientras, otros autores reportaron resultados también satisfactorios con una casuística menor (38 pacientes) y consideran este "un tratamiento vigente y confiable para las lesiones de la diáfisis humeral".

La Sala pone de presente que, acorde con lo expuesto en la historia clínica presentada por el demandante, se contempla mediante la literatura médica

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



que el galeno -y la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE- realizaron el debido procedimiento, y el servicio médico prestado fue el ideal cuando se presentan estos casos en concreto.

Consecuentemente, se expone en la literatura que, en general:

“la fractura se produce por un trauma violento y por ello es dable esperar que haya lesiones secundarias, ya sean producidas por el agente traumático mismo o por el segmento óseo fracturado. La lesión del radial y, menos frecuente, de la arteria humeral, obedecen a algunas de estas causas.”

Lo anterior, dilucida lo expuesto por el demandante que “POR LA MALA PRAXIS DEL GALENO LE ATROFIÓ DE MANERA INVOLUNTARIA EL NERVO RADIAL DE LA EXTREMIDAD SUPERIOR DERECHA”. En consecuencia, se observa que, el deducir una responsabilidad por parte del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE no es una premisa viable en este caso presente puesto que, la misma no puede inferirse de una consecuencia que es inherente al tipo de lesión padecida por el demandante.

La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño sufrido por el señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO consistente en la lesión del nervio radial localizado en su brazo. De ahí que, la lesión anotada constituye un riesgo perse de la fractura de diáfisis del humero.

Ciertamente, en las copias de la historia clínica que aporta el accionante, se podrá dilucidar el procedimiento realizado con el señor NAVIA HURTADO y en este, se logra entender que le fue prestado el servicio médico integral, del cual no existe reparo puesto que, todos los procedimientos practicados al señor MARIO ENRIQUE correspondían al tratamiento indicado para el tipo de lesión que presentaba.

Por lo anterior se concluye que, fue plenamente demostrado el daño sufrido por el señor MARIO ENRIQUE y efectivamente fue una lesión radial pero que esta no dependió de la técnica de tratamiento del galeno en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, puesto que, en la historia clínica del paciente no se mostró complicación alguna al momento de la realización y recuperación de la intervención quirúrgica.

Por otra parte, desde el punto de vista de la imputabilidad, el Consejo de Estado - Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección C - Consejero ponente: Enrique Gil Botero Bogotá D.C., en providencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012), asunto con radicación número: 17001-23-3-1000-1999-0909-01(22592) Actor: Melva Rosa Ríos Castro Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE ANSERMA de Referencia Acción de Reparación Directa, expuso que:

“...es en la imputación fáctica o material, en donde se debe analizar y definir si el daño está vinculado en el plano fáctico con una acción u omisión de la administración pública, o si a contrario sensu, el mismo no resulta atribuible por ser ajeno a la misma o porque operó una de las llamadas causales eximentes de responsabilidad, puesto que lo que éstas desencadenan que se enerve la posibilidad de endilgar las consecuencias de un determinado daño. No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política.”

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera Subsección B, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, en decisión proferida dentro del proceso con radicación número: 05001-23-31-000-1999-02059-01 (40057), ha sido enfático en lo siguiente:

“Ahora bien, para que pueda predicarse la existencia de una falla en la prestación del servicio médico, la Sala ha precisado que se requiere la demostración de que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance (...)”

Lo anterior con la finalidad de aclarar que, examinada la historia clínica del accionante, se observa que efectivamente al ingresar a E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE (y hasta antes de la cirugía aludida) no existían reportes de lesión nerviosa en el brazo derecho del accionante. En la epicrisis se indicó una FRACTURA DIAFISIARIA DE HUMERO SIN DEFICIT APARENTE EN EL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL.

Ahora bien, en el expediente presentado por la parte demandante se observa que, es hasta el 10 de mayo de 2013 que se presenta en formato de evolución médica suscrito por varios ortopedas que *"hay compromiso neurovascular..."*, juicio que sucede después de realizada la intervención quirúrgica, donde el señor MARIO ENRIQUE NAVIA HURTADO sale sin complicaciones.

Sin embargo, todo lo anterior no es prueba concluyente de que la lesión del radio hubiera sido causada en la cirugía, puesto que no es posible descartar de plano que constituyera una secuela de la fractura evidenciada en la epicrisis del señor NAVIA HURTADO

La falla o falta en el servicio, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, se configura no solo cuando el servicio no se presta, sino cuando se presta eficiente, pero en forma inoportuna, cuando se presta inoportunamente, insuficiente o inadecuadamente.

La prestación del servicio médico que no tenga resultados positivos no necesariamente debe conducir a una responsabilidad del médico o del establecimiento de salud; para determinar la responsabilidad médica y su gravedad se debe analizar en cada caso a fin de apreciar las circunstancias propias del acto médico.

Dentro del expediente, se estableció que el paciente recibió un tratamiento idóneo por parte de la entidad E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE respecto con la lesión sufrida cotejada por los protocolos y procedimientos objetivamente dispuestos para el manejo de la misma.

Considera la Sala aclarar que, el acto médico cuando se trata de padecimientos de salud es de medios y no de resultado, debido a que todo galeno está obligado a adelantar todas las acciones posibles tendientes a mantener, recuperar o preservar determinada situación, debido a que si el procedimiento que se le realiza al paciente -desde el de más baja complejidad- no se puede comprometer a obtener la recuperación, pues pueden existir multiplicidad de riesgos y complicaciones que pueden sobrevenir y que escapan del manejo médico.

Razón por la cual el profesional se compromete a procurar todos los medios a su alcance para aliviar el paciente de la enfermedad que padece, sin poder

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



garantizar los resultados debido a los posibles riesgos y complicaciones que emergen de los padecimientos.

Los tratadistas Fernández y Woolcott¹⁰, citando al Dr. Tourneau, se refirieron a las obligaciones de medios como aquellas en que el deudor solo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato.

Quiere decir lo anterior que no se asiste responsabilidad médica a la accionada debido a que tanto la entidad como sus agentes actuaron dentro de su órbita de competencias y capacidades, prestándole los servicios médicos según la sintomatología que padecía el paciente.

En ese sentido, la Sala precisa que, finalmente el nexo causal propuesto por el demandante no es demostrable puesto que, en la causa efectiva que produjo el perjuicio no se encuentra relación.

Por lo anteriormente expuesto se confirma la decisión del *a-quo* de primera instancia, por cuanto se materializa un riesgo inherente al acto médico, el daño no tiene carácter indemnizable al no preceder de un comportamiento culposo o erróneo del galeno, ni de la entidad prestadora del servicio de salud.

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

¹⁰ Fernández y Woolcott, C y O. (2018). *Derecho Medico - de las nociones fundamentales y la responsabilidad médica*. Lima-Perú: Pacíficos Editores SAC

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 misma las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

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

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha seis (6) de diciembre de 2017 proferida por el juzgado Séptimo (07) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda; por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante, liquídense en primera instancia.

TERCERO: Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ.