

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 6****MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Tunja,

26 ABR 2018.

MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA**DEMANDANTE: RUBIELA TELLEZ****DEMANDADO: HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA- OLEXIY
KAMENYAR****RADICADO: 15001 33 33 005 2013 00105- 01****I. ASUNTO A RESOLVER:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fls. 686-711) contra la sentencia del 13 de Mayo de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

II. ANTECEDENTES:

2.1. LA DEMANDA (fls. 2-14). Por conducto de apoderado judicial constituido al efecto y en ejercicio del medio de control de reparación directa, la señora RUBIELA TELLEZ presentó demanda con el fin de que se les declare administrativa y extracontractualmente responsables a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al médico OLEXIY KAMENYAR por los perjuicios presuntamente causados a la parte actora, con ocasión del irregular procedimiento quirúrgico practicado en su brazo izquierdo. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a los demandados al pago de: i) 100 SMLMV por concepto de daños morales, ii) 100 SMLMV por concepto de daño en la vida en relación y iii) 100 SMLMV por concepto de Daños Materiales, o lo que resultara probado.

2.3.-Hechos en que se fundamentan las pretensiones (fls. 3-4):

En síntesis, los presupuestos fácticos que sustentan la demanda indican que la señora Rubiela Téllez sufrió una fractura del HUMERO IZQUIERDO el 25 de Abril de 2011; una vez fue remitida al HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA E.S.E, el 26 de Abril de 2011 fue intervenida por el médico ortopedista de la Institución OLEIXY KAMENYAR; como consecuencia del mal procedimiento quirúrgico, la actora sufrió una notoria deformidad y una perturbación funcional de su brazo izquierdo, además de una *"SECUELA FUNCIONAL DEL MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO, DE CARÁCTER PERMANENTE Y UNA SECUELA FUNCIONAL DEL ORGANO DE LA APRENSION, TAMBIEN DE CARÁCTER PERMANENTE"*.

Como resultado de tales daños estuvo incapacitada por más de 150 días y sufrió una disminución en su capacidad laboral; finalmente manifiesta que el 12 de Abril de 2013 fue intervenida quirúrgicamente para corregir los errores de la primera cirugía en la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja, por el médico Julián Camargo Ramírez, ortopedista de la institución

2.4.- SENTENCIA IMPUGNADA (fls. 671 - 689). Surtidas las ritualidades legales del trámite procesal en primera instancia, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja profirió sentencia el 13 de mayo de 2016, negando las pretensiones de la demanda en razón a que no resultó probada la falla en el servicio ni el nexo causal entre el daño y el hecho del que se derivó.

Manifestó el A quo que valorado el material probatorio aportado al proceso junto con los testimonios rendidos, especialmente el de el especialista en cirugía ortopédica Julio Sandoval Reyes, quien en síntesis dijo que la lesión del nervio radial se asociaba con las patologías del hueso humero en un 11.8%, y que si el daño se evidenciaba antes o durante la cirugía, el médico ortopedista contaba con los conocimientos suficientes para corregirlo sin necesidad de la concurrencia de un neurocirujano, e incluso repararlo si lo encontraba dañado; de esto coligió el A- Quo que la lesión

del nervio radial era un riesgo probable en el tipo de cirugías a la que se sometió la demandante, mas no por lo mismo tendría responsabilidad el demandado puesto que, si bien tal lesión al parecer si fue consecuencia de la cirugía, se encontró probado que el demandado OLEXIY KAMENYAR manejo el proceso adecuado y no se apartó de las prácticas necesarias en razón a la patología de la paciente, recalcando que según el criterio jurisprudencial expuesto se concluyó que las obligaciones de la actividad médica son de medio y no de resultado.

Aunado a lo anterior, manifestó que la E.S.E HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRÁ brindó acompañamiento durante la evolución del tratamiento quirúrgico de la demandante y que, si bien hubo retardos para la remisión al servicio de neurocirugía, tal irregularidad obedeció a factores que no estaban bajo el control de los demandados.

De otro lado manifestó el Juez de instancia que la *angulación* de la fractura, la falta de su consolidación y la desfijación de la placa fueron eventos que no se generaron por las actuaciones de los demandados y que respecto a esto la demandante no probó el cumplimiento de las recomendaciones médicas consistentes en terapias físicas.

En suma, el *A quo* adujo que la deformidad del brazo izquierdo alegado por la actora no fue producto de la intervención quirúrgica sino de la caída que sufrió, por lo que declaró que no existió responsabilidad de los demandados pues no se probó la falla en el servicio ya que la asistencia médica fue recta y permanente a favor de la paciente.

2.5.- RECURSO DE APELACIÓN (fl. 686-711). Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación en el cual señaló que el juez incurrió en aseveraciones especulativas al inferir que la lesión de la actora fue producto de la fractura o el trauma que sufrió o que era un riesgo inherente a la cirugía de osteosíntesis sin encontrarse probada ninguna de dichas tesis, siendo de relevancia determinarlo.

Recalcó el encontrarse probado que el diagnóstico de la demandante fue "fractura transversa tercio medio humero izquierdo" al momento de ingresar al centro hospitalario de Moniquira, y que dicho hospital faltó a la verdad al transcribir la historia clínica de la accionante y enunciar como diagnóstico "fractura humero izquierdo desplazada", añadió que los demandados en sus escritos de defensa no sustentaron probatoriamente ninguna de las variadas tesis propuestas del porque tuvo tal daño en el nervio radial la accionante, tales como la falta de cuidado de la señora Rubiela o a raíz de la caída que le ocasionó la fractura o si se dañó en la cirugía.

Alegó el apelante que el A quo tuvo como probado que la lesión del nervio es una complicación inherente a dicho tipo de procedimientos quirúrgicos, más no existía prueba fehaciente de tal afirmación puesto que, según el testimonio del especialista Sandoval Reyes, la probabilidad de dicho daño era inferior al 12% y para que sea considerada como riesgo debe ser superior al 60%, además el mismo testigo manifestó la posibilidad de reparar el nervio si el médico tratante se percataba del daño, por lo que el apelante consideró que el médico OLEXIY no revisó que el nervio estuviera indemne al momento de finalizar la cirugía, advirtiendo además, que en el consentimiento informado que se proporcionó a la accionante no se cumplía con los requerimientos mínimos de ley y tampoco le dieron a conocer los riesgos a los que estaría expuesta en dicha cirugía, constituyéndose así una falta a la LEX ARTIS por ser una obligación del ejercicio profesional de la medicina.

De otro lado indicó que el juez no tuvo en cuenta la gravedad de las lesiones de carácter permanente de la accionante como consecuencia del mal procedimiento pues sufre una lesión en el nervio radial y del músculo, que impide la extensión de la muñeca, además de una disminución de las amplitudes de los potenciales motores de los nervios músculo - cutáneo y axilar izquierdos, consecuencia de ello y catalogado por medicina legal un cuadro compatible con un episodio depresivo moderado, también en calificación de la junta regional de invalidez una pérdida de la capacidad laboral del 46.1%.

Agregó el apelante que en el fallo impugnado no se tuvo en cuenta que el material de osteosíntesis utilizado no era el adecuado en razón al testimonio del Doctor Sandoval puesto que según el mismo era necesaria una placa más larga y se requería mayor cantidad de tornillos a los utilizados.

De otra parte alegó que de acuerdo al artículo 206 del CGP las partes demandadas no objetaron el juramento estimatorio de la cuantía y como consecuencia de tal, debían tenerse como probadas las pretensiones de la demanda.

En cuanto al nexo causal estimó el apelante que el a quo no lo tuvo en cuenta, exponiendo que se encontraba probado que el daño al nervio radial ocurrió intra- quirúrgicamente, sin que el médico tratante lo notara hasta el día siguiente post operatorio, debiendo haber revisado tal daño antes de cerrar la incisión, como fundamento de lo anterior, la historia clínica de la paciente donde solo se habla de tales hechos hasta el día siguiente de la cirugía cuando la paciente manifestó sintomatología pertinente a tal afectación, aunado a esto manifestó que el acta de consentimiento informado no es un documento válido puesto que no se avizora en la misma una explicación pormenorizada de los riesgos de la cirugía por parte del médico tratante; constituyéndose así, según el apelante, la relación de causalidad entre la falla médica observada y el daño ocasionado a la demandante.

Finalmente, y basado en los argumentos relatados, solicitó se revocara la sentencia de primera instancia y se condenara a las partes demandadas por los perjuicios materiales e inmateriales, costas y agencias en derecho.

2.6.- Trámite surtido en la segunda instancia. Una vez concedido en la primera instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl. 713), esta Corporación dispuso su admisión, y ordenó notificar personalmente dicha decisión al Agente del Ministerio Público (fl. 718); seguidamente, se negó la práctica de pruebas solicitada por la demandante (fl. 732-733), se ordenó la presentación de alegatos de conclusión por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación

de esa providencia (fl. 737), término dentro del cual únicamente la apoderada del señor OLEXIY KAMENYAR se pronunció al respecto, para reiterar los argumentos expuestos en primera instancia, además señaló:

Que, de acuerdo al material probatorio anexado y los testimonios evaluados, la atención suministrada por el Hospital Regional de Monquirá E.S.E a la demandante, fue la adecuada y que las complicaciones posteriores a la cirugía son propias de la misma u obedecen a factores externos, principalmente al proceso de recuperación y tratamientos de rehabilitación o falta de cuidados de la paciente, ya que no se encontró probada una mala praxis médica o que la demandante atendió las recomendaciones post quirúrgicas, invocando así, la inexistencia del nexo de causalidad.

Agregó que respecto al testimonio del doctor Sandoval, quien atendió a la paciente en 2012, manifestó que el material a utilizar en la cirugía obedecía al criterio de cada cirujano, y también que la placa no era el motivo de "no unión de la fractura, ni falla de material de osteosíntesis" y que, "no existía incompatibilidad entre placa y tipo de fractura de la paciente"

Añadió que, el referenciado testigo indicó un porcentaje alto del 11.8% de lesiones del nervio radial relacionados con el tipo de fracturas en cuestión, más no pudo definir la causa de la lesión, recordando así que la accionante sufrió la fractura al caer sobre el brazo y recibir golpe directo de una estructura metálica y que estadísticamente dicho trauma no solamente recae en fractura de huesos sino en daño de los tejidos blandos.

De otro lado manifestó que la paciente sí fue ilustrada por el demandado Kamenyar de los riesgos del procedimiento realizado, tal como consta en la historia clínica.

En cuanto al testimonio de la especialista en fisioterapia, Diana Angulo, ésta no pudo definir la causa de la lesión, pero que había recomendado hacer examen de neuroconduccion, lo cual fue atendido por el demandado

Kamenyar quien solicitó realización de fisioterapias, las cuales según la apoderada del demandante no se siguieron en el sentido indicado, de lo cual hubiese podido la demandante obtener mejor recuperación; además que por motivos ajenos tales como la negligencia de la EPS SOLSALUD y descuido de la accionante pues manifestó no continuar con el tratamiento médico y terapéutico necesario para la recuperación de su salud por no contar con recursos económicos y no pertenecer a ninguna E.P.S, más sin embargo, y de acuerdo al interrogatorio de parte, la misma hoy día, no tiene deformidad física, y también puede llegar a recuperar lentamente la movilidad de su brazo.

Finalmente, reitera, basado en jurisprudencia, la tesis de "culpa exclusiva de la víctima" ya que no se probó los cuidados de la paciente, la realización del plan post quirúrgico ordenado por el médico tratante, la realización de las 50 sesiones de terapias físicas ordenadas, la exigencia de la paciente a su EPS para la autorización y realización a tiempo de su tratamiento.

III. CONSIDERACIONES:

3.1.- Competencia:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011¹, disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.2.- Determinación del problema jurídico:

En esta oportunidad la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la

¹ Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

parte actora contra la sentencia de primera instancia; de esta forma deberá establecerse si la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y el médico OLEXIY KAMENYAR, incurrieron en falla del servicio médico prestado a la señora Rubiela Téllez con ocasión del procedimiento quirúrgico denominado osteosíntesis de húmero izquierdo.

3.2.1.- De los elementos de la responsabilidad

a. Daño antijurídico

Sobre el particular es menester señalar que la sentencia de primera instancia encontró plenamente acreditada la existencia del daño antijurídico, al concluir que la señora Rubiela Téllez sufrió *múltiples daños* luego de ocurrida la fractura diafisaria de su húmero izquierdo, esto es, la deformidad de su miembro superior izquierdo, -que fue posteriormente corregida en el Hospital San Rafael de Tunja- en una lesión irrecuperable del nervio radial del miembro superior izquierdo y por ello, la pérdida de la capacidad laboral en un 46.1% así como una enfermedad de tipo depresivo que ha marcado su proyección de vida.

No obstante, para efectos de contextualización del caso, la Sala realizará una anamnesis de lo probado en el proceso respecto del daño antijurídico irrogado a la actora. En tal virtud se constata que conforme lo señalado en la historia clínica de la ESE Hospital Regional de Moniquirá, la señora Rubiela Téllez ingresó a ese centro hospitalario el 26 de abril de 2011 con el siguiente diagnóstico:

*"PTE REMITIDA DE SAN JOSE DE PARE CON DX 1 FRACTURA DE DIAFISIS DE HUMERO. **ENFERMEDAD ACTUAL:** CC DE MAS O MENOS 2 HORAS CON CAIDA DE MAS O MENOS 2 METROS EN ALCANTARILLA REFIERE QUE POSTERIORMENTE PRESENTA DEFORMIDAD MAS DOLOR EN ZONA DE BRAZO Y ANTEBRAZO DE MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO (...) **VALORACION ORTOPEDIA URGENCIAS:** PACIENTE DE 46 AÑOS QUIEN ES REMITIDA DE SAN JOSE DE PARE POR CAIDA DE PROPIA ALTURA A UNA ALCANTARILLA, AL EXAMEN FISICO PACIENTE CON FERULA POSTERIOR DE MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO CON VENDAJE SE RETIRA EVIDENCIANDO DEFORMIDAD QUE LIMITA LA MOVILIZACION Y DOLOR AL MISMO DE INTENSIDAD 10/10 RX DE BRAZO IZQUIERDO*

CON FRACTURA DESPLAZADA TERCIO MEDIO, IDX: 1. FRACTURA TRASVERSA TERCIO MEDIO HUMERO IZQUIERDO. PLAN: TRATAMIENTO QUIRÚRGICO (OSTEOSÍNTESIS HUMERO IZQUIERDO) PREPARAR PARA CIRUGÍA ORDENES MEDICAS" (fl. 294)

A continuación, a la señora Téllez se le practica el procedimiento quirúrgico de *osteosíntesis*² por parte del médico ortopedista OLEXIY KAMENYAR, el cual se describe "*bajo anestesia general previa asepsia y antisepsia se realiza corte hasta 20 cm borde externo de brazo izquierdo, hemostásis, osteosíntesis de fractura de húmero izquierdo con placa DCP 3.5 y 6 tornillos corticales, sutura, vendaje*" (fl. 517), y en la epicrisis se anota lo siguiente:

"EVOLUCION ORTOPEDIA 27/04/2011 (...) A/ PACIENTE EN POST OPERATORIO DE OSTEOSÍNTESIS + REDUCCION ABIERTA DE HUMERO IZQUIERDO, QUIEN PRESENTA NEURITIS POSTQUIRÚRGICA POR ALTA MANIPULACION DEL NERVIO, A LA PACIENTE SE LE EXPLICARON RIESGOS ANTES DEL PROCEDIMIENTO, SE REALIZA CURACION DE LA HERIDA DX Y SE DEJA APOSITO CUBIERTO CON VENDAJE ELASTICO, SE REALIZA FERULA POSTERIOR DEL ANTEBRAZO CON FLEXION DE LA MANO IZQUIERDA.

EVOLUCION ORTOPEDIA 28/04/2011 (...) A/PACIENTE EN POSTOPERATORIO DE OSTEOSINTESIS + REDUCCION ABIERTA DE HUMERO IZQUIERDO, QUIEN PRESENTA NEURITIS POSQUIRÚRGICA, CON BUENA EVOLUCION ADECUADO MANEJO DEL DOLOR, AUN REFIERE SENTIR DEFICIENCIA EN LA MOVILIDAD DEL HOMBRO RX DE CONTROL MUESTRA OSTEOSÍNTESIS + REDUCCION EN BUEN ALINEAMIENTO CON TORNILLO FIJADORES.

EVOLUCION ORTOPEDIA 29/04/2011: (...) A/PACIENTE EN POSTOPERATORIO DE OSTEOSINTESIS + REDUCCION ABIERTA DE HUMERO IZQUIERDO, QUIEN PRESENTA NEURITIS POSQUIRÚRGICA, CON BUENA EVOLUCION ADECUADO MANEJO DEL DOLOR, AUN REFIERE SENTIR DEFICIENCIA EN LA MOVILIDAD DEL MIEMBRO. EL DIA DE AYER SE INICIO TERAPIA DE REHABILITACION FISICA, CON BUENA RESPUESTA SE EVIDENCIA COMPROMISO DEL RADIAL" (fl. 143-144)

En esa misma fecha se le da de alta con fórmula médica, cita de control por ortopedia en 15 días, *terapia de rehabilitación en N° 15*, recomendaciones generales y signos de alarma.

² Unión quirúrgica de los fragmentos de un hueso mediante elementos (en general metálicos) diversos: alambres, cintas, pernos, placas y tornillos y clavos intramedulares. <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/osteosintesis>

Con posterioridad, la señora Téllez asiste al aludido centro hospitalario para cita de consulta externa por ortopedia con el médico Kamenyar durante el lapso comprendido entre el **9 de mayo de 2011 a 7 de marzo de 2012** en las que se anota como evolución médica de manera recurrente, *dificultad para mover mano izquierda, neuritis nervio radial, movilidad muñeca izquierda limitada por el dolor, lesión nervio radial en estudio, pseudoartrósis humero izquierdo y neuropatía nervio radial* y por la cual se ordenó como tratamiento de manera cronológica, férula de yeso, fisioterapia No. 10, cambio de yeso, terapia física No. 10, control con electromiografía, neuroconducción de miembro superior izquierdo, manejo quirúrgico de pseudoartrósis, osteosíntesis con placa + injerto, valoración por neurocirugía. Luego el **16 de mayo de 2012** fue atendida por consulta de ortopedia por el *Dr Esmeral*, quien diagnosticó: *con deformidad en valgo brazo izquierdo. Rigidez articular hombro y codo izquierdo y secuela de mano de paraplejia radial miembro superior* (fl. 519).

En el plenario reposa también *electromiografía de aguja* practicado a la actora el 24 de octubre de 2011, en el que consta como hallazgo, *estudio anormal sugestivo de lesión del nervio radial izquierdo sin signos de reinervación* (fl. 27-28).

A folios 29 a 31 reposa estudio de neuroconducción aplicado a la actora, en el que se consignó *lesión axonal motora y sensitiva del nervio radial izquierdo, severa, sin signos de reinervación. Posible compromiso parcial del nervio mediano izquierdo*.

Así mismo reposa estudio de conducción de nervios del 30 de junio de 2012 practicado a la actora, en el que anota como hallazgos: *estudio indicativo neurotmesis del nervio radial izquierdo y de una severa neuropatía axonal³ de los nervios axilar y musculo-cutáneo izquierdo a nivel del tercio medio del brazo. Existe una leve neuropatía*

³ La neuropatía axonal es una neuropatía que se localiza a nivel de los axones, que son las prolongaciones de las neuronas que sirven para transmitir la información entre las diferentes neuronas del cuerpo o desde una neurona a una célula efectora de la información. <http://salud.com.net/faq/10107-neuropatia-axonal-definicion>

desmielinizante sensitiva del nervio mediano izquierdo a nivel del carpo (fl. 24-26).

De todo lo anterior puede colegirse que la señora Rubiela Téllez sufrió un daño, consistente en la neurotmesis⁴ del nervio radial izquierdo una severa neuropatía axonal de los nervios axilar y musculo-cutáneo izquierdo a nivel del tercio medio del brazo; según la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá esta patología le generó a la actora una *incapacidad permanente parcial* en un 46.1% (fl. 488).

A nivel psiquiátrico se estableció que la demandante sufre un *episodio depresivo moderado que ha enmarcado lo que ha sido su vida posterior a los hechos materia de investigación, en donde no solo se encuentra afectación en su área afectiva, de su percepción corporal y su imaginario personal, sino en su proyecto de vida*, tal y como lo dictaminó el Instituto de Medicina Legal Regional Boyacá (fl. 580-591).

La Sala arriba a similar conclusión al Juez de instancia, en el sentido de que efectivamente se encuentra acreditado el daño causado a la demandante, el cual además tiene la calidad de antijurídico, puesto que además de las secuelas que causó en su humanidad, le produjo una pérdida de la capacidad laboral y le generó un episodio depresivo moderado que comprometió los ámbitos afectivos, de percepción personal y de proyección a la demandante.

No obstante, corresponde ahora el análisis del juicio de imputación, esto es si ese daño antijurídico causado a la actora es atribuible a la ESE HOPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y/o al médico OLEXIY KAMENYAR, como lo sugiere el apelante, para lo cual se revisará si la misma se presenta en los planos factico y jurídico, los cuales resultan indispensables para la declaratoria de responsabilidad pretendida por la parte actora⁵.

⁴ Lesión de un tronco nervioso periférico, habitualmente traumática, que provoca la degeneración de las fibras nerviosas, pero con conservación de las vainas de mielina, por lo cual el trastorno es reversible al poder crecer el cabo proximal de la fibra nerviosa dentro de su vaina. <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/neurotmesis>

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 29590

b. La imputación jurídica del daño

- Del régimen general de responsabilidad en la prestación del servicio de salud

Constantemente la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia médico-asistencial, ha determinado que la responsabilidad del Estado puede surgir en distintos momentos y estadios de la atención. De allí que se haya precisado que todas aquellas actuaciones del servicio médico-asistencial componen el denominado "**acto médico complejo**", que está integrado por (i) los actos puramente médicos, como intervenciones, suministro de medicamentos y demás procedimientos realizados directamente dentro del proceso de atención; (ii) los actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico (incluyendo las obligaciones de seguridad); y (iii) los actos extra médicos, que comprenden los servicios complementarios pero necesarios para adelantar la atención médica, como el alojamiento y la alimentación⁶.

En tal sentido, se puede precisar que al adentrarse al juicio de responsabilidad es necesario verificar, **dependiendo de la faceta del servicio**, cuál fue el contenido obligacional⁷ en el que falló el Estado a través de sus centros prestadores del servicio de salud públicos. Por esa razón, en primer lugar, resulta indispensable aclarar que las obligaciones de los profesionales de la salud en términos generales son de medio y no de resultado⁸.

⁶ CE 3B, 3 Oct. 2016, e05001-23-31-000-1999-02059-01(40057), R. Pazos.

⁷ Henao, Juan Carlos. La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés. En Estudios De Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Libro de Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 Años de Rectoría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 57-114: "(...) Para lograr determinarlo [determinar a qué está obligado el Estado], se debe partir de que 'el rasgo característico de la obligación es su objeto: deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación'. Este último concepto debe diferenciarse del 'contenido de la obligación', a pesar 'de la íntima conexión que existe entre ellos'. En efecto, 'objeto es la materia de que se compone la obligación (y) **contenido es la manera como esta materia está dispuesta, regulada en las diversas variantes que puede presentar**'. La precisión es importante porque permite afirmar que el **alcance de las prestaciones que el Estado debe a sus asociados, habrá de ser estudiado teniendo en cuenta el contenido de la obligación: la prestación como objeto de la obligación es el primer paso para determinar el contenido obligacional, y se complementa con un análisis más sutil de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que la prestación se debe. (...)'**

⁸ La jurisprudencia ha aceptado esta distinción a pesar de que un sector de la doctrina la considere artificiosa y sin efecto práctico, teniendo en cuenta que "toda obligación debe satisfacer resultados mediante el empleo de medios; no existen obligaciones de simples medios, ni obligaciones de meros resultados". A propósito, ver: Serrano Escobar, Luis Guillermo. El régimen probatorio en la responsabilidad médica. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012, pp. 28-96.

En este orden de ideas, independientemente de que al finalizar la atención no se haya logrado la curación efectiva y/o definitiva del paciente, o incluso aquel haya perdido la vida, lo **verdaderamente relevante es indagar si la prestación del servicio de salud se hizo en forma eficiente, oportuna y de calidad, además determinar si se hizo uso de todos los mecanismos que estaban a su alcance al realizar el tratamiento para mejorar la salud del paciente, de acuerdo a la *lex artis ad hoc* y los protocolos médicos aplicables para el caso concreto.** Sobre este aspecto, el Consejo de estado se ha pronunciado como sigue:

*"(...) Ha sido reiterada la jurisprudencia que apunta a señalar que **la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados**, lo que lleva a entender que **el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que por regla general conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance conforme a la *lex artis* para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho. (...)"**⁹ (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

En consecuencia, se deriva de la naturaleza de la actividad, así la atención médica parte de la existencia de un curso causal *negativo* frente al paciente, ya sea natural o causado por agentes externos, que es la enfermedad, el cual se enfrenta a un curso causal *positivo* que se traduce en el tratamiento médico. Dicho tratamiento tiene la finalidad de anular o, por lo menos, aminorar los efectos de la patología y mejorar el estado de salud del paciente, pero no está bajo el absoluto control del galeno ya que no opera de forma "*matemática*" sino que obedece a la situación particular de cada caso, incluyendo la respuesta fisiológica particular del afectado.

⁹ CE 3A, 27 Ene. 2016, e20001-23-31-000-2001-01559-01(29728), H. Andrade.

En ese orden de ideas, el contenido obligacional en materia médico-asistencial se sustenta en el principio de confianza¹⁰, la posición de garantía¹¹ y el fin de protección de la norma¹², donde el fallador debe ubicarse en el lugar en el que se encontraba el médico al momento de atender al paciente para determinar las posibilidades con que contaba, y no cuestionar el suministro o no de algún servicio sin atender esa realidad material¹³.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que uno de los principios generales del derecho es aquel que reza que "*nadie está obligado a lo imposible*", así que resultaría ilógico y desproporcionado obligar indirectamente al médico a que sea infalible en todas las etapas del proceso de atención y que, además, tenga certeza absoluta de la efectividad de los procedimientos y medicamentos que suministre. Esta premisa también tiene sustento en la demarcación de los límites de la institución de la posición de garantía¹⁴ e incluso en la conceptualización de la teoría de la causalidad adecuada, donde no se considera constitutiva de responsabilidad la concreción de daños a partir de cursos causales atípicos o imprevisibles en razón de la esencia de aquella, que no es otra que las reglas de la experiencia¹⁵.

¹⁰ CE 3B, 29 Abr. 2015, e17001-23-31-000-1998-00667-01(25574), R. Pazos: "(...) La Sala interpreta ese derecho social [derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental] no sólo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; debe traducirse por tanto, en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe entenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada. (...)"

¹¹ CE 3B, 15 Oct. 2015, e190012331000200300267-01(37.531), R. Pazos: "(...) Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante, como quiera que al momento de ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia (...)"

¹² Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pp. 348-350: "(...) En definitiva, el criterio de **fin de protección de la norma de cuidado** solo cobra sentido si se interpreta de manera correcta, ex ante, el deber objetivo de cuidado. Es decir debe admitirse que la actuación dentro del rol social obliga a un comportamiento diligente y adecuado, más aun cuando se personifica a una administración pública, especial contexto que ubica en los agentes del Estado el deber de avizorar claramente la finalidad de cada una de las normas que gobiernan su relación con los administrados dentro de esa relación institucional, para así evitar activar la responsabilidad que emerge de manera diáfana cuando su comportamiento se ubica por fuera de los postulados normativos, o no consulta con sus finalidades. (...)"

¹³ Ibid.: "(...) dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba [la de la falla] pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que 'el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico'. (...)"

¹⁴ CE 3C, 10 Nov. 2016, e76001-23-31-000-2003-00707-01(33870), J. Santofimio: "(...) el núcleo de la imputación [con fundamento en la posición de garante] no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. **Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible** (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

¹⁵ Serrano Escobar, Luis Guillermo. Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 28-34: "(...) esta teoría parte del concepto empírico de causa, reconociendo que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas condiciones; pero en la pretensión de limitar los excesos que implicaba la

Además, bajo la posición actual del órgano de cierre de esta jurisdicción, **la carga de acreditar el incumplimiento del contenido obligacional, esto es, la falla en el servicio, radica en cabeza del demandante**¹⁶, quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente a través de los medios probatorios autorizados por la ley, sin que exista tarifa legal al respecto; lo anterior sin restar relevancia al dictamen pericial, que aunque no puede tildarse de prueba preferente o única, por su carácter directo y científico puede llevar más adecuadamente a la convicción del Juez¹⁷.

Esto no obsta para que, **ante una situación de extrema dificultad o imposibilidad de acreditar por medios directos la atribución del daño**, se haya aceptado la prueba indiciaria, con la cual se busca alcanzar, si no certeza, si un grado suficiente de probabilidad para adelantar el juicio de imputación¹⁸.

c. Caso concreto

Teniendo presente lo anterior, se adentrará la Sala en el examen del material probatorio obrante en el expediente para establecer si de éste puede derivarse la atribución a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y/o al médico OLEXIY KAMENYAR responsabilidad por el daño antijurídico causado a la demandante.

Al respecto debe señalarse que la historia clínica reseñada en precedencia ilustra la atención médico – asistencial que recibió la señora Rubiela Téllez en la que se consignó que la mentada señora ingresó al servicio de

teoría de la condición, considera que estas no son equivalentes, y por tanto, distingue de entre dichas condiciones aquellas que, de acuerdo con la experiencia general de la vida, son generalmente apropiadas para producir el resultado -las que, por consiguiente, adquirirían la categoría de causa-, desdénando el papel de las restantes que solamente por azar contribuían al logro del mismo, y que, por tanto, se consideraban jurídicamente irrelevantes. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

¹⁶ CE 3B, 2 May. 2016, e2001-23-31-000-2003-01349-01(33140)A, D. Rojas: “(...) sea lo primero advertir que las tesis jurisprudenciales (...) según las cuales el régimen de responsabilidad aplicable en materia de daños ocasionados por actividades médicas es el de la falla presunta y que, en materia probatoria, debe aplicarse el principio de la carga dinámica de la prueba, fueron recogidas. Es una posición ahora consolidada el que, por regla general, la responsabilidad del Estado por cuenta de daños derivados de intervenciones médicas se compromete bajo el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado, le son propias. (...)”

¹⁷ CE 3A, 14 Sep. 2016, e63001-23-31-000-2002-01058-01(38804), M. Velásquez: “(...) Por tanto, resulta evidente que el demandante tiene el onus probandi de la falla del servicio, para cuyo efecto podrá apersearse de cualquiera de los medios probatorios permitidos dentro del sistema jurídico (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), pero claro, sin que se esté abogando por una tarifa probatoria, resultan adecuados especialmente los dictámenes periciales y los testimonios técnicos. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

¹⁸ Ver, por ejemplo: CE 3B, 13 Nov. 2014, e050012331000199903218-01(31182), R. Pazos.

urgencias de la ESE Hospital Regional de Monquirá con diagnóstico de "fractura de diáfisis de humero", que posteriormente fue valorada por ortopedia por el médico Olexiy Kamenyar, quien dispuso *preparar para cirugía* debido a que requería una *osteosíntesis de húmero izquierdo*; el procedimiento consistió en "bajo anestesia general previa asepsia y antisepsia se realiza corte hasta 20 cm borde externo de brazo izquierdo, hemostásis, osteosíntesis de fractura de húmero izquierdo con placa DCP 3.5 y 6 tornillos corticales, sutura, vendaje" (fl. 517). Las anotaciones médicas y de enfermería **posterior al procedimiento** coinciden en señalar que la actora presentaba *poca movilización de la flexión de la mano izquierda asociado a dolor, con leve déficit motor de la mano izquierda y del primer dedo del mismo miembro, no déficit sensitivo*, inclusive para la fecha en que le dieron de alta (29/04/2011) en la epicrisis se plasmó que *presenta neuritis radial postquirúrgica, con buena evolución adecuado manejo del dolor, aún refiere sentir deficiencia en la movilidad del miembro, el día de ayer se inició terapia de rehabilitación física, con buena respuesta, se evidencia compromiso del radial (fl. 105).*

Del periodo postquirúrgico aparece en el expediente la *transcripción de la historia clínica de consultas y/o procedimientos de ortopedia* proporcionada a la señora Téllez por el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2011 y el 16 de mayo de 2012, suscrita por el Coordinador Médico asistencial de la ESE Hospital Regional de Monquirá, en el que consta que la accionante asistió a citas por ortopedia con el médico Kamenyar, y cuya evolución se plasmó así:

"(...)

2. Consulta de ortopedia Fecha 9/mayo/2011 Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente refiere dolor de mano izquierda, Hace diez (10) días fue realizado osteosíntesis húmero izquierdo. Movilidad mano izquierda ¿? Por dolor.

Diagnóstico: fractura húmero izquierdo, neuritis nervio radial

Plan: 1) férula de yeso, 2) fisioterapia No. 10, 3) control en dos semanas.

3. Fecha 9/mayo/2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente sufrió fractura húmero izquierdo, fractura ¿? Osteosíntesis, se produce dificultad para mover mano izquierda.

Diagnóstico: fractura húmero izquierdo, neuritis

Plan: 1) fisioterapia No. 10, 3) incapacidad 26/05/2011-26/06/2011 3) control en dos semanas

4. Fecha 13/junio/2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente sufrió fractura húmero izquierdo hace un mes, presenta dolor. Inmovilización miembro superior izquierda con férula de yeso. Rayos X no hay.

Diagnóstico: fractura húmero izquierdo

Plan: 1) cambio de yeso miembro superior izquierdo; 2) rayos x; 3) control

5. Fecha 7/julio/2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente de 46 años con fractura de húmero izquierdo ferulizada con material de osteosíntesis, se redujo fractura. Al examen físico limitación de los movimientos de los dedos de la mano izquierda.

Diagnóstico: fractura húmero izquierdo, neuritis de nervio radial

Plan: 1) fisioterapia No. 10, 2) cita control en 15 días

6. Fecha 3/agosto/2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente sufrió fractura húmero hace tres meses fue inmovilizada osteosíntesis con placa ¿? Por neuritis nervio radial Rayos X fractura húmero izquierdo, Osteosíntesis con placa en posición aceptable. Movilidad mano izquierda limitada.

Diagnóstico: 1) incapacidad 1 mes 2) fisioterapia No. 10 3) control de electromiografía

7. Fecha 2/septiembre/2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente fue operado por fractura de húmero izquierdo hace 4 meses. Se produjo neuritis nervio radial, miembro superior izquierdo, limitación por dolor.

Electromiografía no hay.

Diagnóstico: fractura húmero izquierdo, neuritis nervio radial

Plan: 1) incapacidad 30 días 2) control electromiografía

8. Fecha 26/ septiembre/ 2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente sufrió fractura húmero izquierdo hace 5 meses, presenta dolor.

Movilidad MSI miembro superior izquierdo limitada por dolor

Rayos X no hay

Movilidad muñeca izquierda limitada por dolor

Diagnóstico: fractura de humero izquierdo pseudoartrósis mano izquierda

Plan: 1) rayos x 2) electromiografía 3) control con rayos x

9. Fecha 3/octubre/2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente sufrió fractura húmero izquierdo hace 5 meses, presenta dolor, inmovilización de miembro superior izquierdo con férula.

Rayos x fractura húmero izquierdo osteosíntesis con placa

Diagnóstico: fractura húmero izquierdo osteosíntesis

Plan: 1) fisioterapia No. 10, 2) incapacidad 15 días desde el 2/octubre/2011- 16/octubre/2011. 3) Control.

10. Fecha 15/noviembre/2011 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente sufrió fractura húmero con lesión de nervio radial hace 6 meses. Fue ¿? Osteosíntesis con placa, movilidad mano izquierda limita por dolor. Electromiografía; lesión nervio radial en estudio.

Diagnóstico: fractura radio izquierdo por lesión nervio radial

Plan: neuroconducción de miembro superior izquierdo 2) incapacidad 20 días 3) control.

11. Fecha 7/marzo/2012 Consulta de ortopedia Dr. Kamenyar

Evolución médica: paciente sufrió fractura húmero hace diez meses, fue inmovilizada osteosíntesis, Posteriormente se presentó complicaciones no consolidación, neurografía 20 días; rayos x pseudoartrósis húmero izquierdo, se observa contractura mano izquierda.

Diagnóstico: pseudoartrósis húmero izquierdo y neuropatía nervio radial

Plan: se solicita manejo quirúrgico pseudoartrósis: osteosíntesis con placa + injerto 2) valoración por neurocirugía 3) incapacidad 30 días) control)

9. Fecha 16/mayo/2012 Consulta ortopedia Dr. Esmeral

Evolución médica: paciente con secuela ortopédica y neurológica con fractura de húmero izquierdo operado por Dr. Kamenyar hace +/- 1 año.

Actualmente con deformidad en valgo brazo izquierdo. Rigidez articular hombro y codo izquierdo y secuela de mano paraplejia radial miembro superior. Paciente sin rayos x.

Plan: 1) Rx de hombro izquierdo 2) Rx húmero izquierdo 3) Rx codo izquierdo 4) electromiografía con neuroconducción de miembro superiores"(Subraya fuera de texto) (fl. 517-519).

El diagnóstico de la lesión del nervio radial se confirmó con los exámenes de neuroconducción y electromiografía practicados a la demandante el 24 de octubre de 2011, 8 de mayo de 2012 y 30 de junio de 2012, los cuales hallaron "ESTUDIO ANORMAL SUGESTIVO DE LESION DE NERVIO RADIAL IZQUIERDO CON SIGNOS DE REINERVACIÓN" y "ESTUDIO DE NEUROCONDUCCIONES Y ELECTROMIOGRAFIA ANORMAL, COMPATIBLE CON: LESION AXONAL MOTORA Y SENSITIVA DEL NERVIO RADIAL IZQUIERDO, SEVERA, SIN SIGNOS DE REINERVACION. POSIBLE COMPROMISO PARCIAL DEL NERVIO MEDIANO IZQUIERDO" y "ESTUDIO INDICATIVO DE NEUROTMESIS DEL NERVIO RADIAL IZQUIERDO Y DE UNA SEVERA NEUROPATIA AXONAL DE LOS NERVIOS AXILAR Y MUSCULO- CUTÁNEO IZQUIERDOS A NIVEL DEL TERCIO MEDIO DEL BRAZO. EXISTE UNA LEVE NEUROPATÍA DESMIELINIZANTE SENSITIVA DEL NERVIO MEDIANO IZQUIERDO A NIVEL DEL CARPO" (fl. 24-31).

De lo anterior puede colegirse, como se hizo párrafos atrás, que la demandante ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital Regional

de Moniquirá con una fractura de húmero de su brazo izquierdo, la cual fue *reducida* mediante procedimiento quirúrgico adelantado por el demandado Kamenyar en su calidad de ortopedista adscrito a la E.S.E HOSPITAL DE MONIQUIRÁ, no obstante, la historia clínica allegada al expediente no resulta suficiente para demostrar la calidad de la atención brindada a la paciente en la Institución Hospitalaria demandada, lo cual puede evidenciarse en dos momentos, *i)* a su ingreso, en que no se consignó si con ocasión de la fractura había compromiso del nervio radial, así como tampoco que previo al procedimiento quirúrgico se hubiese practicado a la demandante examen de neuroconducción que advirtiera de la posible lesión del nervio radial y, de otro lado *ii)* que en el procedimiento quirúrgico de osteosíntesis a ella practicado por el médico Kamenyar, éste hubiese verificado la *indemnidad* del nervio radial una vez tuvo acceso a la fractura y así mismo al terminar el procedimiento.

Previo al desarrollo de los anteriores ítems es menester precisar la importancia que tiene la historia clínica para evaluar la calidad de la atención brindada al paciente por parte del Centro médico y de los galenos. Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Cabe recordar que la historia clínica constituye una base de información necesaria para conocer el diagnóstico, tratamiento y evolución de un paciente, los resultados logrados y la medicación suministrada. Es la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, y familiares, como actuales, relativos al paciente¹⁹; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico, donde deberá constar detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, etc. Es decir, todos los datos que de una manera precisa y completa detallan el servicio médico y auxiliar suministrado.

La historia clínica es la mejor fuente de información para evaluar la calidad de la atención brindada al paciente, siendo un derecho de éste que se deje constancia de todo lo que se realiza, para permitir que, entre otros supuestos, en su momento pueda evaluarse detenidamente, la atención brindada desde diferentes ángulos:

¹⁹ Diccionario de Medicina OCEANO MOSBY, 4ta edición, Barcelona España, pág. 693-694

científico, asistencial y administrativo. Este es el medio probatorio por excelencia para acreditar la “diligencia” del centro hospitalario y de los galenos en el tratamiento del caso concreto.

El artículo 34 de la Ley 23 de 1981, “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*”, dispone que la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, y el literal a) del artículo 1 de la Resolución 1995 de 1998 proveniente del Ministerio de Salud, señala que la historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención; el artículo 4 *ibidem* dispone la obligatoriedad del registro para los profesionales, técnicos y auxiliares que intervienen directamente en la atención a un usuario, pues deben registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas.

Tal y como lo ha advertido la Sala, “...*en la medicina moderna, el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa.*”^{20/21} (Negrilla de la Sala y cursiva del texto)

La jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción ha avanzado en el sentido de indicar que lo consignado en la historia clínica no solo resulta esencial para evaluar la calidad de la atención, **sino que inclusive aquellas actividades que no se consignan allí, deben reputarse como no realizadas**, al respecto señaló²²:

“La jurisprudencia de esta Sección ha señalado que aquellas actividades que no se consignaron con claridad ni precisión en la historia clínica, han de reputarse como no realizadas. Así, por ejemplo, en sentencia del 7 de abril de 2011, se indicó:

“Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía. Es por este aspecto que se hace evidente que el daño de la arteria poplítea se detectó casualmente a través de procedimiento quirúrgico realizado pero para solucionar la “ruptura cruzado posterior” de la rodilla izquierda, y no para solucionar el daño de la arteria; está bien claro que no se practicó la arteriografía prueba que

²⁰ RYCKMANS y MEERT-VAN DE PUT. Le droits et les obligations des médecins, Bruselas, 1971, p. 175. Citado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. Op. cit., p.p. 224, 225.

²¹ Sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11878.

²² Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Mauricio Fajardo Gomez. Exp. 28579

*habría evidenciado otro daño pero grave y habría dado lugar a un procedimiento quirúrgico inmediato y para realizar la anastomosis.*²³(Subrayas y negrillas del texto original).

Conforme lo anterior, la historia clínica en tratándose del juicio de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud adquiere tal relevancia que no solo da cuenta de la calidad y oportunidad de la atención brindada al paciente, lo cual podría analizarse desde un punto de vista positivo, sino que además desde una óptica negativa da fe de lo que no ocurrió en la atención médica.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala puede, de entrada, señalar que la historia clínica que consigna la atención que recibió la señora Rubiela Tellez en la ESE Hospital Regional de Moniquirá, específicamente la que le brindó el médico ortopeda Olexi Kamenyar:

- **No consignó al ingreso de la paciente al servicio de urgencias que la fractura comprometiera el nervio radial, así como tampoco que hubiese sido diagnosticado previo a la cirugía**

En efecto, en la historia clínica de la atención brindada en el aludido centro hospitalario no se consignó que al ingreso al servicio de urgencias, la fractura de húmero que padecía la actora comprometiera también el nervio radial; al respecto únicamente se tiene la manifestación de la actora en el sentido de que a su ingreso a urgencias tenía movilidad en su mano izquierda, además en las anotaciones de medicina y de enfermería de la historia clínica se hace referencia únicamente a *deformidad y dolor en zona de brazo y antebrazo izquierdo*, hasta antes de la realización del procedimiento quirúrgico (fl. 64-65 y 137-138).

Al respecto la literatura clínica²⁴ ha señalado que la lesión del nervio radial es una complicación *frecuente* de las fracturas que comprometen la

²³ Expediente 19.759.

²⁴ Sobre la utilización de la literatura médica el tratadista Jairo Parra Quijano ha señalado que “[e]l juez sobre un tema científico o técnico puede utilizar sobre la materia, precisamente para hacer inducciones, como se expuso anteriormente. “Al no existir tarifa legal para valorar la prueba pericial, mayor es el compromiso del juez para adquirir, sobre la materia sobre la cual verse el dictamen técnico o científico, unos conocimientos basilares, que le permitirán entenderlo, explicarlo en términos comunes””. PARRA Quijano, Jairo “Aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la prueba pericial”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho Administrativo, Pág. 641.

diáfisis, la cual, no obstante, debe ser diagnosticada y **consignada en el protocolo de ingreso a los efectos de que no sea imputada al procedimiento quirúrgico de osteosíntesis**, así:

"Compromiso del nervio radial

Es una complicación relativamente frecuente (19%). Se presenta en fracturas que comprometen la porción media de la diáfisis, dada la estrecha relación entre el nervio y la diáfisis del húmero; no son raras las lesiones del nervio en fracturas del tercio distal, con desplazamiento, angulación y acabalgamiento del segmento distal. A este nivel, el tronco nervioso va firmemente aplicado al hueso por los músculos y tabiques aponeuróticos; difícilmente puede escapar al desplazamiento óseo y queda comprimido o traccionado por ellos. La reducción manual del desplazamiento de los fragmentos no logra liberar al tronco nervioso de su aprisionamiento junto a los fragmentos fracturados, y en los intentos de reducción puede agravarse el daño ya producido.

En otro sentido, la lesión del radial por fracturas del húmero por armas de fuego o por graves fracturas expuestas, adquieren una especial gravedad, y con frecuencia la lesión es candidata a una exploración y reparación quirúrgica.

Exceptuando estas dos circunstancias, en todas las demás la lesión del nervio corresponde a una neuropraxia, de carácter benigno, de recuperación espontánea.

El diagnóstico de la lesión es fácil y los signos que la identifican son evidentes:

- *Mano caída.*
- *El movimiento de supinación está perdido.*
- *También lo está el movimiento de extensión de los dedos en las articulaciones metacarpo falángeas y del pulgar.*
- *Disminución de la sensibilidad del dorso de la mano, lado radial.*

La complicación debe ser diagnosticada de inmediato y consignada en el protocolo de ingreso. No son pocos los casos en que el médico ha sido injustamente inculcado como responsable de la complicación; resulta poco menos que imposible liberarse de la imputación, si ella no fue registrada en forma previa a la iniciación del tratamiento. Resulta aconsejable informar de inmediato de la existencia de la complicación y sus consecuencias a sus familiares directos; si las circunstancias lo permiten, debe pedirse la asesoría del neurólogo, que confirma y perfecciona el diagnóstico.

Teniendo presente que en no menos del 85% de los casos la lesión neurológica se recupera en forma espontánea en un plazo variable de 4 a 12 semanas, no está indicada la exploración quirúrgica precoz.

Si transcurrido este plazo no existieran signos clínicos ni electromiográficos de recuperación, se debe pensar en la conveniencia de una exploración quirúrgica y neurológica del tronco nervioso²⁵.

Lo anterior resulta corroborado con la manifestación hecha por el testigo médico Julio Sandoval, quien al respecto señaló que *“dentro de las patologías de hueso húmero hay una gran asociación con lesión del nervio radial, más o menos el **11.8%** de las lesiones de húmero presentan lesión del nervio radial”* (Min 20:08).

Así de lo anterior puede advertirse que la lesión del nervio radial que padece la actora *pudo* haber sido producto de la fractura que padeció, dado que se presenta en un porcentaje de los casos en que se compromete la porción media de la diáfisis, dado su ubicación próxima al hueso, no obstante, -se reitera- en la historia clínica no se reportó tal hecho al ingreso al servicio de urgencias de la actora, así como tampoco que se hubiese diagnosticado previamente a la práctica de la cirugía. En efecto, de la declaración rendida por el demandado Kamenyar se aprecia que previo al procedimiento de osteosíntesis, aquel en su calidad de ortopedista, **únicamente** le ordenó la práctica de una radiografía que confirmó la lesión no obstante no examinó si el nervio radial también se había comprometido en el accidente. Al respecto declaró lo siguiente:

*“Después de atenderla en urgencias, fue programada procedimiento quirúrgico realizada el mismo día en el quirófano del Hospital de Monquirá (...) la decisión fue tomada de operarla el mismo día porque la paciente presentaba una deformidad muy evidente de su brazo izquierdo. **PREGUNTO: por favor infórmele al despacho que exámenes se le practicaron a la señora Téllez antes de la cirugía. CONTESTO: el más importante el de ortopedia porque yo respondo por esa parte y el médico anestesiólogo responde por anestesia, entonces se practicó una radiografía de dos proyecciones del brazo izquierdo donde demostraba una evidencia de una fractura diafisaria húmero izquierdo bastante desplazada. PREGUNTADO: que otros resultados encontró en dichos exámenes. CONTESTO: la paciente manifestaba un dolor, un edema moderado de los tejidos blandos relacionado con el mismo trauma con la misma caída. PREGUNTADO: que otros exámenes desde su especialidad se le practicaron a la paciente. CONTESTO: hablando de ortopedia, fue realizado únicamente este examen”*** (Min 1:26:30)

²⁵ <https://www.efisioterapia.net/articulos/fracturas-la-diafisis-del-humero>

Lo anterior deja sin sustento el argumento de la defensa del demandado Kamenyar en el sentido de que la lesión del nervio radial se produjo como consecuencia de la fractura, de la caída en la alcantarilla que sufrió la actora, puesto que no se allegó prueba alguna en este sentido y porque además, en la historia clínica nada se consignó al respecto a su ingreso al servicio de urgencias más allá del diagnóstico de la fractura diafisaria con fundamento en las radiografías que le fueron practicadas como lo reconoce el demandado en su declaración; es que se reitera, la historia clínica resulta ser en este caso la prueba por excelencia y, porque como se explicó en párrafos anteriores lo que allí no se consigna por los médicos tratantes, se reputa como no realizado; en el caso no se consignó la lesión del nervio radial del brazo izquierdo de la demandante a su ingreso al servicio médico de la Entidad demandada, así como tampoco que se hubiese diagnosticado de manera previa al procedimiento quirúrgico, **por lo que siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe la Sala asumir que la Institución Hospitalaria demandada y el médico Kamenyar no cumplieron con ninguno de tales actos.**

- **No se consignó de manera detallada el procedimiento quirúrgico de osteosíntesis, así como tampoco que el nervio radial de la demandante hubiese quedado indemne**

Al respecto en el documento denominado "*transcripción de la historia clínica de consultas y/o procedimientos de ortopedia*" reposa la nota quirúrgica suscrita por el médico ortopeda Olexiy Kamenyar describiendo el procedimiento de osteosíntesis practicado a la demandante así, "***bajo anestesia general previa asepsia y antisepsia se realiza corte hasta 20 cm borde externo de brazo izquierdo, hemostásis, osteosíntesis de fractura de húmero izquierdo con placa DCP 3.5 y 6 tornillos corticales, sutura, vendaje***" (fl. 517)

A los efectos de valorar el procedimiento quirúrgico citado resulta ilustrativo el testimonio del testigo Julio Sandoval, médico ortopedista²⁶, quien en la audiencia de recepción de testimonios depuso lo siguiente:

"Cuando se hacen cirugías de húmero donde se colocan placas, una de las posibles complicaciones que normalmente se anotan y se le explican al paciente es la lesión del nervio radial, en este momento no sabría si la paciente presentó la lesión del nervio radial como parte inicial de su trauma o como una complicación después de la cirugía, pero sí está descrito las lesiones de nervio radial en las fracturas de húmero y la lesión puede ser muy leve la cual puede tener recuperación rápida, intermedia la cual tiene una recuperación más demorada y definitiva la cual no tiene recuperación y hay que proceder a hacer otros tipos de cirugías para lograr recuperar la funcionalidad de la mano.

PREGUNTADO: ¿considera usted desde el punto de vista técnico de ortopedista que la lesión que ha podido sufrir la paciente es producto de un mal procedimiento quirúrgico o eso es frecuente, natural o como consecuencia de la lesión que padeció y de los riesgos de la cirugía? CONTESTO: es muy difícil para mí, después de un año de la lesión cuando llega al servicio de nosotros al Hospital porque desde la primera nota ya se habla o se determina que tiene una lesión del nervio radial, tendría que mirar las notas toda la historia donde fue recibida para ver si hay una aclaración sobre el momento en que se presenta la lesión del nervio y pues mirar cómo era la lesión del húmero.

PREGUNTADO: pero ¿con la información que ha podido obtener ahí y de los documentos que acaba de verificar no es posible establecer desde el punto de vista técnico no podría usted decirlo si eso es consecuencia de la fractura que le ocurrió? ¿O si fue consecuencia de un mal procedimiento quirúrgico? CONTESTO: no, con lo que yo tengo en la historia clínica no puedo determinar el origen de la lesión (...)

PREGUNTADO: por favor infórmenos de manera general cuando un paciente sufre un daño a nivel nervioso o a nivel del nervio radial cuando entra a la sala de cirugía con el fin de que se realice el procedimiento quirúrgico necesario con el respectivo material de osteosíntesis y se sabe que ese tipo de paciente presenta ese tipo de lesión de nervio radial, ¿en qué diferencia, me refiero la cirugía en cuanto a la participación de personal profesional y en cuanto al procedimiento quirúrgico mismo, en qué se diferencia cuando se sabe que entra un paciente sin la lesión, sin ese tipo de lesión de nervio radial? CONTESTÓ: cuando uno va a intervenir un paciente con una fractura de húmero, si no tiene o no se ha hecho el diagnóstico de lesión del nervio radial hay que hacerle una advertencia al paciente a los familiares que existe la posibilidad de una lesión de nervio radial intraoperatoriamente. Cuando uno entra tiene que entrar con un cuidado muy especial conociendo

²⁶ Quien en principio operaría a la actora en el Hospital Simón Bolívar de Bogotá por la deformidad que presentaba el su brazo izquierdo con posterioridad al procedimiento quirúrgico practicado por el médico Kamenyar, no obstante, tal procedimiento no se llevó a cabo por inconvenientes con la Empresa aseguradora del régimen subsidiado de la actora

perfectamente la anatomía del trayecto por donde está discurriendo el nervio radial que es por la región y localiza uno el nervio, no siempre es un solo cordón, muchas veces tiene dos o tres y uno lo va aislando con mucho cuidado para poder hacer la reducción de la fractura, una vez tenga la fractura reducida la estabiliza con uno de los sistemas que puede ser una placa con tornillos o una placa endomedular, el solo hecho de movilizar con cuidado el nervio y que uno ve que el nervio no tuvo ningún tipo de lesión, muchas veces hace una lesión parcial que se llama neuropraxia, eso es lo que uno tiene que hacer para cuidar el nervio y si uno termina la cirugía, apenas estabiliza el hueso con el material de osteosíntesis, lo que uno hace es volver a revisar el nervio para saber que el nervio este indemne y ya uno tiene la tranquilidad que el nervio quedó en continuidad sin ningún tipo de lesión y si hace una lesión en el postoperatorio uno puede asumir que es una lesión leve, es decir una neuropraxia que debe tener una recuperación, eso es lo que se hace normalmente en un proceso de osteosíntesis o de fractura de húmero. (...) PREGUNTADO: ¿Existe la posibilidad de que si el nervio [radial] no se encuentre dañado, se pueda dañar? CONTESTO: sí, y puede ser un daño por la manipulación que es un daño temporal o un daño que en algún momento tenga una complicación mayor y tenga un daño definitivo, esta descrito como una de las complicaciones de la osteosíntesis de las fracturas de húmero. PREGUNTADO: Sin embargo, usted manifestaba anteriormente que ese índice potencial de daño es apenas del 11.8% en lesiones de este tipo. CONTESTO: el 11.8% es en el trauma inicial, los pacientes con la fractura de húmero del 11.8 11.5% tienen lesión causadas por el trauma, ya las lesiones de nervio postquirúrgicas en este momento no tendrían claro el porcentaje están descritas" (Min 20:08 a 44:47) (fl. 502)

Del testimonio rendido por el médico ortopeda Sandoval puede extraerse que la lesión del nervio radial es una complicación del procedimiento de osteosíntesis, la cual clasifica en leve, intermedia y definitiva, ésta última no tiene recuperación y requiere de nuevas cirugías para lograr la funcionalidad del miembro; además que cuando no se ha diagnosticado previamente la lesión del nervio radial debe explicarse a los familiares del paciente que esa es una complicación propia de esta clase de cirugías, pero que en todo caso, una vez en el procedimiento es menester en primer lugar revisar la condición del nervio, *la anatomía del trayecto por donde aquel discurre* y que es necesario aislarlo previamente para a continuación reducir la fractura, que una vez ésta se estabiliza con el material de osteosíntesis debe **revisarse nuevamente el nervio radial para**

verificar que quedó indemne, que quedó en continuidad y sin lesión.

Ahora bien, en su relato el demandado Olexiy Kamenyar describe el procedimiento quirúrgico por él practicado a la señora Rubiela Tellez en los siguientes términos:

"(...) PREGUNTADO: infórmenos concretamente y técnicamente en que consistió la práctica quirúrgica que le practicó a la señora Téllez. CONTESTO: esta cirugía se llama osteosíntesis de la fractura diafisaria húmero izquierdo con una placa, tornillos con previa una reducción abierta de la fractura (...) la fractura trasversa del tercio medio del húmero normalmente utilizamos una placa con tornillos. PREGUNTADO: cómo explica que luego de la cirugía se presentara esa deformidad física y esa curvatura en su brazo donde usted le practicó la cirugía. CONTESTADO: para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta el tiempo (...) nosotros manejamos el término falla material de osteosíntesis, cuando yo coloco el material hoy el día siguiente o en el segundo día post operatorio yo veo todo desbaratado el tornillo está por arriba o por abajo ya no funciona, angulaciones, eso más que todo es una falla del material, la paciente se presentó esa angulación después de muchísimos meses, es decir que el transcurso de 6-8 meses ella conservaba, lo que se presentó por una causa x después de que tanto tiempo es la angulación puede ser relacionada con algún esfuerzo, una caída o alguna otra causa lo que quiero dejar claro es una cosa cuando se presenta una falla del material el día siguiente de la cirugía o esta misma situación ocurre después de varios meses (...) este tipo de fracturas son muy complicadas, con frecuencia tienen complicaciones del manejo, no uniones, no consolidaciones, con frecuencia están asociadas con lesión del nervio radial, lesión de tejidos blandos. PREGUNTADO: explíqueme al despacho en que consiste una fractura desplazada, la relación que tiene el hueso con el nervio en el momento de la fractura. CONTESTO: la fractura diafisaria, es decir de la parte central del hueso que no tiene relación con articulaciones como el tercio medio, es decir por la mitad se fracturó por la mitad, tenía imagen más o menos así [muestra una superposición de dos partes] este tipo de fracturas, teniendo en cuenta este desplazamiento ... en adultos lo único que hay que hacer es hacer una reducción, para nosotros desplazamiento es imposible reducir sin abrir, que sobando no entra a su sitio, entonces toca abrir realizar esta reducción [indica que se elimina la superposición, logrando continuidad] y fijar esta posición con algo, este algo en el primer lugar según el protocolo de fracturas diafisarias es con placa con un tornillo y otra opción puede ser un clavo intramedular un tutor externo, cada procedimiento tiene sus riesgos, no existe un protocolo que indique que sea esta placa, este tornillo, todo está en las manos del cirujano (...)

nosotros tenemos nuestros criterios y es utilizar por lo mínimo material o menos cantidad de tornillos, clavos para garantizar estabilidad de los fragmentos, [en estos casos] la obligación del cirujano es fijar cuatro corticales (...) según nuestro protocolo, la osteosíntesis debe ser realizada con una placa y con no menos 4 tornillo corticales, en el caso de la paciente fue fijada con seis tornillos corticales (...) **el tema del nervio es otro tema, el nervio pasa cerca del hueso paralelamente por ejemplo mi brazo no está fracturado, entonces el nervio pasa cerca de los músculos y eso no tiene ningún problema, pero cuando se presenta un trauma, una fractura desplazada obviamente que el nervio entra por dentro de esta deformación, (...) por la fractura del humero sale por dentro de la herida interna desde el hueso puede salir entre 500 cm hasta un litro de sangre, entonces también esta presión, la inflamación del tejido blando, hay que tener en cuenta el mecanismo del trauma, en el caso la paciente cae en el borde de una alcantarilla es un trauma directo, es decir que siempre tenemos en cuenta el mecanismo del trauma, el nervio está cerca del hueso cualquier cambio de la posición del hueso, cualquier deformación puede afectar el nervio, el nervio es el tejido más sensible de todos los tejidos del cuerpo humano (...).** PREGUNTADO: usted le indicó a la paciente los riesgos de la cirugía, como se lo explicó, había otra persona acompañándola en ese caso. CONTESTO: obviamente que si uno de los deberes de los médicos cirujanos es pasar al paciente a cualquier intervención quirúrgica después de explicar de las posibles complicaciones **y el paciente tiene que firmar la hoja de consentimiento y esto es sinónimo de que si conoce la situación y que está dispuesto a asumir la responsabilidad del riesgo, aparte de esto, la paciente firmó una hoja de consentimiento pero antes de empezar la cirugía, antes de entrar a la anestesia general nuevamente hago una explicación corta a la paciente, quienes con frecuencia después de este tipo procedimientos están presentando reacciones por el nervio radial, manifiestan una dificultad de mover la muñeca, alguna diferencia en sensibilidad hasta pérdida temporal de sensibilidad, son cosas que pasan en esta cirugía porque el nervio pasa muy cerca del hueso, sin embargo los pacientes pueden recuperar muy rápidamente con un manejo terapéutico en el periodo postoperatorio y cuando se presentó esta complicación, en el revista del día siguiente de la historia clínica, en el primer día postoperatorio esta nota dice que se presentó esta complicación y al frente del personal que me acompañó a esta revista está escrito que este primer día se presenta una complicación del nervio radial, lo que fue informado el día anterior a la paciente "** (Min 1:26:30 a 2:09:53)

Contrastada la nota quirúrgica del procedimiento de osteosíntesis practicado por el médico Kamenyar, que se citó atrás, y lo descrito por el testigo médico ortopeda, dr. Sandoval, como exigencias de esta clase de cirugías puede la Sala, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado,

señalar que la cirugía practicada a la demandante para reducir su fractura de húmero no siguió ninguna de tales pautas. En efecto, en la historia clínica el demandado someramente indicó que realizó *corte hasta 20 cm borde externo de brazo izquierdo, hemostasis²⁷*, no se describió si en este momento el cirujano verificó el estado del nervio radial, -dado que previamente no se había diagnosticado la lesión del mismo- así como tampoco si aisló previamente el nervio siguiendo su trayectoria para verificar su sanidad e impedir su lesión en el procedimiento; a continuación describe *osteosíntesis de fractura de húmero izquierdo con placa DCP 3.5 y 6 tornillos corticales, sutura, vendaje*”, tampoco se señala si una vez reducida la fractura el demandado verificó la indemnidad del nervio, si quedó en continuidad y sin lesión.

Ahora, en la nota quirúrgica el demandado tampoco anotó que la fractura que encontró al ingresar a la humanidad de la señora Téllez fuera *desplazada*, en su decir, que el nervio hubiese entrado en la deformación del hueso, como en su defensa señaló en su declaración; tampoco se consignó allí que *por la fractura del humero podría salir por dentro de la herida interna desde el hueso entre 500 cm hasta un litro de sangre, la incidencia de esta presión y la inflamación del tejido blando*, como señaló en su aclaración.

Como se aprecia, la historia clínica allegada al expediente **no consigna** que el procedimiento quirúrgico llevado a cabo por el médico Kamenyar hubiese verificado la indemnidad del nervio al inicio del mismo ni a su finalización, lo cual, como se ha explicado a lo largo de esta providencia de manera reiterada, permite a la Sala afirmar, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, que esta verificación **no se hizo y que por tanto se desconoció la lex artis médica en el caso concreto, lo que conlleva a inferir que lesión del nervio radial ocurrió como consecuencia de una indebida práctica médica.**

²⁷ La hemostasia es la detención de la hemorragia, ya sea por vasoconstricción normal (las paredes de los vasos se cierran temporalmente), por una obstrucción anormal (como una placa) o por medios quirúrgicos o de coagulación (como la ligadura). <https://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=15839>

Esta conclusión resulta confirmada con las anotaciones posteriores al procedimiento en la historia clínica en donde se advierte que una vez la actora egresó de la cirugía manifestó dificultad en la movilidad de su brazo izquierdo; posteriormente y a pesar de las sesiones de fisioterapias y los procedimientos médicos ordenados por el demandado, el diagnóstico de la actora evolucionó y se confirmó en una lesión del nervio radial que implicó además, la deformidad de su brazo izquierdo y que la mano estuviera *caída*.

Debido a esto último, con posterioridad, el 22 de febrero de 2013, la demandante fue sometida a un segundo procedimiento quirúrgico en la ESE Hospital San Rafael de Tunja; en la historia clínica registrada en esa oportunidad se plasmó lo siguiente:

"JQ ORTOPEDIA

Paciente femenina de 47 años quien asiste a junta quirúrgica por fx diafisaria de húmero hace 2 años y quien persiste con dolor intenso en brazo izq.

E. Físico: limitación abducción hasta 60° del hombro, dolor 1/3 medio antebrazo con disminución (...) deformidad evidente en brazo izquierdo con lesión nerviosa.

Rx brazo izq: se observa pseudoartrósis artrófica del foco de la fractura y angulación arqueada en varo de + de 15 grados al examen físico lesión nerv, radial con mano caída confirmada por electromiografía. La Junta decide realizar cirugía de pseudoartrósis + sustituto óseo y osteosíntesis con placa DCP de 4.5 ancho +10 menos de 9 orificios. Se programará para dx con neurlisis del radial (negrilla fuera de texto) (fl. 114 C. Anexo 1).

En su declaración, la accionante manifestó que a raíz de este último procedimiento quirúrgico *"me he sentido demasiado bien porque yo mi mano la tenía al revés, ahorita la mano la tengo torcida la mano pero derecha de acá [señala el antebrazo izquierdo] (min 49:25 a 46:35).*

El propio demandado Kamenyar consignó en las anotaciones postquirúrgicas que se extendieron hasta dos años después, los hallazgos

de neuritis²⁸ de nervio radial, pseudoartrósis²⁹ mano izquierda, lesión de nervio radial y finalmente, deformidad en valgo brazo izquierdo³⁰, rigidez articular hombro y codo izquierdo y secuela de mano paraplejia radial³¹ miembro superior. Finalmente, se constató también que pasados 3 años del procedimiento quirúrgico practicado en la Entidad demandada, la accionante debió someterse a una nueva cirugía en el Hospital San Rafael de Tunja para corregir la deformidad de su brazo izquierdo, recuperando su sitio más no la funcionalidad de su mano izquierda, hechos todos que conducen a la Sala a inferir que la causa del daño causado a la actora fue la cirugía practicada por el ortopeda demandado médico Kamenyar en la ESE Hospital Regional de Monquirá.

Aunado a lo anterior se tiene que conforme el testimonio del ortopedista Julio Sandoval, en la cirugía de húmero donde se colocan placas, puede presentarse la complicación de la lesión del nervio radial, la que puede calificarse como leve, intermedia y definitiva, en el caso de esta última, debido a que no tiene recuperación es menester proceder a hacer otros tipos de cirugías para lograr recuperar la funcionalidad de la mano, no obstante en el caso, -se reitera- no aparece consignado en la historia clínica de la actora, que el demandado Kamenyar al advertir que la movilidad de la mano izquierda no retornaba, hubiese ordenado la práctica de nuevos procedimientos quirúrgicos para lograr la funcionalidad de la mano, sino que a contrario, en la atención posquirúrgica que se transcribió párrafos atrás, se consignó que aquel la atendió durante los meses de mayo de 2011 a marzo de 2012 y que a pesar de que se consignaba la lesión definitiva del nervio radial no ordenó

²⁸ La neuropatía radial se presenta cuando hay daño del nervio radial, que baja por el brazo y controla: El movimiento del músculo tríceps ubicado en la parte posterosuperior del brazo, La capacidad para flexionar la muñeca y los dedos hacia atrás, El movimiento y la sensibilidad de la muñeca y la mano. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000790.htm>.

²⁹ Una pseudoartrosis corresponde a un defecto, una ausencia de consolidación. Por definición, una fractura que no se consolida al cabo de 6 meses o más del traumatismo inicial es denominada pseudoartrosis. <http://www.arthroscopie-membre-superieur.eu/es/patologia/mano-muneca/cirugia-artroscopica-de-las-pseudartrosis-de-escafoides>

³⁰ Las extremidades en general, y los segmentos y articulaciones en particular, tienen ejes anatómicos morfológicos y mecánicos que le proporciona al esqueleto una estabilidad intrínseca. La pérdida de estos ejes ocasiona las desalineaciones. La desalineación siempre se valora tomando como referencia el segmento proximal que el de referencia, el antebrazo respecto al brazo y la tibia respecto al fémur, siendo el distal el que se desplaza. En caso de fractura se realiza de forma idéntica, el fragmento distal se desplaza con respecto al proximal. En las extremidades las desviaciones en el plano frontal son el varo y el valgo, varo es cuando el segmento o fragmento distal se desvía hacia dentro y valgo hacia fuera. http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/URV_Solidaria/COT/Contenido/Tema_6/6.3_desalineaciones_de_las_extremidades.pdf

³¹ La paraplejia se trata de una parálisis de ambos miembros inferiores que ocurre por debajo de los segmentos cervicales, cuya afectación de los segmentos dorsales, lumbares y sacros, dependen del nivel de lesión, afectando el tronco, extremidades inferiores y órganos pélvicos, respectivamente. <https://www.fisioterapia-online.com/articulos/lesiones-medulares-tipos-y-tratamiento-fisioterapeutico>

la práctica de nuevas cirugías, las cuales, -según el decir del testigo- son el medio procedente para lograr recuperar la funcionalidad de la mano.

El demandado Kamenyar funda su defensa a partir del hecho de que la lesión del nervio radial que padece la actora es una complicación propia de la cirugía de osteosíntesis, que esto le fue explicado a la paciente y, que la deformidad en su brazo izquierdo y la pérdida de movilidad en ese miembro se debió al inadecuado manejo postoperatorio que tuvo la actora, al haber hecho algún **esfuerzo, una caída** pues la *angulación* de su brazo [que se deformara en sentido contrario] se presentó tiempo después de la cirugía.

Advierte la Sala que respecto de estas afirmaciones el demandado no allegó prueba alguna que las sustentara, a contrario, en el expediente obra prueba de que la actora asistió a las sesiones de fisioterapia ordenadas por éste, las cuales según su declaración se habrían llevado a cabo en el Hospital de Santana y otras en Saludcoop, pero que en todo caso no se acordaba cuantas (Min 35:54) y además porque de la transcripción de la historia clínica citada con anterioridad se constata que el demandado le ordenó a la actora de manera sucesiva la práctica de varias sesiones de fisioterapia, lo cual hace indicar a la Sala que la actora sí asistió a las mismas, solo que no tuvieron el efecto esperado y por ello le fueron ordenadas más.

La Sala reconoce que las obligaciones de los profesionales de la salud en términos generales son de medio y no de resultado como se dijo en la sentencia impugnada, no obstante, se encuentra acreditada como causa de la lesión del nervio radial que actualmente padece la actora, el procedimiento quirúrgico de osteosíntesis llevado a cabo por el médico Olexiy Kamenyar en la ESE Hospital Regional de Moniquirá, pues de la historia clínica de la atención brindada a la actora en ese centro hospitalario se constata que **no se consignaron que al ingreso al servicio de urgencias y previo al procedimiento de osteosíntesis se hubiese verificado el compromiso del nervio radial del brazo izquierdo de la demandante con ocasión de la fractura que sufrió,**

así como tampoco que en el procedimiento quirúrgico adelantado por el ortopeda Kamenyar éste hubiese verificado la continuidad del nervio al ingresar a la humanidad de la demandante, así como tampoco al finalizar el procedimiento, de lo cual puede, -siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado reiterada en esta providencia-, derivarse que los demandados en la atención médica brindada a la señora Rubiela Téllez Téllez no realizaron tales actos, lo que de manera clara implica una mala práctica médica, un desconocimiento de la *lex artis*, y con tal omisión queda probada la imputación jurídica del daño antijurídico causado por los ahora demandados a la actora a título de falla del servicio médico.

En suma, para la Sala se encuentra acreditada la falla del servicio médico como consecuencia de la atención recibida por la señora Téllez en la ESE Hospital Regional de Moniquirá en el procedimiento de osteosíntesis de húmero izquierdo practicado por el médico Olexiy Kamenyar y que producto de ello se hubiese producido la lesión del nervio radial de su mano izquierda, con lo cual se encuentra acreditada la imputación jurídica a título de falla médica a los demandados de carácter solidaria y por ello, la Sala se adentrará en la tasación de los perjuicios pedidos en la demanda.

d. De la llamada en garantía LA PREVISORA S.A.

La ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA, mediante escrito visto a folios 307 a 308, y el demandado OLEXIY KAMENYAR, conforme se aprecia a folio 315, llamaron en garantía a la sociedad LA PREVISORA S.A., por cuanto a su favor fueron expedidas las pólizas Nos. 1002231 por *responsabilidad civil clínica y hospitalaria* (fl. 309-310) y No. 1001134 por *seguro previhospital póliza multirriesgo* (fl. 311-314) en el caso del Hospital y en el caso del médico Kamenyar la póliza No. 1035408 *seguro individual de responsabilidad civil profesional para médicos* (fl. 341-342)

En cuanto a la llamante ESE Hospital Regional de Monquirá, esta aportó copia auténtica de la póliza No. 1002231 expedida por la PREVISORA S.A., el 28 de septiembre de 2010, con vigencia de **22 de septiembre de 2010 a 22 de septiembre de 2011**, de lo cual se puede colegir que ésta tendría en principio cobertura en el caso, dado que los hechos tuvieron ocurrencia el **26 de abril de 2011**. Del contenido de la póliza se advierte que el tomador y por ende asegurado es la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y como beneficiarios, *"TERCEROS AFECTADOS Y/O BENEFICIARIOS"*; entre los riesgos contratados se pactó el denominado *"ERRORES U OMISIONES PROFESIONALES, responsabilidad civil profesional médica en que incurra el asegurado relacionada con la prestación del servicio de salud"*, cuyo límite se estableció en \$300.000.000 (fl. 309)

La entidad llamante también refirió que a su favor había tomado la póliza No. 1001134 del 28 de septiembre de 2010 con la sociedad LA PREVISORA S.A., con vigencia entre el **22 de septiembre de 2009 a 22 de septiembre de 2010** (fl. 311-314), no obstante, de la lectura de los amparos contratados se advierte que ninguno alude a los hechos objeto del presente proceso, razón por la cual no se tendrá en cuenta para efectos del llamamiento.

En cuanto al demandado Kamenyar también aportó copia auténtica de la póliza No. 1035408 expedida por expedida por la PREVISORA S.A., el 19 de diciembre de 2011, con vigencia de **15 de diciembre de 2011 a 15 de diciembre de 2012**, sin embargo, se advierte que no tendría cobertura pues los hechos tuvieron ocurrencia el **26 de abril de 2011** (fl. 341-342).

No obstante, allega también la póliza No. 1007216 expedida por la PREVISORA S.A., el 11 de noviembre de 2010, con vigencia de **2 de noviembre de 2010 al 2 de noviembre de 2011**, de lo cual se puede colegir que ésta sí tendría en principio cobertura en el caso, dado que los hechos tuvieron ocurrencia el **26 de abril de 2011**. Del contenido de la póliza se advierte que el tomador y por ende asegurado es el señor

OLEXIY KAMENYAR y como beneficiarios, "*TERCEROS AFECTADOS*"; entre los riesgos contratados se pactó el denominado *INDEMNIZAR LOS POSIBLES DAÑOS O PERJUICIOS QUE EN EL EJERCICIO NORMAL DE SUS ACTIVIDADES COMO ORTOPEDISTA (CLASE 1)*", cuyo límite se estableció en \$300.000.000 (fl. 309).

La llamada en garantía, LA PREVISORA S.A., propuso como excepciones de fondo al llamamiento, las siguientes: **inexistencia de cobertura por el concepto de daño extrapatrimonial**, en el caso de la póliza No. 1001134- SEGURO PREVIHOSPITAL POLIZA MULTIRIESGO, pues a su juicio tiene amparos de distinta naturaleza a los ventilados en el proceso de la referencia (fl. 367), revisado el documento contentivo de la aludida póliza se constata, como efectivamente se señaló párrafos atrás que tal póliza no ampara riesgos como el que se presentó en esta oportunidad, razón por la cual no se podía tener en cuenta tal póliza para los efectos de subrogar al Hospital en este caso.

En segundo lugar, propuso la que denominó **falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil número 1002231** (tomadora ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA), **lo mismo que de las pólizas No. 1007216 y 1035408** (TOMADOR OLEXIY KAMENYAR), pues a su juicio los amparos cubiertos por ellas solo lo son bajo las limitaciones y exclusiones que allí se pactaron, específicamente el acto médico derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en salud de las personas **de eventos que sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza**; que en el caso la reclamación de la afectada o de la tomadora no se dio en tal lapso, sino hasta la citación para la audiencia de conciliación extrajudicial (22 de abril de 2013), es decir con posterioridad al 26 de abril de 2011 (fl. 369 y 399-400).

En primer término, es menester reiterar que la póliza No. 1035408 a favor de OLEXIY KAMENYAR no es tenida en cuenta pues los hechos materia de debate en esta oportunidad ocurrieron fuera de su vigencia, por ello, los

argumentos expuestos respecto de esta póliza son despachados desfavorablemente.

En cuanto a lo dicho respecto de las otras pólizas, puede la Sala afirmar que no le asiste razón al llamado en garantía puesto que conforme lo dispuesto en el artículo 1131 del Código de Comercio³², en el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro i) en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la **víctima**, y ii) con respecto **al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial**; en el caso, esto último acaeció el **22 de abril de 2013**, -tanto para el caso de la demandada ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA, como para el demandado OLEXIY KAMENYAR- fecha en que se llevó a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial (fl. 18-19), por tanto, el término con el que contaban los asegurados ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y OLEXIY KAMENYAR, para acudir a reclamar a la aseguradora LA PREVISORA S.A., prescribía dos años después, esto es, hasta el **22 de abril de 2015**, y dado que el llamamiento en garantía como acción idónea para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro fue elevado ante el Juez de primera instancia en debida forma el **9 de diciembre de 2013 (fls. 307-308)**, **en el caso de la entidad hospitalaria y el 13 de febrero de 2014 para el caso del médico Kamenyar (fl. 339)**, el mismo se advierte oportuno, por tanto el medio exceptivo propuesto por la Aseguradora no prospera; pero es que además debe tenerse en cuenta que si bien en el contrato de seguro se pactaron unas condiciones respecto de las reclamaciones durante la vigencia de la póliza, lo cierto es que términos como el de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro tienen la entidad de normas de orden público (art. 13 CGP), de lo cual se deriva que no están sometidos a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en una relación contractual.

³² ARTÍCULO 1131. OCURRENCIA O DEL SINIESTRO. Subrogado por el art. 86, Ley 46 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

Ahora bien, en lo atinente a las excepciones denominadas **limitación a la cobertura de los perjuicios extrapatrimoniales, exclusivamente al daño moral en la póliza de responsabilidad No. 1002231, límite de valor asegurado, limitación de responsabilidad de la PREVISORA S.A., al monto de la suma asegurada, limitación de responsabilidad de la PREVISORA a la disponibilidad del valor asegurado por concepto de responsabilidad civil art. 1111 del C. de Comercio** (fl. 369-370), serán resueltas al momento de establecer el pago de los perjuicios a cargo de los asegurados.

Finalmente, en lo relativo a la excepción denominada **aplicación del deducible pactado en la póliza**, la Sala se releva de su estudio, dado que el mismo corresponde al trámite que la llamada en garantía debe adelantar con el asegurado y que por ende no atañe a aspectos judiciales que deban ser resueltos en el proceso.

En suma, dado que se acreditó que el daño irrogado a la actora se produjo el 26 de abril de 2011 esto es, dentro de la vigencia de las pólizas de responsabilidad civil Nos. 1002231 y 1007216 suscritas entre la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y OLEXIY KAMENYAR respectivamente y la compañía LA PREVISORA S.A., en consecuencia, se dispondrá que la Aseguradora llamada en garantía reembolse a los asegurados el valor de la condena que éstos deban pagar con ocasión de esta sentencia, sin que dicha suma supere el límite de responsabilidad asegurado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1089³³ del Código de Comercio y, sin perjuicio del ejercicio por parte de la Aseguradora del derecho de subrogación legal frente al agente del daño³⁴. Se dispondrá así mismo que dicho reembolso se hará exigible al día siguiente en el cual el demandado haya indemnizado totalmente a la demandante, en la forma indicada en el artículo 1080³⁵ del Código de Comercio.

³³ "ARTÍCULO 1.089. Dentro de los límites indicados, en el artículo 1.079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario".

³⁴ Exp: 13.110. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁵ "ARTÍCULO 1080. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad ()"

e. Liquidación de perjuicios

- Perjuicios morales

En el caso se encuentra demostrado que la lesión del nervio radial del brazo izquierdo que padece la demandante le generó una pérdida de la capacidad laboral del 46.1% (fl. 488) y que en el dictamen médico forense de psiquiatría se hicieron los siguientes hallazgos, " *se puede considerar que la señora RUBIELA TELLEZ presenta según las clasificaciones internacionales de enfermedades un cuadro compatible de un **episodio depresivo moderado**, que ha enmarcado lo que ha sido su vida, posterior a los hechos materia de investigación, en donde **no solo se encuentra afectación en su área afectiva, de su percepción corporal y su imaginario personal, sino en su proyecto de vida.** 2 Se sugiere iniciar manejo psicológico y psiquiátrico, esto permitirá la recuperación de algunos de los síntomas descritos y disminuirá la posibilidad de complicaciones psiquiátricas futuras (...)" (fl. 580-591).*

Teniendo presente lo anterior y de acuerdo con los criterios fijados por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014³⁶ corresponde, a título de perjuicios morales, a favor de la demandante Rubiela Téllez la suma de **80 SMMLV**, conforme lo indicado en la siguiente gráfica:

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

³⁶ Sección Tercera. Sala Plena. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Exp. 31172

- Daño a la salud

Sobre el daño a la salud, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Órgano de Cierre de la Jurisdicción ha manifestado:

"(...)

De modo que, el "daño a la salud" –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

*Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. **Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados**, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.*

Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad³⁷.

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su

³⁷ "El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o "maneras de ser" FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos "El daño a la persona", Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s s.

génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

"Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

"Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico – legal, mientras que el daño a la salud es un concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución..."³⁸ (Se destaca).

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)³⁹, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)⁴⁰.

³⁸ VICENTE Domingo, Elena "Los daños corporales: tipología y valoración", Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

³⁹ "Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reidual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior." KOTEICH Khatib, Milagros "El daño extrapatrimonial", en "Diritto Romano Comune e America Latina", Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

⁴⁰ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁴¹. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica⁴². Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio

⁴¹ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

⁴² "Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser "límites razonables", determinados sí, en términos jurídicos." CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: **i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.**

Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima "a igual daño, igual indemnización"⁴³.

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, **sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.**

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso –:

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último

⁴³ "En el histórico fallo 184 de 1966 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico "debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado." ROZO Sordini, Paolo "El daño biológico", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal^{44/45}.

Teniendo presente lo anterior y en especial los derroteros expuestos, en el sentido de advertir en la pérdida de la capacidad laboral sufrida por la actora, del 46.1% (componente objetivo) y las valoraciones psiquiátricas que dan cuenta de las consecuencias particulares y específicas de la persona lesionada, las que refieren a que *"... Según comenta su etapa de edad adulta transcurría, sin alteraciones, con estabilidad laboral e independencia personal, situación que cambió radicalmente con los hechos que se investigan, cuando describe que secundario a las secuelas del procedimiento quirúrgico pierde la movilidad en una de sus manos, afectando no solo la percepción de sí misma, sino afectando su desempeño básico individual y laboral, dejándola en una situación de vulnerabilidad personal desestructurando así la percepción del futuro y de sus posibilidades personales. En la actualidad se evidencia una modificación en sus actividades diarias y en su cotidianidad con un detrimento en su funcionamiento personal y social que si bien se esperaría meses después de los hechos, ha persistido en el tiempo y han ido enmarcando en una serie de síntomas y signos que configuran según las clasificaciones internacionales de enfermedades como un episodio depresivo moderado, pero si bien la examinada ha logrado sobrellevar adaptándose parcialmente a las circunstancias y tomando herramientas personales aprendidas desde la primera infancia, no ha logrado subsanar totalmente permitiendo que emerjan dificultades en diferentes áreas personales, entorpeciendo la interacción social y el establecimiento de nuevos vínculos, así como haciendo que cambie la imagen interiorizada que tenía de sí misma, permitiendo que se fortalezcan a través de tiempo sus temores y una visión desesperanzadora del futuro"* (fl. 590); la Sala establece como indemnización por la reparación al daño a la salud a favor

⁴⁴ "Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico." GIL Botero, Enrique "Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación", pág. 10.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Rads. 19031 y 38222, MP. Enrique Gil Botero.

de la actora la suma equivalente a **80 SMMLV**, de acuerdo con la siguiente tabla⁴⁶:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

- Perjuicios materiales

En primer lugar, se analizará la modalidad de **perjuicio material- lucro cesante**; al respecto en el plenario no obra prueba alguna de actividad económica que desarrollara la señora Rubiela Téllez, más allá de su propia declaración en la que manifiesta que para ese momento trabajaba para el municipio de San José de Pare en un hogar geriátrico y que con ocasión del accidente fue desvinculada para el año 2012 y desde esa época vive de la *caridad*.

Sobre el particular debe señalarse que el órgano de cierre⁴⁷ de manera insistente y **unificada** en decisión del expediente 36149, tesis que acoge esta Sala, señaló que hay lugar a **aplicar la presunción** según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva **devenga por lo menos** el salario mínimo legal vigente, monto que será tenido en cuenta para liquidar el lucro cesante, a cuya suma se le debe adicionar⁴⁸ el 25% por concepto de prestaciones sociales, presunción que solo debe ser desvirtuada con una carga probatoria efectiva.

⁴⁶ Op. Cit.

⁴⁷ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de julio de 2013, proceso No. 31301, que retoma lo relacionada con la cuantía del perjuicio aludido, como se ha observado, no obra en el proceso constancia del salario devengado por la demandante en la época de los hechos. Se dará, entonces, aplicación a la tesis ya sostenida por esta Corporación en otras oportunidades, presumiendo, con fundamento en el hecho probado de que la víctima se dedicaba a una labor productiva, que obtenía de su trabajo una suma equivalente al valor del salario mínimo. (Sección Tercera, 24 de febrero de 2005, radicación 14140 y consultar radicación 17004 de 13 de noviembre de 2008.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente 19.502

Así las cosas, para determinar lo que corresponde al reconocimiento de los perjuicios materiales a favor de la demandante Rubiela Téllez, en la modalidad de lucro cesante futuro y consolidado, se procede a tomar el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente a la fecha de esta providencia por ser superior al vigente en el año 2011 (época de los hechos) actualizado, siguiendo las fórmulas y reglas aplicadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

Se toma entonces el salario mínimo legal mensual vigente a 2018, al cual se le debe aumentar un 25% por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas. Asimismo, para la liquidación únicamente se reconocerá **la renta** correspondiente al **46.1%** suma que corresponde al **porcentaje de pérdida de capacidad** laboral dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá (fl. 488), señalando igualmente que al valor resultante **no se le descontará** un 25% por concepto de gastos de subsistencia debido a que dicha sustracción es improcedente, toda vez que aquella debe ordenarse únicamente en los casos donde la **víctima fallece**⁴⁹.

• **Indemnización debida o consolidada**

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra * \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

S	Es la indemnización a obtener
Ra	Es la renta actualizada, que equivale a \$450.190
i	Interés puro o técnico: 0,004867
n	Número de meses que comprende el periodo indemnizable: desde la fecha del procedimiento quirúrgico (26/04/2011) hasta la de esta sentencia-(Sala - 22/03/2018), esto es, 84 meses

$$S = \$ 450.190 \frac{(1 + 0.004867)^{84} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 46.578.621$$

⁴⁹ Henao, Juan Carlos. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Universidad Externado, 2007, p. 311: "(...) En estos eventos [lesiones corporales] el hecho dañino, a diferencia de la hipótesis anterior, no genera la muerte de la persona. La víctima sobrevive al hecho dañino. Su daño consistirá en los gastos que se tuvieron que realizar a raíz del hecho dañino, en la merma de la capacidad laboral producida y, naturalmente, en los daños inmateriales que se hayan generado. Es entonces apenas natural que no se deban deducir los gastos de propia subsistencia que lógicamente se descuentan en caso de muerte de personas⁴⁹. (...)"(Subraya fuera del texto original)

- **Indemnización futura**

Comprende desde el día de esta sentencia (Sala del 22 de marzo de 2018), hasta la vida probable de la señora Rubiela Téllez, para lo cual se toma la edad que tenía a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es 46 años de edad (tomando la fecha de nacimiento 01/03/1965⁵⁰ al 26/04/2011), determinada la edad, se debe acoger lo indicado en la Resolución No. 1555 del 30 de julio de 2010⁵¹, expedida por la Superintendencia Financiera, mediante la cual se actualizan las tablas respecto de la vida probable que para el caso de la actora correspondía a 39.9 años (478.8 meses), de los cuales ya se han liquidado (consolidado) 83 meses restan por liquidar, en un total de **395.8 meses** y no tomando la vida probable de la tabla del índice de mortalidad del DANE en tanto en el asunto bajo estudio la víctima sufrió lesiones y no el fallecimiento, por lo cual esta instancia conforme a las previsiones de la jurisprudencia de la Sala Plena y de unificación, procede a realizar la liquidación conforme corresponde, así;

S	Es la indemnización a obtener
Ra	Es la renta actualizada, que equivale a \$ 450.190
i	Interés puro o técnico: 0.004867
n	Número de meses que comprende el periodo indemnizable: Meses de la vida probable del demandante 478.8

$$IF = Ra * \frac{(1 + i)^n - 1}{i * (1 + i)^n}$$

$$IF = \$ 450.190 \frac{(1 + 0,004867)^{478,8} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{478,8}}$$

$$IF = \$ \mathbf{83.450.629}$$

Así las cosas, tenemos que:

Indemnización debida o consolidada	\$ 46.578.621
Indemnización futura	\$ 83.450.629
TOTAL PERJUICIOS MATERIALES	\$ 130.029.250

Se constata que si bien, dando aplicación a las fórmulas establecidas por el Consejo de Estado para la tasación de perjuicio material en la

⁵⁰ Según documento de identidad a folio 36

⁵¹ Porque ésta se basa en las experiencias de 2005-2008, rango ajustado frente al acaecimiento de los hechos.

modalidad de lucro cesante, este arroja la suma de \$130.029.250 a favor de la actora, lo cierto es que revisada la demanda, en especial el acápite de pretensiones, ésta solicita el pago de *100 SMMLV para reparar los daños materiales* (pretensión 4 a folio 12); por esto, y dando aplicación al principio de coherencia, se reconocerá a favor de la parte actora esa suma, es decir el equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para este año 2018 (\$781.242), lo cual arroja la suma de **\$78.124.200** por concepto de perjuicios materiales, conforme lo pedido en la demanda.

En segundo lugar, en lo atinente a la modalidad de **perjuicio material-daño emergente**, no se reconocerá suma alguna puesto que no se probó que el mismo se hubiese causado.

f. De las costas:

La Sala condenará en costas en primera y en segunda instancia a los demandados, dado que se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia, conforme lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP⁵² y además porque en el expediente aparece que se causaron.

En consecuencia, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente al 4% de las pretensiones de la demanda (fl. 12), conforme lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar se dispone:

"PRIMERO: DECLARAR administrativa y solidariamente responsables a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al señor OLEXIY KAMENYAR, por los perjuicios causados a la señora ROSALBA TELLEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.022.615 de San José de Pare, con ocasión de la defectuosa atención allí brindada que conllevó a la lesión del nervio radial de su brazo izquierdo, por lo expuesto.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al señor OLEXIY KAMENYAR, a pagar solidariamente a favor de la señora ROSALBA TELLEZ la suma de 80 SMMLV por concepto de perjuicios morales.

TERCERO: CONDENAR a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al señor OLEXIY KAMENYAR, a pagar solidariamente a favor de la señora ROSALBA TELLEZ la suma de 80 SMMLV por concepto de daño a la salud.

CUARTO: CONDENAR a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al señor OLEXIY KAMENYAR, a pagar solidariamente a favor de la señora ROSALBA TELLEZ la suma de **\$78.124.200** por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

QUINTO: NO CONDENAR al pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR a la sociedad LA PREVISORA S.A., a reembolsar a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al señor OLEXIY KAMENYAR los valores que éstos tengan que pagar con ocasión del cumplimiento de esta sentencia, sin que estos superen el límite máximo de responsabilidad asegurado en las pólizas Nos. Nos. 1002231 del 28 de septiembre de 2010 y 1007216 del 11 de noviembre de 2010 expedidas por la aludida aseguradora. Se informa que el reembolso será exigible a partir del día siguiente a que la aseguradora haya indemnizado totalmente a la demandante.

SEPTIMO: Esta sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA".

SEGUNDO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al señor OLEXIY KAMENYAR por haberse revocado íntegramente la sentencia de primera instancia. Estas

784

serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

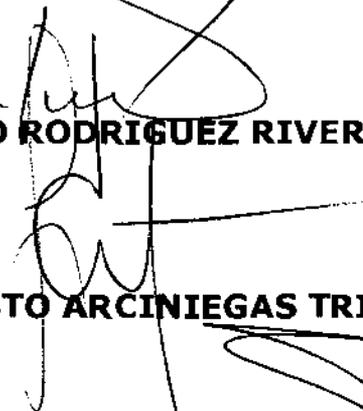
TERCERO: FIJAR como agencias en derecho, a cargo la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y al señor OLEXIY KAMENYAR, la suma equivalente al 4% de las pretensiones de la demanda.

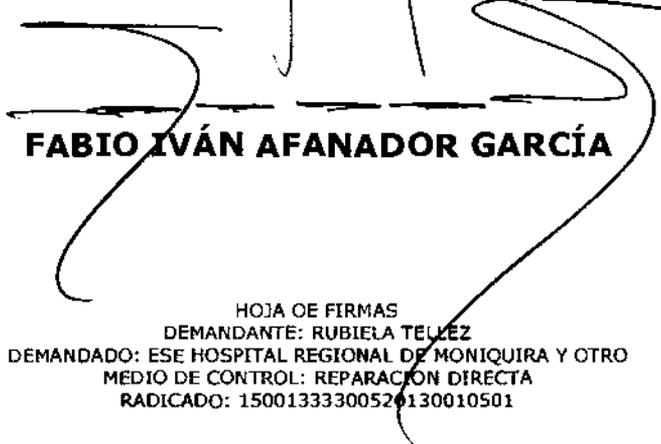
CUARTO: Notificada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

HOJA DE FIRMAS
 DEMANDANTE: RUBIELA TELLEZ
 DEMANDADO: ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA Y OTRO
 MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA
 RADICADO: 15001333300526130010501

T. J. ADMINISTRATIVO
 DE BOYACA
 NOTIFICACION POR ESTADO
 El caso anterior se notifica por estado,
 No 67 de hoy. 02 MAR 2018
 EL SECRETARIO 