



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, **11 SEP 2019**

Demandante	Martha Lucía Rueda Vargas y Camila Bustamante Rueda
Demandado	ESE Hospital San Rafael de Tunja y E.P.S. Saludcoop
Expediente	15001-33-33-010-2012-00065-01
Medio de control	Reparación Directa
Tema	Sentencia de segunda instancia

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante (Fls 520 a 530) en contra de la sentencia del 6 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (Fls. 502 a 518).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls. 2 a 14).

La señora Martha Lucía Rueda Vargas quien actúa en representación de su menor hija Danna Camila Bustamante Rueda, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 del C.P.A.C.A., solicitaron se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la ESE Hospital San Rafael de Tunja y a la ESP Saludcoop, por los perjuicios materiales, morales y daño a la salud causados con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico, derivados de la mala práctica de la cirugía denominada Osteotomía de Ganz practicada el 22 de junio de 2010 a la señora Martha Lucía Rueda Vargas.

Como consecuencia de lo anterior solicitó se condene a las entidades demandadas, al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante; por concepto de perjuicios inmateriales en la



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

modalidad de daños morales y daño a la vida en relación, daños objetivados, en cuantía total de \$452.912.400.

1.1 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Afirmó la parte demandante que para el año 2008 la señora Martha Lucía Rueda Vargas gozaba de buena salud, cursando segundo semestre de la carrera de Bacteriología en la Universidad de Boyacá y se desempeñaba como violinista en el Mariachi “Son Azteca”; así mismo, desarrollaba las actividades normales para una persona de 26 años de edad, siendo madre de la menor Danna Camila Bustamante Rueda.

Adujo que para el mes de diciembre de 2009, la señora Martha Lucía Rueda Vargas empezó a tener dolores en la cadena derecha, acudiendo a citas médicas en la ESP Saludcoop, en donde el médico tratante la valoró y le diagnosticó “displasia”, ordenando su remisión al Hospital Clínica San Rafael de Bogotá; como conducta a seguir el médico tratante ordenó un procedimiento quirúrgico denominado “Osteotomía de Ganz”.

Señaló que el día 30 de marzo de 2010, la señora Martha Lucía Rueda fue nuevamente valorada por el médico Ortopedista Víctor Hugo Lizcano Ortiz quien determina “*Secuelas de displasia de cadera astrisincipiente no se considera remplazo articular en este momento se remite a consulta externa para posibilidad de osteotomía pélvica*”; diagnóstico que fue confirmado por médico Javier Pérez Torres con fecha 03 de mayo de 2010 en donde se indicó como procedimiento a seguir “*Osteotomías complejas en pelvis con fijación*”.

Refirió que ante dicho diagnóstico, se solicitó autorización a la ESP Saludcoop para la realización del procedimiento quirúrgico ordenado por los médicos tratantes, la cual debió autorizarse para la Clínica Hospital San Rafael de Bogotá; adujo que pese a que para el momento en que se expidió la autorización existía convenio vigente entre el Hospital San Rafael de Bogotá y la EPS Saludcoop, la demandante fue remitida al Hospital San Rafael de Tunja,



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

donde finalmente le fue practicado el procedimiento quirúrgico de “Osteotomía de Ganz”.

Indicó que la señora Martha Lucía Rueda manifestó verbalmente a los funcionarios de la ESP, que su deseo era ser atendida y operada en la IPS Clínica San Rafael de Bogotá, por cuanto dicha IPS le ofrecía mayor garantía en cuanto a especialistas y resultados del proceso quirúrgico, vulnerándosele el derecho a la libre escogencia de la IPS y además por cuanto la decisión de la EPS le generó un retraso en el tratamiento médico que requería.

Refirió que la cirugía de “Osteotomía de Ganz Periacetabular” busca hacer una corrección de la displasia de cadera, la cual no tiene como riesgo la pérdida de movimiento de la pierna operada, aunado a que el margen de éxito de la cirugía es del 85%.

Adujo que en el presente caso se presentó un error humano en la cirugía de “Osteotomía de Ganz” practicada el 22 de junio de 2010 a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, error en el que incurrió el médico Jaime Medina Rubiano; refirió que desde el momento en que terminó la cirugía, la señora Martha Lucía Rueda, percibe que no tiene movimiento ni sensibilidad en su pierna izquierda; en los días siguientes la paciente empezó a sentir dolores extremos en su pierna izquierda, por lo cual se le prescribió Gabapentina que es un medicamento para la epilepsia y su consumo es de elevado riesgo para el paciente.

Señaló que el día 2 de julio de 2010, a la señora Martha Lucía Rueda le fue practicada una electroneuromiografía determinando la existencia de una *“lesión parcial incompleta del ciático izquierdo afectando especialmente su componente tibial + lesión severa (completa) del nervio femoral del mismo lado”*, lo cual refiere fue consecuencia de la cirugía antes señalada.

Indicó que la EPS Saludcoop limitó el tratamiento de la señora Martha Lucía Rueda a una serie de terapias físicas que no arrojaron ningún mejoramiento en la salud de la paciente; terapias que fueron realizadas hasta mediados del año 2011.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

1.2 Fundamentos de derecho

Como fundamento de sus pretensiones señaló que existió responsabilidad de las entidades demandadas derivada de la mala realización del procedimiento quirúrgico denominado “Osteotomía de Ganz”, en la cual se presentó un error por parte del médico tratante. Refiere que según los estudios realizados sobre la cirugía “Osteotomía de Ganz”, el resultado de éxito probable supera el 85%, y el restante 15% su evolución es lenta, pero el resultado de la mejoría es casi absoluta de la displasia de cadera.

Adujo que en ninguno de los casos, el paciente sufre de pérdida de la sensibilidad en las extremidades, ni tampoco queda lesión permanente en su cadera, como ocurrió en el caso de la señora Martha Lucía Rueda Vargas quien ha sido afectada en su vida social, familiar y laboral, debido a la mala o equivocada práctica de la operación realizada en su humanidad el pasado 22 de junio de 2010, daño que resulta imputable a las entidades demandadas.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 EPS SALUDCOOP

Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado de la EPS Saludcoop presentó contestación de la demanda (Fls 118 a 137), solicitando se nieguen las pretensiones de la misma, para lo cual argumentó lo siguiente:

Indicó que Saludcoop EPS no tiene dentro de sus funciones y competencias la atención médica o quirúrgica de pacientes, es decir, no presta de manera directa los servicios de salud, razón por la cual desconoce la historia clínica de la demandante y por lo tanto los pormenores acaecidos en el tratamiento médico de la demandante.

Propuso como excepciones las siguientes:

i) Falta de legitimación en la causa por pasiva: Adujo que en el escrito de demanda se evidencia que la petición se orienta directamente a señalar la supuesta mala práctica de un procedimiento quirúrgico realizado por el



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Hospital San Rafael de Tunja, sin que le asista responsabilidad a la EPS Saludcoop.

Así mismo propuso las excepciones que denominó: *i)* Improcedencia de aplicación del régimen de falla en el servicio, *ii)* inexistencia de daño antijurídico por parte de Saludcoop EPS, *iii)* El hecho de un tercero como eximente de responsabilidad que se imputa a Saludcoop, *iv)* Discrecionalidad científica que no responsabiliza a Saludcoop por el acto médico que ejecutó el equipo de salud adscrito a la institución prestadora de salud que suministra el servicio, *v)* Inexistencia de solidaridad de Saludcoop EPS respecto de la ESE que presta el servicio de salud, *vi)* Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Saludcoop EPS.

2.2 Hospital San Rafael de Tunja.

Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, presentó contestación de la demanda (Fls 191 a 203), oponiéndose a las pretensiones de la misma, por cuanto la atención médica prestada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas se ajustó a los protocolos médicos y con la pericia de cada uno de los profesionales médicos.

Señaló que la cirugía de nominada “Osteotomía de Ganz”, practicado a la demandante, es un procedimiento quirúrgico de muy alta complejidad, que requiere ser realizada por profesionales con alto entrenamiento, encontrando que en Colombia son pocos los cirujanos con experiencia en este tipo de intervenciones, y quienes tienen mayor casuística en el país son los doctores Pérez que labora en el Hospital San Rafael de Bogotá y el doctor Medina quien lo hace en el Hospital San Rafael de Tunja, quienes recibieron entrenamiento con el Dr. Ganz creador de la técnica.

Adujo que el error médico deber ser atribuido al profesional cuando la complicación que ocurre está por fuera de lo esperado; sin embargo, en el presente asunto, la lesión del nervio ciático y ramas cruciales, es una complicación descrita y posible aun en las manos más expertas.

Propuso como excepciones las siguientes:



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

i) Inexistencia de la falla en el servicio: Luego de hacer referencia a la historia clínica de la demandante refirió que durante la atención a los servicios de salud disponibles, se garantizó el manejo por parte de los profesionales competentes ajustados al nivel de complejidad de la patología que presentaba; la atención médica brindada se ajustó al tipo de patología presentada. Adujo que el procedimiento médico fue realizado por el médico Jaime Medina Rubiano quien cuenta con alta experiencia en la práctica de la Osteotomía de Ganz, quien es de los pocos profesionales que realiza el procedimiento en Colombia.

ii) Inexistencia del nexo de causalidad: Refirió que de acuerdo con la historia clínica, la conducta desplegada por los galenos y demás personal que atendió a la paciente Martha Lucía Rueda Vargas fue adecuada, a más que no está demostrado que su conducta se haya originado el daño que pretende de la demandante le sea indemnizado, ya que no se obró con impericia, negligencia o imprudencia. Por el contrario, los tratamientos realizados a la paciente fueron los adecuados y se realizaron para preservar la vida de la misma, tal como lo demuestran los exámenes, tratamientos y procedimientos que se le practicaron al paciente.

iii) Inexistencia de causa legal: Señaló que la demanda carece de los fundamentos probatorios y jurídicos ya que no existe vulneración por parte de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, entidad que cumplió con el deber legal en la prestación del servicio de salud, teniendo en cuenta la pericia y destreza del personal profesional que atendió a la paciente.

2.3 Llamado en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros (Fls 59 a 67 C. Llamamiento en garantía)

La Compañía de Seguros La Previsora S.A. a través de apoderado judicial presentó contestación de la demanda manifestando su oposición a la misma, por cuanto no existe ninguna responsabilidad que se le pueda endilgar al Hospital San Rafael de Tunja, con ocasión de la atención médica suministrada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, la cual fue atendida dando aplicación a todos los protocolos médicos que correspondían al estado de salud que tenía al ingreso de la entidad hospitalaria.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Propuso como excepciones en contra de la demanda las siguientes:

i) Inexistencia de la obligación: Refirió que de acuerdo con la Historia Clínica de la señora Martha Lucía Rueda Vargas se evidencia que desde su ingreso a la institución, le fue suministrada una atención adecuada a la patología que presenta y se le dio un manejo quirúrgico oportuno por parte del personal del hospital.

ii) Actividad médica es de medio no de resultado: Adujo que la cirugía practicada por el personal médico de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, se adelantó conforme a la literatura médica y a la experiencia que se aplica a esta clase de procedimientos como el practicado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas.

iii) Improcedencia de los perjuicios morales como están solicitados: Refirió que los perjuicios morales y su monto reclamados por la demandante, desconocen los parámetros jurisprudenciales fijados por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de dichos perjuicios.

Así mismo el apoderado de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., en lo que tiene que ver con el llamamiento en garantía refirió que la póliza aportada no tiene la cobertura solicitada por el Hospital San Rafael de Tunja, por cuanto la reclamación extrajudicial se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2012, esto es, cuando ya había expirado la póliza.

3.- SENTENCIA APELADA (Fls 502 a 519)

El Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia de fecha 06 de julio de 2018, dispuso negar las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló lo siguiente:

En primer lugar y luego de hacer referencia los elementos de prueba obrantes en el plenario, particularmente la declaración del médico Jaime Ernesto Medina Rubiano quien realizó el procedimiento quirúrgico a la demandante, las declaraciones de los médicos y la fisioterapeuta que conformaron la Junta Regional de Calificación que valoró a la señora Martha Lucía Rueda, así como



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

la transcripción de la historia clínica, en lo que tiene que ver con el daño, señaló que el mismo se encuentra respaldado en el dictamen de calificación que arrojó una pérdida de capacidad laboral del 33.90% de la demandante.

En cuanto a la imputación manifestó que la parte demandante refiere que el hecho dañoso se desprende de un error humano en la cirugía de “Osteotomía de Ganz” practicada el 22 de junio de 2010, error en el que incurrió el médico Jaime Medina Rubiano quien actuaba como médico del Hospital San Rafael de Tunja; no obstante, indicó el *a quo* que no obra prueba técnica especializada que respalde tal afirmación. Ello por cuanto, pese a haberse decretado prueba pericial, las partes tanto demandante como demandada desistieron de la misma.

Sin embargo, el *a quo* luego de hacer referencia a la literatura médica señaló que el procedimiento denominado Osteotomía de Ganz fue concebido como una medida terapéutica para cuadros dolorosos de cadera en adultos jóvenes como consecuencia de la patología de displasia, lo cual constituye una alternativa al remplazo articular temprano tendiente a mitigar las dolencias que afectan y limitan a quienes la sufren, procedimiento que de acuerdo a literatura científica no está exento de riesgos inherentes a la alta complejidad de la cirugía.

Indicó que teniendo en cuenta la literatura médica, los testimonios técnicos y lo encontrado en la historia clínica, desestimó la existencia de una falla en el servicio derivada de un error en el procedimiento médico; en efecto, señaló que la señora Martha Lucía Rueda Vargas tenía un diagnóstico de deformidades congénita de la cadera, presentando un dolor de cadera izquierda, asociado con limitación, claudicación y cojera, por ende no es como lo pretende hacer valer la parte demandante, en el sentido que padecía una molestia menor. Afectación frente a la cual se recomendó con fecha 8 de diciembre de 2009 la práctica de procedimiento “Osteotomía de Ganz”.

Refirió que la cirugía practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas tenía como propósito aliviar el dolor y la limitación, así como postergar un reemplazo de cadera; no obstante dicha cirugía presentaba riesgos, los cuales fueron puestos de presente al momento de diligenciar el consentimiento



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

informado, en donde se registró como procedimiento a realizar la corrección de displasia, pero advirtiendo entre los riesgos generales del procedimiento la lesión neurológica-vascular y como riesgos específicos las anestésicas y hemodinámicas.

En tal sentido adujo que la voluntad del paciente de someterse a la intervención debidamente informada de su alcance y en especial de sus riesgos, de tal manera que la ocurrencia de uno de estos, si bien es un resultado indeseado, está enteramente vinculado al acto quirúrgico al cual se sometió y que conforme a la literatura médica, no son exóticos o irregulares, sino por el contrario de frecuente ocurrencia en la práctica.

Señaló que la secuela “limitación para movilizar la pierna, no puede levantar la pierna (F. 18) que obedece a una neuropatía crural-tibial izquierda, vinculada a: 1. Neuropatía periférica proximal motora de predominio axonal del nervio femoral (crural) izquierdo; con un compromiso severo”, determinada en las electromiografías a la demandante, no es ajena al procedimiento y está contemplada dentro de los riesgos neurológicos informados. Adujo que tales secuelas no implican necesariamente que la intervención quirúrgica se hubiese realizado con negligencia o deficiencia.

Precisó que de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente no arroja evidencia suficiente para concluir que las lesiones sufridas por la demandante durante el procedimiento médico quirúrgico hayan sido consecuencia de una falla en el servicio médico; indicó que el solo resultado, aun cuando no se ajuste a la expectativa de recuperación o el objetivo perseguido con la osteotomía, no es equivalente a error o falla, pues el paciente está sometido a riesgos y afectaciones consustanciales al procedimiento cuya verificación es imputable al diseño del mismo acto quirúrgico.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por la parte demandante cuando indica que el médico modificó la técnica de la operación Osteotomía de Ganz, pues éste manifestó que operaba boca arriba; adujo la *a quo* que luego de analizar integralmente la declaración del médico que ejecutó la cirugía, concluyó allí se refiere a un recuento o procedimientos llevados a cabo a otros pacientes y en donde se llevaron a cabo cirugías bilaterales, que no es el caso de la demandante, a quien se le realizó Osteotomía.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Así mismo en cuanto a las manifestaciones del galeno respecto a que “errar es humano”, refirió el juez de primera instancia que las mismas hacen referencia a un contexto general en el cual el declarante indica que toda acción humana genera riesgos, incluido el procedimiento quirúrgico, pero en modo alguno indica o tiene el alcance de una confesión de que en el asunto de marras se haya incurrido en error.

En suma concluyó el *a quo* que en este caso los galenos de la ESES Hospital San Rafael de Tunja no procedieron de manera inequívoca o tardía, ni que su comportamiento favoreciera o produjera el desenlace dañoso; indicó que la parte demandante no logró demostrar que el daño causado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas con ocasión de la cirugía de Osteotomía de Ganz realizada el 22 de junio de 2010 fue atribuible a fallas, emergiendo del análisis probatorio, que aunque el resultado del procedimiento no fue el esperado, las secuelas de la cirugía son inherentes a los riesgos previstos y previamente informados de la intervención, de tal manera que no se actualiza la responsabilidad que se atribuye.

4.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Parte demandante (Fls 520 a 530)

Con escrito del 23 de julio de 2018, el apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por la *a quo*, para lo cual argumentó lo siguiente:

Afirmó que en el presente caso si existió una equivocada realización del procedimiento quirúrgico adelantado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, que resulta ser la causa del perjuicio funcional sufrido, lo cual se prueba con la Historia Clínica anterior y posterior a la intervención, pues de una parte se demuestra el estado de presanidad y de otra es prueba idónea de la lesión sufrida por la demandante con ocasión de la cirugía “Osteotomía de Ganz”, por cuanto justo después de la intervención, ésta perdió la movilidad de su pierna izquierda y comenzó a sufrir fuertes dolores en la misma; así mismo, la referida prueba muestra de manera inequívoca las lesiones causadas con la cirugía realizada por el médico Medina Rubiano.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Adujo que si bien en el curso del proceso se ordenó la práctica de un dictamen especializado que habría de realizar la Universidad CES de Medellín, lo cierto es que dicha prueba no fue practicada por la incapacidad económica de la demandante de sufragar los más de \$6.000.000 que costaba el dictamen; sin embargo, en aplicación del principio de carga dinámica de la prueba, dicho dictamen debió ser allegado por las demandadas, pues tanto el Hospital San Rafael de Tunja como la EPS Saludcoop, tienen los recursos humanos y técnicos para su realización.

Señaló que en casos como éste, donde se pudo practicar la prueba pericial, el Consejo de Estado ha señalado, cierto tipo de presunción del nexo causal en tratándose de la responsabilidad médica. Refirió que no es cierto lo que señala el juez de primera instancia cuando dice que no se puede evidenciar un nexo causal entre la actividad médica y la lesión permanente sufrida por la demandante en la medida en que no existe prueba que así lo concluya; por el contrario, el Consejo de Estado en sentencia del 26 de abril de 2018 señaló en un caso similar que “En consecuencia, se ha precisado que no resulta relevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el que se demanda”.

Indicó que quedó demostrado que el médico Galeano empleó un método inusual para la cirugía, hecho del cual hizo alarde señalando que el 90% de los cirujanos lo hacían de manera diferente y que él era el único que operaba boca arriba; este hecho resulta relevante a la hora de determinar el régimen de responsabilidad aplicable, lo cual fue pasado por alto por el *a quo*, haciendo una apreciación subjetiva del testimonio, el cual no fue apreciado de manera debida, lo cual conllevó a la negación de las pretensiones.

Refirió que el fallo de primera instancia se sustentó en una sentencia del Consejo de Estado donde figuraba la declaración del señor Jaime Dina Rubiano como testigo de la parte allá demandada, teniendo en cuenta dicha declaración que fue practicada en otro proceso judicial, lo cual resta cualquier objetividad a la decisión adoptada en primera instancia.

Indicó que contrario a lo señalado por en el fallo de primera instancia, la señora Martha Lucía Rueda Vargas no tenía ninguna condición congénita de daño en



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

la cadera; por el contrario de acuerdo con la historia clínica, la demandante acudió a consulta médica por una pequeña molestia al caminar, molestia que culminó con una cirugía practicada de forma inusual y sin el rigor de exámenes previos que justificaran o determinaran de manera rotunda la necesidad imperiosa de realizar el procedimiento quirúrgico, más aun cuando no se le informó a la paciente de los reales riesgos de pérdida de movimiento que presuntamente conllevaba la operación.

Indicó que de acuerdo con el Instituto Internacional de Displacia, el procedimiento de Osteotomía Periacetabular, no reviste mayor complejidad y tiene un margen amplio de éxito, aunado a que dentro de los riesgos admitidos, no se encuentra la pérdida de movilidad o daño en la rodilla. Refirió que de acuerdo con los estudios realizados en Colombia, el referido procedimiento tiene un porcentaje de éxito del 90%.

Adujo que en el presente caso no le fueron realizados a la paciente los exámenes previos pertinentes a fin de conocer de antemano los riesgos a los cuales se sometía, con lo cual al no practicarse estos exámenes se le negó el derecho a la demandante de saber su posible situación postquirúrgica; enfatizó en que el médico no realizó todos y cada uno de los exámenes y ayudas diagnósticas que entrever la real condición de la paciente y los posibles resultados de la cirugía, generando un error de diagnóstico que claramente pudo evitarse.

5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Llamado en garantía-La Previsora S.A. Compañía de Seguros (Fls 548 a 553)

El apoderado del llamado en garantía, dentro del término procesal correspondiente presentó alegatos de conclusión, en los cuales reitero los argumentos expuestos con la contestación de la demanda.

5.2 Entidad demandada (Fls 554 a 557)



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

La apoderada judicial de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia.

5.3 El Ministerio Público y la parte demandante guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandante corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto hay lugar a declarar administrativamente responsable a las entidades demandadas por el procedimiento médico denominado “Osteotomía de Ganz” practicado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas el día 22 de junio de 2010. Para el efecto, se deberá verificar si en el presente caso se encuentra acreditada la falla en la prestación del servicio médico, que permita imputar el daño que la parte demandante pretende le sea indemnizado, a las entidades demandadas.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Su decisión se encaminó a negar las pretensiones de la demanda por considerar que si bien se probó la existencia de un daño consistente en la pérdida de la capacidad laboral del 33.90% de la señora Martha Lucía Rueda Vargas, lo cierto es que el mismo no resulta imputable a las entidades demandadas. Sostiene que la parte demandante refiere que el hecho dañoso se desprende de un error humano en la cirugía de “Osteotomía de Ganz” practicada el 22 de junio de 2010, error en el que incurrió el médico Jaime Medina Rubiano quien practicó el procedimiento médico; no obstante, no obra prueba técnica especializada que respalde tal afirmación.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Refiere que la cirugía practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas tenía como propósito aliviar el dolor y la limitación, así como postergar un reemplazo de cadera; no obstante dicha cirugía presentaba riesgos, los cuales fueron puestos de presente al momento de diligenciar el consentimiento informado, en donde se registró como procedimiento a realizar la corrección de displasia, pero advirtiendo entre los riesgos generales del procedimiento la lesión neurológica-vascular y como riesgos específicos las anestésicas y hemodinámicas.

Sostiene el *a quo* que en este caso los galenos de la ESES Hospital San Rafael de Tunja no procedieron de manera inequívoca o tardía, ni su comportamiento favoreció o produjo el desenlace dañoso; indica que la parte demandante no logró demostrar que el daño causado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas con ocasión de la cirugía de Osteotomía de Ganz realizada el 22 de junio de 2010 fue atribuible a fallas, emergiendo del análisis probatorio, que aunque el resultado del procedimiento no fue el esperado, las secuelas de la cirugía son inherentes a los riesgos previstos y previamente informados de la intervención, de tal manera que no se actualiza la responsabilidad que se atribuye.

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante-parte demandante

Su inconformidad radica en que se debe acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda por cuanto en el presente caso existió una equivocada realización de la cirugía “Osteotomía de Ganz” practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, que resulta ser la causa del perjuicio, lo cual se prueba con la Historia Clínica en donde se indica el adecuado estado de presanidad de la paciente y que luego de la intervención ésta perdió la movilidad de su pierna izquierda y comenzó a sufrir fuertes dolores en la misma.

Señala que en casos como éste, donde no se pudo practicar la prueba pericial, el Consejo de Estado ha señalado, cierto tipo de presunción del nexo causal en tratándose de la responsabilidad médica, precisando que resulta irrelevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal el daño antijurídico por el que se demanda.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Indica que quedó demostrado que el médico Galeano empleó un método inusual para la cirugía, hecho del cual hizo alarde señalando que el 90% de los cirujanos lo hacían de manera diferente y que él era el único que operaba boca arriba; refiere que el fallo de primera instancia se sustentó en una sentencia del Consejo de Estado donde figuraba la declaración del señor Jaime Dina Rubiano como testigo de la parte allí demandada, es decir, se trató de una prueba practicada en otro proceso que no puede ser valorada en el presente caso.

Refiere que de acuerdo con la historia clínica, la demandante acudió a consulta médica por una pequeña molestia al caminar, molestia que culminó con una cirugía practicada de forma inusual y sin el rigor de exámenes previos que justificaran o determinaran de manera rotunda la necesidad imperiosa de realizar el procedimiento quirúrgico, más aun cuando no se le informó a la paciente de los reales riesgos de pérdida de movimiento que presuntamente conllevaba la operación. Señala que la Osteotomía Periacetabular, no reviste mayor complejidad y tiene un margen amplio de éxito, aunado a que dentro de los riesgos admitidos, no se encuentra la pérdida de movilidad o daño en la rodilla.

Aduce que en el presente caso no le fueron realizados a la paciente los exámenes previos pertinentes a fin de conocer de antemano los riesgos a los cuales se sometía, con lo cual al no practicarse estos exámenes se le negó el derecho a la demandante de saber su posible situación postquirúrgica, generando un error de diagnóstico que claramente pudo evitarse.

e) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia por considerar que de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario, contrario a lo afirmado por la parte demandante, no encuentra acreditada una falla en la prestación del servicio médico en la realización de la cirugía Osteotomía de Ganz; por el contrario, se constató con la historia clínica de la señora Martha Lucia Rueda Vargas emitida tanto por Saludcoop como por el Hospital San Rafael de Tunja, así como por el testimonio del médico Jaime Medina Rubiano



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

que práctico la cirugía, que la atención previa, durante y posterior al procedimiento médico, fue hecha conforme a los protocolos, sin que de allí pueda concluirse una prestación deficiente del servicio médico.

Se indicará que de la lectura de la historia clínica que contiene la atención recibida por la señora Martha Lucía Rueda Vargas con ocasión de la cirugía de Osteotomía de Ganz en la cadera izquierda practicada el 22 de junio de 2010, no puede concluirse que en dicho procedimiento se haya presentado una falla, descuido o negligencia por parte del médico cirujano que realizó la intervención; por el contrario, de dicho documento lo que se puede inferir, es que el servicio de enfermería fue prestado de manera oportuna, al tiempo que se dejó consignado expresamente por el médico cirujano que durante la cirugía, no se presentaron complicaciones o alteraciones, sin que exista un elemento de prueba que desvirtúe tales anotaciones.

Así mismo se establecerá que si bien la demandante presentó afectaciones luego de la intervención quirúrgica, esto es lesión a nivel neuronal, que implicó disminución en la sensibilidad y movimiento de la perna izquierda, lo cierto es que no aparece ningún elemento de prueba que permita concluir que aquellas fueron consecuencia de un actuar negligente u omisivo por parte del médico cirujano que practicó la cirugía; por el contrario, de acuerdo con lo manifestado por el médico Jaime Medina Rubiano y es corroborado por la literatura médica, el daño sufrido por Martha Lucía Rueda Vargas, corresponde a un riesgo propio de esta clase de intervenciones quirúrgicas, las cuales, contrario a lo manifestado por la parte demandante, revisten una alta complejidad.

En tal virtud, como quiera que una vez se presentó la complicación en la salud de la señora Martha Lucía Rueda Vargas, la cual, que se insiste, es un riesgo propio al que se ven expuestos los pacientes a los que se les practica la cirugía de Osteotomía de Ganz, los profesionales de la salud del Hospital San Rafael de Tunja procedieron de manera inmediata a agotar los medios que tenían a su alcance, de acuerdo a la *lex artis* para evitar daños mayores, como lo fue en este caso, la prescripción de terapias de electro-estimulación, escenario en el cual, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, no hay lugar a comprometer su responsabilidad.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Adicionalmente se indicará que el Régimen objetivo de responsabilidad no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que la cirugía “Osteotomía Periacetabular de Ganz” practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, no se enmarca en ninguno de los casos excepcionales fijados por el Consejo de Estado para su procedencia, de tal manera que la responsabilidad administrativa en el asunto *sub exánime*, debe estudiarse a partir del régimen general de falla en el servicio médico.

Para efectos de absolver los interrogantes jurídicos planteados, comenzará la Sala por analizar la *i)* De las pruebas allegadas al plenario, *ii)* Cláusula General de Responsabilidad Administrativa del Estado, *iii)* De los elementos de la responsabilidad, *iv)* Caso concreto.

4. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PLENARIO

Al plenario fueron allegados los siguientes elementos de prueba, útiles a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados:

- Copia del Registro Civil de Nacimiento de Danna Camila Bustamante Rueda donde se indica que es hija de la señora Martha Lucía Rueda Vargas (Fl 16).
- Copia de la Electromiografía realizada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas con fechas 4 de septiembre de 2010 y 09 de mayo de 2011, practicadas por el médico fisiatra Efraín Amezquita, en donde se concluyó lo siguiente (Fls 17 a 21):

“(…) Estudio de neuro condiciones, reflejo H y electromiografía MII compatible con:

1. Neuropatía periférica proximal motora de predominio axonal del nervio femoral (crural) izquierdo; con un compromiso actual severo.
2. Neuropatía periférica proximal motora axonal ciático poplíteo interno izquierdo; con un compromiso moderado”.

- Copia de la atención médica recibida por la señora Martha Lucía Rueda Vargas de fecha 08 de diciembre de 2009 en la Clínica Tunja, donde fue



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

atendida por el Ortopedista Bernardo Tobo Medina, en donde se indicó lo siguiente (Fls 59, 60):

“(...) Enfermedad actual: Hace varios meses presenta dolor en la cadera izquierda, asociado con limitación, claudicación, cojera. Trae RX de cadera que muestra displasia residual de cadera izquierda con artrosis leve (...).

Exámen Físico. Extremidad inferior. Anormal. Limitación ama de cadera izquierda dolor a la RI y ABD.

Recomendaciones: Paciente con indicación de osteotomía Periacetabular. Se remite a IV nivel Bogotá al Hospital Clínica San Rafael (...).”

- Copia de la atención médica recibida por la señora Martha Lucía Rueda Vargas de fecha 30 de marzo de 2010 en la IPS Central Especialistas Santa Bibiana, donde fue atendida por el Ortopedista Javier Pérez Torres, en donde se indicó lo siguiente (Fls 61 a 62):

“(...) Enfermedad actual: Paciente con secuelas de displasia de cadera izquierda con síntomas moderados. (...).

Recomendaciones: Secuelas de displasia de cadera artriinsipiente, no se considera remplazo articular, en este momento se remite a re externa para posibilidad de osteotomía pélvica (...).”

- Copia del formato del consentimiento informado firmado por la señora Martha Lucía Rueda Vargas previo a la práctica de la cirugía de Osteotomía de Ganz, en donde se indicó lo siguiente (Fls 294, 295):

“(...) Diagnóstico y procedimiento Lo que se sigue se me ha explicado en términos generales y comprendo que:

Mi diagnóstico o enfermedad es: Displasia cadera izquierda.

El procedimiento se realiza para: Corrección de displasia.

Riesgos generales del procedimiento: Lesión neurológica-vascular, fractura, pseudoartrósis, hipercorrección.

Riesgos específicos: Además de los riesgos generales, en este procedimiento pueden haber otros riesgos. Estas complicaciones pueden incluir, pero no se limitan a: anestésicas y hemodinámicas (...)

Pronóstico: El equipo médico de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, me ha informado, si decido no efectuar el procedimiento arriba mencionado, mi pronóstico (condiciones médicas futuras) es: Artrosis de cadera izquierda (...).



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Consentimiento informado: Comprendo y acepto que durante el procedimiento pueden aparecer circunstancias imprevisibles o inesperadas, que pueden requerir una extensión del procedimiento original o la realización de otro procedimiento no mencionado arriba.

Doy mi consentimiento para que me efectúe el procedimiento descrito arriba y realicen los procedimientos adicionales que juzguen necesarios. Al firmar este formulario reconozco que lo he leído o que me ha sido leído y explicado y que comprendo perfectamente su contenido.

Se me han dado oportunidades de formular preguntas y que todas las preguntas que he formulado han sido respondidas o explicadas en forma satisfactoria.

Acepto que la medicina no es una ciencia exacta y que no se han garantizado los resultados que se esperan de la intervención quirúrgica o procedimientos diagnósticos o terapéuticos, en el sentido de que la práctica de la intervención o procedimiento que requiero compromete una actividad de medio, pero no es de resultados”.

- Copia de la Historia Clínica de la señora Martha Lucía Rueda Vargas emitida por el Hospital San Rafael de Tunja, respecto al procedimiento médico de Osteotomía de Ganz practicado a aquella así como la atención de enfermería allí practicada (Fls 253 a 255, 263 a 269, CD Fl 305).
- Copia de la valoración pre-anestésica realizada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas con ocasión de procedimiento que tenía programado de Osteotomía Periacetabular de cadera izquierda, realizado en la IPS Clínica Tunja con fecha 10 de junio de 2010, en donde se señalaba que presentaba como antecedente displasia de cadera bilateral (Fls 280 a 283, CD Fl 305).
- Copia de la Radiología realizada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas el día 22 de junio de 2010 en el Hospital San Rafael de Tunja, en donde se indicó “Datos Clínicos: Artrosis cadera izquierda. Hallazgos: Disminución de los espacios articulares con esclerosis de los platillos y material de osteosíntesis a la



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

altura de la articulación coxo-femoral izquierda parahiliaca homo lateral”. (Fl 333).

- Copia de la evolución de historia de consulta externa de fecha 22 de febrero de 2012 de la señora Martha Lucía Rueda Vargas emitida por la Clínica Tunja de la Corporación IPS Saludcoop, en donde se indicó lo siguiente (Fls 6, 7 C. Pruebas):

“(...) Enfermedad actual: Paciente con displasia de cadera, se practicó Ganz Izquierda con lesión del nervio femoral, se queja de debilidad de la rodilla y dolor petrel femoral en la otra crepitiación.

RX Consolidado bien de Ganz buen cubrimiento. TAC rotulas con buen centramiento si acaso muy leve inclinación (...)”.

- Copia del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá de fecha 11 de julio de 2015 practicado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas en donde se concluyó una pérdida de capacidad laboral del 33.9% (Fls 19 a 21 Cuaderno de Pruebas).
- En desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el día 5 de agosto de 2015 fueron recepcionadas las declaraciones de Jaime Medina Rubiano, Olga Fabiola Melo Gutiérrez, Luis Emilio Flores Larrota, Faudelio Rodríguez Molina y Betsabé Vargas de Rueda (CD Fl 447).
- En su declaración el señor Jaime Medina Rubiano (Minuto 08:49 al minuto 01:18:05 de la grabación), quien en su condición de médico ortopedista y traumatólogo, respecto a la cirugía practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, señaló lo siguiente:

“(...) Tengo el caso muy presente porque yo fui el cirujano de la demandante. La cirugía fue inventada por el Dr. Ganz en Suiza (...), la cual está hecha para pacientes con displasia de cadera, que es una enfermedad congénita (...). La operación se llama una operación de reorientación, básicamente es hacer tres cortes complejos, el uno es arriba en iliaco es decir en la pelvis, el otro es un corte del pubis y el otro es un corte en el isquion que es un hueso atrás. La cirugía se hace más con el tacto que con la vista porque son tejidos muy profundos (...). La operación es muy buena pero tiene un gran problema, pues por la complejidad que tiene la operación la



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

deben hacer los médicos ortopédicos que trabajan normalmente en la cadera (...).

Más adelante refirió “Cuando la paciente consultó creo que fue a Saludcoop, el Dr. Rivera que fue el primer médico que la contactó a ella y le propuso la operación (...). En el Departamento de Boyacá no hay ningún cirujano ortopeda que haga esta operación distinta a mi persona, me mandan todos los pacientes cuando ellos supieron que yo trabajaba acá en el Hospital (...). Se trata de una cirugía supremamente compleja que no puede ser hecha por todo mundo, que la persona tiene que tener experiencia, pero como cirujanos, el problema de la medicina es que es de medio no de resultados; si yo tengo la experiencia yo hago una cirugía pero el paciente se somete a ciertos riesgos porque todos somos humanos, no todas las cosas nos pueden quedar bien, las complicaciones existen y están descritas. Por tratarse de una cirugía tan compleja los resultados son inciertos, es una cirugía temporal, paliativa; la paciente va a necesitar operación en el futuro; la idea es que la paciente utilice su cadena natural hasta los 50 años aproximadamente; todo paciente que tenga una displasia de la cadera siempre va a sufrir durante toda su vida (...).

En el consentimiento informado está muy claro, se indica lesiones neurológicas, como son tres cortes por una sola vía, la herida es por adelante. La complicación más frecuente en esta clase de cirugías es la neurológica; hay un nervio que queda atravesado, la herida es longitudinal y el nervio siempre se lesiona, eso está escrito, cuál es la secuela de esa lesión, el paciente siente anestesia al principio del muslo y la cara lateral de la cadera, eso va mejorando con el tiempo, pero al final queda un área que no sienten bien y eso es a causa del nervio sensitivo que atraviesa la herida y por más que se separe, es un nervio que termina siempre lesionado. El caso que nos ocupa es la lesión más importante del nervio que va en un paquete que va con la arteria y con la vena que es el nervio femoral; cuando uno va a hacer el corte del pubis, tiene que colocar unos separadores especiales para rechazar el paquete vascular mientras se hace el corte (...). En mayor o menor grado ese nervio se puede inflamar; ese nervio da la sensibilidad y la motricidad del musculo cuádriceps, el cual hace extender la rodilla; el nervio puede tener una recuperación de en promedio dos años. Si los pacientes no se recuperan, quedan con debilidad en la pierna, entonces tienen dificultad o desconfianza para caminar (...).

La operación básicamente es para quitar el dolor, ésta ni quita cojera ni gana movilidad; en teoría mejoran el dolor”. Al ser preguntado por los exámenes realizados a la paciente manifestó “La paciente no



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

necesitaba sino una radiografía y exámenes de rutina en una paciente joven que es un cuadro hemático, una valoración por anestesia, eso es todo; con una radiografía es suficiente, de hecho la cirugía la propuso el médico de Saludcoop con los exámenes que él le pidió (...). Si ella entró a cirugía programada era porque tenía todos los exámenes de protocolo (...). Para el caso que nos ocupa hubo una lesión de la praxia, se recuperó parcialmente queda con secuelas, pues es de lógica porque estamos hablando de una cirugía compleja que tiene esos riesgos, a unos les pasa y a otros no (...)."

- Así mismo, fueron recepcionadas las declaraciones de la señora Olga Fabiola Melo Gutiérrez, Luis Emilio Flórez Larrota, Faudelio Rodríguez Molina y Betsabe Vargas de Rueda (Minuto 01:25:00 al minuto 02:02:39 de la grabación CD Fl 377), quienes manifestaron que antes de la cirugía la señora Martha Lucía Rueda Vargas, llevaba una vida normar, que luego de la cirugía no pudo caminar, se afectó su vida social y familiar, así como tuvo afectaciones psicológicas tanto ella como sus familiares.
- En audiencia de pruebas celebrada 24 de noviembre de 2015, se recepcionó la declaración de la señora Gina Marcela Avella Malaver (Minuto 05:14 al minuto 15:26 de la grabación CD Fl 384), quien manifestó que después de la cirugía realizada a la demandante quedó muy afectada de su pierna, quedando incapacitada para trabajar, permaneciendo afectada física y psicológicamente.
- Así mismo, en la audiencia de pruebas celebrada el 25 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la contradicción del dictamen pericial emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, para lo cual fueron recibidas las declaraciones de los peritos Yazmith Elena Agudelo Ovallos, Aurora Espinel Quintero y José Daniel González Luque.
- En su declaración la perito Aurora Espinel Quintero (Minuto 21:45 al minuto 29: 24 de la grabación), manifestó "En el caso del primer capítulo de las secuelas, hemos encontrado que la señora tenía una displasia congénita de cadera, por lo cual de acuerdo con su historia clínica se estableció que lo mejor era hacerle una cirugía llamada Osteotomía de Ganz que consiste en unos cortes a nivel del acetábulo que es donde se registra el movimiento de la cadera, para que la cabeza del fémur pueda tener una movilidad que haya perdido por esta displasia;



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

posteriormente a la cirugía le aparecen unas complicaciones (...) una afectación en la parte superficial del nervio ciático y una parte del nervio crural que se llama femoral (...).

- En su declaración el perito José Daniel González Luque (Minuto 30:21 al minuto 32:0 de la grabación), refirió: “Tenemos un caso de una paciente con una afectación en el sistema osteo muscular principalmente de la cadera izquierda, con una afectación en los arcos de movilidad, una limitación moderada (...) con base en esto se dictaminó las restricciones de movilidad de cadera y miembros periféricos (...)”.
- Finalmente la perito Yazmith Elena Agudelo Ovallos (Minuto 33:46 al minuto 42:27 de la grabación) manifestó: “En cuanto al rol laboral, se califica el impacto de las deficiencias presentadas producto de las cuales calificó a la demandante (...). De acuerdo a las secuelas encontradas obviamente hay un impacto en el rol laboral, donde posiblemente si se hicieran modificaciones en el puesto de trabajo, podría desempeñarse, y en otras áreas ocupacionales el mayor impacto está en movilidad donde se tiene en cuenta la dependencia de ella de ayudas externas, en este caso de bastón”.

Con fundamento en los anteriores elementos de prueba, procede la Sala a realizar el estudio de responsabilidad en el presente asunto.

5. CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se habían establecido diversos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, tales como la falla en el servicio, el régimen de riesgo, el daño especial, entre otros.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes; de tal artículo, son dos los postulados que fundamentan dicha responsabilidad,



*Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro ·
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa*

a saber: *i)* El daño antijurídico, y *ii)* la imputación del mismo a la administración; en efecto indica la norma:

“Art- 90. El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

En Sentencia C-333 de 1996 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de la norma antes referida, en los términos que siguen:

“(…) El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. (...).

“La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública (...)” (Destacado por la Sala)



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Por su parte el Honorable Consejo de Estado¹ ha sostenido sobre el artículo 90: “(...) es el tronco en que se encuentra fundamentada la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”.

Lo anterior en palabras de la Corte Constitucional no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados; así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad será objetiva.

6. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

6.1 Del daño antijurídico

El primer elemento de la responsabilidad que se debe analizar es la existencia o no del daño y si el mismo puede ser considerado como antijurídico, es decir, que la víctima no estaba en la obligación de soportarlo, ya que sólo cuando se ha evidenciado la existencia de un daño antijurídico, se hace necesario analizar el segundo de los elementos de la responsabilidad, esto es, la imputación².

Respecto de las características que debe cumplir el daño, a efectos que tenga la virtualidad de ser objeto de indemnización, se han establecido las siguientes:

“(...) Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la afectación o vulneración de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos antijurídicos desatados por la lesión que

¹ C.E, S.C.A, S 3ª. Sentencia del 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 18 de febrero de 2010; Expediente No. 17885.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

inciden en el ámbito patrimonial o extra patrimonial (...)³”. (Destacado por la Sala)

En tal sentido, tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que por fuera de un reconocimiento indemnizatorio el daño eventual o hipotético, esto es, aquel se ubica en un plano meramente conjetural o hipotético, el cual no reviste las condiciones necesarias para ser pueda determinarse.

6.2 De la imputación de la responsabilidad

Ahora bien, respecto del segundo postulado que fundamenta la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, esto es, la imputación, la cual de acuerdo con el Consejo de Estado, supone “(...) el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (...)”⁴, ha sido dividida en *i*) imputación fáctica y *ii*) imputación jurídica; al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha indicado que:

“(...) La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882)

⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 12 de julio de 1993; Exp. 7622



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas (...).⁵ (Destacado por la Sala)

El Consejo de Estado⁶ ha precisado que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas, cuando éstas tienen algún nexo con el desarrollo de la función administrativa, es decir, que la sola calidad de funcionario o servidor público que ostente el autor del hecho, no es suficiente para atribuir la responsabilidad del Estado; en efecto en sentencia de 10 de febrero de 2011, se indicó:

“(...) No cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del “funcionamiento de los servicios públicos”. Es decir que la conducta del agente de la administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda calificación jurídico pública (...).” (Destacado por la Sala)

A propósito de la falla en el servicio como título jurídico de imputación para estudiar la responsabilidad administrativa del Estado, el Consejo de Estado⁷, ha indicado lo siguiente:

“(...) La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para

⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 10 de 2011, rad. 19123, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual⁸.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”⁹, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo¹⁰.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía¹¹ (...). (Destacado por la Sala)

⁸ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

⁹ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

¹⁰ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

¹¹ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

De igual forma el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 16 de febrero de 2017, respecto a la falla en el servicio, precisó que: “(...) De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a la administración pública por falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93), esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio (...)”¹². (Destacado por la Sala)

6.2.1 De la responsabilidad del Estado con ocasión de actividades médico asistenciales.

Al respecto ha de señalarse que en tratándose de eventos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad del Estado con ocasión de actividades médico-asistenciales, según lo ha señalado el Consejo de Estado “(...) Bien puede ser analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituyen el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla del servicio endilgada (...)”¹³.

En ese contexto, ha de señalarse que tal como lo indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴, si bien la actividad médica hospitalaria implica riesgos que son inherentes a su ejercicio, a manera de ejemplo intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos invasivos, los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud,

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02330-01(34928).

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp 15.563. “(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390).



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01

Reparación Directa

por regla general, debe partirse de la verificación en el caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.

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 alimentación¹⁵.

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 obligacional 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 medios y no de resultado.

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 suministró en forma eficiente, oportuna y de calidad**, además de 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

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, del 03 de octubre de 2016, expediente 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057), C.P Ramiro Pazos.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

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. (...)¹⁶ (Destacado por la Sala)

En ese orden de ideas, el contenido obligacional en materia médico-asistencial se sustenta en el principio de confianza¹⁷, la posición de garantía¹⁸ y el fin de protección de la norma¹⁹, 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 material.

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

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, del 27 de enero de 2016, expediente 20001-23-31-000-2001-01559-01(29728), C.P. Hernán Andrade.

¹⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, del 29 de abril de 2015, expediente 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574), C.P. Ramiro 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. (...)”.

¹⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, 15 de octubre 2015, expediente 190012331000200300267-01(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 ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia (...)”.

¹⁹ 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. (...)”.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

garantía²⁰ 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 experiencia.

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**, 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 Juez.

7.- CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto reitera la Sala que el problema jurídico que debe abordar en el presente asunto tiene que ver con determinar si hay lugar a declarar administrativamente responsable a las entidades demandadas por el procedimiento médico denominado “Osteotomía de Ganz” practicado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas el día 22 de junio de 2010. Para el efecto, se deberá verificar si en el presente caso se encuentra acreditada la falla en la prestación del servicio médico, que permita imputar el daño que la parte demandante pretende le sea indemnizado, a las entidades demandadas.

En tal sentido y a efectos de abordar el problema jurídico planteado, la Sala verificará si en el presente asunto se configuran los dos postulados que fundamentan la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, esto es, el daño y la imputación del mismo a las entidades demandadas.

7.1 Del daño antijurídico

²⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, del 10 de noviembre de 2016, expediente 76001-23-31-000-2003-00707-01(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 (...)”.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01

Reparación Directa

El daño, tal como se indicó en precedencia entendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, corresponde al menoscabo patrimonial y moral que se produjo a la demandante, el cual para que tenga vocación indemnizatoria debe revestir las características de ser cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente.

En el presente asunto, a efectos de acreditar la existencia de un daño en cabeza de la señora Martha Lucía Rueda Vargas, en primera medida ha de señalarse que se encuentra probado que ésta, el día 22 de junio de 2010, fue sometida a un procedimiento quirúrgico denominado “Osteotomía de Ganz”, ello en las instalaciones de la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja, tal como se evidencia en la historia clínica allegada; posterior a la realización de la cirugía, según se indica en la referida historia clínica, la paciente presentó “Por apraxia de crural se decide inicio de terapia física con electro estimulación., inicio antibioterapia intravenosa, rehabilitación analgesia”.(Destacado por la Sala)

Con posterioridad fue realizada una electromiografía a la señora Martha Lucía Rueda Vargas con fechas 4 de septiembre de 2010 y 09 de mayo de 2011, en donde se concluyó lo siguiente “(...) Estudio de neuro condiciones, reflejo H y electromiografía MII compatible con: 1. Neuropatía periférica proximal motora de predominio axonal del nervio femoral (crural) izquierdo; con un compromiso actual severo. 2. Neuropatía periférica proximal motora axonal ciático poplíteo interno izquierdo; con un compromiso moderado²¹”. (Destacado por la Sala). Adicionalmente por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá con fecha 11 de julio de 2015, fue emitido dictamen en el que se determinó que la señora Martha Lucía Rueda Vargas tenía una pérdida de la capacidad laboral del 33.9%²².

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala se encuentra plenamente acreditado el daño sufrido por la señora Martha Lucía Rueda Vargas, del cual se derivan los perjuicios cuya reparación solicita, ello por cuanto se acreditó la existencia de unas lesiones que afectaron su integridad física, bien jurídicamente protegido, daño que no estaba en la obligación de soportar.

²¹ Fls 17 a 21.

²² Fls 19 a 21 Cuaderno de Pruebas.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

7.2 De la imputación de responsabilidad

Precisado lo anterior, a continuación se procederá a estudiar la imputación en el caso concreto, acápite donde la Sala dilucidará si existió una falla en el servicio atribuible a la entidad demandada ESE Hospital San Rafael de Tunja, a momento de practicar la cirugía denominada “Osteotomía de Ganz” a la señora Martha Lucía Rueda Vargas.

Para el efecto, en primera medida ha de indicarse que de acuerdo con el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, los cargos en contra de la sentencia de primera instancia, pueden concretarse en los siguientes:

- i)* Que existió una equivocada realización “error humano” de la cirugía “Osteotomía de Ganz” practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, lo cual se prueba con la historia clínica;

- ii)* Que el médico cirujano encargado de la intervención empleó un método distinto para practicar la cirugía, la cual no revestía mayor complejidad y tiene un porcentaje de éxito muy alto; aunado a que dentro de los riesgos admitidos, no se encuentra la pérdida de movilidad o daño en la rodilla.

- iii)* Que si bien, no fue practicada prueba pericial, según el Consejo de Estado, en asuntos como el presente, resulta irrelevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, pues es el riesgo asociado con el ejercicio de procedimientos quirúrgicos lo que produce el daño;

- iv)* No fueron realizados los exámenes previos que justificaran la necesidad imperiosa de realizar la intervención, así como para determinar los riesgos a los cuales se sometía el paciente, lo cual generó un error en el diagnóstico.

A su turno, el juez de primera instancia consideró que el daño no resultaba imputable a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, por cuanto en este caso, no



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

hay prueba que indique que los galenos de dicha entidad hubieran procedido de manera equivocada o tardía, ni que su comportamiento favoreció o produjo el desenlace dañoso; indica que la parte demandante no logró demostrar que el daño causado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas con ocasión de la cirugía de Osteotomía de Ganz realizada el 22 de junio de 2010, fue atribuible a fallas, emergiendo del análisis probatorio, que aunque el resultado del procedimiento no fue el esperado, las secuelas de la cirugía son inherentes a los riesgos previstos y previamente informados de la intervención, de tal manera que no se actualiza la responsabilidad que se atribuye.

Previo a abordar el fondo del asunto, advierte la Sala que el apoderado de la parte demandante hasta en el recurso de apelación, plantea nuevos cargos para fundamentar la responsabilidad administrativa de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, los cuales no fueron propuestos al momento de incoar la demanda inicial, desconociéndose de esta manera la **congruencia que debe existir entre los cargos planteados en la demanda y en el recurso de apelación.**

En efecto, dentro del recurso de apelación se indica que en el presente caso existe responsabilidad de la entidad demandada por cuanto no fueron realizados los exámenes previos que justificaran la necesidad imperiosa de realizar la intervención “Osteotomía de Ganz”, así como los necesarios para determinar los riesgos a los cuales se sometía el paciente, lo cual generó un error en el diagnóstico; sin embargo, verificado el contenido de la demanda y su subsanación no se encuentra que tales cargos hubieren sido allí planteados, razón por la cual, los mismos no serán objeto de análisis en la presente instancia, por cuanto ello excedería la competencia del juez. A éste respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de julio de 2019²³, precisó lo siguiente:

“(…) “La competencia del juez en segunda instancia se circunscribe a examinar lo impugnado en el recurso, siempre y cuando implique abordar el análisis de las circunstancias fácticas inicialmente fijadas en el litigio, so pena de vulnerar el principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que exige consonancia entre la sentencia y lo invocado en los hechos y las pretensiones de la demanda, además de las excepciones que hubiere planteado la contraparte. Lo anterior implica que cuando se efectúen

²³ Consejo De Estado Sección Tercera Sub Sección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 54001-23-31-000-2005-00932-01 (49349).



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

pronunciamientos sobre eventos futuros que no fueron planteados en libelo introductorio habrá extralimitación en las facultades de la autoridad judicial porque no está dentro de su órbita funcional motivar su decisión sobre un objeto diferente al originariamente invocado”.²⁴ (Destacado por la Sala)

Así las cosas, no le es permitido a la autoridad judicial pronunciarse respecto a cargos que no fueron planteados en la demanda inicial, pues ello comportaría una extralimitación en las funciones, en la medida en que no está dentro de su órbita funcional, motivar la sentencia sobre un objeto diferente al originalmente invocado, tal como ocurre en el presente asunto, en donde sólo con el recurso de apelación, se formula como cargo para estructurar la responsabilidad administrativa, la presunta omisión en la realización de exámenes previos que determinarían la necesidad de la cirugía, así como los riesgos que ésta comportaba para la paciente, cargos que no fueron propuestos con la demanda, razón por la cual, no se hará pronunciamiento alguno frente a los mismos en esta instancia.

Precisado lo anterior, a efectos de analizar si en el presente asunto el daño sufrido por la señora Martha Lucía Rueda Vargas resulta imputable a las entidades demandadas, se parte de la regla según la cual, la responsabilidad en la prestación del servicio médico asistencial debe estructurarse a partir de verificar el cumplimiento del contenido obligatorio previsto para cada procedimiento en particular, precisándose que la carga de acreditar la falla en el servicio médico radica en cabeza de la parte demandante, quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente, a través de los medios probatorios autorizados por la ley.

Así las cosas, el primero de los cargos propuestos por el apoderado en el recurso de apelación, tiene que ver con que según su dicho, la realización de la cirugía Osteotomía de Ganz practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas el día 22 de junio de 2010, se adelantó de forma equivocada presentándose un error humano del cirujano que practicó el procedimiento; para sustentar tal argumento refiere que la falla se prueba con la historia clínica de la demandante

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de junio de 2018, exp. 05001-23-31-000-2006-02589-01(37646), CP: Ramiro Pazos Guerrero y sentencia de esta Subsección, del 29 de octubre de 2018, exp. 45814.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

que evidencia que antes de realizarse la cirugía se encontraba en buen estado de salud y luego de esta, resultó afectada en su integridad física.

Sin embargo, en el presente caso, de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario, la Sala, contrario a lo afirmado por la parte demandante, no encuentra acreditada una falla en la prestación del servicio médico en la realización de la cirugía Osteotomía de Ganz; por el contrario, se constató con la historia clínica de la señora Martha Lucia Rueda Vargas emitida tanto por Saludcoop como por el Hospital San Rafael de Tunja, así como por el testimonio del médico Jaime Medina Rubiano que práctico la cirugía, que la atención previa, durante y posterior al procedimiento médico, fue hecha conforme a los protocolos, sin que de allí pueda concluirse una prestación deficiente del servicio médico.

En efecto, de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario se encuentra acreditado que la señora Martha Lucía Rueda Vargas fue inicialmente atendida el día 8 de diciembre de 2009 en la Clínica Tunja de Saludcoop, en donde por parte del médico ortopedista Bernardo Tobo Medina, se dictaminó que la paciente “Hace varios meses presenta dolor en la cadera izquierda, asociado con limitación, claudicación, cojera. Trae RX de cadera que muestra displasia residual de cadera izquierda con artrosis leve (...)”²⁵, razón por la cual, recomendó la práctica de cirugía osteotomía Periacetabular de Ganz.

De igual forma, se advierte que con fecha 30 de marzo de 2010, la aquí demandante fue atendida en la IPS Central Especialistas Santa Bibiana, en donde fue atendida por el médico ortopedista Javier Pérez Torres quien diagnóstico “(...) Enfermedad actual: Paciente con secuelas de displasia de cadera izquierda con síntomas moderados”, señalándose como recomendaciones “Secuelas de displasia de cadera artróica, no se considera remplazo articular, en este momento se remite a re externa para posibilidad de osteotomía pélvica (...)”²⁶.

De acuerdo con la atención recibida por la señora Martha Lucía Rueda Vargas en las IPS con las cuales tenía convenio Saludcoop, se evidencia que ésta presentaba un cuadro de displasia de cadera izquierda, asociado con limitación, claudicación y cojera, conclusiones médicas que desvirtúan lo sostenido por el

²⁵ Fls 59, 60.

²⁶ Fls 61 a 62.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

apoderado de la parte demandante cuando sostiene que la paciente previo a la cirugía no presentaba mayor afectación en su salud. Precisamente y dado el cuadro médico presentado por la aquí demandante, los médicos ortopedistas que la atendieron, coincidieron en recomendar la práctica de la cirugía osteotomía Periacetabular de Ganz en la cadera izquierda.

Ahora bien, de acuerdo con la historia clínica allegada por el Hospital San Rafael de Tunja, la cirugía de Osteotomía de Ganz de la cadera izquierda, fue practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas en dicha institución el día 22 de junio de 2010, procedimiento que fue practicado por el cirujano Jaime Medina Rubiano. Previo a la realización de dicho procedimiento quirúrgico, la aquí demandante fue objeto de valoración pre-anestésica realizada en la IPS Clínica Tunja con fecha 10 de junio de 2010, en donde se señalaba que presentaba como antecedente displasia de cadera bilateral²⁷.

Una vez ingresó la señora Martha Lucía Rueda Vargas al Hospital San Rafael de Tunja, lo cual ocurrió el día 21 de junio de 2010, de acuerdo con la historia clínica allegada al plenario²⁸, respecto al procedimiento médico de Osteotomía de Ganz practicado a aquella, se indicó:

“(...) Fecha: 21/06/10 Hora: 12+10

Motivo de consulta: programa para cirugía.

Enfermedad Actual: paciente quien ingresa a piso programada para osteotomía de cadera izquierda. Refiere que hace un año le diagnosticaron displasia de cadera manifiesta presentar dolor durante ejercicios con cojera antalgica. Pt: niega QX antecedentes de cirugía en cadera derecha al año de edad. Cesarea G/O G1 C1 Resto Niega.

Antecedentes Familiares Abuela materna DM. Mama HTA, Tío

Revisión por sistema: Diuresis (+) Deposición (+).

Examen físico: Buen estado general SV: TA: 116/60 mm Hg FC: 80x' FR: 20x' c/c Normal C/P sin alteraciones Abd: Blando, RsIsCh EXT: Eutróficas, no edemas, no alteración en la marcha.

DIAGNOSTICOS	C	(P: Presuntivo, c: confirmado)
Principal Displasia de cadera izquierda		CODIGOS CIE 10M163

Plan de manejo: Hospitalizar para preparar para cirugía.

²⁷ Fls 280 a 283, CD Fl 305.

²⁸ Fls 253 a 255, CD Fl 305



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Fecha: 22/06/2010. Día Hospitalario (1)

Paciente asintomática en el momento SV: TA: 105/60 MMHg FC: 70 FR: 20x'c/c Normal C/P sin alteraciones Abd: Blando, RsIs (+) Ext: limitación, para abducción y rotación externa muslo izquierdo.

Plan de manejo: preparar para cirugía. Se realiza osteotomía de cadera izquierda sangrado leve (p) Hb. Heto de control RX pelvis centrada en pubis. (P) Transfundir 2 UGRE.

Fecha: 23/06/2010. Día Hospitalario (2)

Paciente 1° día POP osteotomía de Ganz presenta dos episodios eméticos de contenido alimentario, hipoestesis en muslo izquierdo, dolor moderado. SV TA: 100/65 mmHg fc: 85X'FR: 20x'Ext: MLL: HxQx en buen estado. Limitación para flexo extensión muslo y cadera anestesia en región anteromedial en tercio distal, movilidad adecuada de dedos, perfusión distal (+). Drenaje por Hemosa c 300cc. Se transfunden 2 UGRE. Reporte CH: LEUCO: 11270 N: SS, 2% L: 32.7% Hb: 12, 3 g/dl. HCTO: 37% Pla: 30.2000. Rx pelvis: Buena. Conexión de índice Acetabular, adecuado cubrimiento de cabeza femoral. Por apraxia de crural se decide inicio de terapia física con electro estimulación., inicio antibioterapia intravenosa, rehabilitación analgesia.

Fecha: 24/06/2010. Día Hospitalario (3)

Paciente Pop D2 osteotomía de Granz refiere persistencia de zona de hipoestesia muslo izquierdo SV: TA: 100/68 mm Hg FC: 105x+ FR: 20 x'MII: HxQx en buen estado, sin signos infección, analgesia región antero lateral porción distal muslo, limitación para flexo extensión muslo, movilidad dedos pie conservada perfusión distal (+). Continua segundo día antibioterapia, terapia física con afectos estimulación dos veces al día.

Fecha: 25/06/2010. Día Hospitalario (4)

Paciente estable hemodinámicamente tolera vía oral, con dolor intenso en sitio quirúrgico por lo cual continua hospitalizada para manejo del dolor. Continúa rehabilitación y manejo.

Fecha: 26/06/2010. Día Hospitalario (5)

Paciente estable hemodinámicamente no SIRS con leve mejoría del dolor, herida quirúrgica en buen estado. Tratamiento: continuar igual manejo.

Fecha: 27/06/2010. Día Hospitalario (6)

Paciente refiere dolor severo de muslo, mal patrón de sueño por el dolor, TVO, diuresis y deposición positiva, alerta, TA: 100/75 fc: 82 FR: 20, T°36°c. Conjuntivas normocromicas mucosa oral húmeda, ruidos cardiacos rítmicos, ruidos respiratorios, sin agregadas, abdomen blando, no masas extremidades MII heridas



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

quirúrgicas con leve secreción no purulenta, no fétida imitación para la flexión de muslo izquierdo.

Fecha: 28/06/2010. Día Hospitalario (7)

Paciente refiere disminución del dolor en la cadera izquierda, buen patrón de sueño, TVO, diuresis y deposición positiva, *** SV TA: 100/80 FC: 70 FR: 20 T°: 36.C, mucosa oral húmeda ruidos cardiacos rítmicos, modo respiratorio sin agregados, asociados blandos, extremidades herida quirúrgica sin signos de infección ni sangrado no secreciones, muslo antena izquierda moviliza. Paciente hemodinamicamente estable con adecuado manejo del dolor se decide dar salida con reporte de terapia física control en 30 días.

EGRESO. Fecha: 28/06/10

Condición: vivo. Destino: salida

DIAGNOSTICOS	C	(P: Presuntivo, c: confirmado)
Principal secuelas Displasia de cadera izquierda	X	CODIGOS CIE 10 M163

PROCEDIMIENTO REALIZADOS

Osteotomía de Ganz cadera izquierda.

Recomendaciones generales: se dan recomendaciones generales y signos de alarma.

Tratamiento: Naproxeno tab 250 mg VO c/12h. Terapia física y electro estimulación por **** Gabapentina 300 mg ****, **** 40 mg ****. Dr. Jaime Medina Rubiano. Ortopedista Traumatólogo". (Destacado por la Sala)

Así mismo, dentro de la historia clínica emitida por el Hospital San Rafael de Tunja²⁹, aparecen las siguientes anotaciones de enfermería respecto a la atención prestada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas:

"(...) Notas de enfermería. Fecha: 21/06/10.

Ingresa paciente el servicio de Ortopedia traído por camillero de turno de urgencias con diagnósticos. Displasia desarrollo cadera izquierda. Trae hoja de carga número 0.15838-1 se arregla unidad 316 A. Se controlan signos vitales se remite. Se inicia tratamiento ordenado.

Fecha: 21/06/10 Hora: 15h.

Paciente en la unidad acostado despierto alerta consciente con líquidos endovenosos funcionales, en miembros superiores derecho pasando lactato de Ringer paciente paso bien la tarde tolera vía oral elimina controlan signos vitales recientes pendientes.

²⁹ 263 a 269, CD Fl 305.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Fecha: 21/06/10 Hora: 15h.

Se toma muestra sanguínea para reserva de 2 unidades.

Fecha: 21/06/10 Hora: 21h.

Recibo paciente en la unidad alerta consciente orientada con líquidos permeables pasando LRinger, se realiza control de signos vitales, con FX cadera Izquierda se controlan SV TA: 103/64 FC: 73 SPO2: 95% ambiente.

Fecha 22/06/10 Hora: 6+30 h. Se lleva paciente a sala de cirugía, con venoclisis permeable, con exámenes y valoración de anestesia, no lleva carpeta de Historia.

6+30 am. Recibo paciente en admisiones suba CX. Paciente se despierta alerta con vena permeable en miembro superior derecho pasando L Ringer. Presente confirma motor.

Fecha: 22/06/10 Hora: 8+15.

Recibo paciente en cama alerta orientada en posición de cúbito lateral izquierdo con un diagnóstico de displasia desarrollo de cadera izquierda. Se observa cicatriz quirúrgica en fosa iliaca derecha. Tiene vena canalizada en mano derecha pasando SSN 09% a 60 cc/h. Se controlan y registran signos vitales.

10+40 Ingres a paciente de piso, alerta calmada con vena permeable, se aplica ficha de administración (...).

Fecha: 22/06/10. Hora: 13+00

Nota Operatoria

Dx preoperatoria: secuelas displasia de cadera izquierda.

Dx POP: IDEM.

Cirugía: Osteotomía de Ganz a cadera izquierda

Cirujano: Dr. Medina Dr. Rivera

Anestesia: Regional

Anestesiólogo: Dr. Novoa.

Complicaciones: No. (...).

Fecha: 22/06/10: 13+10. Ingres a paciente a recuperación baja efectos residuales de anestesia raquídea Lev permeable pasando la unidad de glóbulos rojos. HxQx cubierta con aposito + Fixomull. Hermovack permeable (p) pasar 2 unidades de GRE. Se monitoriza y se coloca O2 por mascara.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Fecha: 22/06/10. Hora: 15+. Se continúa con la 2° unidad de GRE Bolsa N. 22686, sello de calidad 38384, Grupo O (+) vence 03/07/2010. Paciente monitorizada con TA: 100/53 TAM: 70 FC: 92 FR: 20x' Sato2: 97%.

Fecha: 22/06/10. Hora 16. Se envía paciente a RX para toma de RX pelvis, pasando la segunda unidad de GRE, se desocupó hemoback con 300. Luego pasa a piso, habitación 316 A. Lleva orden para cita post-transfusión.

Fecha: 22/06/10 Hora: 16+25. Ingresa paciente al servicio procedente de cirugía por camillero en compañía de familiar trae venoclisis permeable en miembro superior derecho pasando 2° unidad de glóbulos rojos, herida quirúrgica en miembro inferior izquierdo con hemovak (...). (Destacado por la Sala)

Conforme a las consignaciones médicas y de enfermería que fueron reseñadas en precedencia, encuentra la Sala que del procedimiento quirúrgico adelantado a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, pueden extraerse las siguientes consideraciones: *i)* Que el día 21 de junio de 2010, fue hospitalizada con la finalidad de prepararla para la cirugía, oportunidad en la que por parte de enfermería se realizaron las actividades pre-operatorias requeridas, *ii)* El 22 de junio la paciente fue pasada a cirugía con “*venoclisis permeable, con exámenes y valoración de anestesia*”, realizándose la cirugía de Osteotomía de Ganz de cadera izquierda, procedimiento dentro del cual, según lo consignado por los médicos intervinientes, no se presentaron alteraciones o complicaciones, salvo un sangrado leve.

De igual forma, se encuentra consignado en la historia clínica que el día 23 de junio de 2010, ante la falta de sensibilidad y movilidad del miembro inferior izquierdo, manifestado por la aquí demandante, el médico cirujano dictaminó que la paciente presentaba “*aproxia de crural*”, razón por la cual, dispuso iniciar con terapia física con electro estimulación para el manejo de dicha afectación. En los días subsiguientes y hasta que fue dada de alta del Hospital, lo cual ocurrió el 28 de junio de 2010, a la paciente se le continuaron realizando las terapias físicas con electro estimulación.

Como se advierte, de la lectura de la historia clínica que contiene la atención recibida por la señora Martha Lucia Rueda Vargas con ocasión de la cirugía de Osteotomía de Ganz en la cadera izquierda practicada el 22 de junio de 2010,



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

no puede concluirse que en dicho procedimiento se haya presentado una falla, descuido o negligencia por parte del médico cirujano que realizó la intervención; por el contrario, de dicho documento lo que se puede inferir, es que el servicio de enfermería fue prestado de manera oportuna, al tiempo que se dejó consignado expresamente por el médico cirujano que durante la cirugía, no se presentaron complicaciones o alteraciones, sin que exista un elemento de prueba que desvirtúe tales anotaciones.

Ahora bien, otro de los cargos propuestos en el recurso de apelación tiene que ver con que el médico cirujano encargado de la intervención empleó un método distinto para practicar la cirugía, la cual no revestía mayor complejidad y tiene un porcentaje de éxito muy alto; aunado a que dentro de los riesgos admitidos, no se encuentra la pérdida de movilidad o daño en la rodilla. Dicho cargo no tiene vocación de prosperidad, tal como pasa a exponerse.

En efecto, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica, lo cual fue corroborado con posterioridad a través de una Electromiografía³⁰ practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas con fechas 4 de septiembre de 2010 y 09 de mayo de 2011, luego de realizado el procedimiento quirúrgico de Osteotomía de Ganz, la paciente presentó el siguiente cuadro: “(...) 1. Neuropatía periférica proximal motora de predominio axonal del nervio femoral (crural) izquierdo; con un compromiso actual severo. 2. Neuropatía periférica proximal motora axonal ciático poplíteo interno izquierdo; con un compromiso moderado”.

Sin embargo, si bien la demandante presentó dichas afectaciones luego de la intervención quirúrgica, lo cierto es que no aparece ningún elemento de prueba que permita concluir que aquellas fueron consecuencia de un actuar negligente u omisivo por parte del médico cirujano que practicó la cirugía; por el contrario, de acuerdo con lo manifestado por el médico Jaime Medina Rubiano y es corroborado por la literatura médica, el daño sufrido por Martha Lucía Rueda Vargas, corresponde a un riesgo propio de esta clase de intervenciones quirúrgicas, las cuales, contrario a lo manifestado por la parte demandante, revisten una alta complejidad.

³⁰ Fls 17 a 21



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

pubis, tiene que colocar unos separadores especiales para rechazar el paquete vascular mientras se hace el corte (...). En mayor o menor grado ese nervio se puede inflamar; ese nervio da la sensibilidad y la motricidad del musculo cuádriceps, el cual hace extender la rodilla; el nervio puede tener una recuperación de en promedio dos años. Si los pacientes no se recuperan, quedan con debilidad en la pierna, entonces tienen dificultad o desconfianza para caminar (...).

La operación básicamente es para quitar el dolor, ésta ni quita cojera ni gana movilidad; en teoría mejoran el dolor”. Al ser preguntado por los exámenes realizados a la paciente manifestó “La paciente no necesitaba sino una radiografía y exámenes de rutina en una paciente joven que es un cuadro hemático, una valoración por anestesia, eso es todo; con una radiografía es suficiente, de hecho la cirugía la propuso el médico de Saludcoop con los exámenes que él le pidió (...). Si ella entró a cirugía programada era porque tenía todos los exámenes de protocolo (...). Para el caso que nos ocupa hubo una lesión de la praxia, se recuperó parcialmente queda con secuelas, pues es de lógica porque estamos hablando de una cirugía compleja que tiene esos riesgos, a unos les pasa y a otros no (...)”.
(Destacado por la Sala)

De acuerdo con lo manifestado por el médico cirujano Jaime Medina Rubiano³², en la declaración antes referida, la cual, dicho sea de paso fue objeto de contradicción por la parte demandante en la respectiva audiencia de pruebas, se encuentra *i)* en primera medida que la Osteotomía de Ganz es un procedimiento quirúrgico de alta complejidad que se practica a adultos-jóvenes con antecedentes de displasia de cadera, *ii)* dicha intervención comporta riesgos, entre otros a nivel neuronal afectándose principalmente en nervio sensitivo, *iii)* En el presente caso se concretó un riesgo de la cirugía como lo fue una lesión del nervio femoral.

Ahora bien, lo señalado por el médico Jaime Medina Rubiano en cuanto a los riesgos que se presentan en la realización de la Osteotomía de Ganz, así como la complejidad que reviste dicho procedimiento quirúrgico, resulta ser concordante con lo establecido en la literatura médica al respecto; en efecto, en la Revista Cubana de Ortopedia y Traumatología, se indicó lo siguiente en lo que tiene que ver con las complicaciones de la referida cirugía, lo siguiente:

“(…) La osteotomía Periacetabular de Ganz es un procedimiento eficaz para el tratamiento de la displasia de cadera dolorosa, con una tasa de sobrevida a 10 años

³² Minuto 08:49 al minuto 01:18:05 de la grabación



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

del 90.8% y a 15 años del 83%; sin embargo, es un procedimiento técnicamente exigente con complicaciones reportadas hasta en el 15% de los casos. Davey y cols describieron las complicaciones relacionadas con este tipo de osteotomía como:

Triviales: no uniones púbicas asintomáticas, disminución de la sensibilidad dada por lesión del nervio femorocutáneo lateral y osificación heterotópica asintomática.

Moderados: neuropráxia, fracturas que no necesitan tratamiento, sobre alargamiento de la extremidad y complicaciones médicas menores.

Severas: distrofia simpática refleja, parálisis de nervios con secuelas permanentes (ciático, crural), sangrado mayor, pérdida de la fijación, necesidad de re intervención, trombosis venosa, fracturas intra articulares, infección, fractura de la columna posterior.

En la experiencia de los autores, se reconoce la osteotomía Periacetabular de Ganz como la mejor alternativa para el manejo de la cadera displásica sintomática en el adulto joven. Teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento técnicamente exigente (...) ³³. (Destacado por la Sala)

Como se advierte, de acuerdo hasta lo aquí expuesto la cirugía de Osteotomía Periacetabular de Ganz que le fue practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas es un procedimiento quirúrgico técnicamente exigente que reviste una alta complejidad, el cual se encuentra sometido a la posible ocurrencia de diferentes riesgos de tipo neuronal dentro del cual se incluye el de “*disminución de la sensibilidad dada por lesión del nervio femorocutáneo lateral y osificación heterotópica asintomática*” así como “*parálisis de nervios con secuelas permanentes (ciático, crural)*”, riesgo que fue el que se concretó en el caso aquí analizado.

Adicionalmente advierte la Sala que verificado el documento en el cual se otorga el consentimiento informado ³⁴ previo a la práctica de la cirugía de Osteotomía de Ganz, el cual se encuentra suscrito por la señora Martha Lucía Rueda Vargas, dentro de los riesgos que fueron indicados y que podían ocurrir en el desarrollo del procedimiento quirúrgico, se indicó “Riesgos generales del

³³ TY - JOUR AU - Nossa, Juan AU - Morales, Carlos AU - Rueda, Guillermo AU - Rodríguez, Hugo PY - 2012/06/01 SP - 103 EP - 108 T1 - Osteotomía Periacetabular en el manejo de displasia de cadera asistida con fluoroscopia: resultados clínicos tempranos y radiológicos VL - 26 JO - Revista Cubana de Ortopedia y Traumatología ER.

³⁴ Fls 294, 295.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

procedimiento: Lesión neurológica-vascular, fractura, pseudoartrósis, hipercorrección”.
(Destacado por la Sala)

En este punto ha de señalarse que tal como lo ha referido la jurisprudencia del Consejo de Estado “(...) 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 (...)”³⁵. (Destacado por la Sala)

Así las cosas, si bien la aquí demandante fue diagnosticada con una lesión de los nervios femoral (crural) y ciático de la pierna izquierda luego de practicada la cirugía de Osteotomía de Ganz, lo cierto es que quedó acreditado que aquella correspondía a un riesgo propio de esa clase de intervenciones quirúrgicas tal como lo señaló el cirujano que realizó la intervención y es corroborado por la literatura médica referida en precedencia.

Adicionalmente, encuentra la Sala que luego que se impartiera diagnóstico de lesión del nervio femoral (crural) de la pierna izquierda de la demandante, lo cual ocurrió un día después de practicada la cirugía, por parte del médico cirujano se dispuso como plan para el manejo de tal afectación, iniciar terapia física con electro-estimulación, las cuales fueron realizadas hasta que fue dada de alta el 28 de junio de 2010, es decir, que la entidad demandada inició con inmediatez a tratar dicha patología con las terapias de rehabilitación necesarias para superar la plurimencionada lesión.

En tal virtud, como quiera que una vez se presentó la complicación en la salud de la señora Martha Lucía Rueda Vargas, la cual, que se insiste, es un riesgo propio al que se ven expuestos los pacientes a los que se les practica la cirugía de Osteotomía de Ganz, los profesionales de la salud del Hospital San Rafael de Tunja procedieron de manera inmediata a agotar los medios que tenían a su

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011 (expediente 18947).



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

alcance, de acuerdo a la *lex artis* para evitar daños mayores, como lo fue en este caso, la prescripción de terapias de electro-estimulación, escenario en el cual, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, no hay lugar a comprometer su responsabilidad.

A más de lo anterior, la parte demandante plantea que el médico cirujano encargado de la intervención empleó un método distinto para practicar la cirugía, toda vez que en su declaración manifestó que operaba boca arriba; ha de indicarse que el apelante se limita a cuestionar la afirmación del galeno cuando en la declaración rendida sostuvo “Todas esas cirugías bilaterales nadie las hace en el país, porque yo opero con el paciente boca arriba, la mayoría el 90% operan con el paciente de medio lado, con el paciente de medio lado no pueden operar las dos”³⁶; dicho sub-cargo no tiene vocación de prosperidad, por cuanto verificada la declaración, allí se refería a procedimientos quirúrgicos en donde se intervenía tanto la cadera derecha como la izquierda, lo cual no ocurrió en el presente caso, donde está ampliamente probado que la intervención recayó únicamente en la cadera izquierda de la demandante la cual padecía de displasia de cadera, circunstancia que permite desvirtuar la manifestación del apelante en este punto.

En suma, como todo el recaudo probatorio da cuenta de la adecuada práctica de la cirugía de Osteotomía Periacetabular de Ganz practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas en el Hospital San Rafael de Tunja y, al no existir prueba alguna que acredite la negligencia alegada por la parte demandante o que hubiere existido vulneración alguna a la *lex artis* médica por parte de los tratantes, no hay lugar a predicar una falla en la prestación del servicio médico en el presente asunto, en la medida en que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, en este régimen de responsabilidad corresponde a la demandante demostrar las falencias acometidas por la entidad prestadora de salud o sus médicos, la cual no cumplió con la carga debida del *onus probando*.³⁷

Otro de los cargos propuestos en el recurso de apelación tiene que ver con que según el apoderado de la parte demandante en casos como éste, donde no se

³⁶ Minuto 34:00 al minuto 35:50 de la grabación CD Fl 477.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 19001-23-31-000-2007-00565-01(43506)



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

pudo practicar la prueba pericial³⁸, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de agosto de 2009 ha señalado, cierto tipo de presunción del nexo causal en tratándose de la responsabilidad médica, precisando que resulta irrelevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso, por cuanto es el riesgo asociado con el ejercicio de dichas actividades lo que produce en el plano fáctico o causal, el daño antijurídico por el que se demanda. Cargo que tampoco tiene vocación de prosperidad.

Al respecto, ha de señalar la Sala que a través de la referida sentencia³⁹ el Consejo de Estado precisó que si bien la responsabilidad en la prestación del servicio médico asistencial debe estructurarse a partir del cumplimiento del contenido obligacional previsto para cada procedimiento en particular, excepcionalmente la jurisprudencia⁴⁰, ha aceptado que dentro del ejercicio de la actividad médica, existen escenarios en los cuales resulta posible estructurar la responsabilidad a partir de un régimen objetivo de responsabilidad.

En efecto, a manera enunciativa el Consejo de Estado ha señalado algunos eventos susceptibles de ser estudiados para éste régimen objetivo de responsabilidad:

i) Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o de falla en el servicio.

ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se

³⁸ Ha de precisarse en este punto que la parte demandante expresamente desistió de la práctica del dictamen pericial solicitado y que fuera decretado en primera instancia en desarrollo de la audiencia inicial.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.333, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En similar sentido consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, Exp. 20.836, C.P. Enrique Gil Botero.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo⁴¹;

iii) Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas (v.gr. eventos de medicina nuclear);

iv) En supuestos de vacunas, porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos y⁴²;

v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria⁴³.

En tal sentido, en los supuestos antes referidos, se estructura el juicio de responsabilidad a partir del régimen objetivo, lo cual supone como nota característica de éste título de imputación, que no resulta relevante determinar si el comportamiento de la entidad fue diligente o cuidadoso. Régimen objetivo de responsabilidad que no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que la cirugía “Osteotomía Periacetabular de Ganz” practicada a la señora Martha Lucía Rueda Vargas, no se enmarca en ninguno de los casos excepcionales fijados por el Consejo de Estado para su procedencia. Así las cosas, la responsabilidad administrativa en el asunto *sub exánime*, debe estudiarse a partir del régimen general de falla en el servicio médico, tal como se ha indicado en precedencia.

Así mismo, como cargo de apelación el apoderado de la parte demandante sostiene que el fallo de primera instancia se fundamentó en una sentencia del Consejo de Estado donde figuraba el señor Jaime Medina Rubiano como testigo de la parte demandada, de tal manera que se tuvo en cuenta una prueba testimonial practicada en otro proceso judicial, lo cual constituye un error judicial.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de enero de 2017, exp. 36.816, M.P. Hernán Andrade Rincón. En aquella oportunidad se declaró la responsabilidad de una institución hospitalaria por la quemadura a un paciente con un bisturí eléctrico.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias proferidas el 28 de septiembre de 2012, Exp. 22.424 y el 30 de abril de 2014, Exp. 29.566, ambas con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias proferidas el 25 de junio de 2014, Exp. 30.583 y el 11 de junio de esa misma anualidad, Exp. 27.089, ambas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

Dicho cargo no tiene vocación de prosperidad por cuanto si bien verificada la sentencia de primera instancia, allí se refiere es una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar del 24 de abril de 2014⁴⁴ y no del Consejo de Estado como sostiene el demandante, donde se menciona la declaración el señor Medina Rubiano, en todo caso, ha de señalarse que en el curso del presente proceso judicial fue decretado y practicada la declaración del cirujano Jaime Medina Rubiano, de tal forma que no es cierto, que se haya trasladado su declaración de otro proceso judicial, como lo pretende hacer ver la parte demandante. Así las cosas, el cargo no prospera.

En suma, encuentra la Sala que los cargos propuestos por el apoderado de la parte demandante en el recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual se confirmará en su integridad, la sentencia del 06 de julio de 2018, por medio de la cual el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, negó las pretensiones de la demanda de reparación directa incoada por la señora Martha Lucía Rueda Vargas y en representación de su menor hija Camila Bustamante Rueda en contra de la ESE Hospital San Rafael de Tunja y la EPS Saludcoop.

8. DE LAS COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, se condenará a la parte recurrente, por confirmarse la providencia apelada⁴⁵, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8º del Artículo 365 del C.G.P.

Lo anterior teniendo en cuenta que la parte demandada realizó actuaciones en segunda instancia, particularmente en cuanto presentó alegatos de conclusión de segunda instancia (Fls 554-565, 548-553). Para tal efecto, la primera

⁴⁴ FI 514.

⁴⁵C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)

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

(...)



Demandante: Martha Lucía Rueda Vargas y Otro
Demandado: ESE Hospital San Rafael de Tunja y Otro
Expediente: 15001-33-33-010-2012-00065-01
Reparación Directa

instancia efectuará su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, conforme al artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 06 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al recurrente por el trámite de la segunda instancia. Para el efecto el juez de primera instancia **efectuará su liquidación**, conforme al artículo 366 del CGP.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


Ausente Con Permiso
FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 153 de hoy 13 SEP 2019