San Andrés Isla, catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno 2021

Sentencia No. 090

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-003-2011-00053-01
Demandante	Adriana Julieth Beltrán Hernández y Otro
Demandado	ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

RECURSO DE APELACIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de resolver el recurso de apelación, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del dieciocho (18) de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva[1] dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de reparación directa, por Adriana Julieth Beltrán Hernández, Wilber Méndez Monje y Wilfor Andrés Méndez Beltrán contra la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul, que resolvió:

> *"**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.*

[1] Folios 275 a 283, cuaderno No. 2

SEGUNDO: NEGAR *la condena en costas, de conformidad con las consideraciones.*

TERCERO: *En firme este proveído, procédase al archivo de las diligencias, previa anotación en el software de gestión judicial XXI y expídanse las copias para los sujetos procesales según lo soliciten."*

II. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

Los señores Adriana Julieth Beltrán Hernández y Wilbert Méndez Monje, en nombre propio y en representación de su menor hijo Wilfor Andrés Méndez Beltrán instauraron demanda de reparación directa, por medio de apoderado, en contra de la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paul, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

- **PRETENSIONES**

*"**PRIMERA:** Que LA ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL, es responsable solidaria de los graves perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación, causados a la parte actora, para el caso, el menor hijo WILFOR ANDRÉS MÉNDEZ BELTRÁN, representado por ADRIANA JULIETH BELTRÁN HERNANDÉZ y WILBER MÉNDEZ MONJE, sus padres, derivados y como consecuencia de la pérdida del testículo izquierdo, según hechos ocurridos el día 25 de diciembre de 2009, en las instalaciones de la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL, por causa o a raíz de una falla en la prestación del servicio por mal procedimiento médico.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de la anterior declaración, la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL, debe pagar a la parte actora los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación que resulte, en pesos colombianos, de la liquidación de las siguientes cantidades de oro puro fino y su equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes, según certificación que expida el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la sentencia:*

POR PERJUICIOS MORALES:

A la señora ADRIANA JULIETH BELTRÁN HERNANDÉZ, en condición de madre del menor WILFOR ANDRÉS MÉNDEZ BELTRÁN, lo equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al señor WILBER ANDRÉS MÉNDEZ MONJE, en condición de padre del menor WILFOR ANDRÉS MÉNDÉZ BELTRÁN, lo equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al menor WILFOR ANDRÉS MENDÉZ BELTRÁN, directamente afectado lo equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN, Ciento Ochenta Millones ($180.0000.000) de pesos, de acuerdo con las siguientes consideraciones (…)

TERCERO: *Que, como consecuencia de lo antes expuesto la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL, está obligado solidariamente al pago a la parte demandante, de los perjuicios materiales que equivalen a:*

La suma resultante de la liquidación, previo el trámite establecido en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, de la condena en abstracto que determine la existencia de los perjuicios causados a la parte actora como resultado directo del hecho dañoso, basada la condena in genere en tres presupuestos de forzoso cumplimiento así: 1)Perfeccionamiento del debido proceso; 2) Plena prueba contra dicha de la ocurrencia de los perjuicios; y 3) Imposibilidad actual de liquidar el monto total de los perjuicios por ausencia de justificación del valor definitivo.

CUARTO: *Que la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL, debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y a reconocer y a pagar intereses en el caso de que se den los supuestos del inciso final del artículo 177, ibídem."*

- **HECHOS**

Los fundamentos fácticos presentados por la parte actora, se resumen de la siguiente manera:

1. El día 25 de diciembre de 2009, hacia las 22:36 horas, el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, de dos (2) años de edad, fue atendido por el servicio de urgencias de la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, Huila, por presentar dolor e inflamación en los testículos.
2. De acuerdo a la fórmula médica al menor le fue recetado advil children y trimetropin, con recomendación por parte del médico de turno en el sentido de persistir los mismos síntomas dentro de las 48 horas, lo regresaran al centro asistencial para nueva valoración.
3. El día 28 de diciembre de 2009, de conformidad con la historia clínica No. 1077852593, remitieron al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán desde el Hospital Departamental San Vicente de Paul hasta la Clínica Medilaser en la ciudad de Neiva, con diagnóstico de torsión testicular izquierdo, cuadro clínico de cinco (5) días de edema y eritema de ambos testículos y suministro de ibuprofeno de dos (2) días.
4. El 29 de diciembre de 2009, siendo las 10:50 a.m. el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Medilaser. En informe se señaló que se le efectuó *"procedimiento orquiectomía izquierda y fijación testicular derecha, luego de encontrar como hallazgo operatorio: torsión completa de cordón espermático izquierdo con necrosis testicular izquierdo. Testículo derecho sano, consistiendo dicho procedimiento en*

ligadura transfixiante y sección de cordón izquierdo con atracción del testículo izquierdo y fijación del testículo derecho."

5. Afirma que el procedimiento "*atención de consulta de urgencias"* realizado por el médico José M. Orozco M. del Hospital Departamental San Vicente de Paúl, en la valoración de la atención inicial de urgencias, constituye falta grave en la calidad de la prestación del servicio en el desconocimiento de las guías de atención, que llevó a que el paciente fuera mal enfocado clínicamente y que recibiera un tratamiento no pertinente al cuadro clínico.

- **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

La parte actora señala como disposiciones que fundamentan sus pretensiones las siguientes:

- Constitucionales: artículos 2, 6, 11 y 90.
- Legales: artículos 78, 86 y del 206 al 214 del C.C.A.
- Legales: artículos 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1887.

De igual manera cita jurisprudencia del Consejo de Estado, que considera aplicable al caso concreto.

- **CONTESTACIÓN**

E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paul

El apoderado judicial del ente hospitalario, contestó la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones solicitadas, por cuanto afirmó que luego de revisada la historia clínica y teniendo en cuenta que el diagnóstico final realizado al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán fue una torsión testicular, se concluye que la consulta inicial generada a las 36 horas de evolución del cuadro clínico, exonera de cualquier posibilidad de rescate de ese órgano y una opción válida de manejo de acuerdo a tal evolución es la aplicación de medidas conservadoras como reposo y analgésicos, tal y como lo realizó en su oportunidad la E.S.E. demandada, en consecuencia, solicita no se imponga a su representada el pago de indemnización alguna.

Frente a los hechos de la demanda, manifestó que de la historia clínica se puede evidenciar que el paciente ingresó a las instalaciones de la E.S.E., con un cuadro

clínico de 36 horas de evolución. Explicó que la torsión testicular si no se le da un manejo adecuado dentro de las primeras seis horas, se afecta la viabilidad testicular, o sea para que el testículo se pueda recuperar.

Señaló que es cierto que se le formularon los medicamentos por parte del médico José Manuel Orozco Martínez, quien hizo el diagnóstico de orquitis, esto debido a que la consulta tardía alteró el cuadro clínico del paciente, pero el tratamiento era el indicado para esa posibilidad diagnóstica.

Precisó que el paciente consultó nuevamente el día 27 de diciembre a las 13:54 horas, con cuadro de tres días de edema y eritema (inflamación y color rojizo), se hizo una impresión diagnóstica de una torsión testicular versus una orquitis, se solicitó la valoración del cirujano y doppler testicular. El 28 de diciembre el doppler testicular refiere que los hallazgos pudieran corresponder a torsión testicular izquierda, ante lo cual se decidió remisión a tercer nivel de atención.

Señala que no es cierto, como lo pretende hacer ver el apoderado de la parte demandante, que la pérdida del testículo se debió a una tardía e inoportuna prestación del servicio, debido a que el menor llega a la E.S.E. una vez transcurridas 36 horas de que presentara el dolor testicular, luego, se considera un testículo viable en un cuadro de torsión testicular aquel manejado dentro de las primeras 6 horas de evolución, después de transcurrido ese tiempo las posibilidades se reducen dramáticamente y para las 36 horas que el paciente citado consultó e ingresó a la E.S.E. para la atención son nulas.

Alega negligencia de los progenitores del menor por consulta tardía pues pasado un periodo de 6-12 horas como lo describe la literatura ya hay muerte celular por falta de irrigación sanguínea (necrosis de tejidos) lo cual es un proceso irreversible. De modo que lo indicado por el médico Orozco basado en el diagnóstico de orquitis de antinflamatorios y reposo y control en 48 horas es lo indicado en estos casos y si hubiera alterado la conducta la consulta temprana, pues la principal sospecha diagnóstica ante un dolor agudo del testículo de 6 horas por ejemplo podría ser la torsión testicular, pero ante un cuadro de 36 horas es más lógico pensar en las otras posibilidades diagnósticas como la orquitis.

Solicitó fueran declaradas las siguientes excepciones:

Inexistencia de nexo de causalidad

Indicó que en el caso sub judice, el personal médico de la E.S.E., obró con todo el cuidado del caso, por lo tanto, su conducta no es susceptible de calificar como negligente o imprudente, sino por el contrario como oportuna, pertinente e integral, razón por la que el primer elemento es inexistente en este caso.

Manifiesta que no existe nexo de causalidad entre el daño presuntamente irrogado a la demandante y la atención brindada por el personal médico y paramédico de la E.S.E., que además de actuar con diligencia y cuidado, de acuerdo a los protocolos existentes para esta clase de atenciones, utilizaron la totalidad de recursos tecnológicos para brindar una atención óptima al paciente, no obstante, circunstancias externas, ajenas a la E.S.E. y no controlables por sus especialistas, propias de estos casos, complicaron al paciente dada la torsión testicular presentada.

Ausencia de culpa en la prestación de servicios médicos

Advierte que luego de revisada la historia clínica y teniendo en cuenta que el diagnóstico final fue una torsión testicular, se concluye que la consulta inicial generada a las 36 horas de evolución del cuadro clínico, exonera de cualquier posibilidad de rescate de ese órgano y una opción válida de manejo de acuerdo a tal evolución es la aplicación de medidas conservadoras como reposo y analgesia.

Manifiesta que se considera un testículo viable en un cuadro de torsión testicular, aquel manejado dentro de las primeras 6 horas de evolución, después de este tiempo las posibilidades se reducen dramáticamente y para las 36 horas que el paciente citado consultó son nulas, así como el manejo quirúrgico para salvar el mismo.

Llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros y a la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos en Salud “UNISALUD”, sin embargo, el trámite solo llegó hasta la admisión del mismo, toda vez que la entidad demandada no adelantó los trámites pertinentes para notificar a las llamadas en garantía.

- **SENTENCIA RECURRIDA**

El A quo consideró que el problema jurídico a resolver estaba centrado en determinar si la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón – Huila, es administrativa y patrimonialmente responsable por haber incurrido en una falla del servicio médico por error en el diagnóstico con motivo de la atención médica realizada el 25 de diciembre de 2009 al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán y que culminó con la pérdida de su testículo izquierdo; y si, en consecuencia, se les debe indemnizar por los daños y perjuicios de índole material e inmaterial que aducen los demandantes.

Señaló que se encuentra acreditado que se causó un daño antijurídico a los demandantes dado que, el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán tuvo que ser intervenido quirúrgicamente y se le extrajo el testículo izquierdo en la Clínica Medilaser, lo cual se encuentra acreditado en el informe quirúrgico de fecha 29 de diciembre de 2009, suscrito por el médico especialista de la entidad demandada.

Indicó que no basta con acreditar la ocurrencia de fallas en la prestación del servicio médico, sino, que se requiere demostrar, así sea indiciariamente, que esas fallas fueran la causa eficiente del daño, a efectos de establecer que en este caso si se presentó y constituyó la causa eficiente del menoscabo en la salud del paciente. Argumentó que del análisis de las pruebas aportadas al proceso, encontró que la entidad demandada no incurrió en una falla del servicio, porque al estudiar la prueba pericial, los procedimientos realizados al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, estuvieron indicados según la edad del paciente, el cuadro clínico y sobre todo el tiempo de evolución.

Resalta que, ante la consulta inicial, el médico consignó en la historia clínica lo que la madre relató: *“Paciente con cuadro clínico de +/- 36 horas de evolución consistente en escrotal progresivo de predominio izquierdo asociado a dolor testicular por lo cual consulta. Niega fiebre, escalofríos u otros síntomas. No traumatismos.”*

Recuerda que conforme lo dispone el artículo 167 del C.G.P., quien alega un hecho debe demostrar la ocurrencia del mismo para que se produzca el efecto pretendido. En este caso advierte una inacción en materia probatoria de la parte demandante, quien reitera debió demostrar con las pruebas idóneas, para ello, el nexo causal y

la imputación del daño a la entidad demandada. En tal virtud concluyó que el daño no es imputable a la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón Huila, porque no se demostró la falla del servicio y, por el contrario, se estableció que la atención fue brindada con la oportunidad adecuada al momento del ingreso del paciente a la institución. En razón de lo cual negó las pretensiones de la demanda.

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva, Huila profirió sentencia el día dieciocho (18) de octubre de 2017, negando las pretensiones de la demanda.[2]

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, dentro de la oportunidad establecida para ello.[3]

Mediante auto de fecha dieciséis (16) de febrero de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 18 de octubre de 2017[4]; luego, por auto de fecha veintitrés (23) de marzo de 2018, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones y al Ministerio Público por el término de 10 días para emitir su concepto[5], oportunidad procesal de la cual las partes hicieron uso[6]. El Ministerio Público guardó silencio.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Huila remitió el proceso al Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en cumplimiento de la medida de descongestión dispuesta en el Acuerdo PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021.

Mediante auto de fecha seis (06) de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, avocó conocimiento del proceso.[7]

- **RECURSO DE APELACIÓN**

[2] Ver folios 270-284 del cuaderno principal.
[3] Ver folios 287-288 del cuaderno principal.
[4] Ver folio 4 del cuaderno Apelación.
[5] Ver folio 7 del cuaderno Apelación.
[6] Ver folios 10-12 y fls. 13-16 cuaderno de Apelación.
[7] Ver folio 549 del cuaderno principal.

El apoderado del demandante, en la oportunidad legal, expuso su inconformidad con respecto de la sentencia y las razones que lo distancian de la decisión, pues manifiesta que no se necesita ser especialista en medicina o mínimo, médico general, para colegir o entender que el médico de asistencia primera José Orozco Martínez, incurrió en falla médica y que su negligencia derivada de la no convocatoria de un especialista pediátrico llevó al menor a un daño irreparable.

Señala que le sorprende y le extraña cómo el juez de primera instancia al proferir sentencia, extrae elementos sutiles de la declaración del médico José Manuel Orozco Martínez, tratante inicial por urgencias del menor perjudicado y no recoge aspectos relevantes que por su carácter de confesión le permite colegir que hubo falla médica por negligencia en la prestación del servicio médico por error de diagnóstico al no apoyarse en un especialista pediátrico. Agrega que la afirmación que los procedimientos realizados inicialmente al menor fueron los indicados, no es veraz, porque en anotación del médico José Manuel Orozco Martínez, se registra +/- 36 horas de evolución, lo que indica que el galeno, no optó para tratar menores de edad, aduce que se atrevió a la adivinación en lugar de apoyarse en pediatría. Aún así, no tuvo la diligencia de remitir el paciente a especialista pediátrico.

Refiere que no obra en la historia clínica del menor Wilfor Andrés Monje Beltrán, documento alguno que indique que el médico tratante tuvo la mínima diligencia para ordenar doppler o examen especializado que pudiere determinar el tratamiento inmediato a seguir. Advierte que se encuentran frente a una decisión alejada de la verdadera realidad de lo demandado. Frente a los argumentos esbozados por el A quo, los médicos se escudan en aproximaciones y diagnósticos errados por negligencia derivada de la ausencia de apoyo científico.

Finalmente solicita desde la óptica del derecho y la justicia, una vez analizado el plenario y la sentencia acusada, se revoque la decisión adoptada por el juez de primera instancia.

- **ALEGACIONES**

Parte demandante

El apoderado de la entidad en su escrito de alegatos manifiesta que a través de la epicrisis y demás documentos aportados al proceso, se tiene que al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán el día 29 de diciembre de 2009, fue sometido a procedimiento de orquiectomía izquierda y fijación testicular derecha, luego de que se encontrara como hallazgo operatorio, torsión completa del cordón espermático izquierdo con necrosis testicular izquierdo.

Señala que el médico José M. Orozco M., quien valoró inicialmente al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, no especialista en pediatría, omitió convocar a un médico especializado para la valoración inmediata del menor, constituyendo su actuar falta en la calidad del servicio, desconocimiento de las guías de atención y por consiguiente mal enfocado clínicamente su procedimiento. Argumenta que no se necesita ser especialista en medicina para determinar, con los argumentos, elementos y documentos probatorios, que hubo negligencia médica por cuanto, de acuerdo con los protocolos para el caso en concreto, la torsión testicular debió haberse tratado dentro de las seis (06) horas siguientes al síntoma consultado por la señora Adriana Julieth Beltrán Hernández, a quien el médico José M. Orozco M., le sugirió medicamentos advil children y trimetropin y además le recomendó que de persistir los síntomas regresara al menor al centro asistencial para nueva valoración, en cuarenta y ocho (48) horas.

Indica que no es de recibo que el A quo haya tenido que emitir su fallo la insistente manifestación del extremo pasivo en cuanto que cuando el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, fue asistido por el médico José M. Orozco M., ya el infante devenía con cuadro de varias horas anteriores; razón que no es válida porque si eso hubiere sido observado por el médico del primer tratamiento que esta situación databa de horas o días anteriores, hubiese ordenado la inmediata intervención para efecto de extracción del testículo afectado, pero su desconocimiento de carácter pediátrico conllevó a que - a ciegas - ordenara los medicamentos paliativos de lo que para el médico era una simple inflamación.

Advierte la palmaria irresponsabilidad del médico José M. Orozco M., quien al momento de la primera valoración funge como Hospital Departamental San Vicente de Paul, por cuanto laboraba para este centro asistencial, toda vez que, debió haber sometido al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, a procedimiento y valoración especializada, ya que el cuadro clínico que presentó el paciente y por la edad de

éste, era necesaria indiscutiblemente la atención por parte de un especialista en pediatría.

Señala que el Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, debe responder patrimonialmente por la falla en el servicio, tanto por los perjuicios de orden futuro en aspecto fisiológico, psicológico y de la vida en relación y perjuicios morales causados o inferidos en la persona del menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, así como los perjuicios morales en la persona de Adriana Julieth Beltrán Hernández y Wilber Méndez Monje como progenitores del menor afectado.

Concluye que es evidente que hubo negligencia médica que condujo a un daño irreparable en la humanidad del menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, por tanto, solicita se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, condenando al pago de los perjuicios materiales, morales y de vida en relación.

Parte demandada

E.S.E. Hospital Departamental "San Vicente de Paul" de Garzón

El apoderado del ente hospitalario encuentra que la sentencia recurrida se halla conforme a lo probado dentro del proceso y lo descrito en la historia clínica del paciente la cual es prueba conducente y útil.

Afirma que quedó plenamente acreditado dentro del proceso, a través de prueba documental y pericial, que no existió un error de diagnóstico ya que en medicina existen diagnósticos diferenciales, entre los cuales se encuentran principalmente la torsión testicular y la orquitis o epidimitis. Así mismo, que teniendo en cuenta la edad del paciente, la leucocitosis evidenciada en el cuadro hemático realizado y el cuadro de evolución de 36 horas manifestado por la madre del menor, el diagnóstico de orquipedimitis se hallaba acorde al cuadro clínico del paciente, pues, el dolor en la torsión testicular suele ser de inicio súbito, de gran intensidad, comúnmente asociado a síntomas neurovegetativos tales como náuseas y vómito, sintomatología que no refirió la madre del menor.

Indica que fue claro el perito de la Universidad Nacional de Colombia, urólogo especialista en pediatría, donde se concluye que *"los procedimientos realizados estuvieron indicados según la edad del paciente el cuadro clínico y sobre todo el*

tiempo de evolución" la causa adecuada de la pérdida del testículo izquierdo del menor no se derivó de falla alguna imputable a su representada, sino por el contrario de la demora de 36 horas en consultar al servicio médico por parte de los interesados, pues aún habiéndose advertido en la consulta inicial efectuada el día 25 de diciembre de 2009, la torsión testicular según lo previsto por la literatura médica, el médico tratante como el especialista en urología, el resultado hubiese sido el mismo.

Respecto a los daños materiales y morales reclamados por los accionantes precisaron que no existe dentro del expediente prueba de la congoja alegada por la parte actora como tampoco daño a la vida de relación alguno, pues el daño deprecado por los mismos no se halla probado con la simple relación de parentesco existente entre los demandantes. Es así que, no habiendo acreditado la parte demandante, los elementos necesarios de la falla en la prestación del servicio, como la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta, no se pueden acoger las pretensiones.

Por último, solicitó se confirme en su totalidad el fallo de primera instancia recurrido y se exima a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Garzón, de cualquier responsabilidad en el asunto demandado.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público en esta etapa procesal guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

- **COMPETENCIA**

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.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de

descongestión del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

- **CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN**

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos[8], la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En el *sub examine*, se demanda por una falla en la prestación del servicio de salud que habría provocado que el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán sufriera pérdida de su testículo izquierdo debido a la torsión testicular padecida. Sobre este punto, en el expediente está acreditado que fue el día 29 de diciembre de 2009 el día en que se presentaron los hechos consistentes en la que se le practicó cirugía de extracción de testículo izquierdo al menor[9], por lo que el término de los dos años corría desde el día siguiente, esto es, el 30 de diciembre de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2011.

Los demandantes solicitaron conciliación prejudicial el 18 de marzo de 2010 ante la Procuraduría 90 Judicial I Administrativa de Neiva, quien dio por cumplido el requisito de procedibilidad el 18 de junio de 2010[10]. Como se observa, la demanda fue radicada el 11 de febrero de 2011[11]. Así pues, es claro que se demandó dentro de la oportunidad legal.

- **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda,

[8] Ley 446 de 1998.
[9] Folio 31 del cuaderno principal.
[10] Fls. 33-34 cdno. Ppal.
[11] Folio 40 del cuaderno principal.

de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva. A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado, mientras que la legitimación material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

Legitimación en la causa de los demandantes

Los señores Adriana Julieth Beltrán Hernández y Wilber Méndez Monje, actuando en nombre propio y el de su menor hijo[12], Wilfor Andrés Beltrán Méndez a través de apoderado judicial, comparecieron a este proceso como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa[13].

Legitimación en la causa de la demandada

La demandante formuló la imputación contra la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón - Huila, de modo que se encuentra legitimado de hecho en la causa por pasiva, pues a éste se le imputa el daño que la parte actora alegó haber sufrido.

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que el tema no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de la demandada en la causación del daño que se alega y si ello resulta imputable como condición necesaria para que proceda la declaratoria de responsabilidad pretendida.

- **PROBLEMA JURIDICO**

[12] Fl. 32 del cuaderno principal.
[13] Folio 1 del cuaderno principal.

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si la pérdida del testículo izquierdo del menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán es un daño antijurídico imputable a la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón Huila. En concreto, tendrá que establecer si este hecho se produjo porque el diagnóstico médico efectuado al menor fue erróneo conllevándolo a sufrir dicha pérdida o si, por el contrario, la entidad no tiene ninguna responsabilidad.

- **TESIS**

La Sala de Decisión de esta Corporación revocará integralmente la sentencia objeto de estudio, en tanto, fueron acreditados los elementos de responsabilidad del Estado en cabeza de la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón – Huila.

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Elementos de Responsabilidad Extracontractual del Estado

La responsabilidad del Estado encuentra sustento jurídico en el artículo 90 constitucional, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, que al efecto es perentorio en afirmar que *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".*

Según el precitado artículo de la Constitución Política, todo daño antijurídico que pueda ser imputado a una autoridad pública por acción u omisión compromete su responsabilidad patrimonial, así pues, para que la responsabilidad de la administración surja, se requiere que exista un daño antijurídico, esto es, una lesión de bienes jurídicos que el sujeto determinado no está en la obligación de soportar, daño este que debe ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida; aunado a ello, se requiere que ese daño antijurídico sea imputable al Estado, lo que es lo mismo, que haya un nexo o vínculo de causalidad entre la acción u omisión de la autoridad pública y el daño antijurídico.

En cuanto al daño antijurídico, el H. Consejo de Estado[14] ha señalado que éste se define como *"La lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho",* en otros términos*, aquel que se produce a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación."*

A su vez en relación con la naturaleza del daño antijurídico, dicha Corporación[15] ha sostenido reiteradamente que *"ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En este sentido se ha señalado que: "en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico."*

Así las cosas, cuando resulte probado el daño antijurídico por parte de quien lo alega, se hace necesario determinar el criterio de imputabilidad del daño a la administración, por lo que, en este sentido, el H. Consejo de Estado[16], señaló:

(…)

> *"En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la "atribución de la respectiva lesión" en consecuencia, "la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política"(…)*

De conformidad con lo planteado en precedencia, para endilgar responsabilidad al Estado, debe acreditarse la existencia de un daño antijurídico, y que dicho daño pueda ser imputable al Estado, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, entre

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. *Cfr*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.
[15]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.
[16] Consejo De Estado - Sala de Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - SUBSECCION C - Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ - Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012) - Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08790-01(24776) Actor: JOEL MACÍAS CATUCHE Y OTROS; Ddo: CAJANAL Y OTRO, Referencia: APELACION DE SENTENCIA. ACCION DE REPARACION DIRECTA.

otros, los cuales deben analizarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

- Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Respecto del régimen de imputación de la actividad médica, el H. Consejo de Estado, tiene abundante jurisprudencia que ilustra el tema, razón por la cual, esta Corporación trae a colación el análisis efectuado por la misma, en tanto que deberá ser tenido en cuenta para resolver el asunto sub judice[17]:

"(…)

Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el **de falla del servicio,** realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la **falla probada del servicio** el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria[18].

En el mismo sentido, partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación[19], *"… en la medida en que el demandante alega que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización…"*[20].

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

"… los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz"[21].

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la *"lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz",* se debe observar que esta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

---

[17] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00147-01(52993). Actor: RUBIEL MONSALVE CARDONA Y OTROS. Demandado: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA.
[18] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.
[19] Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.
[20] Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.
[21] Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

*"**La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir.** Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal "que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada"[22].(Negrilla de la Sala)*

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que

"Todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"[23].

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

"Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incómoda.

"Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-<u>Debe ser integral</u>:

"(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento[24], así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente[25] o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser

[22] Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.
[23] Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.
[24] Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado "para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento"; así como en el "mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos", ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento". FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.
[25] En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"[26].

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

"La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización –más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (…) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)"[27] *(subrayado fuera de texto).*

(…)

7.- Oportunidad de sanar como parte del derecho a la salud – pérdida de la oportunidad[28]

Debe preverse que la prestación del servicio de salud protege, principalmente, el derecho a la vida y a la integridad psicofísica del paciente, así como el mismo derecho a la salud y a su recuperación, lo cual quedó ampliamente conceptualizado en los acápites precedentes.

En este entendido deben observarse los derechos a la salud y a la recuperación de la salud, que bajo las voces del artículo 49 constitucional[29] se promocionan y protegen mediante la garantía del servicio público de salud, que a su vez resguardan los derechos a la vida y la integridad psicofísica del paciente.

De manera que en aquellos casos en que no logre acreditarse, fehacientemente, que la falla en la prestación del servicio de salud fue causa directa de la muerte del paciente, porque éste ya se encontraba en una precaria condición de salud, lo importante será determinar que el servicio de salud a que dicho paciente tenía derecho se prestó en condiciones de integralidad para garantizar los derechos adicionales de protección y recuperación de la salud, contenidos en el artículo 49 constitucional.

En este sentido, el H. Consejo de Estado ha considerado:

(…)

"…Debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes —a lo cual se hizo alusión precedentemente— en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales ***la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad***

[26] Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.
[27] Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.
[28] Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, Exp. 37.504.
[29] **Artículo 49.** La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

*"**Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente? o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente?***

- En cuanto al primer punto: "la muerte" del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. ***Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público.***
(…).
En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de "chance" u oportunidad para la recuperación del paciente?.

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse".

La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo:

'Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una 'pérdida de una oportunidad'. Al respecto dice Ricardo de Ángel Yaguez:

'Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d'une chance, que se podría traducir como 'pérdida de una oportunidad'.

'CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

'Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa,

porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

'En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo'. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir'[30]*.*

La pérdida por parte de Franklin, de esa oportunidad para recuperarse sí tiene nexo directo con la falencia administrativa.

El elemento de responsabilidad, nexo de causalidad, se estableció indiciariamente: …" (negrillas en el texto original).

En otra ocasión la Sala formuló consideraciones que mediante el presente pronunciamiento se reiteran en punto de la naturaleza jurídica de la noción de pérdida de oportunidad, de su ubicación en la estructura del juicio de responsabilidad por fuera del examen de la causalidad —de modo que la figura en cuestión mal podría considerarse como un sucedáneo de la acreditación del vínculo causal, mismo que, no obstante, se recalcó que puede probarse valiéndose de la demostración de una probabilidad determinante o suficiente, con apoyo en prueba indiciaria[31]*—, de la necesidad de cuantificar científica y*

[30] Nota original de la sentencia citada: Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actor Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S.

[31] En relación con este extremo la Sala sostuvo lo siguiente:
"En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia" ─ Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.─, es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad", que permita tenerlo por establecido.
De manera más reciente se precisó que la exigencia de "un grado suficiente de probabilidad", no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios ─ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.─. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15.772).

estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho ***dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite ─como no podría ser de otro modo─ la existencia del correspondiente ligamen causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda***[32]*:*

"También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad", cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal*.*
(…)
Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. Sin embargo, esas afirmaciones se quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, ***y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos porcentuales***[33][34][35]*.*

[32] Como de hecho fueron denegadas en el caso concreto resuelto mediante el pronunciamiento en cita, en el cual el análisis se centró en establecer si existía, o no, vínculo causal entre la producción del paro cardiorrespiratorio que sufrió un menor de edad en fase de pos operatorio y la prestación del servicio médico que la parte demandante calificaba como negligente y errada en todas sus etapas; por el contrario, el Hospital demandado adujo en su defensa que el referido paro fue una consecuencia natural e inevitable de la grave enfermedad que aquejaba al paciente. La Sala consideró que si bien las pruebas testimonial y documental recaudadas en el proceso hacían evidente la ocurrencia de irregularidades en la prestación del servicio médico, no existía elemento acreditativo alguno que permitiera construir un indicio en torno de la existencia de nexo causal entre el paro cardiorrespiratorio que sufrió el menor en el pos operatorio y la irregular atención que se le brindó desde su llegada al Hospital y en el acto quirúrgico propiamente dicho. Al contrario, la Sala estimó que obraban pruebas en el expediente que confirmaban que el daño constituyó una secuela natural de la propia enfermedad, la cual no pudo ser evitada por los médicos que lo asistieron y, en consecuencia ─como se ha dicho─ fueron denegadas la pretensiones de la demanda, para lo cual se argumentó que la noción de pérdida de pérdida de oportunidad no puede ser empleada como sucedáneo de la prueba del vínculo causal entre la falla y el daño a reparar.
[33] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).
[34] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 20.139.
[35] Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 23.632,

Así la cosas, de lo que se trata es de proteger la oportunidad que el paciente tiene de recuperar la salud y evitar la concreción del desenlace fatal – muerte, por lo cual la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, otorga a los pacientes el derecho a recibir atención oportuna y eficaz - integridad en la prestación del servicio – acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad.

- **CASO CONCRETO**

De acuerdo con lo manifestado en el libelo introductorio, los demandantes manifiestan que el daño causado obedeció a una falla en el servicio imputable a la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón - Huila, con ocasión a la atención inicial prestada de manera equivocada en el servicio de urgencias al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, la cual provocó - en su criterio- la pérdida de uno de los testículos del menor.

Por su parte, la Empresa Social del Estado señaló que no existe responsabilidad alguna, por cuanto, revisada la historia clínica y teniendo en cuenta que el diagnóstico final realizado al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán fue una torsión testicular, se concluye que la consulta inicial generada a las 36 horas de evolución del cuadro clínico, exonera de cualquier posibilidad de rescate de ese órgano, y una opción válida de manejo de acuerdo a tal evolución es la aplicación de medidas conservadoras como reposo y analgésicos, como lo realizó la entidad.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta lo alegado por las partes y las pruebas que se encuentran en el proceso, la Sala analizará si la entidad demandada es responsable del daño alegado por la parte demandante, debido al presunto mal diagnóstico del profesional en medicina que atendió al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán en el servicio de urgencias.

De lo probado en el proceso

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tienen por acreditados los siguientes hechos relevantes:

1. El 25 de abril de 2007, nació Wilfor Andrés Méndez Beltrán, cuyos padres son Wilber Méndez Monje y Adriana Beltrán Hernández, de conformidad con el registro civil de nacimiento.[36]

2. El día 25 de diciembre de 2009, siendo las 22:36 horas, el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán fue atendido en el servicio de urgencias de la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón – Huila, cuyo motivo de consulta queda registrado en la historia clínica así:

   "Tiene los testículos hinchados
   Paciente con cuadro clínico de +/- 36 horas de evolución consistente en edema escrotal progresivo de predominio (…) dolor testicular por lo cual consulta, niega fiebre, escalofríos u otro síntoma. No traumatismos.
   (…)
   Impresión Diagnostica:
   Edema Escrotal
   Orquitis
   Plan:
   1.Analagesico
   2.Ibuprofeno
   3.Trimetopina.
   Al menor le realizaron exámenes de laboratorio: Proteína C Reactiva, Hematología, Nitritos, Glucosa, Cuerpos Cetónicos, Urobilinógeno, Bilirrubina, Sedimento Urinario, Células Epiteliales Bajas, Bacterias, Leucocitos, Hematíes, siendo las 11:49:25 pm"[37]

3. El día 27 de diciembre de 2009, siendo las 13:54:02, el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán ingresó al servicio de urgencias de la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paul, con la siguiente descripción:

   "dolor en los testículos y cuadro clínico de 3 días de edema y eritema de ambos testículos, dolor del testículo izquierdo, no fiebre, no vómito, no síntomas urinarios, deposición normal. Recibe desde hace 2 días ibuprofeno y otro fármaco no recordado.

   Diagnóstico: Torsión de testículo
   Orquitis, Epidemitis y Orquiepidimitis sin abceso
   Dolor, no especificado
   Dolor testicular izquierdo principal
   Indicaciones médicas: Valoración por cirugía general
   Doppler testicular"[38]

4. El día 28 de diciembre de 2009, en la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paúl Garzón - Huila se le realizó al paciente Doppler testicular, con equipo de tiempo real y transductor lineal multifrecuencia de alta frecuencia.

   "Opinión: Hallazgos que pudieran corresponder con torsión testicular izquierda. Sugiero correlacionar con exámenes de laboratorio para definir conducta. Si es posible repetir Doppler testicular con ecógrafo que tenga transductor lineal con frecuencia mayor de 10 Mhz.

[36] Fl. 32 expediente principal.
[37] Fl. 8-11 expediente principal
[38] Fls. 5-6 expediente principal.

Nota: Cabe señalar que el Doppler color en niños pequeños no presentan alta sensibilidad para valorar la circulación testicular."[39]

5. El 28 de diciembre de 2009, siendo las 11:20 p.m. el doctor Diego Tovar médico del servicio de urgencias remitió al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán a la Clínica Medilaser, con el fin de realizarle cirugía pediátrica. En la historia clínica se señaló:

   "Paciente quien persiste con cuadro clínico de ingreso: fue valorado por el cirujano quien considera que puede cursar con orquitis vs torsión testicular izquierdo, solicitando así Doppler testicular que evidencia hallazgos que puede corresponder a una torsión testicular izquierdo, que no es concluyente, pero es sugestivo por lo que se requiere realizar estudio con ecografía de alta resolución"[40]

6. El 29 de diciembre de 2009, el menor Wilfor Méndez Beltrán fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Medilaser, el cual se dejó sentado en informe lo siguiente:

   "Pre- Operatorio: Torsión testicular izquierdo
   Cirugía 1. Orquidectomia izquierda
   Cirugía 2. Fijación testicular derecha
   Hallazgo Operatorio: Torsión completa del cordón espermático izquierdo con necrosis testicular izquierda. Testículo derecho sano.
   Procedimiento: Ligadura transfixiante y sección del cordón izquierdo, extracción del testículo izquierdo. Fijación del testículo derecho."[41]

7. Historia clínica de la atención prestada a Wilfor Andrés Méndez Beltrán en la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paul y la Clínica Medilaser.[42]

8. El 16 de agosto de 2012, el doctor José Manuel Orozco Martínez, rindió el siguiente testimonio:[43]

   "(…) A groso modo tengo conocimiento sobre el caso mencionado con un menor que perdió, se le hizo una orquitodectomia. Yo hice la primera atención a urgencias la madre del menor manifiesta un cuadro clínico de por los menos 36 horas de evolución de dolor y edema escrotal, por tiempo de evolución y teniendo en cuenta que un testículo sin circulación dura máximo 6 horas viable pienso que estaría cursando una posible orquipedimitis por su tiempo de evolución por lo que inicio manejo con analgésicos y antibióticos, se le explicó a madre y signos de alarma, aceptando y entendiendo lo explicado en el momento. Posterior a esto reingresa paciente, es atendido nuevamente en urgencias donde por persistencia de los síntomas es valorado por cirugía general quien considera cuadro de torsión testicular y decide remitir a tercer nivel donde realizan la extracción del testículo, que yo sepa eso fue lo que pasó.

   (…) PREGUNTADO: De acuerdo con lo narrado por usted anteriormente, si supuestamente el menor WILFOR MENDEZ BELTRÁN, presentaba un cuadro clínico de evolución de 36 horas y según lo dicho por usted ante una eventual torsión testicular se dispone de 6 horas para procedimiento, ¿porque se procedió

[39] Fl. 7 expediente digital.
[40] Fl.27-28 expediente principal
[41] Fl. 31 expediente principal.
[42] Fl. 104-161expediente principal.
[43] Fls. 190-191 expediente principal.

únicamente a formular Advil Children y Trimetropin? Sencillamente ya el testículo no era viable, en caso de presentar ese diagnóstico, ya el testículo no era viable por la explicación que anteriormente hice y sospeché de una orquipedimitis por lo también expuesto por el tiempo de evolución y leucocitosis en el cuadro hemático, que el manejo para esa patología es con analgésicos y antibióticos que fue lo que ordené. PREGUNTADO: Sin embargo, en la historia clínica y en la hoja de atención de urgencias de aquella noche de 25 de diciembre de 2009, cuando fuera atendido el niño WILFOR ANDRÉS MÉNDEZ BELTRÁN por usted, dice que no presentan otros síntomas ni traumatismos, a que se refiere cuando expone lo antes señalado? CONTESTO: Lo que intento al preguntar esto es descartar un evento traumático (un trauma testicular) que haya provocado el cuadro clínico del paciente. PREGUNTADO: Si es como usted ha afirmado y ante el diagnóstico que ha expuesto, porque no se ordenó inmediatamente la atención de un pediatra y se ordenó del Doppler testicular? CONTESTO: No solicité valoración por el servicio de pediatría, primero porque no es una patología competente de esta especialidad, segundo mi sospecha clínica era sobre una orquipedimitis, no creí pertinente. Por otro lado, lo de ordenar el doppler testicular, esas horas de la noche no hay servicio de radiología disponible en el hospital, en caso que fuera necesario. PREGUNTADO: ¿En la misma historia clínica a que nos hemos referido no hace alusión sobre orquipimitis y únicamente se limita a señalar la presencia de la evolución de un edema, porque se omite indicar tales términos en la historia? CONTESTO: Por lo anteriormente expuesta en la enfermedad actual, según la historia clínica no se colocan diagnósticos solo los signos y síntomas relatados por el paciente o acudiente, si no estoy mal se coloca el diagnóstico donde corresponda en la historia clínica. PREGUNTADO: De acuerdo con lo manifestado por la señora Adriana Julieth Beltrán Hernández, madre del menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, ¿usted le recomendó una vez recetado el menor que volviera en 36 horas según como siguiera el menor, que puede decirnos al respecto? CONTESTO: Con respecto a esto se lo comuniqué al dar egreso al paciente al explicarle las recomendaciones y signos de alarma, con el fin de hacer seguimiento a su patología y vigilar su evolución. PREGUNTADO: De acuerdo con lo narrado por usted, supuestamente el testículo izquierdo del menor Wilfor Andrés Méndez, ya se encontraba afectado al momento de la primera valoración, que tan urgente es a partir de ese momento la cirugía si es como dice tenía torsión testicular. CONTESTO: Ya explique anteriormente que el tiempo de evolución no sospeché una torsión testicular, la orquipedimitis también produce un dolor intenso, por otro lado ya no es emergencia la realización de la cirugía en dado caso que se hubiera diagnosticado en ese instante, dado que después de 6 horas, el testículo no es viable y si se hubiese dejado progresar el curso natural de ese testículo era la reabsorción de este no va a comprometer la vida del paciente, ni su futura vida sexual y necesidad de procreación, la emergencia es para tratar de salvar ese testículo durante las 6 primeras horas. PREGUNTADO: La señora Adriana Julieth Beltrán Hernández madre del menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, ha dicho que en ningún momento informó a usted sobre la evolución de 36 horas de evolución. CONSTESTO: Con todo respeto que se merece la madre del paciente, yo escribo en la historia clínica lo que ella me ha informado y ella mencionó un cuadro clínico que inició desde la mañana del día anterior que eso aproximadamente da para las 36 horas, así que no entiendo porque me están preguntando eso. PREGUNTADO: Como se explica que, si no tiene repercusiones a futuro un cuadro clínico como el que presentaba el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, el médico que le atendió nuevamente ante el dolor persistente decide enviarlo inmediatamente para la Clínica Medilaser a fin de que le practique la cirugía que para el caso es pertinente. CONTESTO: Dado la persistencia de los síntomas y el diagnostico ecográfico de torsión testicular y la no disponibilidad en su momento de la especialidad correspondiente para esta intervención que es urología por eso se decide remitir. PREGUNTADO: Definitivamente de acuerdo con su narración, supo usted desde el primer momento, cual era el clínico del menor, que padecía el menor en ese momento. CONTESTO: Si desde que lo atendí por el servicio de urgencias y vuelvo y repito por el tiempo de evolución mi sospecha clínica fue de una orquitis y en lo último que podría haber pensado dada la evolución hallazgos clínicos era de una torsión testicular."

9. De igual manera, rindieron testimonios los señores Gustavo Ramos Peña y Nury Stella Hernández Reyes, abuelos del menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán y convivían con el menor en la época de los hechos, quienes coincidieron en manifestar que en horas de la noche del 25 de diciembre de 2009, el niño se quejó de dolor en los testículos, en razón de lo cual procedieron a llevarlo al servicio de urgencias, siendo atendido aproximadamente a las 10:30 de la noche. Afirman que el médico manifestó que el niño tenía un virus y si persistía el dolor lo regresara al ente hospitalario.[44]

10. El día 16 de junio de 2015 el doctor Yair Cadena González, urólogo pediatra de la Universidad Nacional de Colombia dio respuestas al cuestionario enviado por el juzgado así:

> "a. Si los procedimientos realizados en la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón (H, eran los indicados de acuerdo al cuadro clínico del paciente y los protocolos aceptados para estos casos.
>
> R/=Al revisar la historia clínica, el paciente llega con un cuadro de 36 horas de dolor testicular bilateral, ante lo cual hay diagnósticos diferenciales entre los que están principalmente la torsión testicular. Ahora de presentarse una torsión testicular con 36 horas de evolución al momento del ingreso como esta registrado en la historia clínica, es muy poco probable que una intervención quirúrgica inmediata pudiera haber cambiado el desenlace final de pérdida testicular. En algunos casos cuando hay diagnóstico de torsión testicular y el tiempo de evolución es prolongado como fue el caso de este paciente una conducta puede ser esperar la evolución con medidas locales y posteriormente realizar la fijación testicular contralateral. De todo lo anterior podemos concluir que los procedimientos realizados estuvieron indicados según la edad del paciente el cuadro clínico y sobre todo el tiempo de evolución.
>
> b. Si la atención brindada al paciente se realizó dentro de los estándares de oportunidad señalados por el Ministerio de Protección Social.
>
> R/= Revisando la historia clínica del paciente la atención fue brindada con oportunidad adecuada al momento del ingreso del paciente a la institución de salud.
>
> c. Si el personal que brindó la atención médica al paciente era calificado de acuerdo a los estándares fijados por el Ministerio de Protección Social
>
> R/= El personal que brindó la atención es un médico graduado por lo tanto cumple los estándares de atención primaria.
>
> d. Si los casos de torsión testicular son frecuentes en la edad del paciente.
>
> R/= Los casos de torsión testicular no son los más frecuentes en la edad del paciente."[45]

[44] Fl. 193-196 cdno. Ppal.
[45] Fl. 244-245 cdno. Ppal.

Del Daño

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, en la cual debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado.

Así las cosas, estima este Tribunal que se encuentra plenamente probado el daño como primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez, que las piezas procesales analizadas no fueron controvertidas por la parte demandada y otorgan plena validez respecto de la acreditación del daño que se concretó en la ligadura transfixiante sección del codón izquierdo, extracción del testículo izquierdo[46], debido a la torsión testicular sufrida, generándole una afectación al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán.

Ahora bien, establecida la existencia del daño es necesario verificar si resulta antijurídico y, si el mismo es imputable fáctica y jurídicamente a la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón - Huila.

De la imputación

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que no encontró acreditado que la entidad demandada hubiere incurrido en falla del servicio. Para ello, tuvo en cuenta las conclusiones de la prueba pericial conforme a la cual los procedimientos realizados al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán estuvieron indicados según la edad del paciente, el cuadro clínico y el tiempo de evolución. Recordó que quien pretenda que en el proceso se declare la respectiva consecuencia jurídica, tendrá que probar entonces todos los

[46] Fl. 111 expediente principal.

elementos que se encuentren en el supuesto de hecho, conforme lo consagra el artículo 167 del C.G.P.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante en la apelación manifiesta su inconformidad respecto de los argumentos expuestos por el A quo. A ese respecto, indica que el a quo extrajo elementos sutiles de la declaración del médico José Manuel Orozco Martínez, tratante inicial por urgencias del menor perjudicado y no recogió aspectos relevantes que por su carácter de confesión permite colegir que hubo falla médica por negligencia en la prestación del servicio médico por error de diagnóstico al no apoyarse en un especialista pediátrico.

Previamente a determinar en el caso concreto si hubo equivocación en el diagnóstico y tratamiento realizado, y si ello fue así, si fue la causa eficiente para la producción del daño padecido por los actores, la Sala deberá hacer unas precisiones acerca de la prueba pericial decretada en el proceso y del testimonio rendido por el médico tratante que prestó sus servicios de manera inicial al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán.

Sobre la valoración del dictamen pericial, el Consejo de Estado ha considerado[47]:

> *"Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica respecto de la pericia convertiría al juez en un autómata y a los peritos en verdaderos decisores de la causa.*
>
> *"Ahora bien, la doctrina ha sostenido que es necesario que el dictamen pericial, para ser apreciado por el Juez reúna una serie de requisitos de fondo o de contenido para poder ser valorado, entre ellos los siguientes:*
>
> *'f) Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada 'razón de la ciencia del dicho', en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (...) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable (...).*
>
> *'g) Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos… puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de*

[47] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 15911. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

> *derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo ...*
>
> *'h) Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles (...) no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión ...*
>
> *'i) Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto. Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria'"*[48]*.*

Respecto de la prueba pericial corresponde al juez resolver sobre la procedencia del dictamen y, una vez lo decreta, determinar los puntos sobre los cuales versará el concepto. El inciso quinto (5º) del artículo 226 del Código General del Proceso señala:

> *ART.226.-* PROCEDENCIA. La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.
> *(…)*
> Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.
> (…)*"*

Conforme lo anterior, el juez no se encuentra amarrado a tener en cuenta las conclusiones efectuadas en un dictamen pericial, sino que este debe ser analizado en su conjunto como parte del acervo probatorio, de acuerdo con las reglas de la sana critica, dándole el valor que corresponda.

Teniendo en cuenta lo expuesto, considera la Sala que el dictamen pericial rendido dentro de la actuación es demasiado breve, escueto en cuanto a su contenido, toda vez que no se hizo mayor esfuerzo para explicar detalladamente el procedimiento clínico que debía aplicarse al paciente, en qué consistía la torsión testicular, cuál

[48] Original de la cita: *"DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Tomo segundo, Temis, Bogotá, 2002, pp. 321-326"*.

era la incidencia de tales diagnósticos diferenciales a fin de ilustrar al juzgador la diferencia entre el diagnóstico inicialmente dado y la torsión testicular resultante.

En ese orden, contrario a lo argumentado por el A quo, la prueba pericial no resulta suficiente para concluir de manera definitiva que la conducta asumida en el primer ingreso del pequeño paciente Wilfor Andrés Méndez Beltrán al Hospital Departamental San Vicente de Paul hubiera el más pertinente dadas las condiciones de signos y síntomas que padecía, motivo por el cual, el dictamen será analizado de manera conjunta con las demás pruebas allegadas al sub judice.

En cuanto al testimonio rendido por el médico José Manuel Orozco Martínez, en criterio de la Sala, se trata de una declaración cuya objetividad queda en entredicho, teniendo en cuenta que tiene interés directo en las resultas del proceso, dado que fue quien atendió al paciente de manera inicial en el servicio de urgencias de la E.S.E. Hospital Departamental San Vicente de Paul, habiendo determinado una conducta médica y un tratamiento al menor, estableciendo un diagnóstico que se demanda como errado, en razón de lo cual, será analizado con cierto mayor rigor por parte de esta Corporación.

En este orden de ideas, estudiado en su conjunto el material probatorio que reposa dentro del expediente se concluye que:

(i) El 25 de diciembre de 2009 el menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul a las 22:36 p.m. con cuadro clínico de +/- 36 horas, con edema escrotal y dolor en los testículos, dejando registrada la siguiente impresión diagnóstica: “Edema ecrotal y Orquitis viral”. Se le dio salida el 26 de diciembre de 2009 a las 00:25 horas.

(ii) El 27 de diciembre de 2009, el paciente ingresó nuevamente al servicio de urgencias de la ESE San Vicente de Paul, cuadro clínico de 3 días de edema y eritema de ambos testículos, dolor del testículo izquierdo. Siendo diagnosticado con torsión testicular izquierda, lo remitieron a entidad hospitalaria de II Nivel para cirugía pediátrica.

(iii) El 29 de diciembre de 2009 en la Clínica Medilaser, intervinieron quirúrgicamente al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán, realizándole una orquidectomia izquierda y fijación testicular derecha, consistente en ligadura

trasfixiante y sección del cordón izquierdo, extracción del testículo izquierdo. Fijación del testículo derecho.

Conforme lo anteriormente expuesto, en consideración de esta Corporación resulta evidente que desde el ingreso del paciente al servicio de urgencias del Hospital San Vicente de Paul de Garzón el 25 de diciembre de 2009, en horas de la noche llegó con la torsión testicular, padecimiento que no fue considerado en manera alguna por el médico tratante que ordenó su salida pocas horas después haciendo advertencias a la madre sobre señales de alarma. Debe observarse que la orden de salida del paciente se hizo sin haber efectuado un mínimo de estudios a efectos de establecer el diagnóstico a partir del cual determinar el tratamiento médico a instalar; máxime cuando podían presentarse diagnósticos diferenciales. A juicio del médico se trataba de una orquiepididimitis por ello ni siquiera consideró la posibilidad de una torsión testicular dado el tiempo de evolución del dolor en el paciente. Sin embargo, el paciente retornó pocas horas después al mismo centro hospitalario con la misma sintomatología de dolor, solo que en esta ocasión al menor le fue realizado un examen – doppler – que permitió confirmar el diagnóstico de la torsión testicular izquierda habiendo sido remitido a un centro hospitalario de tercer nivel con el servicio de cirugía pediátrica.

Esto demuestra que la atención brindada al menor Wilfor Andrés no fue oportuna ni diligente y dado que el médico que prestó la atención médica no tenía ninguna especialidad en urología o en pediatría ha debido apoyarse en los medios diagnósticos, esto es, esos exámenes complementarios, pruebas o técnicas utilizadas por los médicos ya sea para confirmar o descartar el diagnóstico de una determinada enfermedad, que en el caso concreto el examen más específico era el doppler testicular que le hicieron en el segundo ingreso.

La anterior circunstancia permite evidenciar claramente la falla del servicio médico por error en el diagnóstico por parte del médico tratante en el servicio de urgencias de la entidad hospitalaria demandada el día 25 de diciembre de 2009. A ese respecto, la Sala debe precisar que el error en el diagnóstico devino de la omisión de ordenar un examen que hubiera permitido esclarecer lo que estaba padeciendo el niño Wilfor Andrés dados los diagnósticos diferenciales que se podían dar frente a la sintomatología del paciente. De otra parte, la Sala debe reprochar lo sucedido en el caso concreto dado que el examen que se debía llevar a cabo – doppler testicular- podía ser llevado a cabo en la entidad hospitalaria demandada, por lo

que menos entendible resulta que, disponiendo de los recursos tecnológicos para determinar con precisión el padecimiento del menor no lo hubiera hecho, causando con ello un daño antijurídico que le resulta imputable a la entidad demandada.

Definido lo anterior, la Sala debe analizar si de haber recibido el paciente una atención médica oportuna y adecuada a la patología padecida, se hubiera evitado la pérdida de su testículo izquierdo o si, por el contrario, cuando Wilfor Andrés Méndez Beltrán acudió a la ESE Hospital San Vicente de Paul ya era tardío el tratamiento quirúrgico e inevitable el daño en cuanto a la pérdida de su testículo izquierdo.

Para resolver este punto, esta Corporación observa que de acuerdo con la historia clínica, se registra que el paciente ingresó con un cuadro clínico de +/- 36 horas de evolución; sin embargo, la abuela del menor afirma en su testimonio que ello no es cierto, por cuanto apenas el menor presentó la inflamación en las horas de la noche del 25 de diciembre fue inmediatamente trasladado por sus padres al hospital departamental San Vicente de Paul, siendo atendido aproximadamente a las 10:00 pm de la noche. Respecto de este testimonio, la Sala debe hacer precisión sobre el rigor con el cual debe ser considerado dado que de igual manera tiene interés en las resultas del proceso en razón de su estrecho parentesco con los demandantes. Dicho lo anterior, esta Corporación, aplicando las reglas de la experiencia, atendiendo la edad del menor cuando fue llevado a la consulta (2 años de edad), así como el día y la hora (noche del 25 de diciembre) se considera que son indicios serios y contundentes que los padres apenas observaron la inflamación y atendiendo la manifestación de dolor del infante lo trasladaron de inmediato a recibir la atención médica que requería. Es así que la Sala excluye el argumento de negligencia de los progenitores que fue planteada por la entidad demandada. Para la Sala, la negligencia evidente y demostrada radica en la entidad hospitalaria que disponiendo de los medios para establecer con exactitud el diagnóstico del padecimiento del niño, se abstuvo de hacerlo causándole un daño antijurídico que debe ser resarcido.

A pesar de lo anterior, no existe prueba alguna que con certeza permita establecer cuánto tiempo transcurrió desde la ocurrencia de la torsión del testículo al momento que los padres observaron al menor – según la abuela al momento de empijamarlo para dormir – y se produjo su traslado al hospital. Pudieron haber transcurrido varias horas, circunstancia que resulta relevante en tanto que en el proceso se acreditó

que la cirugía de urgencias se debe hacer en las primeras 6 horas de la sintomatología, por cuanto, después de ese término se pierde el testículo[49].

La anterior situación dificulta establecer de manera precisa los límites temporales para el tratamiento de la torsión testicular, dentro de los cuales existe la posibilidad de superar los efectos negativos del mismo. Sin embargo, lo que puede concluirse es que a ese lapso del cual no se tiene certeza se unió – con toda certeza- las horas transcurridas entre el ingreso del niño Wilfor Andrés Méndez al hospital el día 25 de diciembre de 2009, la orden de su salida en la madrugada del 26 de diciembre, su reingreso el 27 de ese mismo mes y año hasta que se le efectuó la cirugía para la extirpación definitiva de su testículo izquierdo – orquiectomía izquierda – y la fijación de su testículo derecho. Todo ese tiempo suma mucho más de 36 horas.

Se precisa que si bien es cierto se indicó en la historia clínica que se cuenta con un tiempo de seis (6) horas una vez surgen los síntomas de torsión testicular para intervenir al paciente con el fin de salvar el órgano, no obstante, no hay nada que lo confirme, por lo menos no se prueba en el expediente. De igual manera, el diagnóstico inicial claramente errado le impidió la oportunidad al menor de una intervención inmediata. Llama la atención de la Sala que se manifieste tanto en el dictamen pericial como por parte del médico José Manuel Orozco Martínez que en la edad del paciente es poco probable que se presente una torsión testicular, para justificar la orquitis como diagnóstico, pues ninguno explicó de manera científica la razón por la cual no era probable la torsión testicular en niños de 2 años, lo que finalmente si ocurrió como quedó debidamente acreditado.

Así las cosas, en criterio de esta Corporación y de acuerdo con el material probatorio recaudado, se tomará como término dentro del cual debía tomarse la decisión de una intervención quirúrgica al paciente para tratar la torsión testicular, el momento que ingresó al servicio de urgencia por primera vez, esto el 25 de diciembre de 2009 a las 22:36 horas. Así, el resultado favorable o no de la intervención quirúrgica estaría totalmente desligado de la atención médica inicialmente recibida, y solo dependería del estado real de la patología, dado que la responsabilidad del centro hospitalario demandado radicaba en la diligencia en la prestación del servicio de salud, pues la inmediatez del tratamiento era determinante para evitar la extirpación del testículo.

[49] Fl. 115 expediente principal.

Es pertinente recordar lo que ha establecido la jurisprudencia constitucional[50] en cuanto a la prestación en el servicio de salud que han sido ordenadas por un médico tratante, entre las cuales se encuentra el diagnóstico, los tratamientos y exámenes, adquieren un carácter fundamental respecto del paciente, al estar basadas y determinadas a partir del criterio científico y objetivo del profesional, para resguardar el derecho a la salud, pues es el profesional de la medicina el competente para indicar el tratamiento necesario para proteger o recuperar la salud del paciente, circunstancia que no ocurrió por parte de la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul dado que no se le dio un diagnóstico correcto a la patología sufrida por el menor, pues no se evidencia un mínimo esfuerzo en descartar que no podía ser una torsión testicular sino que indudablemente era una orquitis, lo que indiscutiblemente no ocurrió.

En este orden de ideas, considera la Sala que contrario a lo argumentado por el juez de primera instancia, las pruebas si muestran el incumplimiento por parte de la ESE Hospital San Vicente de Paul, la cual era la de dar el diagnóstico pertinente o en su defecto utilizar todos los medios a su alcance para lograrlo y adelantar el consecuente tratamiento. Aunque en materia médica siempre se aduce que tales obligaciones son de medio y no de resultado, pues la medicina no es una ciencia exacta, ellas, en cualquier caso, imponen al profesional el deber concreto de actuar con pericia, diligencia y cuidado, de conformidad con su especialidad y recursos.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado[51] ha insistido en que lo que se exige a las entidades que tienen a su cargo la prestación de los servicios médicos no es evitar la muerte o la lesión del paciente, porque los resultados no dependen exclusivamente de la conducta médica; pero sí se les demanda aplicar todo el conocimiento y desplegar con diligencia toda la actividad requerida para recuperar la salud del enfermo, así finalmente este resultado no se obtenga.

En consecuencia, la conclusión a la que se arriba la Sala en la presente causa, permite establecer que existe responsabilidad del Estado, por la falla en el servicio médico asistencial prestado al menor Wilfor Andrés Méndez Beltrán en la ESE

[50] T-563/2013

[51] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS. Bogotá D.C., abril veintiséis (26) de dos mil dos (2.002). Radicación número: 05001-23-26-000-1992-0861-01(13675)

Hospital Departamental San Vicente de Paul, por el error en el diagnóstico dado, lo que le impidió tener la oportunidad de ser intervenido quirúrgicamente por la torsión testicular sufrida, pues, sin duda alguna existió una inocultable negligencia médica, lo que generó un inadecuado tratamiento provocando la pérdida parcial del órgano, por la tardanza en la determinación del diagnóstico. En razón de lo cual, se deberá revocar la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Quinto Administrativo Oral de Neiva.

A continuación, la Sala procede a estudiar lo pertinente para la tasación de los perjuicios morales y del daño a la salud.

Indemnización de perjuicios

Para la determinación de perjuicios morales y por daño a la salud, la Sala debe indicar que, pese a que no existe dictamen médico legal para establecer las secuelas de la lesión, que – dicho sea de paso – no necesariamente tienen que existir, no se puede desconocer que si hubo una lesión, que como consecuencia de ella el demandante padeció de dolor no solamente físico sino moral por no sentir sus órganos completos como sus testículos, por la incomodidad de tener uno solo, dado que el testículo izquierdo le fue extraído, lo que justifica que sea debidamente indemnizada.

Perjuicios morales

Tal como lo enseña el Consejo de Estado, para el reconocimiento de los perjuicios morales en cabeza de la víctima, se aplican las reglas de la experiencia conforme a las cuales se presume que la lesión afecta a la víctima directa y asimismo a sus padres. Adicionalmente, obran dentro del expediente los testimonios de personas cercanas a la familia[52], como son las testigos Nury Stella Hernández Reyes y Gustavo Ramos, quienes dan cuenta de la afectación que la lesión de Wilfor Andrés Méndez Beltrán produjo en sus padres.

Para demostrar el daño moral de los parientes del afectado, la posición jurisprudencial del Consejo de Estado ha sido pacífica sosteniendo que basta la acreditación del parentesco para inferir el daño moral, por cuanto: a) la presunción

[52] Ver cuaderno ppal, folios 193 al 196

de los perjuicios morales causados a los parientes de la víctima del daño no la sustenta el tipo de lesión, sino la lesión misma, y b) al causar dolor a una persona, genera, por la misma naturaleza humana, aflicción a las personas más próximas.[53] El tipo de lesión, se concluyó, es útil para determinar la intensidad del daño y es relevante para la graduación del perjuicio. En tal sentido, se precisa a la entidad demandada que sólo con la acreditación del parentesco de los padres del menor se infiere que sufrieron moralmente por el daño ocasionado a Wilfor Andrés Méndez Beltrán.

Si bien los montos de los perjuicios se encuentran estipulados en una tabla del Consejo de Estado, los cuales determinan el valor a indemnizar de acuerdo a cada caso, se recuerda que en el sub lite no se encuentran los días de incapacidad dada con ocasión de la extracción del testículo izquierdo del menor, ni tampoco el porcentaje de la pérdida de capacidad por la lesión sufrida, en razón de lo cual la Sala lo estimará para liquidar el perjuicio moral en veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para Wilfor Andrés Méndez Beltrán y veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para sus padres Adriana Julieth Beltrán Hernández y Wilber Méndez Monje.

Por daño a la salud, la Sala los estima a favor de la víctima directa en treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Perjuicios materiales

En relación con esta tipología de perjuicios, la parte actora no allegó al proceso prueba alguna que permita determinar su existencia, por lo que no hay lugar a imponer condena por los mismos.

- **COSTAS**

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, 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.

[53] Consejo de Estado. Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836)

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,

V.- FALLA

PRIMERO: **REVÓQUESE** la sentencia de fecha 18 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Neiva por las razones expuestas en precedencia, y en su lugar:

1. **DECLÁRASE** administrativamente responsable a la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, Huila, por la falla en el servicio de salud prestado a Wilfor Andrés Méndez Beltrán.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNESE** a la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, Huila, a reconocer y pagar, a título de indemnización por perjuicios morales a:

   (i) Wilfor Andrés Méndez Beltrán, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
   (ii) Adriana Julieth Beltrán Hernández, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
   (iii) Wilber Méndez Monje, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

3. **CONDÉNESE** a la ESE Hospital Departamental San Vicente de Paul de Garzón, Huila, a reconocer a reconocer y pagar, por concepto de indemnización por daño a la salud a Wilfor Andrés Méndez Beltrán, la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

SEGUNDO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Huila. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOEMI CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA **JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-33-31-003-2011-00053-01)

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa

SIGCMA

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

38ab8483462f7d58d540b2bd658c64b3f6e6209eec66a442577dfffe6c9a430c

Documento generado en 15/10/2021 05:35:50 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica