



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, nueve (26) de mayo de año 2020

Sentencia No. 080

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante	Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado	Hospital Departamental de Buenaventura
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I. - OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Valle del Cauca, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante *Luz Estela Camacho Moreno y Otros* -, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Buenaventura (Valle del Cauca) el catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018), dentro del proceso iniciado por la señora Luz Estela Camacho Moreno, en contra del Hospital Departamental de Buenaventura, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: -NEGAR las pretensiones de la demanda.”

II.- ANTECEDENTES

La señora Luz Estela Camacho Moreno por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de Reparación Directa contra el Hospital Departamental de Buenaventura, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

" **PRIMERO.** Que se declare que el HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE BUENAVENTURA, es administrativamente responsable de los daños y perjuicios sufridos por la señora Luz Estela Camacho Moreno y de su grupo familiar por la defectuosa prestación del servicio de salud.

SEGUNDO. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE BUENAVENTURA a pagar a la señora Luz Estela Camacho Moreno y a su grupo familiar compuesto por las señoras y señor: Rosa del Carmen Camacho Moreno, Mary Riascos Moreno y Nilson Camacho Moreno, los siguientes perjuicios:

Perjuicios morales subjetivos

- Que se pague a la señora Luz Estela Camacho Moreno (víctima directa), Rosa del Carmen Camacho Moreno (madre de la víctima), el valor de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- Que se pague a los señores Mary Riascos Moreno y Nilson Camacho Moreno, el valor de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes en calidad de hermanos de la víctima.

Perjuicios Materiales

- Que se condene pagar a favor de la señora Luz Estela Camacho Moreno por daño emergente la suma de diez millones de pesos moneda legal (\$10.000.000) y por lucro cesante causado la suma de ochenta millones de pesos moneda legal (\$80.000.000) y por lucro cesante futuro la suma de ciento sesenta millones de pesos moneda legal (\$160.000.000).

Perjuicio o daño fisiológico

- *Que se pague a la señora Luz Estela Camacho Moreno por perjuicio fisiológico doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento del fallo que se produzca.*

TERCERO. *Que se ordene a las autoridades respectivas la ejecución de la sentencia de conformidad con el artículo 176 – 177 del Código Contencioso Administrativo.*

CUARTO. *Que se ordene la liquidación de los valores reconocidos en la sentencia su actualización de conformidad con el artículo 178 y 16 de la ley 446 de 1998.*

QUINTO. *Sírvase señor Juez, reconocerle personería al doctor Eusebio Camacho Hurtado para actuar.”*

- HECHOS

El vocero judicial de la actora en su escrito de demanda expuso los siguientes hechos: (se transcriben)

“Se registra en la historia clínica de la señora Luz Estela Camacho, que en el mes de julio del año 2007 se le diagnosticó en el Hospital Departamental de Buenaventura “quistes y miomas uterinos”. Consecuencia de esto, el día 13 de febrero de 2008 fue intervenida quirúrgicamente, procedimiento que consistió en una histerectomía con el fin de extraer la matriz. En medio del procedimiento, el ginecólogo encontró múltiples bridas (callosidades) y de manera repentina afectó el intestino, motivo por el cual solicitó ayuda al cirujano general, encontrando que el colon había sido perforado en toda su circunferencia y al parecer había también perforado la vejiga; razón por la cual deciden remitir a la señora Luz Estela Camacho a un centro hospitalario de mayor complejidad.

SIGCMA

En la historia clínica del Hospital Universitario del Valle – Evaristo García, se registra que el día 24 de febrero de 2008 la paciente fue diagnosticada con “herida quirúrgica abierta por complicación de histerectomía, perforación cólica, fiebre, dolor abdominal y disnea, herida con material purulento y fétido”, según el criterio de la Doctora Juliana Gómez Castro, habiéndole correspondido a la mencionada entidad hospitalaria realizar los procedimientos quirúrgicos pertinentes para salvar la vida de la señora Luz Estela Camacho Moreno.

Los médicos del Hospital Universitario tratantes de la urgencia de la paciente, solicitaron al Hospital Departamental de Buenaventura que de manera inmediata enviaran su historia clínica y comoquiera que estos no lo hicieron de manera oportuna, tuvieron que realizarle una laparotomía exploratoria el día 17 de febrero de 2008 y en dicho procedimiento encuentran el hallazgo de la perforación del colon en un 100% y de la vejiga.

El día 22 de febrero de 2008, la señora Luz Estela Camacho Moreno fue dada de alta después de haberse realizado los procedimientos pertinentes con el diagnóstico “de herida en el colon y en la vejiga”.

La responsabilidad del Hospital Departamental de Buenaventura, se evidencia en la falla del servicio por defectuoso funcionamiento del servicio de salud asistencial, en los siguientes eventos: i) por negligencia de los deberes médicos de cuidado y por falta de seguridad y garantía en el servicio de salud prestado; ii) Por impericia, imprudencia y error en el procedimiento quirúrgico realizado; y iii) por violación de las normas y reglamentos médicos que regulan la prestación del servicio de salud en Colombia.

La señora Luz Estela Camacho Moreno sufrió como daño la extracción total del útero, lo que le impide continuar procreando y se constituye como un daño fisiológico.

La actora al momento de los hechos convivía bajo un mismo techo con su madre y hermanos y mantenía buenas relaciones afectivas, por lo que resultaron afectados moralmente.” (cursivas fuera del texto)

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala los siguientes:

- Constitución Nacional: art. 1, 2, 5, 11 y 90.
- Decreto 01 de 1984: art. 136, 137, 176, 177, 178 y 206.
- Ley 100 de 1993.
- Ley 23 de 1981.
- Decreto 3380 de 1981.
- Jurisprudencia de los Tribunales Administrativos del país y del Consejo de Estado sobre responsabilidad de los entes oficiales de salud.

- CONTESTACIÓN

Hospital Departamental de Buenaventura E.S.E.¹

El apoderado del Hospital Departamental de Buenaventura dentro del término establecido, presentó contestación de la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las declaraciones por no existir causa, nexo causal, culpa o conducta ilícita, obligación alguna pendiente.

¹ Ver folios 114-121 cdno. No. 1 del expediente

SIGCMA

Señala que, el Hospital no fue la persona que prestó el servicio de salud materia de investigación y el actuar del profesional que cubrió el servicio fue adecuado, correcto y aceptado por la ciencia médica actual.

Arguye que, en el tema de responsabilidad se debe hacer un análisis no solo de resultado, sino, también es indispensable establecer si el hecho que se imputa como causante del daño, efectivamente fue lo que dio origen al resultado. Si del estudio se concluye lo contrario, no es posible imputar responsabilidad médica alguna y por tal razón no existe obligación de indemnizar a la actora, ya que se presenta la inexistencia del nexo causal entre la conducta desplegada por el médico y el resultado.

Manifiesta que, de acuerdo con el análisis de la historia clínica de la señora Luz Estela Camacho Moreno, que reposa en los archivos de la institución, se concluye que: El ginecólogo Dr. César Cortes nunca pretendió ocasionar daño a la paciente, por el contrario, en su criterio médico optó por realizar el procedimiento quirúrgico con el fin de evitarle a la misma las dolencias que venía padeciendo. Asimismo, que dicho galeno siempre pretendió realizar la Adhesilosis manualmente, como lo hacen la mayoría de dichos especialistas y como lo confirma el apoderado de la señora Luz Este Camacho Moreno en los hechos de la demanda. Que, sin duda, está a favor del Dr. Cortes la oportuna remisión ordenada por el mismo a un nivel de superior complejidad en el momento que surge la complicación quirúrgica de la paciente y se realizó con el criterio profesional y la suficiente experiencia requerida para estos casos.

Finalmente propuso como excepciones las denominadas “*inexistencia de responsabilidad por ausencia de las formas de la culpa*”, “*falta de derecho para accionar*”, “*discrecionalidad científica*” y la “*exageración de las pretensiones*”.

Médico César Gerardo Cortes-llamado en garantía²

En calidad de agente del Ministerio Público, la Procuraduría No. 219 Judicial I Administrativo de Buenaventura-Valle del Cauca, solicitó que fuera llamado en garantía al Dr. César Cortés, por ser quien realizó el procedimiento quirúrgico cuestionado y señalado como el causante del daño en el presente asunto. (ver folios 80-83 del cdno. ppal. del expediente)

Mediante auto de fecha 17 de enero de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Buenaventura resolvió aceptar el llamamiento en garantía que hizo la Procuradora Judicial para asuntos administrativos adscrita a dicho Juzgado, ordenó citar al Dr. César Cortés como llamado en garantía y le concedió un término de cinco (05) día para que interviniera en el proceso.

A folios 144-147 del Cdno. Ppal. No. 1 del expediente, se observa que el llamado en garantía al descorrer el término de traslado, solicitó que se decretara la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se omitió la fijación en lista para poder contestar la demanda.

El Juzgado atendiendo dicha petición, decretó la nulidad de la actuación en lo que respecta a la notificación del auto de vinculación al proceso del llamado en garantía y ordenando que el auto mediante el cual fue admitido el llamamiento no tuviera fuerza vinculante.

Sin embargo, según constancia del 05 de agosto de 2011, se procedió con la fijación en lista durante los días 13, 14, 15, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 de julio de 2011, presentando la demandada su contentación en la oportunidad legal, mientras el llamado en garantía guardó silencio.

² Ver folios 144-147 del cdno. No. 1 del expediente

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Primero Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Buenaventura (Valle del Cauca), mediante sentencia proferida el 14 de marzo de 2018, negó las pretensiones de la demanda, bajo las siguientes premisas:

El A-quo hace el planteamiento del problema jurídico o la fijación del litigio en los siguientes términos: Establecer si la parte demandada está obligada al reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por la actora con ocasión de la intervención quirúrgica practicada a la señora Luz Estela Camacho Moreno el día 13 de febrero de 2008.

Sostiene que, en cuanto al concepto del daño antijurídico no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino, en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.³

Indica que a pesar de que en la demanda se afirma que la señora Luz Estela Camacho Moreno sufrió un daño fisiológico debido a la extracción total de su útero,- lo cual le impide procrear a futuro-, dicho daño no se acreditó con las pruebas allegadas, ya que de acuerdo con las historias clínicas del Hospital Departamental de Buenaventura y del Hospital Universitario del Valle Evaristo García, se tiene que la cirugía de histerectomía programada para el día 13 de febrero de 2008, no se concretó, es decir, que el útero de la paciente no se extrajo de su cuerpo, como consecuencia de las complicaciones que se presentó durante dicha cirugía, convirtiéndose el hecho de no poder procrear en un supuesto incierto e indeterminado.

³ Así se refirió el Honorable Consejo de Estado en providencia del 26 de mayo de 2001, expediente No. 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

SIGCMA

El juez de primera instancia señala que si fue probado el daño a la salud de la señora Luz Estela Camacho Moreno, pues el día 13 de febrero de 2008, al intentar el procedimiento de histerectomía se le ocasionó herida de vejiga intraperitoneal de más o menos 1.5 cm, herida de pared anterior al recto de más o menos 4cm en un 25% de la luz intestinal, las que ameritaron que a través de la cirugía general de relaparotomía exploratoria, se suturara la vejiga y recto.⁴

Arguye que, la acreditación del daño no es suficiente para construir la imputabilidad que se pretende, motivo por el cual analizó la conducta del Hospital Departamental de Buenaventura, en lo referido a la prestación del servicio médico quirúrgico y asistencial brindado a la actora, para verificar si el daño del cual se derivaron los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende, le es imputable a título de falla en el servicio.

Manifiesta que, la falla del servicio invocada cuestiona en su orden la decisión del médico tratante de realizar la histerectomía en la paciente, lo que amerita su evaluación particularmente en el diagnóstico y posteriormente en la fase quirúrgica.

Que del material probatorio obrante en el expediente se tiene que la señora Luz Estela Camacho Moreno, desde el año 1998 fue diagnosticada de síndrome de ovario androgénico, al presentar sangrado abundante y dolor pélvico. En el año 2005, consultó al médico y se le diagnosticó Leiomioma del útero, razón por la que el médico tratante recetó acetato de leuprolide mensual con el fin de reducir el tamaño tumoral y en el año 2006 nuevamente se le diagnosticó Miomatosis.

Indica que, en los meses de septiembre y octubre del año 2007, fue atendida por el profesional Dr. Cortes y previa ecografía pélvica transvaginal advirtió la presencia de quistes bilaterales simples de ovarios miomatosis uterina, diagnosticó miomatosis, ademoniosis y quistes bilaterales, razón por la cual sugirió como tratamiento la Histerectomía Abdominal Transversal, exámenes de laboratorio y cita

⁴ Ver Folios 113 y 122 del Cdo 2. Historia clínica del Hospital Universitario del Valle

SIGCMA

con el médico internista. La señora Luz Estela Camacho fue valorada previo a la cirugía, y el médico emitió concepto de Anemia Leve y riesgo quirúrgico ASA II.

El a-quo con base en lo antes dicho, considera que resulta probado que la actora presentó durante varios años Leiomioma, Miomatosis, Ademoniosis, quistes bilaterales, siendo estas patologías por las que se practica la cirugía de Histerectomía, de acuerdo con la doctrina médica allegada al proceso y el protocolo médico, evidenciando que el diagnóstico y plan a seguir ordenado por el Dr. César Cortes al servicio del Hospital Departamental de Buenaventura, se encontró ajustado a lo que indica la ciencia médica para este asunto.

Finalmente afirma que, en cuanto al procedimiento quirúrgico la paciente suscribió formulario de consentimiento informado tanto para la anestesia como para la cirugía de Histerectomía, en este último caso se le informó sobre los riesgos y posibles complicaciones más comunes y frecuentes, complicaciones de menor frecuencia como las herida o quemaduras por bisturí involuntarias en vasos sanguíneos, vejiga u otros órganos para solucionar problemas tardíos como dolor pélvico, adherencias, fistulas, entre otros. En consecuencia, al no encontrarse probadas las fallas alegadas por la actora ni evidenciándose omisión que conlleve a una responsabilidad de la entidad demandada, decidió negar las pretensiones de la demanda.

- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante dentro de la oportunidad legal presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 14 de marzo de 2018, expresando sus inconformidades, así:

Manifiesta que, de acuerdo con las consideraciones realizadas por el Juez sobre las pruebas recaudadas, es cierto que el acto quirúrgico de histerectomía o extracción

SIGCMA

del útero no fue realizado en el Hospital Departamental de Buenaventura el día 13 de febrero de 2008, teniendo en cuenta que el médico trató de liberar las adherencias que habían en la zona a operar, generando el daño al colon y la vejiga de la señora Luz Estela Camacho Moreno, impidiendo así continuar con el proceso de histerectomía.

De igual forma señala que, claramente se observa que el procedimiento quirúrgico de histerectomía no se llevó a cabo, empero, el consentimiento informado sobre dicho acto quirúrgico es irrelevante porque a pesar de haberse hecho pedagogía sobre los riesgos, ninguno de estos ocurrió, precisamente porque no se realizó la histerectomía, como procedimiento autónomo.

Señala que, el procedimiento de retiro o desbridamiento de adherencias (bridas) en el útero de la mencionada paciente es otro procedimiento quirúrgico diferente al de la histerectomía. Por esta razón considera que el médico no debió realizar la cirugía de retiro de las adherencias hasta tanto no realizar el estudio del plano anatómico de los órganos comprometidos por estas, mediante tomografías o ecografías, que le permitieran tener conocimiento pleno de las zonas en las que iba a retirar dichas adherencias. Es por esta razón que el consentimiento informado en relación con la histerectomía en el caso sub judice es irrelevante, teniendo en cuenta que el médico no causó el daño en su ejecución, por el contrario, lo realizó en otro procedimiento médico distinto consistente en el retiro de las adherencias que encontró para poder realizar la histerectomía del cual no había consentimiento informado. Es allí en donde el médico incurrió en una omisión en los deberes médicos de cuidado.

Concluye que el médico tratante del Hospital Departamental de Buenaventura incurrió en una omisión a los deberes médicos de cuidado interno al abordar un desbridamiento o retiro de las adherencias sin tener a la mano la logística técnica en el quirófano para el estudio de dichas adherencias y su incidencia en los órganos

afectados por estas; Además sin contar con el recurso humano o equipo médico que permitieran una decisión acertada de los pasos a seguir.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- Parte demandante

El apoderado judicial dentro de la oportunidad legal, alegó de conclusión en los mismos términos de la sustentación del recurso de apelación, interpuesto en contra de la sentencia de fecha 28 de febrero de 2018.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El 14 de marzo de 2018, el Juzgado Primero Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Buenaventura (Valle del Cauca), profirió sentencia.⁵

La parte demandante dentro de la oportunidad procesal correspondiente interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.⁶

Mediante auto de fecha 26 de junio de 2018, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, admitió el recurso de apelación⁷, y mediante auto de fecha 21 de agosto de 2018, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión,⁸ y al Ministerio Público para emitir concepto, oportunidad de la que no hicieron uso las partes.

⁵ Ver folios 390 a 416 Cdno No. 14

⁶ Ver folios 418 a 421 Cdno No. 14

⁷ Ver folio 428 Cdno No. 14

⁸ Ver folio 430 Cdno No. 14

Mediante auto fecha 02 de julio de 2019, el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina avocó conocimiento del proceso de la referencia.⁹

III.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Primero Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Buenaventura, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Presupuestos procesales de la acción

Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la jurisdicción y competencia de esta Corporación, la legitimación en la causa, la procedencia y caducidad de la acción

Jurisdicción y Competencia

Por ser el Hospital Departamental de Buenaventura-Valle, una Empresa Social del Estado, el presente asunto es de conocimiento de esta jurisdicción.

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 41.

⁹ Ver folio 437 Cdno No. 14

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 1º del Acuerdo No. PCSJA19-11276 del 17 de mayo de 2019, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Procedencia de la acción

La acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es la procedente en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van encaminadas a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Hospital Departamental de Buenaventura, por las acciones y omisiones atribuidas a esta entidad y que, según la parte demandante, le ocasionaron un daño.

Legitimación en la causa

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, se ha demostrado el lazo de parentesco entre la señora Luz Estela Camacho Moreno (directa afectada) y los demandantes, como se puede constatar en el acápite correspondiente a los hechos probados. Sobre la legitimación en la causa por pasiva, se comprueba que el daño invocado en la demanda proviene de actuaciones del Hospital Departamental de Buenaventura, entidad a la cual se le imputa el daño sufrido por los demandantes.

Caducidad

Finalmente, en lo atinente a la caducidad de la acción, el juez de primera instancia, constató que en el presente caso no opera tal fenómeno, pues la actora tuvo pleno conocimiento del daño que se alega el 22 de febrero de 2008 y la demanda se interpuso el 22 de febrero de 2010, es decir, dentro del término bienal que prevé para tal efecto el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo,

esta Sala seguidamente expone en el cuadro las fechas que dan lugar a tal conclusión, adhiriéndose a lo resuelto por el *a-quo*.

Intervención quirúrgica - intento de histerectomía,	13 de febrero de 2008
Segunda intervención-laparotomía (En este procedimiento se hallaron: perforación del colon y la vejiga)	14 de febrero de 2008
Egreso del Hospital Universitario del Valle y fecha en donde tiene pleno conocimiento la demandante del daño sufrido	22 de febrero de 2008
Fecha de interrupción por conciliación	22 de septiembre de 2009
Fecha en que se reanuda el conteo del término	25 de noviembre de 2009
Fecha presentación de la demanda	22 de febrero de 2010

Sin mayores esfuerzos entonces, este Tribunal ratifica que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la caducidad y, en consecuencia, la presentación de la demanda fue debidamente oportuna.

Problema Jurídico

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, determinar si la entidad demandada está llamada a responder administrativa y patrimonialmente, por los daños materiales y morales alegados, en relación con la atención médico-asistencial que recibió la señora Luz Estela Camacho Moreno al momento de ser intervenida quirúrgicamente.

Para ello, el Tribunal deberá verificar si en el presente asunto se configuran todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado, caso en el cual se revocará la sentencia apelada. Contrario sensu, si resulta que, pese a la existencia

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

de un daño, este no se torna antijurídico y por ende no le es imputable al Hospital Departamental de Buenaventura, -única demandada-, por falta de nexo causal tal como lo expuso el *a-quo*, la Sala procederá con su confirmación.

TESIS

El Tribunal revocará la sentencia apelada, por considerar que se encuentra debidamente probado el daño antijurídico y que la entidad demandada está llamada a responder por los perjuicios ocasionados a la parte actora.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*

Y a su turno, el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 establece: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”* (Cursivas fuera del texto)

Daño antijurídico¹⁰

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la:

“(…) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

¹⁰**sentencia** 2006-01328 de 18 de mayo de 2017

Consejo de estado

Contenido: Responsabilidad del estado por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, luego de intervención con cesárea. Se establece que si se demuestra, que la paciente contrajo el cuadro infeccioso estando bajo el cuidado del personal médico del hospital, resulta imputable el daño antijurídico bajo los criterios de la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, definidos por la jurisprudencia, según los cuales basta que la parte actora acredite que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial y/o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que sea necesario probar que la entidad demanda actuó de manera indebida o negligente. En ese sentido, si después de una intervención con cesárea, en los días post-cesárea, se reporta drenaje de material purulento en la herida, así como mal olor, sangrado vaginal y continuidad, es indicativo de la existencia de una infección en el sitio quirúrgico, por lo que se requiere un tratamiento antibiótico, toma de exámenes médicos adicionales, sin embargo por la gravedad de la paciente, se termina realizando una histerectomía, donde se extrae la totalidad del útero y se esteriliza a la paciente de 17 años de edad, en consecuencia se encuentra demostrado que la paciente contrajo un cuadro infeccioso estando bajo el cuidado del personal médico del hospital, por ello resulta imputable el daño con criterios de responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

Temas específicos: responsabilidad del estado, atención en salud, procedimiento del médico, enfermedad de carácter intrahospitalario, régimen de responsabilidad objetiva

Sala: contencioso administrativo

Sección: tercera

Ponente: Santofimio Gamboa, Jaime Orlando

“(…) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”.

Debe quedar claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

Régimen de Responsabilidad que se imputa¹¹

Tradicionalmente el régimen de la falla en el servicio demanda tres elementos: i) el daño antijurídico ii) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha habido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada iii) una relación de causalidad entre

¹¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057)

estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Respecto a la falla médica propiamente, inicialmente se consideró el sistema de falla probada tanto para los errores hospitalarios como para los errores médicos.

En segundo lugar, pese a seguir siendo la falla el elemento esencial de la responsabilidad estatal por la prestación del servicio médico, surgió la tesis de la falla inferida, llamada también falla virtual, en aplicación del principio aquel de que “las cosas hablan por sí solas” o ipsa loquitur.

En tercer lugar, surgió el régimen de la falla presunta, que invierte la carga probatoria en cabeza de la entidad demandada, presumiendo así mismo un rigor científico en la prueba del servicio médico que sólo el ente asistencial puede explicar en juicio

Una tesis posterior opta por analizar los casos de falla médica bajo el principio de las cargas probatorias dinámicas, dependiendo en cada evento litigioso cuál de las partes está en mejores posibilidades de demostrar la falla en el servicio. (Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de marzo 22 de 2001, exp. 63001-23-31-000-1995-3700-01 (13284), CP: Ricardo Hoyos Duque)

En síntesis, puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación al principio de la carga dinámica de las pruebas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico puede tener acceso a la información. De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba

aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal.

En sentencia de 19 de abril de 2016¹², la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

Por su parte, la Corte Constitucional en reciente sentencia T-074/18, sobre la carga de la prueba señaló que:

Por regla general, la carga de la prueba le corresponde a las partes, quienes deben acreditar los hechos que invocan a su favor y que sirven de base para sus pretensiones. Este deber, conocido bajo el aforismo “onus probandi”, exige la realización de ciertas actuaciones procesales en interés propio, como la demostración de la ocurrencia de un hecho o el suministro de los medios de pruebas que respalden suficientemente la hipótesis jurídica defendida. De ahí que, de no realizarse tales actuaciones, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación,

¹²Consejo de Estado, sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, exp. 21515

el resultado evidente sea la denegación de las pretensiones, la preclusión de las oportunidades y la pérdida de los derechos.

5.3.2. Esta regla ha estado prevista en el ordenamiento civil, al establecerse que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil.

(.....) en relación con el traslado de la carga de la prueba, esta Corte revisó la constitucionalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que fijó en el sistema procesal actual la posibilidad para distribuir entre las partes dicha carga, concluyendo que esa actividad constituye una prerrogativa judicial, en tanto resulta útil para el juez, conforme con los propósitos del proceso civil previstos en la legislación y las garantías constitucionales. En particular, se expresó que “desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 2º, 29, 228 y 229 de la Constitución) la Corte no advierte reparo constitucional alguno al hecho de que el Legislador haya autorizado al juez a distribuir la carga de la prueba entre las partes, según las particularidades del caso, para exigir probar determinado hecho a quien se encuentre en una situación más favorable para hacerlo, sin que le haya impuesto el inexorable “deber” hacerlo en cada caso”.

Responsabilidad del Estado derivada de los daños provenientes de la atención médico hospitalaria.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 20127, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la

SIGCMA

Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al Juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación; por ello, se concluyó en la mencionada sentencia: "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia."¹³

A su turno, en lo pertinente a responsabilidad por servicio médico, la misma sección del órgano contencioso considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias, para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria¹⁴, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos

¹³Consejo de Estado, sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, exp. 21515

¹⁴Sabemos que el indicio, la inferencia lógica y el hecho indicado son los tres elementos de la llamada prueba indiciaria o circunstancial. Y ¿qué es un indicio? Un hecho que, apreciado en el contexto de la controversia, sugiere algo más-un hecho no probado-que lo que en sí mismo revela; por esta razón el hecho merece ser llamado rastro, huella o vertigio. Y ¿qué es un hecho indicado? Una circunstancia relevante en el litigio, un enunciado propuesto por una de las partes, con fundamento en el cual se pretende deducir una determinada consecuencia jurídica. Y ¿qué es eso de la inferencia lógica? Un proceso racional que permite enlazar válidamente el indicio con el hecho indicado.

El indicio, entonces, es un hecho, un suceso o una situación que debe cumplir dos exigencias basilares, a saber: la primera, que se encuentre demostrado por cualquier medio probatorio, salvo que la ley reclame una prueba especial; el segundo, que sea sugestivo, indicador, que provoque o incite la razón, que califique como "pista". La ley colombiana, de tiempo atrás, solo menciona el primer requerimiento (CGP Art. 240), tal vez porque el

técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endilgada.¹⁵

Así, en materia de responsabilidad por el acto médico propiamente dicho, esto es el diagnóstico, tratamientos, procedimientos y, en general, las conductas del profesional médico orientadas al restablecimiento o recuperación de la salud del paciente, la imputación del daño se hace, por regla general, desde la perspectiva de una prestación de medios y no de resultados, ya que su deber radica en la aplicación de sus conocimientos, entrenamiento, experiencia y todos los medios disponibles orientados a la curación y rehabilitación, sin que le sea exigible el resultado exitoso.

segundo va ínsito en la denominación del medio probatorio: indicio, esto es, “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”.

Por tanto, si el hecho alegado no está probado, resulta vano todo esfuerzo por construir un indicio a partir de él; puede que inquiete o estimule el pensamiento, pero no da lugar a conjeturas, porque como lo dijo la Corte Suprema hace más de una centuria, “sin base sólida que autorice la inducción, la operación intelectual de imposible realización”.

(....)

Por cierto, que el legislador optó por dejar al juez en libertad de considerar un hecho como indicio; que sea él quien haga esa tarea. Salvo su demostración, no dio ninguna otra pista. Sin embargo, no resistió la tentación de hacer una evaluación anticipada de ciertas situaciones o conductas procesales.

(.....)”

¹⁵Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, exp 15563: "(...) 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 obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

SIGCMA

Esto significa que, para que la administración pueda ser declarada responsable de los daños ocasionados por el ejercicio de la actividad médica hospitalaria, el demandante tiene la carga de demostrar que el servicio no se prestó adecuadamente, bien porque no fue oportuno, o porque no cumplió con los protocolos y estándares de calidad fijados por la ciencia médica al momento de la ocurrencia del hecho dañoso, salvo en lo relativo a los deberes que tienen que ver directamente con el servicio y cuyo cumplimiento depende enteramente del prestador, al margen de la condición y evolución de la salud del paciente, como los relativos al acto médico documental y, en especial, al consentimiento informado, y al suministro de la información necesaria para que el paciente propenda por su autocuidado, caso en el que corresponde al servicio médico demandado demostrar su cumplimiento.

En relación con el nexo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño, en circunstancias en las que la prueba de esta relación fuera una exigencia demasiado alta para los demandantes se han admitido 3 posturas: una, referente a la carga dinámica de la prueba; posteriormente, se habló de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en que la prueba resulta imposible para la víctima, quien se encontraba inconsciente y, para sus familiares que no estaban presentes en el procedimiento, aunado al hecho que se trataba de demostrar actividades de contenido técnico y científico; en un tercer momento, se determinó que la prueba corresponde al demandante, pero que dicha carga puede atenuarse mediante la aceptación de la prueba indiciaria que debe ser estudiada en conjunto con la conducta de las partes.¹⁶

Así, la jurisprudencia reciente ha considerado que el nexo causal puede demostrarse por vía indirecta, es decir, a través de indicios, sin que se trate de una

¹⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 31182 del 13 de noviembre del 2014 y Exp. 33140 A del 1º de mayo del 2016

excepción al deber que le asiste a la parte demandante de acreditar lo que, tradicionalmente se ha denominado como el nexo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño para que se estructure la responsabilidad de la administración.¹⁷

Con fundamento en lo anterior, la Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en el *sub lite* concurren, o no, los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de los hechos narrados en la demanda.

Del consentimiento informado en los casos de responsabilidad médica

Respecto al marco legal del consentimiento informado, según el Ministerio de Salud y Protección Social (2016) el Estado colombiano mediante la Ley 23 de 1981, estableció en su artículo 15, que:

El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

El contenido de la norma, en el artículo de la referencia, es una advertencia clara y concreta que el médico debe cumplir, respecto al consentimiento informado, para garantizar que no exista exposición alguna para el paciente en su tratamiento, y coincide con los criterios ya relacionados, utilizados en otros países, donde se persiste en las garantías que tiene el paciente.

¹⁷Ibidem

SIGCMA

Por otra parte, mediante la Resolución 1995 de 1999, se establecen normas para el manejo de la historia clínica, que en su artículo 11 define cuáles son los anexos que deben estar incluidos en la historia clínica, en cuya relación, se resalta la presencia del consentimiento informado, como un documento importante en las intervenciones quirúrgicas que se practican al enfermo, sin embargo, es de resaltar que en procedimientos como una aplicación de inyección, toma de muestras de sangre, extracciones dentales, entre otras, se diligencia el documento de la referencia en las Empresas Prestadoras de Salud, más como un requisito, que se confirma con lo expresado en la Resolución 2003 de 2014, donde

Se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud, en su manual de inscripción de prestadores y habilitación de servicios de salud, en la página 34 definió en el estándar, de historia clínica y registros, que aplica para todos los servicios, que se debe contar con un procedimiento de consentimiento informado, para que el paciente o el responsable del paciente, aprueben o no documentalmente el procedimiento e intervención en salud a que va a ser sometido, previa información de los beneficios y riesgos” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016).

Asimismo, cuenta con mecanismos para verificar su aplicación. La misma disposición, en la página 202, define el consentimiento informado, destaca las exigencias respecto a las facultades y derechos del paciente y quién debe tomar la decisión de firmarlo, en caso que el enfermo no esté en condiciones para hacerlo (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016).

En cuanto a los elementos que constituyen el consentimiento informado, el Ministerio de Salud y Protección Social, expresa que son ocho, los cuales coinciden

SIGCMA

con los elaborados en instituciones de otros países: a) qué se le va a hacer al paciente. b) Qué fin u objetivos se buscan; c) Cuáles son los beneficios que se esperan; d) En qué riesgos se puede incurrir (frecuencia y gravedad); e) Cuáles son las alternativas disponibles para superar las dificultades planteadas; f) Qué se espera que ocurra desde el punto de vista clínico si el enfermo decide no aceptar a lo que se le propone (riesgos); g) Qué pasos se deben seguir si se requiere mayor información (“a quién preguntar, dónde y cómo, información completa y continuada”) y, h) Qué hacer

Sobre la eventual responsabilidad del personal médico llamado en garantía y la posibilidad de que la Entidad repita en su contra

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 200133, la posibilidad de repetir contra los agentes estatales se regía por lo establecido en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo y posteriormente por el artículo 90 Superior, que elevó a rango constitucional el derecho y deber del Estado de repetir en contra del funcionario que por dolo o culpa grave haya dado lugar a una condena en su contra.

En virtud de las referidas normas del estatuto procesal administrativo, los funcionarios estatales son responsables por los daños que causen por culpa grave o dolo en ejercicio de sus funciones y en aquellos casos en que resulte condenada la entidad, aquella podrá repetir contra el funcionario.

Esas disposiciones no sólo determinaron la posibilidad de repetir el pago de esas sumas mediante una acción autónoma, sino que interpretadas en forma sistemática con el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, permiten ejercer, en el curso del proceso de responsabilidad, el llamamiento en garantía con fines de repetición. Dice la norma:

SIGCMA

Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.

Los referidos artículos del Código Contencioso Administrativo, así como la Constitución Política de 1991, otorgaron el derecho legal a la administración de repetir contra el funcionario que con su conducta dé lugar a la condena patrimonial en contra del Estado, por lo cual es posible que en el mismo juicio de responsabilidad se decida sobre la que puede asistirle al funcionario cuya conducta tuvo participación en la causación del daño que se indemniza. Así, aún frente a hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 678 de 2001, procedía el llamamiento en garantía con fines de repetición. Los presupuestos para la prosperidad del llamamiento en garantía con fines de repetición derivan del tenor de la citada norma superior que prevé:

ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. -Se resalta

Así, para que pueda predicarse el derecho legal de la administración para exigir la reparación de perjuicios, debe aparecer acreditado (i) que la condena judicial estuvo determinada por la conducta del agente estatal y (ii) que esta pueda calificarse como dolosa o gravemente culposa, de donde se colige la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad que impone la calificación de la conducta del agente y su relación causal con la condena.

El artículo 63 del Código Civil define la culpa grave y el dolo en los siguientes términos:

ARTICULO 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

La Corporación ha interpretado la citada disposición, así:

Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de ‘culpa grave’ y ‘dolo’, la jurisprudencia (...) acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 (...) se distingue entre la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima, para efectos de señalar que culpa o negligencia grave es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así

SIGCMA

mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como 'la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro'.

(...)

En términos generales la doctrina autorizada ha sostenido, que el dolo hace referencia a 'la intención dirigida por el agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño', mientras que la culpa grave tiene que ver con 'aquella conducta descuidada del agente estatal', causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal.

Con todo, el análisis del juez administrativo no se detiene en la subsunción estricta de la conducta en la precitada norma, sino que debe atender a las particularidades de cada caso y al régimen de responsabilidad personal de los servidores públicos, así como al componente obligacional al que están atados en ejercicio de sus funciones.

Del análisis probatorio y estudio del caso concreto

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a verificar las pruebas allegadas al proceso y en consecuencia los hechos que se lograron demostrar:

De las pruebas documentales arrimadas al proceso

- Copia simple de certificados y registro civil de los demandantes (folios 4-7)
- Documento suscrito por la señora Luz Stella Camacho Moreno donde resume los hechos objeto de demanda (folios 8-10)
- Copia del informe suscrito por el médico hematólogo MBA Salud Pública (ver folios 12 y 13)

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- Copia de la descripción del servicio de urgencias por el Hospital Departamental de Buenaventura E.S.E. (folio 14)
- Copia simple de hemograma (folio 15)
- Copia simple de Historia Clínica y epicrisis del Hospital Departamental de Buenaventura (folios 16-23)
- Copia de formula médica-preparación prequirúrgica (folio 24)
- Informe ecográfico (folio 26)
- Formato de toma y lectura de citología cervicouterina (folio 28)
- Copia de diagnóstico de quistes bilaterales simples de ovarios-miomatosis uterina (folio 29)
- Copia de imágenes diagnosticas (folio 30)
- Copia simple de historia clínica de Hospital Universitario del Valle (folios 31-37)
- Copia simple del formato de solicitud de copia de historia clínica (folio 38)
- Copia del registro individual de procedimientos diagnósticos y terapéuticos (folio 40)
- Copia integra de la Historia Clínica del Hospital Universitario del Valle, incluyendo consentimiento informado (folios 41-68)
- Copia original de Historia Clínica perteneciente al Hospital Departamental de Buenaventura E.S.E (folios 179-197)
- Copia de la solicitud de calificación de invalidez (folio 202)
- Dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez (folios 221-226)
- Informe técnico médico legal (folios 230 y 231)

Declaración de terceros

Mediante proveído calendado cinco (05) de agosto de 2011, el juez decretó prueba testimonial.

Prueba pericial

Por medio del auto antes mencionado, se accedió también, a la prueba pericial solicitada por la parte actora, ordenando ser remitida a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, para que por intermedio de este se determinara la pérdida de capacidad productiva o laboral.

Por otro lado, se ordenó solicitar a la Sociedad Colombiana de Ginecología y Obstetricia para que se absuelva el interrogatorio propuesto por ambas partes.

De los elementos que obran en el expediente encuentra probado la Sala, los hechos que seguidamente se exponen.

En aras de que el análisis se haga de forma ordenada y pueda ser de mejor comprensión, este Tribunal empleará la siguiente metodología: Se abordará primeramente, el tema de la atención médica recibida en el Hospital Departamental de Buenaventura, luego lo que se encuentra demostrado acerca de la atención médico-asistencial que le fue brindado a la demandante en el Hospital Universitario del Valle pese a no ser esta, una entidad demandada dentro del presente asunto, toda vez que el presunto daño endilgado fue confirmado en este segundo nosocomio. Posteriormente, se expondrán los hechos que acreditan la responsabilidad o contrario sensu, desestiman las pretensiones de la demanda, tal como lo concluyó el juez de primera instancia.

De la atención médica recibida en el Hospital Departamental de Buenaventura.

De la historia clínica se observa que el 13 de febrero de 2008, la señora Luz Stella Camacho Moreno, fue sometida a una cirugía por el diagnóstico preoperatorio de “leiomioma del útero sin otra especificación”.

Que dicha cirugía fue debidamente programada y tuvo una duración de una hora y treinta minutos. La descripción de dicha cirugía que fue consignada en el historial clínico indica que: (se transcribe)

“Soy llamado por el ginecólogo de turno, César Cortes para revisión de cavidad abdominal ya que estaba en una histerectomía y estaba complicada con absceso pélvico. Me comenta que se le va el dedo al intestino que le revisé.

Me lavo me coloco la ropa de cirugía adecuada, reviso y encuentro una incisión phanestiel con un san (sic) en capa, el cual no se puede controlar, se cauteriza un pequeño vaso sangrante.

Encuentro que el intestino grueso al nivel del sigmoides distal, está seccionado (sic) completamente al 100%.

La circunferencia, no le encuentro el cabo distal sino varios flecos, lo cual hace imposible una anastomosis termnoterminal (sic). No se ve el muñon distal.

Además, la paciente ha sangrado hasta estar exangüe. Las conjuntivas están blancas pero se le está transfundiendo sangre por eso tampoco se debe intentar una anastomosis ni hacerle colostomía porque toca levantar el colon izquierdo y por esa incisión es muy difícil y me puede sangrar y morir en el acto, por eso empaqueto por un momento y llamo al doctor Gallego, cirujano del área de urgencias del HUV, le cuento el caso que esta paciente no va aguantar una cirugía mayor, que tengo que empaquetarla y me dice que le ponga una hiladilla y cierre el colon proximal, que le haga cirugía solo de control de daños, que la empaquete la cierre y la mande

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

al HUV, que se le siga transfundiendo que allá la van a recibir. Encargo a la paramédica que me comente la paciente a la central de urgencias mientras yo me lavo y vuelvo a entrar a cirugía para hacer lo que el cirujano del HUV me sugirió que hiciera. Por lo tanto, ligo el muñón proximal pues el distal no se encontró con hiladilla y se empaqueta con cuatro compresas y se le coloca un viaflex. Sale la paciente viva del acto quirúrgico rumbo al HUV, se le continúa transfundiendo.

No se le hace más cirugía pues no es prudente en este mal estado de la paciente, solo lo que los cirujanos llamamos damage control y luego de transfundirla, calentarla y sacarla acidosis ahí si se puede hacer una cirugía de segunda mirada.

Se observa una cantidad de adherencias en útero que dificulta retirar los quistes y se decide dejar. Se transfunden 4 unidades de glóbulos rojos compatibles a ph sanguíneo, se empaqueta y se decide remitir a nivel III.

CIRUGIAS:

Lisis de adherencias peritoneales por laparotomía SOD

Médico César Cortes Moreno.

Liberación o lisis de adherencias (leves moderadas o severas) de ovario por laparotomía

Médico César Cortes Moreno

Sección de adherencias uterinas a pared abdominal vía laparotomía

Médico César Cortes Moreno

OTROS PARTICIPANTES

Edgar Roberto Carabali anestesiólogo

William Otero Olaya especialista QX

Jaime Alberto Rubio Martínez ayudante” (cursiva fuera del texto)

De lo anterior, claramente se desprende que, la actora fue programada para practicarse una histerectomía en el Hospital Departamental de Buenaventura, Valle y en medio del procedimiento fue accidentalmente perforado el colon por el médico especialista César Cortes Moreno.

Se encuentra probado que pese haberse iniciado el procedimiento consistente en histerectomía, se decidió por el especialista, no continuar haciendo la cirugía por encontrarse con adherencias que lo obligaron a tener que limpiar primero el espacio donde se iba intervenir a la demandante, lo resultó en una complicación quirúrgica

La paciente una vez estabilizada en el Hospital Departamental de Buenaventura y luego de hacerle una transfusión sanguínea es trasladada al Hospital Universitario del Valle el día 13 de febrero de 2008.

Atención médica brindada por el Hospital Universitario del Valle

Se encuentra probado en el proceso que, al llegar al Hospital Universitario del Valle, la señora Luz Stella Camacho Moreno fue diagnosticada con herida en colon y vejiga tal como se muestra en la inscripción de su ingreso de fecha 14 de febrero de 2008, tras una laparotomía exploratoria.

Encontrándose hospitalizada, recibió la atención médica necesaria. Sin embargo, la Historia Clínica y la Epicrisis no son claras en cuanto a las fechas de anotación y de procedimientos que se le practicaron a la demandante, durante su estancia en el Hospital, así como tampoco es legible el documento contentivo.

No obstante, existen elementos que permiten inferir que a la paciente le realizaron un lavado peritoneal, como se describe en el consentimiento informado diligenciado y visible a folio 42 del cuaderno No 1 del expediente y de igual manera, en el folio 98 del cuaderno No. 2.

SIGCMA

Se advierte que el Hospital Universitario no fue demandado ni tampoco, vinculado al presente proceso, por lo cual esta Sala no profundizará en la atención médica brindada a la señora Camacho Moreno, por esta entidad. Lo que, si considera relevante para el proceso, es el diagnóstico emitido una vez ingresa la paciente, lo que refleja efectivamente la complicación que dio lugar a su traslado por nivel de complejidad, pues las heridas en el colon eventualmente podrían constituirse en el daño alegado. Sobre este tema puntual, el Tribunal se pronunciará más adelante.

De los formatos de consentimiento informado para procedimiento médico quirúrgico del Hospital Universitario del Valle Evaristo García-E.S.E.

Se encuentra probado que, en el Hospital Universitario del Valle fueron diligenciados dos formatos distintos. El primero, sin fecha y sin firma y el segundo, suscrito por la señora Luz Stella Camacho Moreno y data 16 de febrero de 2008. Cada uno de los documentos señalan un procedimiento distinto, que nada tienen que ver con la intervención inicial, esto es, el intento de histerectomía.

Las intervenciones o procedimientos realizados sin consentimiento informado constituyen una falla del servicio que genera un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surge responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico. Sin embargo, se presentan situaciones diversas que ameritan ser analizadas para no generalizar la respuesta judicial a circunstancias diferentes y aclarar el alcance de la responsabilidad por falta de consentimiento informado. Uno es el caso de la falta total de consentimiento y otro cuando el paciente expresó la voluntad de someterse al procedimiento pero faltó información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención. Al respecto la Sala considera que el derecho de los pacientes a decidir sobre su cuerpo y su salud solamente se ve satisfecho si se concibe el consentimiento informado

SIGCMA

como un acto responsable y respetuoso de las circunstancias particulares de cada persona y no como un formato genérico que firma el paciente pero que no da cuenta de haberle informado, no solamente en qué consiste la intervención y qué alternativas tiene, sino todos los riesgos previsibles y las secuelas o consecuencias de la operación. Como consecuencia de una concepción integral del consentimiento informado y de darle el lugar que se merece en la práctica médica, sólo puede entenderse como consentido un procedimiento si se demuestra que se asumió con seriedad y ética el suministro de suficiente información al paciente.

Cuando las lesiones o secuelas son consecuencia del procedimiento no consentido y otro es el caso cuando las consecuencias adversas en la salud del paciente se originan en la patología previamente padecida por él y no en la intervención no consentida. Existen casos en los que no todas o ninguna de las secuelas de una intervención no consentida son consecuencia de ella sino del devenir propio de la enfermedad del paciente. En ese caso resultaría exagerado y por demás injusto atribuir dichas consecuencias al cuerpo médico, en especial si partimos de la buena fe de los galenos, pues debe entenderse que la vocación del médico es siempre mejorar la salud del paciente y/o salvarle la vida en casos extremos. Para determinar si las secuelas de un procedimiento se originaron en la intervención no consentida o eran consecuencia natural de la enfermedad previamente padecida es menester contar con un dictamen pericial, concepto médico, historia clínica o con aquellas pruebas que permitan establecer una circunstancia o la otra.

Cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y otro es el caso cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la lex artis pero sin el mencionado consentimiento. En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado

derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad, por lo que el perjuicio indemnizable se circunscribe al de carácter moral.¹⁸

De los hechos demostrados a través de las declaraciones-testimonios

A los 06 días del mes de septiembre de 2011, ante el Juzgado Administrativo del Circuito de Buenaventura, Valle se presentó el apoderado judicial del llamado en garantía, el Dr. César Gerardo Cortés y la señora Maria Eugenia Ararat García.

Observa la Sala que pese a hacerse presente en la diligencia el apoderado del llamado en garantía, en el Acta visible a folio 143, no se registra su intervención durante el desarrollo de la audiencia.

A la señora María Eugenia se le preguntó: haga un relato acerca de lo que le conste sobre los hechos de la demanda, a lo cual manifestó: *“ella mi amiga Luz Estella Camacho, comentó con los dolores, las molestias, la programaron en el Hospital Departamental de Buenaventura; fue hospitalizada el día 13 de febrero de 2008 a la 1 de la tarde empezó la cirugía que estaba programada para una hora, pero ya eran las 5 de la tarde y aun no terminaba la cirugía, a eso de las seis 6 de la tarde le dijeron a la hermana que se había presentado una complicación, y ella dijo que le entregaran a su hermana así porque prácticamente estaba en estado de coma, no le dieron ninguna explicación, posteriormente la remitieron al hospital departamental de Cali, donde le dijeron que le habían perforado el intestino y la vejiga. Dijeron que no era necesario extraer la matriz y le dejaron sonda vesical por cerca de dos meses, quedando en un estado muy crítico, luego de un 1 mes aproximadamente le dieron salida y continuó con sonda todo el tiempo y durante todo ese tiempo ella ha estado en tratamiento y continúa con incontinencia urinaria,*

¹⁸ (CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660)

SIGCMA

cada determinado tiempo debe presentarse a la ciudad de Cali con una serie de exámenes que son muy costosos....” (cursiva fuera del texto)

El mismo día fue escuchada la señora María Celedonia quien informó al despacho que: “ *pues el día 13 de febrero de 2008, me tocó ir para el Hospital cuando veo a Luz Estella Camacho casi moribunda, me angustié tanto de verla así que dije que si la iban a dejar morir así es esa camilla, cuando ahí la hermana llamó al médico y la ambulancia para llevarla a Cali, yo le pedí tanto a Dios que la ayudara porque por arreglarle una cosa, le dañaron otra, y les dije que la llevaran a Cali para ver que médico la había atendido, llamé a la hermana a preguntarle que como estaba la paciente Luz Estella Camacho Moreno ella me contestaba que estaba muy mal la hermana que solo un milagro de Dios la paraba de ahí y Dios y los médicos le hicieron el milagro a raíz de eso la muchacha ha quedado mal, estábamos conversando cuando en cualquier momento se bombeaba en sangre.....”* (cursivas fuera del texto)

Por último, del testimonio de la señora Leonor Mariela Rivas Asprilla se tiene lo siguiente: “ *el 13 de febrero de 2008 la señora Luz Estela Camacho Moreno salió al Hospital Departamental de Buenaventura, a hacerse una cirugía que tenía programada, ella se fue con la hermana Mari Riascos, yo le dije que cualquier cosa yo estaba pendiente, por ser del mismo barrio, cuando eran las 4 de la tarde la llamé y le pregunté cómo había salido Estella de la operación y ella me dijo que no sabía nada porque no le habían dado ningún resultado, y como a las siete de la noche me dijo la hermana Mari que estaba muy mal y después de mirar lo que pasaba y dijo una enfermera que le había roto el útero y el colon y desesperadas que le dieran salida para la ciudad de Cali hasta que por fin le dieron la salida y se fueron para Cali, yo fui al otro día a la ciudad de Cali y ella seguía muy mal y decían los médicos de Cali que no la podían atender hasta que se recuperara un poco de la cirugía que*

le habían hecho en Buenaventura, los médicos de Buenaventura estaban asustados porque si la operación era para la matriz y no para el colon, ella siguió su proceso en Cali como tres o cuatro meses y cuando salió seguía sangrando, orinando sola y hasta ahora sigue con el tratamiento....”(cursiva fuera del texto)

De la prueba testimonial se colige que, la señora Luz Stella Camacho Moreno sufrió un daño, pero ese daño no es el señalado en la demanda, toda vez que a la actora finalmente, no le fue extraído el útero o matriz, sin embargo, en medio del procedimiento le fue perforado otro órgano, así como se detalla en la Historia Clínica ya analizada. La Sala ampliará el estudio del daño más adelante en el acápite correspondiente.

Lo acreditado con el Informe Pericial

En el plenario obran los siguientes documentos relacionados con la prueba pericial decretada dentro del proceso: i) Oficio No. UBBNV-DSVLLC-01438-2016 de fecha 06 de octubre de 2016, ii) oficio de fecha 01 de diciembre de 2016 por medio del cual la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología-FECOLSOG-, se da respuesta a lo requerido por el juez y iii)

- i) El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Unidad Básica de Buenaventura, dando respuesta a lo solicitado por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito, relacionado con el acto quirúrgico en el área de ginecología, el perito informó que no es el competente para determinar el grado de responsabilidad, dado que no es especialista en ginecología y obstetricia, sugiriendo que el despacho solicitara la evaluación del caso, a la Sociedad Colombiana de Gineco Obstetricia y Ginecología, ya que

SIGCMA

los servicios periciales a criterio de dicha autoridad pueden ser por parte de la Institución o Centros Hospitalarios y/o Universitarios públicos o privados o Sociedades Científicas en el área. (Ver folio 371 del cuaderno de apelación).

- ii) La Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología-FECOLSOG-, mediante escrito de fecha 01 de diciembre de 2016, informó que cuenta con un equipo de especialistas encargados de desarrollar y emitir los dictámenes periciales solicitados. Empero, como es una entidad privada sin ánimo de lucro, se le debe por concepto de gastos provisionales de pericia consignar la suma de 10SMMLV.

El Despacho sustanciador, por auto calendado 07 de diciembre de 2016 ordenó correr traslado a las partes del oficio antes mencionado, para que las mismas interesadas en la prueba procedieran al pago de los costos, quienes guardaron silencio. (ver folios 376-379 del cdno, de apelación)

- iii) Según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca visible a folios 221-226 del cuaderno 1 del expediente la señora Luz Stella Camacho Moreno sufrió un 13% de pérdida de su capacidad laboral.

Del daño en el caso concreto

El daño alegado por los demandantes consiste en la supuesta imposibilidad de la señora Luz Stella Camacho Moreno, de seguir procreando, a causa de la complicación quirúrgica que tuvo cuando fue sometida a una histerectomía.

SIGCMA

Observa este cuerpo colegiado, que el *a-quo* no encontró probado dicho daño y ligeramente concluyó que no se configuran en este caso los elementos de la responsabilidad médica, denegando así, las pretensiones de la demanda.

Considera esta Sala que, la decisión del juez de instancia no se encuentra sujeta a derecho, toda vez que, sin mayor esfuerzo, del material probatorio que reposa en el expediente, se evidencia un daño a la salud de la señora Luz Stella Camacho Moreno, consistente en las secuelas que dejó la perforación del colon en medio de un procedimiento que buscaba la extracción del útero o matriz, de acuerdo a su patología.

En las condiciones que se presentan las pruebas en este caso, la sentencia recurrida no está llamada a ser confirmada, toda vez que se observa claramente que el daño que encuentra la Sala debidamente probado, se torna antijurídico, por la mala praxis en que incurrió el médico quien realizó la intervención quirúrgica a la aquí demandante, en el Hospital Departamental de Buenaventura.

No puede interpretarse la demanda desde el punto de vista literal absoluto, por cuanto el análisis probatorio en conjunto, permiten concluir que el hecho de no haberse concretado la histerectomía, no da lugar a excluir la conducta culpable del agente del Estado, cuando accidentalmente perforó el colon de la paciente ocasionándole un daño a su salud, pues se itera, en este caso el remedio fue peor que la enfermedad.

En este orden de ideas, este Tribunal deberá revocar la sentencia apelada, y declarar la existencia de un daño antijurídico en el presente asunto.

Elemento de la imputabilidad en el presente caso

Una vez acreditada la existencia del daño y su antijuricidad como arriba se explicó, corresponde a la Sala analizar si dicho daño encuentra causalidad con la acción u omisión de la entidad demandada.

El juez administrativo debe determinar si el hecho dañoso fue originado o causado por la falla en el servicio-régimen de responsabilidad aplicable-, pues, si el demandante no logra demostrar que el servicio no se prestó adecuadamente, bien porque no fue oportuno, o porque no cumplió con los protocolos y estándares de calidad fijados por la ciencia médica al momento de la ocurrencia del hecho dañoso, no podrá endilgarse la responsabilidad al Estado.

Ahora bien, en materia de responsabilidad por el acto médico propiamente dicho, esto es el diagnóstico, tratamientos, procedimientos y, en general, las conductas del profesional médico orientadas al restablecimiento o recuperación de la salud del paciente, la imputación del daño se hace, por regla general, desde la perspectiva de una prestación de medios y no de resultados, ya que su deber radica en la aplicación de sus conocimientos, entrenamiento, experiencia y todos los medios disponibles orientados a la curación y rehabilitación, sin que le sea exigible el resultado exitoso.

Sin embargo, en el caso particular que ocupa la atención de la Sala, se encuentra debidamente probado que el Hospital Departamental de Buenaventura a través de su personal médico y especialista, incurrió en una falta de cuidado o mal procedimiento quirúrgico, toda vez que en medio de una intervención quirúrgica que buscaba la extracción del útero por padecer de múltiples quistes y miomas uterinos, el especialista decidió no continuar, al encontrar una serie de adherencias que son producto de antecedentes patológicos de la paciente y que, en algunos casos

previamente pueden visualizarse con una ecografía y otras veces no,¹⁹ lo que se considera uno de los riesgos al practicarse una laparotomía o histerectomía.

Considera la Sala que, no puede eximirse de responsabilidad a la entidad por cuanto, pese a que las adherencias encontradas en la pared abdominal de la paciente, son riesgos propios del tipo de cirugía a la cual fue sometida, no se evidencia que dichos riesgos se les haya comunicado o puesto de presente a la señora Luz Stella Camacho Moreno, por eso, tal como se indicó en el acápite respectivo, en el expediente solo obra formato de consentimiento informado debidamente diligenciado, solo respecto de los procedimientos que se hicieron en el Hospital Universitario del Valle y no en relación con la histerectomía, asistiéndole razón a la parte apelante. Y es que si encontrar adherencias al momento de intervenir a un paciente, es considerado por la ciencia médica, un hallazgo común, el Hospital debió informar a la actora sobre las posibles complicaciones y no lo hizo.

De la responsabilidad del galeno llamado en garantía

Para arribar a la conclusión de que el médico que intervino a la señora Luz Stella Camacho Moreno, incurrió en una conducta culposa, se hace necesario abordar el tema de la mala praxis, que se convierte en el quid de este asunto, por cuanto generalmente- salvo en el caso de las cirugías estéticas, donde el paciente no tiene patología precedente que amenace su salud-, el paciente cuando consulta al médico, lleva una patología de base que lo afecta y su esperanza al concurrir al servicio es obtener una cura o mejoría de su enfermedad, de manera que en estos casos se analizan dos circunstancias distintas: i) Cuando se produce una mala praxis que agrava su estado de salud, y ii) cuando un mal procedimiento ocasiona

¹⁹ Ver folios 16-26 del cdno. No. 2 de pruebas de la parte demandante y folios 27-32

SIGCMA

una afectación a la salud del paciente distinta a su patología misma. En el primer evento, no podría analizarse el contexto de responsabilidad como si el paciente estuviera en excelentes condiciones, lo único que se produce en esos casos es una pérdida de oportunidad cuyo perjuicio sólo puede hacerse consistir en la frustración de la esperanza de curación – esperanza que debe ser relativamente cierta y real-, pero no podría afirmarse que la patología se agravó o desencadenó en el daño final por el hecho del médico. En el segundo evento, si es atribuible al médico y la entidad a través de la cual presta el servicio, pues sobreviene una afectación nueva o diferente a la que ya padecía.

No obstante, lo anterior, se observa que la juez en el trámite de primera instancia vinculó al proceso, al doctor César Gerardo Cortés, en calidad de llamado en garantía, con base en la solicitud hecha por la agente del Ministerio Público, aceptando y ordenando su citación.

El apoderado judicial del llamado en garantía, solicitó que se decretara la nulidad de lo actuado desde el momento en que se omitió la fijación en lista para contestar la demanda de conformidad a lo establecido en el Art. 207 del C.C.A.

Se constata en el expediente que si bien, el despacho ordenó la fijación en lista para el día 12 de julio de 2011, no obra constancia de que se haya cumplido con ello, razón por la cual la parte vinculada, manifestó no haberse encontrado en la carpeta externa en donde se realizan las publicaciones, tal fijación y esto impide que ejerza su derecho de defensa.

Mediante auto fechado 25 de octubre de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Buenaventura, Valle del Cauca; decretó la nulidad de la actuación en lo que respecta a la notificación del auto de vinculación al llamado en garantía, declaró que el auto que admite el llamamiento no tiene fuerza vinculante y ordenó continuar con el trámite del proceso.

Nótese entonces, que la a-quo yerra, cuando ordena que se continúe el proceso luego de decretar la nulidad del auto por medio del cual se aceptó el llamamiento en garantía omitiendo ordenar que se procediera con la notificación a la parte en debida forma.

Esta colegiatura hace el llamado de atención a la juez, quien no aplicó las normas procesales en este caso y no respetó el principio de defensa y contradicción aplicable a favor de la parte vinculada, lo que se traduce en una falencia procesal que en esta instancia no permite pronunciamiento de fondo, sobre la posible responsabilidad del médico César Gerardo Cortés, dejando la puerta abierta a la entidad demandada para que repita en su contra, si es condenada en este proceso.

Sobre la indemnización de los perjuicios solicitados

- Morales

La parte demandante solicita que se le reconozcan perjuicios morales a la víctima directa y sus hermanos, en la suma 100 y 50 salarios mínimos mensuales vigentes respectivamente.

En relación con los daños causados por la muerte y/o la lesión de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de las víctimas han sufrido un perjuicio de orden moral; para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, permite inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.

La tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, cabe recordar que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 establece: *“para el efecto, se fijara como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que estas se hallen respecto al lesionado.”*

En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de lesión se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

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

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

En el presente caso, se encuentra probado el daño moral respecto de los actores Rosa del Carmen Moreno (madre), Mary Riascos Moreno y Nilson Camacho Moreno

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

(hermanos), comoquiera que obran los respectivos registros civiles que dan cuenta de la relación de parentesco que los vincula con la víctima directa. (ver folios 4-7 cdno. ppal del expediente)

De la gravedad de la lesión, obra en el expediente las conclusiones de la valoración realizada a la víctima, por la Junta Regional de Calificación de invalidez del Valle del Cauca, determinando las secuelas del mal procedimiento quirúrgico que le fue practicado, considerando la documentación aportada y la evaluación y análisis realizado, la cual califica como total de la pérdida de la capacidad laboral de la señora Luz Stela Camacho Moreno identificada con la C.C. 66973535, en un 13%, con origen en enfermedad común y con fecha de estructuración el 26 de junio de 2009. (ver folios 221-226 cdno. ppal. del expediente)

Teniendo en cuenta que la gravedad de la lesión del actor es superior al 10% pero inferior al 20%, y que su núcleo familiar se ubica en el primer y segundo grado de parentesco les correspondería por concepto de indemnización por perjuicios morales, la suma de 20 y 10 SMMLV respectivamente, tal como se muestra a continuación:

Perjuicios	Demandante	Parentesco	Valor reconocido
<i>Morales</i>	Luz Estela Camacho Moreno	Víctima	20 SMLMV
	Rosa del Carmen Camacho	Madre	20 SMLMV
	Mary Riascos Moreno	Hermana	10 SMLMV
	Nilson Camacho Moreno	Hermano	10 SMLMV

- Materiales

Los actores pretenden que se condene al pago de la suma de diez millones de pesos moneda legal (\$10.000.000) por daño emergente, la suma de ochenta millones de pesos moneda legal (\$80.000.000) por lucro cesante causado y por lucro cesante futuro, la suma de ciento sesenta millones de pesos moneda legal (\$160.000.000).

Frente a la modalidad de **daño emergente**, cabe recordar que este tipo de perjuicio material consiste en la pérdida efectiva -pasada, presente o futura- de un bien económico que se encontraba en el patrimonio de la víctima. Que en el caso concreto comprende las erogaciones o desembolsos patrimoniales que la víctima realizó o tendría que realizar producto del hecho dañoso y que deben ser respaldadas con el correspondiente soporte probatorio.

Comoquiera que, en el expediente no obran los suficientes elementos de análisis para realizar la condena en concreto respecto de la indemnización demandada por concepto de este perjuicio en favor de la señora Luz Estela Camacho Moreno, la Sala no condenará a las demandadas al pago de suma alguna.

Por otro lado, para determinar el valor del **lucro cesante**, de conformidad con las pretensiones de la demanda, es válido acotar que de acuerdo con la filosofía que ha inspirado hasta ahora el reconocimiento e indemnización de este perjuicio en materia de responsabilidad extracontractual, se requiere de la demostración efectiva de la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia de un acto ilegal, el incumplimiento de un contrato o un daño ocasionado por un tercero.

SIGCMA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante²⁰ *“corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no percibidos o la utilidad esperada y no obtenida”*²¹, que surge como consecuencia de la acción u omisión estatal. El daño ocasionado a la persona genera consecuencias de índole pecuniario y económico, cuantificables y demostrables, que se resumen en la ganancia que se dejó de percibir con ocasión al hecho que generó el daño.

En tal sentido, en el plenario se encuentran las pruebas documentales que demuestran que la señora Luz Estella Camacho Moreno sufrió un daño a su salud, en medio de un procedimiento quirúrgico en el cual resultó perforado su colon y vejiga, afectando así, la funcionalidad de estos órganos. El certificado de calificación de pérdida de su capacidad laboral indica que, como secuela de dicho daño, la demandante presenta incontinencia “síntomas y signos de trastornos de vejiga sin existir malfuncionamiento”. (ver calificación de la Junta Regional de invalidez del Valle del Cauca a folios 221-225 del cdno. ppal. del expedinte).

Sin embargo, pese a que claramente se encuentra acreditada la lesión sufrida por la demandante, el Tribunal no observa prueba de que la misma se encontrara laborando o realizado una actividad que le generara ingresos, al momento de ocasionado el daño, empero, en el mismo certificado de calificación de invalidez, fue consignado que la señora Luz Stella no trabajaba. Razón por la cual, la Sala no podrá acceder a esta pretensión, en el entendido de que si bien, se presume que el ingreso de toda persona que labora cuando no aporta prueba de ello, es el salario

²⁰ *“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. De este modo, el reconocimiento y pago que la parte actora solicita de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento en que se produce la suspensión del demandante en el ejercicio de sus funciones, no puede catalogarse como una modalidad del daño emergente, sino de lucro cesante. Este último corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”*; Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 4 de diciembre de 2006; Exp. 13168.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 1990. Exp. 5759. M.P.

mínimo mensual vigente, no sucede lo mismo frente a la necesidad de demostrar que efectivamente sí laboraba o ejercía actividad lucrativa alguna, son situaciones fácticas distintas.

Daño a la salud

Solicitan también, que se pague a la señora Luz Estela Camacho Moreno por perjuicio fisiológico, doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento del fallo que se produzca.

En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

SIGCMA

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

“- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente) - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. -La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. - La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. - Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - Los factores sociales, culturales u ocupacionales. - La edad. - El sexo. - Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima. - Las demás que se acrediten dentro del proceso.”

En armonía con lo anteriormente expuesto, siendo necesaria la prueba que certifique el porcentaje de invalidez sufrido por la víctima para determinar la gravedad de la lesión como se expone en la tabla, para la liquidación de este concepto, la Sala condenará al Hospital Departamental de Buenaventura, al pago de la suma de 20 SMMLV, en favor de la señora Luz Estela Camacho Moreno, quien de conformidad con lo probado es la víctima directa de los daños ocasionados el 22 de febrero de 2008.

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En síntesis, se declarará la responsabilidad patrimonial del Hospital Departamental de Buenaventura, por las lesiones padecidas por la señora Luz Stella y en consecuencia, se le condenará a pagar en favor de los demandante las sumas de dinero correspondiente a los perjuicios causados.

COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de fecha 14 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Buenaventura, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar:

PRIMERO: - DECLÁRASE no probadas las excepciones propuestas por el Hospital Departamental de Buenaventura-E.S.E.

SEGUNDO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la Empresa Social del Estado Hospital Departamental de Buenaventura, por el daño a la salud causado a la señora LUZ STELLA CAMACHO MORENO, producto de un mal procedimiento llevado a cabo en dicho nosocomio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNASE al Hospital Departamental de Buenaventura, a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

Perjuicios	Demandante	Parentesco	Valor reconocido
<i>Morales</i>	Luz Estela Camacho Moreno	Víctima	20 SMLMV
	Rosa del Carmen Camacho	Madre	20 SMLMV
	Mary Riascos Moreno	Hermana	10 SMLMV
	Nilson Camacho Moreno	Hermano	10 SMLMV

CUARTO: CONDÉNESE a la Empresa Social del Estado- Hospital Departamental de Buenaventura-, por concepto de daño a la salud en favor de la señora Luz Estela Camacho Moreno, a pagar la suma equivalente a 20 SMMLV, por las razones ya expuestas.

QUINTO: NIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: No hay lugar a condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Expediente:76-109-33-31-002-2010-00031-01
Demandante: Luz Estela Camacho Moreno y Otros
Demandado: Hospital Departamental de Buenaventura
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado



NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada



JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 76-109-33-31-002-2010-00031-01)