



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

Tunja, **27 NOV 2019**

<b>Demandante</b>	Ramiro Borda Álvarez y Otros
<b>Demandado</b>	E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja – y Clínica Santa Teresa
<b>Llamados en Garantía</b>	Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. y Compañía Seguros del ESTADO S.A.
<b>Expediente</b>	150013333012201400244-01
<b>Medio de control</b>	Reparación Directa
<b>Tema</b>	Revoca sentencia de primera instancia que negó las pretensiones y en su lugar accede únicamente al reconocimiento del perjuicio autónomo derivado del consentimiento informado

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la apoderada de la parte demandante (fls. 310 a 312), en contra de la sentencia del 06 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 296 a 309).

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA (fls. 7 a 22)

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa previsto en el artículo 140 del C.P.A.C.A, los señores RAMIRO BORDA ALVAREZ, CLAUDINA ALVAREZ DE BORDA, ANA LILIA BORDA ALVAREZ, MARÍA AMPARO BORDA ÁLVAREZ y MARÍA CLAUDIA BORDA ÁLVAREZ, acuden a la administración de justicia, con el fin de solicitar la declaratoria solidaria y administrativa de responsabilidad de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y de la CLÍNICA SANTA TERESA, y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a los demandantes por la falla en el servicio, consistente en la intervención quirúrgica de una hernia inguinal, sin necesidad alguna, como resultado del diagnóstico errado del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento y pago de las siguientes sumas:

- i). Para cada uno de los demandantes, el equivalente de 100 SMLMV, por concepto de perjuicios morales.
- ii). En la modalidad de perjuicios de daño a la vida en relación, favor de la víctima, el equivalente a 400 SMLMV y para los demás demandantes 100 SMLMV.
- iii). A favor de la víctima, por concepto de daño a la salud 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes
- iv). De igual manera solicitan condena de costas y agencias el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

### **1.1. Hechos (fls. 11 a 13)**

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

Refiere que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ es hijo de la señora CLAUDINA ÁLVAREZ DE BORDA, y hermano de las señoras ANA LILIA, MARÍA AMPARO y MARÍA CLAUDIA BORDA ALVAREZ.

Acotó que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, consultó el 26 de marzo de 2013, al cirujano general de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, siendo atendido por el Dr. José Antonio Támara López, quien le diagnosticó la presencia de “hernia inguinal izquierda”, razón por la cual ordenó valoración por anestesiología para proceder a su intervención quirúrgica.

Señaló que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, tramitó ante la entidad de salud a que se encontraba afiliado –COMFABOY, la orden de cirugía firmada por el Dr. José Antonio Támara López, siendo remitido a la Clínica Santa Teresa para la realización de dicho procedimiento.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*

*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*

*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*

*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*

*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Destacó que el 30 de julio de 2013 el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, con base en el diagnóstico emitido por el Dr. José Antonio Támara López, fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Santa Teresa, por el galeno Luis José Gómez Meléndez quien dejó constancia en la hoja de evolución la siguiente anotación: "*Paciente POP de Exploración hernia inguinal izq. Sin hallazgos.*" Igualmente en la epicrisis del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ escribió en el acápite de conducta lo siguiente: "*Realiza Exploración Inguinal. No se encuentra hernia Directa o Indirecta.*"

Indicó que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, fue sometido a cirugía sin necesidad alguna, pues no tenía una hernia inguinal izquierda o similar, como de manera equivocada lo diagnóstico el cirujano general de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja Dr. José Antonio Támara López el 26 de marzo de 2013.

Arguyó que la cirugía innecesaria a que fue sometido el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, le trajo consigo problemas de salud (dolor, angustia), cuando dicha situación se hubiese evitado si el galeno José Antonio Támara López, realizara un diagnóstico correcto y no errado como ocurrió y donde se le ocasionaron perjuicios por daño a la salud, debido a que hubo necesidad de realizar un corte quirúrgico en su cuerpo, lo que le ha venido generando más dolores físicos, lo que le trajo perjuicios de índole moral en la medida en que perdió también, interés en las actividades que cotidianamente realizaba, no tenía ánimo para continuar con sus proyectos y sentía temor para realizar su trabajo.

Manifestó que la anterior situación, fue corroborada por la Psicóloga Rosa María López Molano quien emitió informe de psicología respecto de la salud mental del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el cual anexa a la demanda; además que la mamá y hermanas de la víctima directa, han venido padeciendo tristeza, lamentaciones, sufrimiento, etc., por el estado de salud de su familiar cercano, en la medida que presentó episodio de depresión, pérdida de interés en las actividades que cotidianamente realizaba, falta de ánimo para continuar con sus proyectos y sentimiento de temor para realizar su trabajo.

Finalizó indicando que con el mal actuar, tanto del galeno que labora para la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja al realizar un diagnóstico errado, como del galeno de la Clínica Santa Teresa, al no confirmar el diagnóstico dado por el primer especialista, antes de operar, se compromete la responsabilidad administrativa y extracontractual



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

de estas dos entidades hospitalarias, razón por la cual deben resarcir los perjuicios ocasionados a los demandantes, toda vez que no existe eximente de responsabilidad en el presente asunto.

## **1.2. Fundamentos de derecho (fls. 17 a 20)**

La parte demandante, destacó el contenido de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política y de los artículos 140, 155-6, 156-6, 157 inciso 2 y concordantes del CPACA.

Invocó los mismos acontecimientos fácticos, enfatizando que la cirugía innecesaria a que fue sometido el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, le trajo problemas de salud, angustia, situación que se hubiese podido evitar si el galeno José Antonio Tamara López, determinara un adecuado diagnóstico y no errado como ocurrió.

Arguye que la forma en que ocurrieron los hechos y en los que resultó afectado el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, y las circunstancias del mismo, ubican la responsabilidad, al configurarse el hecho generador del daño, el daño cierto y la relación de causalidad entre la falla del demandado y el daño cierto y donde inequívocamente, la actitud de las demandas fue la causa eficiente del daño sufrido, por lo que en el fondo se evidencia una relación de causa entre la falla y daño.

Posteriormente, refirió apartes de jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, para enfatizar que es abundante cuando, al desarrollar los principios atinentes a la responsabilidad pública, ha sentado: *"...De ahí que bien puede predicarse que la responsabilidad del Estado se desprende de la obligación que nace para éste de reparar los perjuicios causados, bien sea a la sociedad o a uno de sus miembros, como consecuencia del no cumplimiento, o del defectuoso cumplimiento, o tardío cumplimiento de los deberes fundamentales consagrados en la Constitución ... Pero, se repite, la responsabilidad estatal surgirá siempre que las autoridades pudiendo y debiendo hacerlo para el caso específico dejen que se desconozca los derechos a la vida, a la salud e integridad personal, honra y bienes de las personas residentes en el país por parte de otras personas o cuando el mismo Estado vulnera tales derechos."*



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 2.1 E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (Fls. 99 a 102).

La entidad prestadora del servicio de salud a través de la representación judicial contestó la demanda, resistiéndose a la prosperidad de las pretensiones por considerar que carecen de sustento fáctico, jurídico y probatorio, ya por la naturaleza de la lesión y los síntomas referidos y registrados en la historia clínica del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, se consideró inicialmente que se trataba de una hernia inguinal por lo que se siguieron las guías para ese diagnóstico.

Indicó que se ofreció al demandante, **la opción de realizar exploración quirúrgica del canal inguinal con el fin de confirmar diagnóstico o intervenir según los hallazgos para resolver su molestia de salud**, al paciente al momento de solicitar la firma del consentimiento informado, se le manifestaron las características del procedimiento a adelantar como los riesgos, ventajas, y desventajas, dándole la potestad de elegir si optaba o no por la intervención exploratoria, por lo que la conducta clínica no puede calificarse de errada, ni hablarse de un proceso innecesario, pues la revisión del conducto inguinal estaba justificada en el dolor y sensación de masa referido por el paciente.

Enfatizó que el procedimiento realizado era necesario, para descartar lesiones ocultas no apreciables por métodos clínicos de exploración y que se sustenta en las consultas repetidas que el paciente había tenido por la misma causa, el procedimiento que se realizó al demandante genera una cicatriz mínima y discreta que no altera la realización de actividades cotidianas, ni genera secuelas funcionales o estéticas, el dolor pos-operatorio es pasajero y una vez cicatriza la herida desaparece, por lo que no es cierto que como consecuencia del procedimiento quirúrgico se presenten dolores permanentes y persistentes.

Como consecuencia de la oposición a lo pretendido, formuló como excepciones las de *“inexistencia de la falla en el servicio”*, *“inexistencia del nexo de causalidad”*, *“inexistencia de causa legal”* y *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, de los cuales parten los argumentos de defensa, corresponden a la transcripción de la historia clínica, de la cual sustenta en que la actuación de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, correspondió a las guías y



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

protocolos médicos apoyados en la doctrina médica que versan sobre la materia y que se ajustan a la prestación del servicio de salud.

Refirió que no existe legitimación en la causa por pasiva, ya que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, no es la llamada a responder a las declaraciones, apreciaciones, y afirmaciones que hacen los demandantes, pues se reitera que la atención prestada al señor RAMIRO BORDA fue eficiente y oportuna, y que la cirugía fue realizado en la Clínica Santa Teresa, además que el diagnóstico realizado por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, es de carácter clínico obtenido por el médico tratante teniendo en cuenta los datos del paciente tales como edad, sexo y síntomas, diagnóstico que solo puede ratificarse a través de la intervención y exploración quirúrgica.

## **2. 2 CLÍNICA SANTA TERESA S.A (Fls. 180 a 195).**

La entidad privada prestadora de salud, a través de la representación judicial, se opuso a todas las pretensiones, teniendo en cuenta que la atención prestada al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, se ciñó a los protocolos y guías de cirugía determinados científicamente por las diferentes facultades de medicina y asociaciones nacionales e internacionales de cirugía, evidenciándose una buena praxis y manejo correcto del procedimiento EXPLORACIÓN INGUINAL, realizado con fines terapéuticos y de confirmación de diagnóstico de hernia inguinal izquierda emitido de forma equívoca por profesional de la ESE Hospital San Rafael de Tunja.

Enfatizó que por la naturaleza de la lesión y los síntomas referidos se consideró inicialmente que se trataba de una hernia inguinal por lo que se siguieron las guías para ese diagnóstico, y se ofreció al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, la opción de realizar exploración quirúrgica del canal inguinal con el fin de confirmar diagnóstico o intervenir según los hallazgos para resolver su molestia de salud, a quien al momento de solicitar diligenciar el consentimiento informado, se le manifestaron las características del procedimiento a adelantar como los riesgos, ventajas, y desventajas, dándole la potestad de elegir si optaba o no por la intervención exploratoria, por lo que la conducta clínica no puede calificarse de errada, ni hablarse de un proceso innecesario, pues la revisión del conducto inguinal estaba justificada en el dolor y sensación de masa referido por el paciente.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*

*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*

*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*

*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*

*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*Como medios exceptivos formuló las que denominó “Ausencia de responsabilidad de la clínica Santa Teresa S.A. por no configurarse hecho dañoso que le sea imputable a ningún título”, “Ausencia de responsabilidad por falta de prueba de hecho dañoso culpable y de nexo causal”, “Carencia de responsabilidad médica por inexistencia de reproche médico al ser ésta una actividad de medio mas no de resultado”, “Imposibilidad de reconocer los daños o perjuicios pretendidos por no configurarse, ni probarse daño alguno, ni acreditarse la condición de damnificados por parte de los demandantes y quantum excesivo de las indemnizaciones pretendidas”.*

Las excepciones formuladas, las sustento especialmente en que la atención realizada al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, de acuerdo con la evidencia científica, fue consistente con los protocolos y guías de cirugía determinados científicamente por las diferentes facultades de medicina y asociaciones nacionales e internacionales de cirugía, evidenciándose una buena praxis y manejo correcto del procedimiento EXPLORACIÓN INGUINAL, el que fue realizado al paciente con fines terapéuticos y de confirmación de diagnóstico de hernia inguinal izquierda emitido de forma errónea por el profesional de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, Dr. José Antonio Tamara López el día 26 de marzo de 2013.

Resaltó que ante la duda del diagnóstico emitido por el médico cirujano del Hospital San Rafael de Tunja, en el examen físico del médico cirujano de la Clínica Santa Teresa S.A. no se encuentre ninguna "*masa reductible*", y en aras de privilegiar la salud del paciente en presencia del Anestesiólogo Doctor Juan H. Cárdenas y la Auxiliar de Enfermería Doris Machuca y la señora madre de RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, se explica la situación y se propuso cancelación del procedimiento quirúrgico y realización de imágenes diagnósticas para confirmar o descartar el diagnóstico en contraposición de realizar EXPLORACIÓN INGUINAL, y proceder según hallazgos intraoperatorios, ambas opciones completamente válidas en el ejercicio de la Medicina y la Cirugía, para fines diagnósticos y posibilidad terapéutica para la confirmación del diagnóstico de Hernia Inguinal.

Destacó que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, decidió voluntariamente la EXPLORACIÓN INGUINAL de manera quirúrgica y firmó el consentimiento informado, por lo cual se procedió a realizar dicha intervención



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

EXPLORACIÓN INGUINAL, MÁS NO LE FUE PRACTICADA UNA HERNIORRAFÍA INGUINAL IZQUIERDA, como lo pretende mostrar el apoderado del demandante, no existiendo negligencia, ni impericia en el hecho de valorar y precisar nuevamente, previo a cirugía el diagnóstico de la patología del paciente, hernia inguinal izquierda, emitido por el Hospital San Rafael.

Precisó que los perjuicios que deriva el demandante del supuesto "*mal actuar*" de la Clínica Santa Teresa S.A, son inexistentes, pues el personal médico puso toda la diligencia necesaria para confirmar el diagnóstico "*hernia inguinal izquierda*", cumpliendo con la obligación de medio que le asiste, realizando todos y cada uno de los procedimientos necesarios para preservar la vida e integridad física del paciente, así el daño es inexistente pues las atenciones en salud prestadas en la Clínica Santa Teresa, fue conforme a los protocolos médicos de diagnóstico y cirugía, pues no se encuentra demostrado daño alguno, ni aflicción o daño concreto que tuvo la situación que se invoca como daño entre los demandantes, o siquiera documento que permita establecer con claridad el dolor y la tristeza alegada.

### 2.3 Llamado en garantía LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. (Fls. 346 a 351).

Teniendo en cuenta que la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, presentó llamamiento en garantía (fls. 128-129)<sup>1</sup> en contra de la PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., por considerar que en el evento que resulte condenada en el *sub judice*, se le obligue a pagar las indemnizaciones por las que pueda resultar civilmente responsable, al haber suscrito con dicha sociedad las pólizas de seguros No. 1003844,1004102,1004101 y 1005447 cuya vinculación se decretó mediante auto de fecha 25 de agosto de 2016 (fls. 278-280.), y se pronunció acerca de los hechos y pretensiones de la demanda y del escrito de llamamiento, de la siguiente manera:

En relación directa con las pretensiones de la demanda, se opuso a todas y cada una de ellas en cuanto pretenden endilgar responsabilidad a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, por considerar que realizó y cumplió con los procedimientos médicos respectivos.

<sup>1</sup> A través de auto de fecha 25 de agosto de 2016, se admitió solicitud de llamamiento folios 278-280.



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

Formuló como excepciones las que llamó *“inexistencia de falla del servicio por parte de la ESE Hospital San Rafael de Tunja”*, respecto de la demanda y del llamamiento en garantía las siguientes: *“inexistencia de la obligación por parte de la previsora S.A, Sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos contenidos en la póliza 1003842 vigencia 08-12-2012 al 10 de abril de 2013; imposibilidad de hacer efectivo el seguro ante la ausencia de responsabilidad de la entidad demandada ESE Hospital San Rafael de Tunja y Deducible y sublímite pactados póliza 1003842 vigencia 08/12/2012 al 10 de abril de 2013”*

Centró la defensa en que la naturaleza jurídica de la I.R.C Clínicas y hospitales, no puede predicarse de la compañía de seguros La Previsora S.A., de forma automática, pues se hace necesario que el hecho que condujo a la presentación de la demanda, este debidamente probado el daño y se ajuste a las condiciones y requisitos del contrato de seguro, así que conforme a lo descrito por el demandante, el hecho generador de la presunta responsabilidad, es el día 26 de marzo de 2013, fecha en la cual se realizó el diagnóstico y de acuerdo al análisis de la póliza 1004102 vigencias 10/04/2013 al 28/01/2014, cuentan con una vigencia posterior a la ocurrencia del daño, por lo que no es viable jurídicamente predicar la responsabilidad de la compañía de seguros por las referidas pólizas cuando estas no existen.

#### **2.4 Llamado en garantía- COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A<sup>2</sup>. (Fls. 289 a 301).**

En relación con las declaraciones de la demanda, se opuso a todas y cada una de ellas hasta tanto no se demostrara en el decurso procesal que de manera efectiva haya incurrido por culpa de sus agentes prestadores del servicio médico en la responsabilidad que se le atribuye derivada de una presunta falla médica.

Formuló como excepciones de la demanda, las que llamó *“Ausencia de responsabilidad de parte de la clínica Santa Teresa S.A., Indebida e infundada tasación de perjuicios”*, indicando que para que exista responsabilidad deben concurrir tres elementos, el daño, el hecho que lo produce y el nexo causal, entre el último y el primero, así entonces corresponde al demandante probar los

<sup>2</sup> Llamamiento aceptado con auto del 14 de julio de 2016, visible a folio 263-265.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

hechos de la demanda so pena del fracaso de sus pretensiones, y del material probatorio obrante en el expediente está claro que no existe ninguna falla en la prestación del servicio de salud. La segunda es sustentada en que la reclamación de perjuicios resulta desproporcionada y discordante frente a la realidad de los hechos.

Arguyo la defensa en que de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, esto es las historias clínicas pertinentes y los hechos narrados por la parte demandante y los demandados en sus escritos respectivos, resulta claro que no existió ninguna falla

Puntualmente y en relación al llamamiento, formuló como excepciones las que identificó como *“Ausencia de cobertura por exclusión expresa del contrato de seguro, Ausencia de cobertura sobre toda clase de perjuicios extrapatrimoniales, de conformidad con el artículo 1127 del Código de Comercio y Límite de la responsabilidad de la póliza”*.

### **3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, puso término a la instancia, mediante sentencia del 06 de diciembre de 2018 a través de la cual negó las pretensiones de la demanda (fls. 296 a 309) y en su parte resolutive dispuso:

*“PRIMERO: DECLÁRASE probadas las excepciones denominadas “Inexistencia de falla en el servicio”, inexistencia de nexo de causalidad”, “inexistencia de causa legal” propuestas por la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, acorde con lo expuesto en la parte motiva.*

*SEGUNDO: DECLÁRASE probadas las excepciones denominadas “Ausencia de responsabilidad de la clínica Santa Teresa S.A., por no configurarse hecho dañoso que le sea imputable a ningún título”, “Ausencia de responsabilidad por falta de prueba de hecho dañoso culpable y de nexo causal”, “carencia de responsabilidad médica por inexistencia de reproche médico al ser esta una actividad de medio mas no de resultados”, e “imposibilidad de reconocer los daños perjuicios pretendidos por no configurarse, ni probarse daño alguno, ni acreditarse la condición de damnificados por parte de los demandantes y quantum excesivo de las indemnizaciones pretendidas”, propuestas por la CLÍNICA SANTA TERESA S.A., acorde con lo expuesto en la parte motiva.*

*TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda incoada por RAMIRO BORDA ALVAREZ, CLAUDINA ÁLVAREZ DE BORDA, ANA LILIA BORDA ÁLVAREZ,*



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*MARÍA AMPARO BORDA ÁLVAREZ, y MARÍA CLAUDINA BORDA ÁLVAREZ en contra de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y CLÍNICA SANTA TERESA, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*(...)*

*OCTAVO: No condenar en costas por lo expuesto en la parte motiva.”*

Para llegar a tal conclusión, hizo una síntesis de los antecedentes del caso y se refirió a los siguientes aspectos: i) Relación y valoración probatoria, ii) Régimen de responsabilidad del Estado, los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado, el servicio de salud- la falla en el servicio médico, especialmente la relacionada con el error de diagnóstico.

Al referirse al caso concreto luego del análisis de los medios exceptivos, reveló que se debate la responsabilidad del Hospital San Rafael de Tunja y la Clínica Santa Teresa, por el presunto diagnóstico errado por parte del especialista respectivo que llevó a que el demandante fuera intervenido quirúrgicamente al parecer sin necesidad alguna, requiriéndose establecer si existen pruebas que acrediten las afirmaciones de la demanda, bajo la premisa que el título de imputación aplicable a la responsabilidad médica es la teoría de la falla probada del servicio, razón por la cual la parte actora debe acreditar el daño, el nexo y la falla en el servicio.

Indicó que de acuerdo a la historia clínica de la Clínica Santa Teresa de la ciudad de Tunja, el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, ingresó el 30 de agosto de 2013, previa programación de cirugía, remitido por cirugía general con diagnóstico de hernia inguinal izquierda, quien fue atendido por el Dr. LUIS JOSÉ GÓMEZ, especialista en cirugía y diligenció el permiso para intervención quirúrgica, anestesia, procedimiento especial o tratamiento médico en general, procedimiento de exploración inguinal izquierda que inició a las 11:00 y finalizó a las 12 a.m.

Seguidamente recalcó la descripción de hallazgos, procedimientos y complicaciones del procedimiento quirúrgico y el testimonio del galeno LUIS JOSÉ GÓMEZ MELÉNDEZ, coligiendo que al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, no se le encontró una hernia inguinal, sin embargo para llegar a esa conclusión era necesario que se le practicara una exploración quirúrgica, además que la que se le practicó al demandante en la zona inguinal difiere de la herniorrafia, en tanto que la primera se practicó para establecer si tenía o no la



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

hernia sugerida por la ESE Hospital San Rafael de Tunja y la segunda es la intervención quirúrgica en el evento de confirmar la existencia de alguna hernia.

De tales consideraciones coligió el *a quo*, que la historia clínica aportada al proceso y la declaración del galeno que le practicó el método diagnóstico, para llegar a ese procedimiento, se tomaron las medidas del caso como fue practicarle el examen físico y darle una explicación al paciente sobre el asunto con el fin de que éste diera su consentimiento informado respecto a qué método quería que se le practicara, es decir si la ecografía en la zona inguinal o la exploración, a lo cual el demandante firmó su consentimiento de que prefería ésta última toda vez que la incomodidad se hacía cada vez mayor y la atención médica para seguir esperando era demorada. Afirmaciones del testigo que no fueron desvirtuadas por la parte contraria por lo que esta instancia les otorga todo el valor probatorio.

Señaló que frente a la afirmación hecha por la psicóloga de que el demandante BORDA ALVAREZ, presentó un episodio de depresión, no existe evidencia en la historia clínica del demandante de haber sido sometido a un tratamiento médico o farmacológico para superar dicho padecimiento emocional, coligiendo que tampoco sufrió daños desde el punto de vista psicológico como consecuencia del procedimiento médico practicado en su región inguinal.

Destacó que como la controversia planteada sobre un hecho objetivo que fue el diagnóstico errado y posterior intervención quirúrgica al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, imputándose a las demandadas, en virtud a que la cirugía fue innecesaria, y consecuencia de ella le ocasionó problemas en su salud como dolor en la zona intervenida, angustia y pérdida de interés por las actividades cotidianas, no existió un daño en tanto el procedimiento practicado por la Clínica Santa Teresa obedeció a un correcto diagnóstico.

Resaltó que de la lectura de la demanda y de la prueba obrante en el expediente, especialmente la testimonial rendida por los señores FRANCISCO PINEDA TORRES y BLANCA MIRYAM BOHÓRQUEZ ALBA, se concluye que los dolores o padecimientos físicos alegados por el demandante, están asociados a la innecesaria práctica de la exploración quirúrgica a la región inguinal, no al diagnóstico, pues si bien este lo llevó a que en principio se debiera hacer una herniorrafia inguinal, ésta no se realizó por la duda presentada en el cirujano LUIS JOSÉ GÓMEZ MELÉNDEZ, por ello, no hay lugar a concluir que el error



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

diagnóstico tuvo como consecuencia una intervención médica equivocada y que producto de ella se produjo el daño aludido por el demandante, por el contrario, la habilidad y pericia del galeno, evidenciándose en el presente caso, que actuó con el debido cuidado y producto de ello, no sometió al paciente a una cirugía innecesaria, contrario a ello decidió responsable y profesionalmente disponer de la exploración inguinal para confirmar el diagnóstico, como método válido y aceptado en el ejercicio de la medicina.

Concluyó que examinados en contexto los hechos, las pretensiones y las pruebas arrimadas al proceso, se niegan las pretensiones, toda vez que el daño antijurídico alegado por el demandante, no se probó, pues no se demostró que haya existido un diagnóstico errado por parte del galeno de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, ni por el médico que le practicó el procedimiento de exploración inguinal izquierda, por ende el demandante, no fue sometido a una cirugía innecesaria por la Clínica Santa Teresa S.A., ni tampoco que el dolor en la zona intervenida haya sido por causa directa del procedimiento practicado, el cual era necesario para confirmar o descartar la necesidad de la herniorrafia inguinal.

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de instancia, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por la *a quo*, solicitando se revoque la misma y en consecuencia se accedan a las pretensiones del libelo (fls. 310 a 312).

Destacó que no comparte la decisión esbozada por el *a- quo*, respecto de la inexistencia del daño, al fundamentar la decisión en que la parte actora, no demostró el mismo, y por ende la cirugía de que fue objeto el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, no fue innecesaria, siendo éste el único argumento para haberse negado las pretensiones.

Indicó que sí existió daño, e igualmente que la cirugía que se le practicó al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, fue innecesaria, generándose con ello la omisión de los demandados respecto de los exámenes pre- quirúrgicos necesarios para haber evitado una intervención quirúrgica innecesaria y por ende el resultado dañino se configuró en la humanidad, como en el tema psicológico.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Resaltó que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 26 de marzo de 2013, consultó ante el cirujano general de la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja, por el Dr. José Antonio Támara López, quien le diagnóstico una hernia inguinal izquierda, razón por la cual ordenó la valoración por anestesiología para acceder a su intervención quirúrgica, tramitando ante COMFABOY, orden de cirugía, autorizada y ordenando su remisión a la Clínica Santa Teresa, para la realización del procedimiento

Aseveró que luego de la intervención realizada por el Dr. Luis José Gómez Meléndez, cirujano general, en el epicrisis del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, no se encontró hernia directa e indirecta, por lo que se evidencia que la cirugía era innecesaria, lo que corrobora que el diagnóstico equivocado emitido por el Cirujano del Hospital San Rafael Tunja, Dr. José Antonio Támara López, el 26 de marzo de 2013.

Sostuvo que la cirugía innecesaria de exploración inguinal a que fue sometida el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, le trajo consigo problemas de salud como dolor y angustia, cuando dicha situación se hubiese podido evitar realizando un diagnóstico correcto y no errado como ocurrió.

Manifestó que es evidente que al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, se le ocasionaron perjuicios por daño a la salud, debido a que hubo necesidad de realizar el corte quirúrgico en su cuerpo, lo que sí le ha generado dolores físicos, además porque dichos padecimientos, le trajeron perjuicios morales, en la medida que presentó un episodio de depresión, perdiendo también el interés en las actividades que cotidianamente realizaba para continuar con sus proyectos y sentía temor para realizar su trabajo, situación que se corrobora por la psicóloga quien emitió un informe respecto de la salud mental y de la tristeza que padece la mamá y hermanos, lamentaciones, sufrimiento, por el estado de salud de su familiar cercano,

Finalmente, refiere que con el mal actuar del galeno que labora en la E.S.E. Hospital San Rafael, al realizar un diagnóstico errado, como del galeno de la Clínica Santa Teresa al no confirmar el diagnóstico dada por el primer especialista antes de operar y que compromete la responsabilidad administrativa y extracontractual de las dos entidades hospitalarias, razón por la cual deben



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

resarcir los perjuicios ocasionados a los aquí demandantes, toda vez que no existe eximente de responsabilidad en el presente asunto.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **5.1. Parte demandante**

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la apoderada de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, en los cuales reiteró los mismos argumentos del recurso de apelación (fls. 634 a 637), solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones.

### **5.2. Parte demandada E.S.E. San Rafael Tunja**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fls. 638 a 642), destacando que del material probatorio arrojado al proceso, se evidenciaba que no existían elementos de culpa o negligencia profesional de salud y por ende se deben desestimar las pretensiones de la demanda, solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

### **5.3. Clínica Santa Teresa**

Descorrió el término procesal (fls. 652 a 655), retirando los planteamientos de la contestación de la demanda, solicitando la exoneración al no reposar prueba de responsabilidad, por un actuar negligente o contrario a la actividad médica asistencial.

### **5.4. Llamado en garantía – LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**

Dentro de la oportunidad procesal, insistió en los argumentos de la contestación del llamamiento (fls. 656 a 659), destacándose en sus argumentaciones la inexistencia de prueba que acredite la responsabilidad, por lo cual solicita se confirme la decisión de primera instancia.

### **5.5. Ministerio Público**

El agente, no rindió concepto alguno.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

## II. CONSIDERACIONES

### 1. PROBLEMAS JURÍDICOS

*¿Deberá la Sala determinar si en el presente asunto se encuentra plenamente demostrado el daño alegado por los demandantes, consistente en el error de diagnóstico y si de las pruebas allegadas se cumplen los presupuestos de procedencia de la falla del servicio médico en este tipo de eventos que resulta imputable a las entidades demandadas y que conlleve a revocar la sentencia de primera instancia, o si por el contrario del análisis probatorio, no se acreditó el error de diagnóstico?*

*¿Así mismo, y en aplicación de los criterios de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la Sala analizará si las entidades prestadoras del servicio de salud, dieron a conocer de manera clara, precisa y oportuna, las posibles alternativas para el tratamiento de hernia inguinal, o si, por el contrario, al paciente se le practicó un procedimiento, sin brindar toda la información pertinente, y si ésta circunstancia constituye o no un daño antijurídico imputable a las demandadas?*

### 2. TESIS ARGUMENTATIVAS DEL CASO

De acuerdo a lo anterior, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

#### 2.1. Tesis del *a quo*

Negó las pretensiones de la demanda, en razón a que tal como ocurrieron los hechos que originaron este medio de control, coligió que la historia clínica aportada al proceso y la declaración del galeno que le practicó el método diagnóstico, para llegar a la cirugía, se tomaron las medidas del caso como fue practicarle el examen físico y darle una explicación al paciente sobre el asunto con el fin de que éste diera su consentimiento informado respecto a qué método quería que se le practicara, es decir si la ecografía en la zona inguinal o la exploración, a lo cual el demandante firmó su consentimiento de que prefería ésta última toda vez que la incomodidad se hacía cada vez mayor y la atención médica para seguir esperando era demorada.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Señaló que frente a la afirmación hecha por la psicóloga de que el demandante BORDA ÁLVAREZ, presentó un episodio de depresión, que no existía evidencia en su historia clínica de haber sido sometido a un tratamiento médico o farmacológico para superar dicho padecimiento emocional, evidenciándose que tampoco sufrió daños desde el punto de vista psicológico como consecuencia del procedimiento médico practicado en su región inguinal.

Concluyó que examinados en contexto los hechos, las pretensiones y las pruebas, se debían negar las pretensiones, toda vez que el daño antijurídico alegado por el demandante, no se probó, pues no se demostró que haya existido un diagnóstico errado por parte del galeno de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, ni por el médico que le practicó el procedimiento de exploración inguinal izquierda. Por ende el demandante, no fue sometido a una cirugía innecesaria por la Clínica Santa Teresa S.A., ni tampoco que el dolor en la zona intervenida haya sido por causa directa del procedimiento practicado, el cual era necesario para confirmar o descartar la necesidad de la herniorrafía inguinal.

## **2.2. Tesis del apelante**

Considera que debe revocarse la sentencia de primera instancia para que se acceda a las pretensiones de la demanda afirmando que, contrario a lo manifestado por el a quo sí existió daño, e igualmente que la cirugía que se le practicó al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, fue innecesaria, generándose con ello la omisión de los demandados respecto de los exámenes prequirúrgicos indispensable para haberla evitado y por ende el resultado dañino se configuro en su humanidad, como en su aspecto psicológico.

Resaltó que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 26 de marzo de 2013, consultó ante el cirujano general de la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja, por el Dr. José Antonio Támara López, quien le diagnóstico una hernia inguinal izquierda, razón por la cual ordenó la valoración por anestesiología para acceder a su intervención quirúrgica, tramitando ante COMFABOY, orden de cirugía, autorizada y ordenando su remisión a la Clínica Santa Teresa, para la realización del procedimiento.

Aseveró que luego de la intervención realizada por el Dr. Luis José Gómez Meléndez, cirujano general, en el epicrisis del señor RAMIRO BORDA



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

ÁLVAREZ, no se encontró hernia directa e indirecta, por lo que se evidenció que la cirugía era innecesaria, lo que corroboraba que el diagnóstico equivocado emitido por el Cirujano del Hospital San Rafael Tunja, Dr. José Antonio Tamara López, el 26 de marzo de 2013.

Sostuvo que la cirugía innecesaria de exploración inguinal a que fue sometida el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, le trajo consigo problemas de salud como dolor y angustia, cuando dicha situación se hubiese podido evitar realizando un diagnóstico correcto y no errado como ocurrió.

Finalmente, refiere que al presentarse el mal actuar del galeno que labora en la E.S.E. Hospital San Rafael, al realizar un diagnóstico errado, como el del galeno de la Clínica Santa Teresa al no confirmar el diagnóstico dado por el primer especialista antes de operar y que compromete la responsabilidad administrativa y extracontractual de las dos entidades hospitalarias, aquellas deben resarcir los perjuicios ocasionados a los aquí demandantes, toda vez que no existe eximente de responsabilidad en el presente asunto.

### **2.3. Tesis de la Sala**

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, en virtud a que no reposa prueba del consentimiento informado para la práctica de exploración en la zona inguinal o nota en la historia clínica que acredite que en efecto se le informó al demandante las dos opciones de tratamiento con las cuales contaba, reiterando que la instancia encuentra que fue diligenciado el permiso para la intervención quirúrgica de herniorrafia inguinal izquierda y no de exploración como pretende acreditar con la declaración rendida, ni de otra prueba arribada al plenario diferente al dicho del galeno que al demandante previo a su cirugía se le informó que podía evitarse la intervención con una ecografía.

Así las cosas, la Sala advierte conforme a los criterios jurisprudenciales, que pese a que el tema del consentimiento informado, ha sido tratado con laxitud por parte de algunas clínicas, hospitales y en general, entidades prestadoras del servicio de salud encargadas de efectuar tratamientos y procedimientos a los pacientes, presentando formatos de consentimiento informado en los que se nota la falta de información suministrada al paciente, o formatos genéricos que



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

no dicen nada y que no se ajustan a la realidad del tratamiento y el diagnóstico, **no puede desatenderse** cuando se discuta una falla en las prestación de servicios de salud.

Aunado a lo anterior, el médico que realizó la intervención quirúrgica puntualizó en el testimonio rendido que a los pacientes se les deben explicar las múltiples opciones que tienen frente a su enfermedad y que para el caso del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, al existir dudas de una hernia inguinal al examen físico, tenía dos opciones una las imágenes diagnósticas o dos la exploración quirúrgica que también confirma o descarta el diagnóstico, conductas en el tratamiento que deben ser previamente informadas con sus respectivas complicaciones, riesgos, beneficios de ambos procedimientos y que para el *sub lite*, no encuentra la Sala probado que al paciente se le hubiese puesto de presente las dos opciones de la manera clara.

Para esta instancia, por el daño autónomo al derecho a la autodeterminación y libertad de decisión, se vulneró por las demandadas y se concretó en que al paciente RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, se le practico un procedimiento quirúrgico el 30 de agosto de 2013, sin haberle permitido conocer las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una ecografía o la exploración quirúrgica.

Para efectos de absolver los interrogantes jurídicos planteados, comenzará la Sala por analizar los siguientes ítems considerativos:

### **3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y PATRIMONIAL DEL ESTADO**

Antes de la Constitución Política de 1991 no existía una cláusula expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y como consecuencia de la vigencia de la carta superior entró a reconocer expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, específicamente en su artículo 90, el cual dispuso que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así entonces, la responsabilidad patrimonial del Estado encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos,



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

desarrollado por la jurisprudencia y expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual a su vez debe interpretarse en concordancia con los artículos 2, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento superior que por un lado, le impone a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, honra y bienes y, por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

Bajo estos preceptos, la relevancia en el análisis sobre la responsabilidad del Estado recae sobre la antijuridicidad del daño y no sobre el accionar de las autoridades. Así, resulta accidental si el daño fue causado a través de una actuación legítima o ilegítima del Estado, debiéndose hacer una lectura inminentemente reparativa del juicio de responsabilidad centrada principalmente en la protección de los particulares.

En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución que puede ser falla del servicio, riesgo creado o rompimiento de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

En todo caso, en aplicación del **principio *iura novit curia***, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, por lo que es a este a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.

#### **4. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA**

Constantemente la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia médico-asistencial, ha determinado que la responsabilidad del Estado puede surgir en



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

distintos momentos y estadios de la atención y en términos generales el régimen aplicable es el subjetivo, bajo el título de imputación **de falla del servicio**, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada.

En la actualidad, la posición consolidada la constituye aquella según la cual es la **falla probada del servicio** el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria<sup>3</sup>.

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 extramédicos, que comprenden los servicios complementarios pero necesarios para adelantar la atención médica, como el alojamiento y la alimentación<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup> 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<sup>6</sup>.

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**

<sup>3</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Henaó, Juan Carlos. La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés. En *Estudios De Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Libro de Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 Años de Rectoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 57-114: “(...) Para lograr determinarlo [determinar a qué está obligado el Estado], se debe partir de que ‘el rasgo característico de la obligación es su objeto: deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación’. Este último concepto debe diferenciarse del ‘**contenido de la obligación**’, a pesar ‘de la íntima conexión que existe entre ellos’. En efecto, ‘objeto es la materia de que se compone la obligación (y) **contenido es la manera como esta materia está dispuesta, regulada en las diversas variantes que puede presentar**’. La precisión es importante porque permite afirmar que el alcance de las prestaciones que el Estado debe a sus asociados, habrá de ser estudiado teniendo en cuenta el **contenido de la obligación**: la prestación como objeto de la obligación es el primer paso para determinar el contenido obligacional, y se complementa con un análisis más sutil de las **circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que la prestación se debe**. (...)”

<sup>6</sup> La jurisprudencia ha aceptado esta distinción a pesar de que un sector de la doctrina la considere artificiosa y sin efecto práctico, teniendo en cuenta que “**toda obligación debe satisfacer resultados mediante el empleo de medios; no existen obligaciones de simples medios, ni obligaciones de meros resultados**”. A propósito, ver: Serrano Escobar, Luis Guillermo. *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012, pp. 28-96.



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

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 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. (…)”* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

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

En ese orden de ideas, el contenido obligacional en materia médico-asistencial se sustenta en el principio de confianza<sup>7</sup>, la posición de garantía<sup>8</sup> y el fin de protección de la norma<sup>10</sup>, donde el fallador debe ubicarse en el lugar en el que se

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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. (…)”

<sup>9</sup> 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 (…)”

<sup>10</sup> 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



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

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<sup>11</sup>.

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 garantía<sup>12</sup> 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<sup>13</sup>.

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**<sup>14</sup>, 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

---

*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. (...)*

<sup>11</sup> *Ibíd.*: “(...) dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba [la de la falla] pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que ‘el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico’. (...)

<sup>12</sup> 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 (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

<sup>13</sup> Serrano Escobar, Luis Guillermo. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 28-34: “(...) esta teoría parte del concepto empírico de causa, reconociendo que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas condiciones; pero en la pretensión de limitar los excesos que implicaba la teoría de la condición, considera que estas no son equivalentes, y por tanto, distingue de entre dichas condiciones aquellas que, de acuerdo con la experiencia general de la vida, son generalmente apropiadas para producir el resultado -las que, por consiguiente, adquirirían la categoría de causa-, desdeñando el papel de las restantes que solamente por azar contribuían al logro del mismo, y que, por tanto, se consideraban jurídicamente irrelevantes. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

<sup>14</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, 2 de mayo de 2016, expediente 2001-23-31-000-2003-01349-01(33140)A, D. Rojas: “(...) sea lo primero advertir que las tesis jurisprudenciales (...) según las cuales el régimen de responsabilidad aplicable en materia de daños ocasionados por actividades médicas es el de la falla presunta y que, en materia probatoria, debe aplicarse el principio de la carga dinámica de la prueba, fueron recogidas. Es una posición ahora consolidada el que, por regla general, la responsabilidad del Estado por cuenta de daños derivados de intervenciones médicas se compromete bajo el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado, le son propias. (...)”



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

preferente o única, por su carácter directo y científico puede llevar más adecuadamente a la convicción del Juez<sup>15</sup>.

Esto no obsta para que, **ante una situación de extrema dificultad o imposibilidad de acreditar por medios directos la atribución del daño, se haya aceptado la prueba indiciaria**, con la cual se busca alcanzar, si no certeza, un grado suficiente de probabilidad para adelantar el juicio de imputación<sup>16</sup>.

## 5. RESPONSABILIDAD MÉDICA POR ERROR DE DIAGNÓSTICO

La Sección Tercera del Consejo de Estado, ha definido el **diagnóstico como el elemento determinante del acto médico**, toda vez que es a partir de sus resultados que se elabora todo el tratamiento propiamente dicho<sup>17</sup>. Al respecto, se señala:

*“Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho.*

*De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.*

*Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento. (...)”<sup>18</sup>.*

A su vez, la fase correspondiente al diagnóstico se encuentra conformada por dos etapas: la primera es aquella donde se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento que va desde la realización del interrogatorio hasta la ejecución de pruebas, tales como palpación, auscultación, tomografías, radiografías, etc; y en la segunda corresponde al médico analizar los exámenes practicados y emitir su juicio:

<sup>15</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, 14 Sep. 2016, e63001-23-31-000-2002-01058-01(38804), M. Velásquez: “(...) Por tanto, resulta evidente que el demandante tiene el onus probandi de la falla del servicio, para cuyo efecto podrá aperse de cualquiera de los medios probatorios permitidos dentro del sistema jurídico (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), pero claro, sin que se esté abogando por una tarifa probatoria, resultan adecuados especialmente los dictámenes periciales y los testimonios técnicos. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo: Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, 13 Nov. 2014, expediente 050012331000199903218-01(31182), Ramiro Pazos.

<sup>17</sup> En este mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. “Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, el cual se convierte en uno de los principales aspectos de la actividad médica, como quiera que los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico.”

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846; 10 de febrero de 2011, exp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp.31.724; 9 de octubre de 2014, exp.32.348; y 2 de mayo de 2016. Exp.36.517



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*“En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.*

*En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos..., corresponde el análisis de los mismos y su interpretación...; se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio... ”<sup>19</sup>.*

Igualmente, se ha sostenido que para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud sea extremadamente diligente y cuidadoso en el cumplimiento de cada una de las fases anteriormente mencionadas, esto es, que emplee todos los recursos a su alcance en orden a recopilar la información que le permita determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente<sup>20</sup>.

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

Tal como fue referido en precedencia, uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, porque a partir del mismo se define el tratamiento posterior<sup>21</sup>. **Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto.**

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp. 11878. Reiterado en Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp. 36.517

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp. 36.517

<sup>21</sup> VASQUEZ FERREIRA, ROBERTO. *Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina*, Biblioteca Jurídica Dike, 1993, pág. 78



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando **no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar** con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente. A este respecto, la Sala ha destacado en varias de sus providencias, lo señalado por la doctrina:

*“El respeto a tales deberes, que debe darse en todos los casos, es de máxima exigencia cuando el enfermo presenta un cuadro polimorfo en sus síntomas y signos, que haga difícil el diagnóstico, obligando a emitir únicamente diagnósticos presuntivos. En tales circunstancias deben extremarse los medios para llegar a formular un diagnóstico cierto. Deben agotarse los análisis y demás recursos de la medicina actual. Empero no es suficiente su solicitud; es preciso su realización en tiempo oportuno -sin dilaciones o demoras inútiles- y su posterior estudio por el médico”<sup>22</sup>.*

Así, en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, **deberá estar demostrado que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque se omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria<sup>23</sup>, omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico<sup>24</sup>; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad<sup>25</sup>.**

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado, ha afirmado que para imputar responsabilidad a la Administración por daños derivados de un error de diagnóstico, **se requiere acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada por alguno de los siguientes motivos<sup>26</sup>:**

- El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban.
- El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.

<sup>22</sup> MOSSET ITURRASPE, JORGE: *Responsabilidad Civil del Médico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, 1ª reimpresión, pág. 125 y 126.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2000, Sección Tercera. Exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, sentencia de 27 de abril de 2011, Sección Tercera. Exp. 19.846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>25</sup> Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél “objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad”. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, Op. Cit., p. 121.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 y 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*

*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*

*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*

*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*

*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

- El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente<sup>27</sup>.
- El médico dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad<sup>28</sup>.
- El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente<sup>29</sup>.
- Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto<sup>30</sup>.

## 6. DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DE LOS RIESGOS PROBABLES EN DESARROLLO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO

Según la doctrina, se entiende por consentimiento informado, **el proceso que surge en la relación médico-paciente**, por el cual éste último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existan a la propuesta<sup>31</sup>.

Concordante el marco normativo vigente contenido en la **Ley 23 del 18 de febrero de 1981**, “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*”, consagró en sus artículos 15 y 16, la obligación del médico de no exponer al paciente a riesgos injustificados, que al texto refieren:

**“ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere**

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. Posición reiterada en sentencia del 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057

<sup>28</sup> Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél “objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad”. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, Op. Cit., p. 121.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. 1ª ed. Barcelona, Bosch, 2004, p.115. CARRASCO GÓMEZ, J.J. *Responsabilidad médica* 2ª ed, Madrid, 1998, p.84.



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

*ARTICULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.*

*El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegado*. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Disposición normativa reglamentada por el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981, que señaló:

*“ART. 10. El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.*

*ART. 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:*

- a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan:*
- b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.*

*ART. 12. El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla*” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De lo destacado en cita, es claro que el médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981 con el aviso que en forma prudente hace al paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

Es decir que la actividad médica, por disposición legal, impone al galeno la obligación de pedir al paciente su consentimiento para aplicar los tratamiento médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y la explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente, así que la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

El tema del consentimiento informado y previo otorgado por el paciente frente a las intervenciones, tratamientos y procedimientos que se le realizan, ha contado con pronunciamientos judiciales que se sintetizan a continuación:

La Sección Tercera en sentencia del 15 de noviembre de 1995<sup>32</sup> consideró que el sólo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad del centro asistencial, así la intervención quirúrgica se hubiere efectuado en forma adecuada. Allí se dijo:

*"De otra parte no está acreditado en el proceso, y tal carga probatoria era de la demandada, que como secuela postoperatoria de esta intervención, pudiera resultar lesionado el nervio recurrente, causar la parálisis de las cuerdas vocales y ocasionar la disfonía que actualmente padece la señora Emilse Hernández de Pérez, así se actuara con la diligencia y cuidado indispensables para esta clase de operaciones quirúrgicas. Menos aún se estableció que dicha señora hubiera sido informada de la ocurrencia de tales lesiones como un riesgo inherente a la tiroidectomía. Así las cosas, estima la Sala que en el subjuice sí opera la presunción de falla del servicio y por lo tanto la apreciación que hizo el tribunal para reconocer la existencia de la falla o falta del servicio deberá mantenerse.*

En 1998 se decidió por el Consejo de Estado,<sup>33</sup> el caso en el que una paciente consintió ser operada de una hernia inguinal en el lado izquierdo y el médico la operó del lado derecho, con lo que a juicio de esta Corporación, aparte de la falla medica se extralimitó el consentimiento otorgado por la paciente:

*"Así, la Sala considera que... debió tomar las precauciones necesarias relativas a la información previa sobre el estado de la paciente, procurando la historia clínica con anticipación, para su consulta y tener en cuenta que la paciente Alba Miriam Molano se encuentra anestesiada y por ello inconsciente, razón por la cual el cirujano desbordó el consentimiento dado para un fin concreto".*

Para 1999 la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>34</sup>, se pronunció acerca del caso en el cual a una menor cuyos padres habían firmado un formato de exoneración de responsabilidad se le practicó una biopsia en la medula espinal. A juicio de la Sala dicho formato no exonera a la entidad demandada por carecer de la información y aceptación propia del consentimiento informado, en este caso la Sección Tercera expuso:

*"Este documento no exonera de responsabilidad a la entidad demandada, por las siguientes razones... dicho documento no reúne las características del consentimiento informado pues no sólo no contiene una aceptación por parte de los representantes legales de la paciente del procedimiento terapéutico específico que se le va a practicar sino que también carece de*

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.301, C.P. Daniel Suárez Hernández.

<sup>33</sup> Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, rad. 10807, C.P. Jesus María Carrillo Ballesteros.

<sup>34</sup> sentencia del 3 de mayo de 1999, rad. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque.



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

*información sobre las consecuencias, secuelas o riesgos del mismo. Allí sólo se autoriza en forma genérica la práctica de todos los exámenes que el Instituto considere necesarios, inclusive examen post-mortem y el someterse al tratamiento que el mismo indique para la enfermedad. En síntesis, considera la Sala con el profesor belga Roger O. Dalcq que cuando el médico no advierte al paciente sobre los riesgos previstos y estos se producen en el curso de un procedimiento médico quirúrgico, este los asume en forma unilateral y compromete su responsabilidad personal y la del centro asistencial en el cual presta sus servicios”.*

En Sentencia de fecha 3 de mayo de 2007<sup>35</sup>, precisó el Consejo de Estado:

*“Debe anotarse, en primer lugar, que la autorización genérica del Hospital Regional de Sincelajo, para realizar los procedimientos médicos y quirúrgicos requeridos, suscrita por la demandante y su hermana, no puede entenderse como un consentimiento informado. La Corte Constitucional ha considerado el consentimiento informado como un desarrollo específico de varios derechos fundamentales, principalmente el de la autonomía personal. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado. El artículo 11 del decreto 3380 1981, que reglamente la ley 23 de 1981, establece que las dos únicas excepciones al deber de informar, por parte del médico, acerca del riesgo previsto en un procedimiento médico son: “a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan; b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.*

*La doctrina extranjera señala que el consentimiento informado es un proceso de ilustración continuada al paciente, que implica la posibilidad de aquél de no someterse al tratamiento propuesto por su médico y que, además, en el proceso de información siempre debe partirse del supuesto de su ignorancia, o mejor, de su desconocimiento en la materia. Y la doctrina nacional, de otro lado, destaca que el suministro de información debe tomar en cuenta las características personales del paciente. En el presente caso, la Sala manifiesta su conformidad con la premisa básica de que el consentimiento informado es un principio, por lo que su aplicación debe adecuarse al caso concreto y acepta además que puede ser acreditado por diversos medios de prueba, no solo mediante un documento que contenga la voluntad expresa del paciente. Aceptando las dos anteriores condiciones o presupuestos, se considera que en el caso materia de análisis no se otorgó el consentimiento por parte de la actora. En efecto, en las consultas del cinco y 13 de abril de 1993, el doctor G. A. informó a la paciente que el tratamiento adecuado era un legrado obstétrico, es decir una limpieza de la cavidad uterina, no obra en la historia clínica ninguna otra explicación de otro procedimiento médico. Si bien, la paciente manifestó en la consulta del cinco de abril que deseaba “sacarse la matriz”, no podía el médico entender que se estaba refiriendo a una histerectomía, como lo dejó consignado en el reporte de la consulta del 13 de abril, dado que se trata de un concepto de carácter técnico. Además, en ninguna parte de los reportes se señala que el médico informó a la paciente en que consistía el procedimiento y sus consecuencias. Tampoco es posible colegir que la paciente debía entender, de manera clara, que “HTA simple” significaba histerectomía simple, pues en todos los reportes escritos siempre se escribió tal sigla. En todo caso, en la autorización genérica de tratamiento médico suscrito por la paciente y su hermana ni siquiera se enuncia tal procedimiento. Su condición tan general y abstracta, paradójicamente la priva de contenido.*

(...)

*La información ilustrada, idónea, concreta y previa a la cirugía no se brindó a la paciente, por el contrario, el único tratamiento propuesto, del que se tiene constancia, es el legrado obstétrico. Tampoco se puede establecer que en el curso de los preparativos para la cirugía se*

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, rad. 16.098, C.P. Enrique Gil Botero.



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

*brindo tal información, ni se puede concluir que la paciente entendía “sacarse la matriz” como histerectomía y que correspondía a la sigla “HTA”. Aún concluyendo que eso fuera así, no obra ninguna prueba que permita deducir que se le explicó en que consistía el procedimiento y cuales eran sus consecuencias. Debe reiterarse que en el campo médico se parte del supuesto de la ignorancia o desconocimiento del paciente en la materia y de sus características particulares, respecto de las cuales no se hizo ninguna referencia en la historia clínica (...)”*

El 11 de febrero de 2009<sup>36</sup>, arguyó el Consejo de Estado:

*“La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha reiterado que el consentimiento debe ser ilustrado, idóneo y concreto, previo, y que debe probarse. El derecho a la información, que tiene el paciente, es un desarrollo de su propia autonomía así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad. Por ello importa el conocimiento sobre las alternativas de tratamiento y de todas las posibles complicaciones que implique el procedimiento o terapéutica al cual va a ser sometido. La decisión que tome el paciente es en principio personal e individual. En ese orden de ideas, la información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente; y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; de lo contrario, ante una información falsa, errónea o incompleta se estará frente a una vulneración de la libertad de decisión del paciente. Se tiene entonces que el consentimiento, para someterse a una intervención médico-quirúrgica debe ser expreso, y aconsejable que se documente, y que siempre se consigne su obtención en la historia clínica, debe provenir en principio del paciente, salvo las excepciones consagradas en la ley y atendidas las particulares circunstancias fácticas que indicarán al Juez sobre la aplicación del principio. El consentimiento idóneo se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa el procedimiento recomendado luego de tener una información completa acerca de todas las alternativas y los posibles riesgos que implique dicha acción y con posterioridad a este ejercicio tomar la decisión que crea más conveniente.*

(...)

*“El señor BERMÚDEZ BAUTISTA, el 4 de septiembre de 1991 fue sometido a cirugía en su ojo izquierdo, para removerle cataratas del mismo, y en ninguna parte de la historia clínica aparece que se le hubiese informado en forma clara, precisa y detallada los riesgos de esa intervención, ni la autorización del paciente o de algún familiar suyo para ese procedimiento. Según la ley 23 de 1981, en las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará ceñida a los modelos implantados por el Ministerio de Salud (artículo 35), formato que tampoco aparece anexo al expediente. Mucho menos aparece en la historia la información de los riesgos posteriores a la intervención y, como quedó explicado, tampoco se le informó sobre los cuidados mínimos que debía seguir para lograr su mejoría o, al menos, no hay prueba de nada de ello. Como lo expresó el Consejo de Estado en la sentencia que se citó, el consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es para todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento; sin que sea suficiente por otra parte la manifestación por parte del galeno en términos científicos de las terapias o procedimientos a que deberá someterse el paciente, sino que deben hacerse inteligibles a éste para que conozca ante todo los riesgos que ellos implican y así libremente exprese su voluntad de someterse, confiado a su médico. Así las cosas, resulta demostrado que el daño por el cual reclaman los demandantes, debe serle imputado a CAJANAL, teniendo en cuenta que luego de la cirugía, la única referencia existente en la historia clínica se limitó a habersele dado salida al día siguiente de la intervención. Pero en dicho documento no aparece que se le hubiesen dado órdenes expresas sobre el cuidado que debía mantener en el post-operatorio, o sobre controles inmediatos en el post-operatorio. Tampoco existen*

<sup>36</sup> Radicación No 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726)



*Demandante: Mario Ramiro Borja Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*anotaciones sobre la consulta que hizo el paciente, por su iniciativa, días después de la cirugía, cuando presentó molestias en el ojo intervenido, ni de los resultados de esas consultas; sólo al cuarto día de haber egresado de la clínica se le certificó infección, que por no haberse detectado ni tratado oportunamente obligó a la extracción del ojo izquierdo del señor Bermúdez. **En este orden de ideas, habrá de CONDENARSE a la demandada por falla en la prestación del servicio médico***

Así las cosas, el tema del consentimiento informado y previo otorgado por el paciente frente a las intervenciones, tratamientos y procedimientos que se le realizan, ha contado con innumerables pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, que se pueden sintetizar en el deprecado para el año 2013, cuando la Subsección B de la Sección Tercera, resolvió un caso en el que un paciente que fue sometido a varias intervenciones porque padecía colitis ulcerativa y donde resultó lesionado con perforación de la vejiga y disfunción eréctil y aunque el paciente **había firmado el consentimiento informado, no le habían advertido de todos los riesgos de las intervenciones<sup>37</sup>**, lo que conllevó a considerar que si el paciente no tuvo la oportunidad y conocimiento de asumir los riesgos derivados de los procedimientos a los que fue sometido, es procedente la declaratoria de responsabilidad.

No obstante lo anterior, para el 27 de marzo de 2014, la Sección Tercera<sup>38</sup>, precisó:

*“Para la Sala es claro entonces que las intervenciones o procedimientos realizados sin consentimiento informado constituyen una falla del servicio que genera un daño consistente en la vulneración del derecho a decidir del paciente, por lo que surge responsabilidad extracontractual en cabeza de la entidad que prestó el servicio médico. Sin embargo, se **presentan situaciones diversas que ameritan ser analizadas para no generalizar la respuesta judicial a circunstancias diferentes y aclarar el alcance de la responsabilidad por falta de consentimiento informado.***

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. *Con salvamento de voto del magistrado Ramiro Pazos Guerrero, en el que manifiesta la necesidad de diferenciar la falta de consentimiento de otros casos como este en el que se otorgó el consentimiento pero no se informó de los riesgos:* “Ahora bien, la ausencia de consentimiento informado podría consistir, por un lado, en que se lleve a cabo un tratamiento o procedimiento quirúrgico sin la autorización del paciente –salvo aquellas situaciones de estado de necesidad–, en cuyo caso el galeno y, de contera, la entidad prestadora del servicio, asumen todos los riesgos inherentes al mismo y comprometen su responsabilidad en la medida en que se materialicen, y, por otro lado, los eventos en los cuales sí hay un consentimiento respecto de los tratamientos o procedimientos médicos a realizar, pero el paciente no es informado de los riesgos que pueden derivarse de los mismos. Diferenciar estas dos situaciones adquiere relevancia para efectos de la indemnización de los perjuicios. En el primer caso, de llegar a concretarse los riesgos inherentes a tales intervenciones, los daños que sufra el paciente –muerte o lesiones– le serán imputables a la entidad pública demandada, en tanto existiría una ausencia total de consentimiento y deberá indemnizar los daños materiales e inmateriales que se causen, al haber privado al enfermo de la oportunidad de explorar alternativas médicas, con posibilidades y resultados más satisfactorios, frente a su condición clínica. En el segundo evento, es decir, cuando sí consintió en la práctica del tratamiento o procedimiento, pero no se le informó sobre los riesgos –genéricos o específicos– que de estos se derivan, lo que se causa es un daño moral que se genera al no haber podido decidir libremente si aceptaba o no tales riesgos. En el caso concreto, sí hubo un consentimiento suscrito por el paciente para que le efectuaran los procedimientos quirúrgicos necesarios para tratar la colitis ulcerativa que padecía, pero no se le informaron los riesgos específicos que conllevaban. En otros términos, el señor Muñoz Tovar sí consintió en la práctica de estas intervenciones, pero no fue informado de manera completa sobre las secuelas que podrían generarle. Por lo anterior, solamente debió indemnizarse el daño moral por el padecido ante la imposibilidad de haber decidido respecto de su salud con pleno conocimiento de causa, pero no había lugar a reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en tanto no se trató de un evento de ausencia total de consentimiento”.

<sup>38</sup> *Consejero ponente: DANILLO ROJAS BETANCOURTH. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01924-01 (26660)*



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

**23.1. Uno es el caso de la falta total de consentimiento y otro cuando el paciente expresó la voluntad de someterse al procedimiento pero faltó información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención.**

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

*23.2. De otra parte, uno es el caso cuando las lesiones o secuelas son consecuencia del procedimiento no consentido y otro es el caso cuando las consecuencias adversas en la salud del paciente se originan en la patología previamente padecida por él y no en la intervención no consentida.*

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

*23.3. Adicionalmente, uno es el caso cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y otro es el caso cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la *lex artis* pero sin el mencionado consentimiento.*

*23.3.1. En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad, por lo que el perjuicio indemnizable se circunscribe al de carácter moral"*

No obstante lo anterior, la Sala precisa, que la jurisprudencia del Alto Tribunal, había reglado por los perjuicios inmateriales en dos tipologías; por un lado, los perjuicios morales, que reparan el sufrimiento, el dolor y/o la congoja causados por el daño, y por otro lado, los perjuicios por la alteración grave a las condiciones de existencia, que resarcían tanto las afectaciones que sufría la víctima respecto de su relacionamiento con el mundo exterior como los cambios abruptos e intempestivos que modificaban su vida a raíz del menoscabo<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> CE 3B, 30 Mar. 2017, e08001-23-31-000-2009-00680-01(39042), R. Pazos.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Así que la **falta de consentimiento informado, transgrede** el derecho al libre desarrollo de la personalidad en su faceta a la libre autodeterminación y no podía encuadrarse en la segunda tipología debido a que no se refería al relacionamiento de la víctima ni a un cambio en su condiciones de existencia, de forma que forzaba encuadrar la indemnización como un perjuicio moral.

Sin embargo, a partir de las **sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014**, la sistematización en comento reformuló manteniendo los perjuicios morales en su concepción clásica, **pero cambiando la lógica de los demás perjuicios inmateriales para anclarlos a los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico**. En este orden de ideas, se **crearon las tipologías del daño a la salud y afectación relevante a bienes y derechos constitucional y convencionalmente amparados**, el primero con el fin de indemnizar las lesiones a la integridad psicofísica de la persona y **el segundo como categoría residual** que pretende reparar los menoscabos que no encajen en las dos tipologías anteriores.

En el nuevo contexto, encuentra la Sala que **reparar el daño producido por la falta del consentimiento informado reconociendo una indemnización a título de perjuicios morales resulta inadecuado**, debido a que se desdibuja el propósito de la nueva sistematización y puede provocar confusiones respecto de la lesión que genera responsabilidad, aspectos analizados por esta Corporación<sup>40</sup>.

Así las cosas, para esta Sala, la falta de consentimiento informado, es una circunstancia que produce una transgresión a los derechos constitucionales y convencionales del paciente (libre autodeterminación) que deben **resarcirse bajo la tipología residual** como lo estableció la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, ya que **lo que se indemniza no es el dolor o sufrimiento provocado por no haber podido decidir si se asumían los riesgos de la intervención sino la referida imposibilidad en sí misma, ya sea que haya producido aflicción o no**. Cabe aclarar que los perjuicios generados por la violación de las garantías básicas mencionadas y la congoja nacida por la misma causa no son incompatibles, siempre y **cuando se pruebe la segunda toda vez que no se presume**.

<sup>40</sup> Sala de Decisión N° 4 MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO. Radicado 150013331010200302031-01



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

Esta posición ha sido asumida por el Consejo de Estado recientemente, como se lee enseguida:

*“(... ) 7.1 Perjuicios morales*

*En la demanda se solicitaron perjuicios morales equivalentes a 1000 gramos de oro para cada uno de los demandantes (sic). La sala observa que cada uno de los actores acreditó el parentesco invocado con la víctima directa de la falla médica pretendida, tal como se reseñó en el acápite de pruebas, sin embargo, el perjuicio moral derivado de la falta de un consentimiento informado no se presume; debe ser probado, y no existe prueba en el expediente que acredite la aflicción, el sufrimiento que le causó a GAMALY ENCISO LOPERA y menos a los otros demandantes, haber perdido la oportunidad de rechazar el tratamiento si hubiese conocido los riesgos, las pruebas que obran es del sufrimiento de la lesión. Poor (sic) lo anterior resulta improcedente su reconocimiento.*

*7.2 Reconocimiento de oficio de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.*

*No obstante lo anterior, como se dejó establecido en precedencia, a la señora GAMALY ENCISO LOPERA, no se le informó de los riesgos que comportaba la cirugía que se le practicó, conducta con la cual la entidad demandada le vulneró su derecho constitucional a la libre autodeterminación, pues el consentimiento que pudo haber dado, no respondió a un conocimiento de los riesgos de la intervención quirúrgica, que podrían haberla hecho rehusar la operación. (... )<sup>41</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

Por lo tanto, la Alta Corporación concluyó lo que sigue sobre la reparación por la afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados:

*“(... ) Al respecto, la Sala considera que en el sub examine son procedentes las medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta que se lesionó el derecho que GAMALY ENCISO LOPERA, tenía de determinar si exponía su cuerpo a la intervención quirúrgica o se abstenía de hacerlo, con base en un conocimiento de todos los riesgos específicos que implicaba la cirugía de cadera a la que se sometió sin conocerlos. (... )*

*La Sala precisa que en el caso concreto no es suficiente para la reparación integral del daño a la libre autodeterminación, la medida no pecuniaria, y que se hace necesario ordenar, excepcionalmente, como lo permite la sentencia de unificación ya citada, una indemnización por la vulneración de la que fue objeto su derecho constitucional a la libre autodeterminación; resarcimiento que se ordenará únicamente para la víctima directa, pues ese derecho de autodeterminación que resultó lesionado es personalísimo y no se expande a su círculo familiar. La cuantía de la indemnización se tasa en 20 salarios mínimos legales mensuales, teniendo en cuenta que la violación al derecho a autodeterminarse fue episódico, y dentro del proceso no se demostró que esta vulneración produjo lesiones a otros derechos; además, la lesión de este derecho se agota en un momento concreto y determinado, en el caso concreto el instante en que la paciente toma la decisión de operarse, luego de lo cual el sujeto recupera el pleno ejercicio de este derecho. (... )<sup>42</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)*

<sup>41</sup> CE 3C, 26 Ene. 2015, e730012331000200001368 01 (32322), J. Santofimio.

<sup>42</sup> *Ibíd.*



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

De acuerdo al recorrido de la jurisprudencia y actual posición, no solamente lo procedente para reparar el daño producido por la realización de la intervención quirúrgica sin haber obtenido con antelación el consentimiento informado del paciente es el reconocimiento de perjuicios por la afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, sino que también se precisa que esa **indemnización únicamente está destinada a la víctima de la vulneración de sus derechos y no a sus familiares**, por tratarse de garantías personalísimas.

## 7. LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Dentro del expediente obran las siguientes pruebas pertinentes a efectos de resolver el problema jurídico planteado:

### 7.1 Pruebas de la relación de parentesco:

- Registro civil de nacimiento del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en el cual se describe que es hijo de los señores Eulogio Borda y Claudina Álvarez (fl. 23).
- Registro civil de nacimiento de las señoras Ana Lilia, María Amparo, María Claudina Borda Álvarez (fls. 24 a 26), con los que se prueba que son **hermanas** del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ.

### 7.2 Pruebas de la atención médica recibida y la causa del daño:

- Solicitud para programación de cirugía de fecha 26/03/2013 (fl. 27), con papelería de la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja.
- Orden de servicio y contrareferencia a favor de RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, para obtener autorización para hospitalización y para cirugía ambulatoria, con impresión de diagnóstico principal de "*Hernía Inguinal izquierda redicivante*", (fl. 28).
- Orden de servicio y contrareferencia a favor de RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, para obtener autorización de los siguientes exámenes "*Hemograma, tiempos de coagulación PY y PIT, INR*", (fl. 29).



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

- Orden de servicio y contrareferencia a favor de RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, para obtener autorización de “*Valoración por anestesiología*”, (fl. 30).
- Copia de la historia clínica de la atención en consulta externa del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, con registro de atención del 26/03/2013 (fl. 31).
- Copia de la epicrisis de la cirugía ambulatoria de la Clínica Santa Teresa de Tunja, relacionada con el procedimiento quirúrgico realizado al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 30/08/2013 a las 13+00 (fl. 32) y de la evolución, referencia y contrareferencia (fl. 33).
- Copia de la historia clínica del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja, con registro de atenciones desde el 23/02/1999 (fls. 103 a 119 y 512 a 528).
- Transcripción de la historia clínica de la atención que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, recibió en la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja (fls. 120 a 123).
- Copia del formato de consentimiento informado con membrete de la E.S.E Hospital San Rafael Tunja, suscrito únicamente por el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 26/03/2013 (fl. 125).
- Copia de la historia clínica del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en la Clínica Santa Teresa (fls. 201 a 216).
- Transcripción de la historia clínica de la atención que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, recibió en la Clínica Santa Teresa Tunja (fls. 505 a 509).

### **7.3 Pruebas del contrato de seguro**

- Copia de la póliza de responsabilidad civil N° 1003842, de la Previsora S.A, compañía de seguros (fls. 130 a 138), de la póliza de responsabilidad



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*

*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*

*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*

*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*

*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

civil N° 1003844, de la Previsora S.A, compañía de seguros (fls. 139 a 146).

- Copia de la póliza de responsabilidad civil N° 1004102, de la Previsora S.A, compañía de seguros (fls. 146 a 157) y de las condiciones, amparos y exclusiones de la póliza de responsabilidad para servidores públicos de la Previsora S.A., compañía de seguros.
- Copia de la póliza de responsabilidad civil N° 1004101, de la Previsora S.A., compañía de seguros (fls. 158 a 164) y de la póliza 1005447 (fls. 165 a 168).
- Copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional Clínicas y hospitales N° 39-03-101000067, expedida por la compañía de seguros del Estado S.A., con registro de tomador de la Clínica Santa Teresa (fls. 244 a 246, 306 a 309 y 322 a 325).

## **8. CASO CONCRETO**

La parte demandante, recurrió la decisión de primera instancia, al considerar que:

1. La sentencia de primera instancia, desconoció la existencia del daño, al fundamentar la decisión en que la parte actora, no demostró el mismo, y por ende la cirugía de que fue objeto el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, no fue innecesaria, siendo éste el único argumento para haberse negado las pretensiones.
2. Está acreditado el daño, e igualmente que la cirugía que se le practico al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, fue innecesaria, generándose con ello la omisión de los demandados respecto de los exámenes prequirúrgicos para haber evitado una intervención quirúrgica y por ende el resultado dañino se configuro en la humanidad, como en el tema psicológico.
3. Se corroboró que luego de la intervención realizada por el Dr. Luis José Gómez Meléndez, cirujano general, en el epicrisis del señor RAMIRO



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

BORDA ÁLVAREZ, no se encontró hernia directa e indirecta, por lo que se evidencia que la cirugía era innecesaria, lo que acredita el diagnóstico equivocado emitido por el Cirujano del Hospital San Rafael Tunja, Dr. José Antonio Tamara López, el 26 de marzo de 2013, generando con ello perjuicios de índole moral y daño a la salud.

Atendiendo los anteriores parámetros, procede la Sala a efectuar el análisis del caso atendiendo a los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad de las demandadas, así:

### **7.1 Existencia del Daño y de la estructura del juicio de responsabilidad extracontractual:**

Advierte la Sala, que fueron allegadas oportunamente al proceso por los extremos las historias clínicas, en las cuales se consignó la atención médica y asistencias que recibió el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, además de acuerdo al decreto del debate probatorio oficioso, se obtuvo las transcripciones de las mismas por la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja y de la Clínica Santa Teresa, por consiguiente cuenta con valor probatorio en relación con los hechos objeto de litis.

Como consecuencia de lo anterior, se consignó en la historia clínica que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, ha recibido atención médica desde el 02/09/1999 a causa de un accidente de tránsito en moto, posterior se consigna consulta por urología el 5/12/2008, **con antecedentes de herniorrafia inguinal izquierda en 1993**, de la cual se destacan los siguientes apartes:

#### **"Solicitud de atención 15/10/8**

*Fecha de remisión: 15/10/08*

*Médico que remite: Dr Deisy*

*Servicio al cual remite: Urólogo*

*Consulta Ext.*

*Pte de 35 años que consulta por cuadro clínico de +- 1 año de dolor testículo izquierdo + que con el tiempo fue aumentado en intensidad y consulta igualmente por disuria y polaquiuria.*

*SS/pdo sin IVU y urocultivo negativo*

*A/ Ex físico dilatación plexo \*\*\*\*\**

*IDX: Varicocele*

*Sx irritativo urinario*

*SS/Val x urología firma.*



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*Fecha: 05/12/08*

*MC: Dolor testículo izquierdo.*

*EA: de 1 año de evolución dolor en testículo izq después de relaciones o montar moto, FU 4.5 X 0*

*Ante: med (-) Qx herniorrafia izq, 1993*

*E Físico: Abdomen blando sin masas*

*GU: Testículos, epidídimos y cordones espermáticos normales, sin dilatación, dolor a la palpación en anillo inguinal izquierdo.*

*DX(1) Oroquiálgia IZQ*

*p. Doxicilina 100 c/12 hs 20*

*Diclofenalco 50 C/8 hs 15 José Miguel Montañez Universidad Nacional Urólogo RM.15049-95". (N y SFT)*

Posterior a la atención médica por la especialidad de urología del 05 de diciembre de 2008, no se consignó otro tipo de atención médica, **sino hasta el 26 de marzo de 2013**, cuando se registró atención por consulta externa de la especialidad de cirugía y al examen físico, evolución médica, impresión diagnóstica lo siguiente:

*"Historia clínica de consulta externa.*

*Identificación*

*Primer apellido: Borda*

*Segundo apellido: Álvarez*

*Nombre: Ramiro.*

*Nº Historia clínica .74358786*

*Edad: 39*

*Especialidad: CX General.*

*Aseguradora: Comfaboy*

*Fecha de ingreso: 26/03/2013*

*Anamnesis*

*Motivo de consulta: Me salió una herida.*

*Enfermedad actual: cuatro clínicos de 6 meses de evolución consistente en dolor en región inguinal izquierda, incomodidad para las relaciones sexuales.*

*Antecedentes:*

*Patológicos.*

*Hospitalarios*

*Quirúrgicos (+) Apendicectomía hace 10 años, hernia inguinal izquierda 1993.*

*Tóxicos: (+) 3 cigarrillos al día.*

*Alérgicos: no refiere*

*Transfusión: no refiere*

*Familiares: no refiere*

*Revisión por sistemas:*

*Deposición (+), Diuresis (±), tolerando vía oral.*

*Examen Físico:*

*Fr: 18 ta: 120/70 tº: 36*



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*Buen estado general.*

*Primer apellido: borda*

*Segundo apellido: Álvarez*

*Nombre: Ramiro.*

*Nº Historia clínica. 74358786*

*Identificado.*

*Cabeza/ cuello.*

*Torax/cardioplpm*

*Abdomen*

*Genitourinario: se palpa masa a nivel de bolsa escrotal izquierda.*

*Extremidades*

*Piel y faneras*

*Esféra Mental.*

*Análisis:*

*Presenta hernia inguinal recidivante requiere tratamiento quirúrgico.*

*Impresión Diagnóstica/Diagnóstico.*

*1. Hernia Inguinal Izquierda por recidiva.*

*Recomendaciones/ información suministrada al paciente y la familia.*

*Se da orden para programación de cirugía se explican riesgos y complicaciones firma consentimiento informado.*

*Dr José Antonio Tamara López. Cirugía General.REG. Med 886- N° 2052.”.*

Teniendo en cuenta lo consignado en el historia clínica, para la Sala se acredita que en desarrollo de la prestación del servicio de salud, el galeno cirujano de la E.S.E. Hospital San Rafael, **diagnosticó** al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, con una **hernia inguinal izquierda por recidiva**, ordenando como plan de manejo, programación de cirugía (fl. 111) en atención al antecedente que había presentado y del cual había sido intervenido quirúrgicamente en 1993 de acuerdo al registro de antecedentes del paciente consignados en la historia clínica del demandante, por lo que en la misma fecha de la consulta externa se diligenció el formato de consentimiento informado con logo del hospital para la realización del procedimiento de *“Herniorrafia inguinal izquierda + colocación de malla”*(fl. 125)

Como consecuencia de lo anterior, el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, obtuvo de su EPS- COMFABOY, la autorización para el tratamiento quirúrgico no para la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, sino en la Clínica Santa Teresa, donde ingresó el 30 de agosto de 2013 previa programación de la cirugía, atendiendo el diagnóstico de hernia inguinal izquierda determinado en la consulta externa del 26 de marzo de 2013.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Del registro clínico de la institución prestadora del servicio de salud privado, se advierte que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, fue atendido por el especialista en cirugía LUIS JOSÉ GÓMEZ, ESPECIALISTA EN CIRUGÍA, quien diligenció la epicrisis, el consentimiento para intervención quirúrgica de **Herniorrafia inguinal izquierda**, anestesia, procedimiento especial o tratamiento médico en general y practico la intervención ordenada de acuerdo al diagnóstico emitido en la consulta externa (fls. 202 a 208 y 210).

Destaca la Sala de acuerdo a la historia clínica de la atención recibida por RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en la Clínica Santa Teresa (fls. 202 a 212), que la orden quirúrgica autorizada de acuerdo con el diagnóstico era para **herniorrafia inguinal directa** (fl. 213) y así fue consignado tanto en el diagnóstico de ingreso en la epicrisis de cirugía ambulatoria (fl. 202), como en el permiso para la intervención quirúrgica (fl. 208).

Sin embargo, el procedimiento que según reporte del historial clínico, empezó el 30 de agosto de 2013, a las 11:00 am y finalizo a las 12:00 m, tuvo como particularidades que si bien el consentimiento informado estaba concedido para el procedimiento de la **herniorrafia inguinal**, se terminó convirtiendo en una exploración como lo consignó el profesional en el informe quirúrgico, ya que según el galeno es asimilable para temas de facturación, como así está documentado y del cual se destaca:

*“Descripción de hallazgos, procedimientos y complicaciones:*

*HALLAZGOS: No se observa hernia inguinal izquierdo directa, indirecta o crural.*

*PROCEDIMIENTO: Exploración inguinal izquierda. Asimilable para facturación como Herniorrafia inguinal izquierda*

#### **NOTAS DE ENFERMERIA**

<b>HORA</b>	<b>INFORMACION DE LA ENFERMERIA</b>
<b>7:00 h</b>	<i>Ingresa paciente al servicio de cirugía para procedimiento quirúrgico, se alista paciente, firma consentimiento informado, se canaliza vena con yelco 20, Doctor Cárdenas administra anestesia raquídea, previo lavado de área de punción, se realizó lavado pre quirúrgico con isodine espuma y alcohol yodado.</i>
<b>11:00 h</b>	<i>Dr. Gómez, Dr. Alonso y Sonia instrumentadora inicia procedimiento quirúrgico.</i>
<b>12:20 m</b>	<i>Termina procedimiento quirúrgico, sin complicaciones, se cubre paciente y se pasa a recuperación, se monitoriza y se coloca oxígeno y mascara. Se envía historia clínica a facturación.</i>



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

(...):

Teniendo en cuenta todo lo expuesto y basado en el registro clínico, la Sala encuentra más que probado que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, ingresó el 26 de marzo de 2013, a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, con dolor en región inguinal izquierda, siendo valorado por el Dr. José Antonio Tamara López quien determinó como diagnóstico el de la **hernia inguinal recidivante, teniendo en cuenta el antecedente del paciente quien fue intervenido quirúrgicamente en 1993**, la cual requería tratamiento quirúrgico y que se materializó el plan médico ordenado hasta el 30 de agosto de ese mismo año, cuando el paciente acudió a la Clínica Santa Teresa, de acuerdo a la autorización y programación para que se le practicara la intervención quirúrgica.

No obstante lo anterior y de acuerdo al informe quirúrgico expuesto en precedencia, el procedimiento de la **herniorrafia inguinal**, no se practicó y culminó únicamente con una exploración inguinal izquierda, además en el hallazgo quirúrgico según informe, no se reveló hernia inguinal izquierda directa, indirecta o crural.

De la prueba documental expuesta y analizada puede considerar la Sala que el diagnóstico emitido por el galeno en la E.S.E. Hospital San Rafael el 26 de marzo de 2013 de Hernia Inguinal Izquierda por recidiva, atendió el motivo de consulta, la **sintomatología expuesta por el demandante y el antecedente** del paciente a quien en 1993, se le había practicado una Herniografía inguinal izquierda, sin que repose prueba diferente que controvierta o demuestre hasta esta etapa de estudio en litis que se cometió un error de diagnóstico, pese a que en la intervención a la que fue sometido el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 30 de agosto de 2013, no se encontró ninguna hernia de manera directa o indirecta.

Sin embargo, con el fin de determinar si el demandante, estaba o no en la obligación de soportar una intervención que no coincidió con el diagnóstico emitido, al tenor de los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, la Sala no encuentra en el plenario prueba pericial, por lo que la asemejada a la técnica requerida, es la recepción del testimonio<sup>43</sup> expuesto por el galeno que practico la intervención quirúrgica al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el

<sup>43</sup> Audiencia del artículo 181 del CPACA, celebrada el 24 de julio de 2017 (Fl. 559)



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

cirujano LUIS JOSÉ GÓMEZ MELÉNDEZ, del cual se destacan los siguientes apartes:

*“PREGUNTADO: Cómo se realiza el diagnóstico de una hernia inguinal?  
CONTESTÓ: Todos los diagnósticos en medicina se hacen primero basados en unos síntomas y después en unos signos encontrados al examen físico, en el caso de hernia inguinal los síntomas lo que refiere el paciente es la presencia de dolor en la región inguinal y la presencia de una masa, creo que en este caso eso fue lo que el paciente refirió y el examen físico es verificar si en realidad presenta o no una masa, el Dr. Támara como dejó constancia en la historia clínica, encontró una masa inguinal y hace el diagnóstico de hernia inguinal recidivante porque el paciente tenía antecedentes de una hernia inguinal previa en ese sitio, una vez el cirujano encuentra con los síntomas y los signos un diagnóstico de hernia inguinal la conducta siguiente es programar al paciente para cirugía, solamente en determinados casos en los cuales los síntomas o los signos no son conclusivos de una hernia inguinal se realizan otros exámenes como son ecografía de la región inguinal o el trayecto inguinal.  
PREGUNTADO: La forma como se diagnostica un hernia inguinal fue el procedimiento que se desarrolló con el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ?  
CONTESTÓ: Las hernias inguinales se hacen casi en el 95% de los casos con los síntomas que refiere el paciente y los hallazgos al examen físico, si los síntomas que refiere el paciente y los hallazgos al examen físico concuerdan con el diagnóstico, se hace el diagnóstico definitivo. PREGUNTADO: Podría usted explicarnos por qué en la historia clínica escribió “realiza exploración inguinal. No se encuentra hernia directa, indirecta ó...”  
CONTESTÓ: La orden fue dada por el Hospital San Rafael, la autorización fue concedida a la Clínica Santa Teresa, me llamaron para operar el paciente, antes de operar se hizo un nuevo interrogatorio y examen físico cuyas conclusiones están escritas en la historia clínica, en la historia clínica el paciente refería dolor en la región inguinal izquierda, antecedente de una hernia inguinal de ese mismo lado en tiempo anterior y también dificultad para tener relaciones sexuales. Se hace el examen físico, se examina la región inguinal se introduce el dedo a través del escroto se le pide al paciente que haga las maniobras de mansalva y no se encuentra una hernia inguinal clínicamente identificada por lo cual se le explica al paciente la situación se le dice que no se le encuentra una hernia inguinal y se le recomienda hacer una ecografía trayecto inguinal para completar el diagnóstico, el paciente dice que lleva mucho tiempo esperando la cirugía que tiene mucho dolor y que prefiere se le lleve a cirugía directamente, se le explica entonces que el procedimiento que se le va a realizar no es una herniorrafia inguinal sino una exploración inguinal la cual consiste en explorar la región inguinal quirúrgicamente en busca de hernias o de alguna otra patología responsable de ese dolor que refiere, el paciente se le explican los riesgos, los beneficios y las posibles complicaciones con una forma que es la ecografía y con la otra forma que es la exploración inguinal manda llamar a la señora madre y en presencia de ella, del dr JUAN HUMBERTO anesthesiólogo y de la auxiliar de enfermería DORIS MACHUCA, decide junto con su madre realizar el procedimiento quirúrgico y ese queda firmado explícitamente informado con el consentimiento quirúrgico que firma antes de practicar el procedimiento. PREGUNTADO: La decisión de si se le hace ecografía o exploración inguinal la dejan a manos del paciente o quién finalmente toma esa decisión?  
CONTESTÓ: A los pacientes se les deben explicar las múltiples opciones que tienen frente a su enfermedad en este caso habían dudas de una hernia inguinal al examen*



Demandante: Mario Ramiro Borda Alvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

físico por lo cual se le dieron las dos opciones una las imágenes diagnósticas o dos la exploración quirúrgica que también nos confirma o nos descarta el diagnóstico, él previa información de las complicaciones los riesgos los beneficios de ambos procedimientos decidió en presencia de su madre la hizo llamar para tomar la decisión en conjunto decidió la exploración inguinal son decisiones que toman los pacientes y no el médico.(...). PREGUNTADO: La exploración inguinal en que se diferencia de la herniorrafia inguinal? CONTESTÓ: La herniorrafia inguinal consiste en corregir el defecto de la pared abdominal para corregir o sanar la hernia, la exploración inguinal consiste en abrir la cavidad inguinal en busca de hernias si se encuentra la hernia se corrige sino se cierra es un método diagnóstico no terapéutico, para los dos procedimientos se debe abrir la zona inguinal. PREGUNTADO: A través del examen físico se puede diagnosticar si se trata de una herida grande y las secuelas por no operarla. CONTESTÓ. Normalmente el tamaño de la cicatriz de una herniorrafia inguinal abierta es de más o menos de 7 a 10 centímetros, el paciente la tenía previamente por que ya había sido operado de una hernia inguinal del lado izquierdo. (...)“PREGUNTADO: El señor Ramiro Borda expresó cual era la razón por la cual prefería la exploración inguinal y no las imágenes diagnósticas o ecográficas. CONTESTÓ: Parece ser que tuvo demasiadas dificultades para que su cirugía fuera autorizada y el dolor persistía y no quería hacer más trámites administrativos. PREGUNTADO: Cuáles son las secuelas que deja ese procedimiento. CONTESTÓ: En el 99% de los casos no se produce dolor crónico, no deja secuelas solo las secuelas estéticas de la cicatriz. PREGUNTADO: En la historia clínica usted dejo constancia de que le informó al paciente RAMIRO BORDA las dos opciones. CONTESTO: Si en la epicrisis de la clínica Santa Teresa queda escrito que al paciente no se le encuentra la masa y que para confirmar diagnóstico se le propone ecografía vs exploración inguinal y que el paciente acepta la exploración inguinal y firma consentimiento informado para ese procedimiento. (...) PREGUNTADO: En el expediente a folio 208 aparece el permiso para intervención quirúrgica, anestesia procedimiento especial o tratamiento médico en general donde autoriza el paciente a realizar herniorrafia inguinal izquierda, por favor explique por qué quedo consignado eso. CONTESTO: En el caso de la exploración inguinal como es un método diagnóstico si se encuentra dentro de la cirugía que el paciente tienen la hernia se debe practicar la herniorrafia por eso es que el consentimiento va dirigido a realizar la herniorrafia. (...) PREGUNTADO: Cuando se hace la exploración inguinal se produce algún retiro de tejido, alguna materia, o simplemente se hizo el corte se hizo la exploración y se volvió a cerrar para diferenciarlo del otro acto médico. CONTESTADO: Solamente se hacen las incisiones para llegar a la región inguinal se explora para saber si existe alguna patología en este caso las hernias y si no existe nada se cierra, es completamente diferente a la cirugía de una hernia inguinal, la hernia inguinal ya hay que cerrar el defecto o el hueco de la pared abdominal probablemente con colocación de mallas o con materiales protésicos”

Del testimonio, emitido por el especialista en cirugía, advierte la Sala, lo siguiente:

1. Todos los diagnósticos en medicina se hacen primero basados en unos síntomas y después en unos signos encontrados al examen físico.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

2. Para el caso de hernia inguinal los síntomas que refiere el paciente es la presencia de dolor en la región inguinal y de una masa.
3. En este caso, al verificar la masa, el especialista que atendió la consulta inicial del demandante dejó constancia en la historia clínica, que encontró una masa inguinal y por eso hizo el diagnóstico de hernia inguinal recidivante, en razón a que el paciente tenía antecedentes de una hernia inguinal previa en el mismo lado.
4. Una vez el cirujano encontró con los síntomas y los signos, un diagnóstico de hernia inguinal, la conducta era programar al paciente para cirugía.
5. Solamente en determinados casos en los cuales los síntomas o los signos no son conclusivos de una hernia inguinal, se realizan otros exámenes como son ecografía de la región inguinal o el trayecto inguinal.
6. Las hernias inguinales, se hacen casi en el 95% de los casos con los síntomas que refiere el paciente y los hallazgos al examen físico, si los síntomas que refiere el paciente y los hallazgos al examen físico concuerdan con el diagnóstico, se hace el diagnóstico definitivo.

De lo anterior colige la Sala que el diagnóstico emitido el 26 de marzo de 2013 por el especialista en cirugía que lo valoró en consulta externa en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, **se ajustó con los síntomas referidos por el demandante, con el examen físico y el antecedente quirúrgico de 1993** por una hernia inguinal izquierda previa y pese a que el 30 de agosto de 2013, no se encontraron hallazgos de hernia, la Sala no encuentra prueba directa y eficiente para acreditar las condiciones de procedencia del error de diagnóstico como lo alega la parte actora.

En concordancia con lo anterior y al tenor de los criterios de la jurisprudencial del Consejo de Estado, la parte demandante, no acreditó que el profesional de la salud omitió interrogarlo como paciente sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban, ni que el médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria, o que el profesional prescindió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál era la enfermedad que sufría el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ,



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

limitándose únicamente a referir que el diagnóstico del 26/03/2013, no fue el correcto porque el informe quirúrgico del 30 de agosto de 2013, no arrojó hallazgos de hernia alguna.

En virtud de lo anterior, la Sala no encuentra que el diagnóstico emitido de **hernia inguinal recidivante**, fue errado y en tal sentido no se encuentra probado un daño. Por el contrario, del registro clínico se encuentra que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, desde el 15 de octubre de 2008, cuando había presentado una sintomatología similar y donde fue valorado por el especialista en urología no había regresado a control y seguimiento solo hasta el 26 de marzo de 2013.

Aunado, para esta Sala del registro clínico y de las pruebas destacadas en precedencia especialmente del cirujano LUIS JOSÉ GÓMEZ, se encuentra probado diferente a lo argumentado por la parte demandante, que el galeno interpretó debidamente los síntomas que presentó el paciente para el 26 de marzo de 2013 y por ello emitió el diagnóstico correspondiente con el examen físico y con los antecedentes quirúrgicos.

Finalmente, para la Sala no se configura falla del servicio por error de diagnóstico, en tanto la parte demandante, no probó la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto, se limitó únicamente a tomar el resultado del procedimiento del 30 de agosto de 2013 para concluir que existió un error de diagnóstico, pero no acreditó cuales eran los exámenes o apoyo técnico científico que se requería en lugar de la intervención quirúrgica.

En virtud de lo cual, la Sala, considera que para imputar responsabilidad a las demandadas, por daños derivados de un error de diagnóstico, se requería acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada y contrario a lo referido por la parte recurrente, tomando los hechos probados en el presente caso se corrobora lo siguiente:

i) El médico JOSÉ ANTONIO TÁMARA, sometió al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, a una valoración física completa y detallada.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

ii) No se probó que por parte del profesional cirujano que atendió la consulta externa del 26 de marzo de 2013, en la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja, se omitiera la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto, pues se tuvo en cuenta el antecedente de la hernia de 1993, en la misma región.

En un caso similar al que se decide en esta sentencia, el Consejo de Estado<sup>44</sup>, advirtió que el hecho de juzgar la **conducta médica ex post puede resultar relativamente fácil y, por tal razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, “el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática”**:

*(...)*

*Se hace evidente aquí uno de los problemas más frecuentes en el análisis de la responsabilidad por daños causados en la prestación del servicio de salud, sobre todo cuando se trata de error en el diagnóstico: la necesidad de valorar elementos de carácter científico, que complican, sin lugar a dudas, la actividad judicial.*

*Y no olvida la Sala la advertencia hecha anteriormente sobre lo relativamente fácil que puede resultar el juzgamiento ex post de la conducta de los médicos, quienes se encuentran siempre, al efectuar el diagnóstico, ante un panorama incierto. Se impone, entonces, concluir que al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo.*

*Al respecto, autores como Ataz López y Lorenzetti, citados por Vázquez Ferreyra, han expresado, refiriéndose a la responsabilidad civil de los médicos, que el error que exime de responsabilidad no ha de ser una anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico. Y dadas las limitaciones de la medicina, debe aceptarse que, en muchos casos, habiendo claridad sobre la imputabilidad del daño a la acción u omisión de los profesionales que tuvieron a su cargo la atención del paciente, éste puede resultar obligado a reportarlo*<sup>45</sup>.

En este sentido, si el médico actuó con la pericia y cuidado antes mencionada, su responsabilidad no queda comprometida a pesar de que se demuestre que el diagnóstico fue equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente

<sup>44</sup> *CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B* Consejo Ponente: Ramiro Pazos Guerrero- quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)- Expediente: 37.531 Radicación: 190012331000200300267-01- Demandante: Aldemar Rivera Papamija y otros- Demandado: Hospital Universitario San José de Popayán.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*

*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*

*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*

*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*

*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones.

En consecuencia para la Sala, no está acreditados los elementos de la responsabilidad extracontractual, en virtud a que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, no sufrió ningún daño, pues contó con un **diagnóstico de acuerdo al examen clínico, su antecedente quirúrgico** y sin que la parte interesada, aportara prueba eficiente de cuáles eran los recursos que no agoto el profesional, por lo que del análisis probatorio expuesto en precedencia en concordancia con el acápite considerativo, es dable confirmar el proveído recurrido en tanto no se probó la existencia del daño derivado de un error de diagnóstico.

No obstante lo anterior, esta Sala, no puede desconocer que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de Sala plena del 19 de abril 2012<sup>46</sup>, unificó la posición jurisprudencial en el sentido de indicar que, en lo que se **refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto**, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado **aplicable de cara a los hechos probados dentro del proceso**, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria<sup>47</sup>.

En virtud de lo anterior, la Sala analizará si al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, se le **informó de manera clara, precisa y oportuna las alternativas de**

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

tratamiento para el diagnóstico de **hernia inguinal recidivante**, los riesgos y consecuencias del mismo, o si, por el contrario, le fue practicada la intervención de **herniorrafia inguinal** sin brindar al paciente la información pertinente, y si ésta circunstancia constituye o no un daño antijurídico imputable a las demandadas.

Lo primero que anota la instancia, es que de acuerdo a la documental allegada y que no fue objeto de tacha, encuentra acreditado que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, suscribió **dos consentimientos informados para el mismo procedimiento**, uno en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, el 26 de marzo de 2013 (fl. 125), para el procedimiento quirúrgico de “*Herniografía inguinal izquierda + colocación de malla*”, y el otro en la Clínica Santa Teresa de fecha 30 de agosto de 2013, para la intervención quirúrgica de “*Herniografía inguinal izquierda*”.

Así las cosas, el registro clínico del demandante, en concordancia con otros apartes del testimonio del galeno JOSÉ LUIS GÓMEZ MELÉNDEZ, destacados en precedencia, permiten a la Sala determinar que al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 30 de agosto de 2013 se le **practicó exploración en la zona inguinal que no corresponde al procedimiento descrito en los dos consentimientos o autorizaciones, difiriendo así de la herniorrafia**, en tanto que la **primera era para extraer la hernia** diagnosticada por el médico JOSÉ ANTONIO TÁMARA, en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la segunda que fue la intervención quirúrgica tenían como fin confirmar el diagnóstico de existencia de alguna hernia, es decir el diagnóstico emitido el 26 de marzo de 2013, **así que el demandante se sometió a una intervención que pudo evitarse ofreciendo la segunda alternativa.**

En concordancia con el anterior análisis, la Sala retomando las respuestas dadas en la audiencia de pruebas del artículo 181 del CPACA, celebrada el 24 de julio de 2017 (Fl. 559) por el cirujano GÓMEZ MELÉNDEZ, respecto a que el 30 de agosto de 2013, antes de operarlo, le realizó al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, un nuevo interrogatorio y examen físico de la región inguinal, e introdujo un dedo a través del escroto y de las maniobras de mansalva que referían que no se encontraba una hernia inguinal clínicamente identificada y de la explicación al paciente de la situación, con la **recomendación de hacer una ecografía trayecto inguinal** para completar el diagnóstico y así evitar la



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

intervención ambulatoria, son **manifestación que no coinciden con las conclusiones y anotaciones en la historia clínica.**

Además de verificar la Sala que no **reposa prueba del consentimiento informado para la práctica de exploración en la zona inguinal o nota en la historia clínica que acredite que en efecto se le informó al demandante las dos opciones de tratamiento con las cuales contaba**, reiterando que la instancia encuentra que fue diligenciado el permiso para la intervención quirúrgica de **herniorrafía inguinal izquierda y no de exploración como pretende acreditar con la declaración rendida (fl. 208)**, ni de otra prueba arribada al plenario diferente al dicho del galeno que al demandante previo a su cirugía se le informó que podía evitarse la intervención con una ecografía.

Aunado a lo anterior, el médico que realizó la intervención quirúrgica puntualizo en el testimonio rendido que a los pacientes se les **deben explicar las múltiples opciones que tienen frente a su enfermedad** y que para el caso del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, tenía dos opciones una las imágenes diagnósticas o dos la exploración quirúrgica que también confirma o descarta el diagnóstico, conductas en el tratamiento que deben ser previamente informadas con sus respectivas complicaciones, riesgos, beneficios de ambos procedimientos y que para el *sub lite*, no **encuentra la Sala probado que al paciente se le hubiese puesto de presente las dos opciones de la manera clara.**

En consecuencia, la Sala no puede desconocer el testimonio del cirujano JOSÉ ANTONIO TÁMARA, que diagnóstico el 26 de marzo de 2013, al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, con una hernia inguinal izquierda, ya que las declaraciones expuestas en la audiencia del artículo 181 del CPACA, celebrada el 24 de julio de 2017 (Fl. 559), son contrarias con el registro de la historia clínica, al pretender con la exposición indicar que las posibles causas del examen físico que él practicó, del cual evidenció y diagnosticó la hernia inguinal, **variaron a la fecha de practicarse la intervención quirúrgica**, porque el paciente había sido intervenido años atrás por la misma afección y que los signos externos, e interrogatorio al paciente daban cuenta de la presencia de dicha alteración.

Para la instancia, en el asunto en litis, los extremos y especialmente la defensa de las entidades, **debían debatir tal circunstancia y no limitarse a manifestaciones**, así que de las únicas pruebas allegadas en las cuales no se está estableciendo una



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

tarifa legal, sino la sana crítica en la valoración del acervo, la Sala encuentra que el examen físico practicado el 26 de marzo de 2013, arrojó un diagnóstico ajustado a la sintomatología y antecedentes del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, quien en calidad de paciente contaba con el derecho de la información clara y oportuna respecto de las alternativas diferentes a la cirugía, como el apoyo en otros medios como imágenes o ecografía, para corroborar la impresión diagnóstica.

En virtud de lo expuesto y atendiendo los medios probatorios allegados, encuentra la Sala que el médico especialista que efectuó la consulta externa en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, el 26 de marzo de 2013, tampoco le informó al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ de manera clara, precisa y oportuna las alternativas de tratamiento para el diagnóstico emitido que le permitiese el ejercicio del derecho de autodeterminación y elección de continuar o no con la tramitación de una intervención que se llevó a cabo solo hasta el 30 de agosto de 2013, es decir casi 5 meses después.

Esta Sala no desconoce la ardua labor de los profesionales de la salud y el manejo de un sistema donde en la atención de los pacientes interviene no solo el acto médico propio de los galenos, sino aspectos de aseguramientos, autorizaciones y la penosa tramitación administrativa, no obstante para el *sub judice*, de acuerdo a las pruebas allegadas, se corrobora que al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, suscribió dos consentimientos para la intervención quirúrgica de “*Herniografía inguinal izquierda*” y no se acredita que los especialistas que le brindaron la atención respectivamente el 26 de marzo de 2013, ni el 30 de agosto de 2013, le informaran respecto de las otras alternativas y que pretendan validarse únicamente con las declaraciones de quienes prestaron la atención.

Así las cosas, la Sala advierte conforme a los criterios jurisprudenciales citados en el acápite correspondiente, que pese a que el tema del **consentimiento informado, ha sido tratado con laxitud** por parte de algunas clínicas, hospitales y en general, entidades prestadoras del servicio de salud encargadas de efectuar tratamientos y procedimientos a los pacientes, presentando **formatos de consentimiento informado en los que se nota la falta de información suministrada al paciente, o formatos genéricos** que no dicen nada y que no se ajustan a la realidad del tratamiento y el diagnóstico, **no puede desatenderse**



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

cuando se discute una falla en la prestación de servicios de salud, por lo que en los términos del principio de *iura novit curia*, se analiza de fondo.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala destaca que en materia de consentimiento informado, la jurisprudencia, ha distinguido entre una anuencia del paciente que podría denominarse consentimiento informado formal, entendido este como la aquiescencia que expresa el paciente frente a la información que se le brinda de la intervención o procedimiento que se le va a realizar; y de otro lado, un consentimiento informado material, en el cual el beneplácito del paciente no sólo responde a que se le informa del procedimiento o la intervención, sino que se le advierten los riesgos específicos que comporta la intervención, el procedimiento o tratamiento del que va a ser objeto.

En atención a lo indicado, en el caso concreto, la Sala encuentra que ninguna de las entidades demandadas demostró evidencia de la información completa del procedimiento de la herniorrafia inguinal izquierda, ni la descripción de las alternativas, opciones u otros recursos médicos científicos para lograr un tratamiento adecuado de acuerdo con el diagnóstico emitido.

Para la Sala, no existe prueba que el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, otorgara su asentimiento para la exploración inguinal izquierda como lo indicó el galeno en el testimonio, pero para la instancia si está plenamente acreditado que el demandante firmo dos consentimientos para herniorrafia inguinal izquierda que atendiendo la exposición conceptual de los especialistas en cirugía difieren el uno del otro, ya que la herniorrafia era para extraer la hernia diagnosticada por el médico JOSÉ ANTONIO TÁMARA, en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y la exploración referida por quien los intervino el 30 de agosto de 2013, tenían como fin confirmar el diagnóstico de existencia de alguna hernia, es decir el diagnóstico emitido el 26 de marzo de 2013.

En consecuencia, al no obrar plena prueba del consentimiento suficientemente informado de las dos opciones con las que contaba el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, para su diagnóstico, por parte de los médicos encargados, se incumplió el deber normativo de diligenciar el formato de consentimiento informado o en su defecto consignar en la historia clínica, la advertencia sobre las alternativas para el tratamiento.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

Por lo tanto no es posible tener por probado ese hecho con el mero dicho *ex post facto* del médico, pues, sin que signifique que la Sala considere que existe una tarifa legal para probar este hecho, el testimonio no resulta creíble toda vez que ellos tienen interés en evitar las consecuencias derivadas de no haber registrado las alternativas de tratamiento.

Teniendo en cuenta la vulneración y el análisis jurisprudencial realizado por el órgano de cierre, la Sala retoma los planteamientos de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, para aclarar hasta dónde llega la responsabilidad de las **instituciones prestadoras del servicio de salud, frente a las consecuencias de una intervención o procedimiento efectuados sin el consentimiento informado del paciente.** Es decir, no todos los daños padecidos por las personas después de ser intervenidas quirúrgicamente son imputables a las clínicas u hospitales que fallaron en obtener el consentimiento informado del paciente. Algunas consecuencias o secuelas que sufre la persona, hacen parte del desarrollo de la enfermedad que padecían antes de ser tratados, por lo que resultaría injusto atribuir dichos resultados al servicio médico.

Por esta razón la falla del servicio que se presenta en el *sub judice*, consistente en la falta de consentimiento informado antes de efectuar un procedimiento, el cual **genera un daño autónomo, que no se puede confundir con el resultado concreto de la intervención practicada al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 30 de agosto de 2013, como fue ampliamente analizado por la Sala a lo largo de esta providencia.**

Es decir que la omisión sobre las características del documento contentivo de la información obtenida en el consentimiento de los pacientes o de las personas que acceden al servicio de salud, sin lugar a dudas, vulneran sus derechos y va en contravía con los objetivos del Estado Social de Derecho. Por esta razón, la Sala considera sin lugar a dudas, que las autoridades de salud y los profesionales, deben adoptar las medidas correctivas frente a la descrita circunstancia, **aclarando que no basta con obtener la autorización de los pacientes, sino que debe informárseles a cabalidad**, de manera, clara y precisa, en qué consisten los tratamiento, procedimiento, riesgos y las posibles secuelas derivadas de los mismos.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y declarará que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y la CLÍNICA SANTA TERESA, de manera solidaria, son responsables por el daño **autónomo al derecho a la autodeterminación y libertad de decisión**, ocasionado al paciente RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, con motivo del procedimiento quirúrgico practicado el 30 de agosto de 2013, sin haberle permitido conocer las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una ecografía o la exploración quirúrgica, por el cual se les condenará.

## 9. Del reconocimiento de perjuicios

En la demanda se solicitó se reconocieran **perjuicios morales, a la vida relación y daño a la salud**, siendo necesario para la Sala precisar que el H. Consejo de Estado, al señalar que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria<sup>48</sup> y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso **pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor**, por lo que corresponde al juez tasar la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado y la magnitud del dolor que puede ser apreciada por sus manifestaciones externas, admitiendo para su demostración cualquier tipo de prueba<sup>49</sup>.

Además la Sala precisa que cuando se tiene por acreditada la falta consentimiento informado, pero no se demostró una falla médica por error de diagnóstico, como en el *sub judice*, solamente procede la indemnización del perjuicio derivado del quebranto de oportunidad de haberse permitido conocer las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una ecografía o la exploración quirúrgica y así asumir de manera libre las consecuencias de aceptar o no el procedimiento.

### 9.1 Perjuicios Morales

En la demanda se solicitaron perjuicios morales equivalentes a 100 SMLMV para cada uno de los demandantes, por el perjuicio causado por el presunto error de diagnóstico, de lo cual, la Sala observa que cada uno de los actores acreditó el

<sup>48</sup> RENATO SCOGNAMIGLIO. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

parentesco invocado con el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, tal como se reseñó en el acápite de pruebas.

En efecto, la Sala, no desconoce la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada a 28 de agosto de 2014, con ponencia de la Consejera Olga Mélida Valle de De la Hoz,, en la cual se unificó la manera en que debía ser reconocido el perjuicio moral derivado de lesiones personales, tanto a la víctima directa como a sus familiares<sup>50</sup> y se reiteró que el daño moral tiene su génesis en el “*dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas*”.

No obstante lo anterior, **en el asunto en concreto no se reconoce un daño derivado de una lesión corporal, ni de un error de diagnóstico**, sino de un daño autónomo por la privación del derecho a la autodeterminación, así que en estos casos, **el perjuicio moral derivado de la falta de un consentimiento informado no se presume** respecto de los familiares del titular del derecho, como ampliamente fue desarrollado en el acápite considerativo, sino que este debe ser plenamente probado.

Así las cosas, la Sala destaca que al expediente con el libelo, fue allegada como prueba documental un concepto de psicología, donde la profesional que lo emitió, no lo reitero en la audiencia de pruebas, además el mismo no estuvo acompañado de una historia clínica, pruebas o test de psicología, que permita acreditar que en efecto la progenitora y hermanas del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, sufrieron congoja o aflicción porque a su familiar cercano se le privo del derecho de autodeterminación.

Lo cual permite colegir que al no reposar prueba en el expediente que acredite la aflicción, el sufrimiento que le causó a los otros demandantes, por no haber sido informado de las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una ecografía o la exploración quirúrgica del diagnóstico de hernia inguinal del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, no es factible acceder a lo pretendido.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente No. 31172



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

## **9.2 Reconocimiento de oficio de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.**

Reitera la Sala que en el caso en estudio, no se logró probar el error de diagnóstico alegado por los demandantes y en tal sentido los perjuicios a la salud, a la vida en relación solicitados en el libelo, son improcedente tanto en su estudio, como en su reconocimiento.

No obstante lo anterior, como se dejó establecido en precedencia, al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, no se le informó de las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una ecografía o la exploración quirúrgica del diagnóstico de hernia inguinal del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ; conducta de las demandadas que vulneraron el derecho constitucional del demandante a la libre autodeterminación, pues el consentimiento que pudo haber dado, no respondió a una exploración, sino a la extracción de una hernia, que podrían haberla hecho rehusarse.

Sobre el derecho de autodeterminación la corte constitucional, lo ubica como un componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución. En efecto, en Sentencia C-336 de 2008, el Tribunal Constitucional dispuso:

*“Derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal que busca proteger la potestad del individuo para auto determinarse, esto es, la posibilidad de adoptar sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia...”*

Este tipo de **daño puede ser reconocido de oficio**, conforme a lo dispuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, expediente 26251, en la cual sobre la posibilidad de reconocer de oficio este tipo de perjuicios se estableció:

*“Reconocimiento de oficio de daño inmaterial por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.*

*De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmatrimoniales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente*



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
 Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
 Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
 Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
 Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

*amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza".*

<b>REPARACIÓN NO PECUNIARIA</b>		
<b>AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS</b>		
<i>Criterio</i>	<i>Tipo de Medida</i>	<i>Modulación</i>
<i>En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados</i>	<i>Medidas de reparación integral no pecuniarias.</i>	<i>De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias <u>no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.</u></i>

*En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.*

<b>INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL</b>		
<b>EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA</b>		
<i>Criterio</i>	<i>Cuantía</i>	<i>Modulación de la cuantía</i>
<i>En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias satisfactorias.</i>	<i>Hasta 100 SMLMV</i>	<i>En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.</i>

Así las cosas, la Sala atendiendo los criterios jurisprudenciales y especialmente lo indicado en la sentencia de unificación ya citada, en virtud del arbitrio iuris, concede una indemnización por la vulneración de la que fue objeto su derecho constitucional a la libre autodeterminación; resarcimiento que se ordenará únicamente para la víctima directa, esto el señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ,



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*

*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*

*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*

*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*

*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

**pues ese derecho de autodeterminación que resultó lesionado es personalísimo y no se expande a su círculo familiar.**

La instancia, respetando que la cuantía de la indemnización de acuerdo al criterio jurisprudencia, se establece hasta en cien (100) salarios mínimos legales mensuales, es **decir parte de en un SMLMV y da un tope máximo**, no se aparta de lo allí indicado y en uso del **arbitrio juris** y teniendo lo acreditado en el expediente en cuanto a la violación al derecho a auto determinarse y que dentro del proceso no se demostró que esta vulneración produjo lesiones a otros derechos, además que la lesión de este derecho se agota en un momento concreto y determinado, la indemnización reconocida a favor del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, es de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales, que al tomar el vigente, arroja un resultado de (\$ 4.140.580).

### **9.3 Medidas de reparación no pecuniarias**

Al respecto la Sala considera que en el *sub examine*, son procedentes las medidas de reparación no pecuniarias en procura de contar con los consentimientos claros, precisos y que le brinden a los pacientes la información adecuada, por lo cual se ordenará a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y CLÍNICA SANTA TERESA, **realizar una revisión de la totalidad de los formatos de autorización y consentimiento informado para el tratamiento y procedimiento de Hernia Inguinal**, en los términos de la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, "*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*", en sus artículos 15 y 16, en concordancia el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981.

### **10. Del contrato de seguro y de las excepciones formuladas por las llamadas en garantía.**

Agotadas las precisiones considerativas al desatar los motivos de la apelación y al encontrar acreditada la falla en el servicio médico por el error de diagnóstico ofrecido al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, por los responsables de la prestación del servicio de cirugía, esto es de los demandados E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y Clínica SANTA TERESA, es del caso proceder con



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

el estudio de los llamamientos en garantía frente a la subrogación de la condena impuesta con esta decisión.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, presentó llamamiento<sup>51</sup> en garantía en contra de la PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.<sup>52</sup>, por considerar que en el evento que resulte condenada en el *sub judice*, se le obligue a pagar las indemnizaciones por las que pueda resultar civilmente responsable, al haber suscrito con dicha sociedad las pólizas de seguros de responsabilidad civil N° 1003842, (fls. 130 a 138), de la póliza N° 1003844 (fls. 139 a 146), la Sala procede a resolver los medios exceptivos formulados respecto del llamamiento los cuales denomino: i) inexistencia de la obligación por parte de la previsora S.A., ii) Sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos contenidos en la póliza 1003842 vigencia 08-12-2012 al 10 de abril de 2013. iii) imposibilidad de hacer efectivo el seguro ante la ausencia de responsabilidad de la entidad demandada ESE Hospital San Rafael de Tunja. iv) Deducible y sublímite pactados póliza 1003842 vigencia 08/12/2012 al 10 de abril de 2013.

Los argumentos de los medios exceptivos de la aseguradora La Previsora S.A, se refieren a que las pólizas relacionan taxativamente los amparos otorgados por la aseguradora y contratados por la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, así como las condiciones generales del seguro, las cuales fueron entregadas en original al tomador y describen de manera pormenorizada el alcance de cada uno de los amparos contratados, las exclusiones aplicadas y las limitaciones de responsabilidad a cargo del asegurador, razón por la cual solicitó al despacho que fueran tenidos en cuenta los amparos otorgados en cada una de las pólizas y las condiciones generales aplicables a cada uno de los contratos y en la cual se encuentran claramente definidos los alcances respectivos.

A su turno la **COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A.**<sup>53</sup>, al contestar el llamamiento realizado, formuló como excepciones del mismo las que denomino: i) Ausencia de cobertura por exclusión expresa del contrato de seguro. ii) Ausencia de cobertura sobre toda clase de perjuicios

<sup>51</sup> Escrito obrante a folios 490 y 491.

<sup>52</sup> La vinculación se decretó mediante el auto de 24 de julio de 2015 (fls. 566-569)

<sup>53</sup> Llamamiento aceptado con auto



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

extrapatrimoniales, de conformidad con el artículo 1127 del Código de Comercio. **iii) Límite de la responsabilidad de la póliza.**

A fin de resolver las excepciones de los llamados en garantía, lo primero a destacar por la Sala, es la naturaleza y generalidades del contrato de seguro, tomando como referencia el artículo 1036 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 1º de la Ley 389 de 1997, mediante el cual se **definió el seguro**, como un **contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva**, al respecto el H. Consejo de Estado, en auto de 08 de junio de 2011, precisó:

*“El artículo 1036 del Código de Comercio, al establecer la naturaleza del contrato de seguro señaló que es “un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”, cuyo objeto es asegurar un riesgo, el cual se define legalmente por el artículo 1054 del Código de Comercio como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”. El contrato de seguro se rige por el principio general consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual el contrato es Ley para las partes, y “no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales” y, además, debe ejecutarse de buena fe, por lo tanto el análisis de las obligaciones contractuales derivados de las pólizas de seguro no puede exceder el límite previsto en el respectivo negocio jurídico.<sup>54</sup>”*

En virtud de lo anterior, puede colegirse que el contrato de seguro es, **el medio por el cual el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero de verificarse la eventualidad prevista en el contrato**; contrato que puede tener por objeto toda clase de riesgos de acuerdo al interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley; de igual manera el referido contrato de seguro cuenta con unas características amparadas en el artículo 1082 de la Codificación Comercial y del pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia de 12 de febrero de 2015, donde se refirió:

*“En los términos del artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros de daños puede ser reales o patrimoniales, los primeros son aquellos cuyo objeto recae sobre una cosa determinada o determinable, susceptible de valoración en dinero y los segundos son los que amparan el débito que produce la ocurrencia del siniestro en*

<sup>54</sup> Consejo de Estado, auto de 08 de junio de 2011, Exp. No. 25000-23-26-000-1993-09895-01(18901), C.P., Olga Melida Valle de De la Hoz.



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

el patrimonio del asegurado, lo que, dicho en otros términos, significa que son aquellos que indemnizan las consecuencias patrimoniales derivadas del hecho constitutivo del siniestro.<sup>55</sup> (Negrilla de interés para la Sala).

Estableciéndose en consecuencia que la finalidad del contrato de seguro se puede dar con las siguientes finalidades:

- i) Personal (ampara la integridad física del tomador),
- ii) Real (está dirigido a proteger los bienes y cosas) y
- iii) **Patrimonial** (cuya finalidad es salvaguardar el capital del asegurado);

Concordante con lo anterior, el contrato de seguro desde la perspectiva de la responsabilidad, se considera esencial y la garantía de cubrimiento por los daños materiales y lesiones personales causados a terceros, en que **incurra el asegurado**, durante la vigencia de la póliza **y en desarrollo de las actividades propias del tomador**, especialmente en los asuntos relacionados con la protección y patrimonio del interés del Estado, como en efecto fue estudiado por el órgano de cierre de esta jurisdicción de la siguiente manera:

*“El estatuto mercantil establece que son partes del contrato el asegurador, es decir la persona que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y el tomador, que es la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos (art. 1037); así mismo, consagra como elementos esenciales del contrato de seguro los siguientes (art. 1045): 25.1. El interés asegurable: Según lo dispuesto por el artículo 1083 del C. de Co., en el seguro de daños “[t]iene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo” y “[e]s asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”; en el artículo 1137, refiriéndose a los seguros de personas, establece que toda persona tiene interés asegurable i) en su propia vida, ii) en la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y iii) en la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta; de acuerdo con estas definiciones, se advierte que para los efectos de esta clase de contrato, el interés asegurable corresponde a una situación en la que la realización del riesgo -ocurrencia del siniestro- puede repercutir negativamente en el patrimonio de una persona y a través del seguro se busca prevenir y conjurar dicha afectación antes de que se produzca. 25.2. El riesgo asegurable: Este corresponde, según lo dispuesto por el artículo 1054, al “(...) suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”, estableciendo la norma que “Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la*

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sentencia de 12 de febrero de 2015, Exp. No. 25000-23-26-000-2003-00874-01(28278), C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento". 25.3. La prima o precio del seguro, que es la contraprestación a favor del asegurador, a cambio de la asunción por parte de éste, del riesgo que le es trasladado por el tomador del seguro. 25.4. La obligación condicional del asegurador, que corresponde a la indemnización que deberá pagar al beneficiario del seguro una vez se produzca el siniestro.*"<sup>56</sup>.

De igual manera, el artículo 1073 del Código de Comercio, en lo relativo a la **responsabilidad del asegurador**, establece que "*Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro*".

Así las cosas, para la Sala, es claro que el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza, atendiendo el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia, cobertura y cuando el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida y atendiendo las deducciones o límites de los valores asegurados.

Concordante con lo anterior y en relación con la legitimación del llamante en garantía relacionado con el contrato de seguro, la Sala recalca que el llamamiento en garantía, es una figura procesal que se fundamenta en la **existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado** y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia; así se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la **cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante.**

<sup>56</sup> Consejo de Estado, sentencia de 19 de junio de 2013, Exp. No. 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth \*



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

En tal sentido la Sala considera que para determinar la forma de **verificar la eficacia y cobertura** de una póliza de seguro, en los términos de la jurisprudencia que rige la materia son:

*“Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados), ora porque se establezca que el asegurador cubre todos los riesgos de pérdidas, pero con las exclusiones que también expresamente convengan los interesados (principio de la universalidad o de la “cobertura completa”, distinguidas, también, en el mercado, como *all risks policies*, denominación que, como lo enfatiza SANTIAGO AREAL LUDENA (*EL SEGURO AERONAUTICO*, Ed. Colex, 1998, pág. 32) “se debe a que cubren la propiedad del asegurado frente a todas las pérdidas que hayan sido accidentalmente causadas”<sup>57</sup> (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

Teniendo en cuenta las referencias legales, jurisprudenciales y las características del contrato de seguros en materia de responsabilidad, la Sala procede a estudiar **en concreto** si los contratos de aseguramiento por los que fueron llamados en garantía las compañías de seguros, cubren los daños reconocidos en esta sentencia, en razón a que para esta instancia en efecto se comprobó la falla del servicio, por la ocurrencia del **daño autónomo al derecho a la autodeterminación y libertad de decisión del cual se reconoce un perjuicio residual**, no establecido en el daño moral.

Así las cosas, al estudiarse las excepciones formuladas, encuentra la Sala de las pólizas de responsabilidad civil de la Previsora S.A., compañía de seguros responsabilidad civil N° 1003842, (fls. 130 a 138), de la póliza N° 1003844 (fls. 139 a 146), y que las mismas contaron con prorrogas en las vigencias y características del seguro, a destacar de la siguiente manera:

- ✓ Fecha de expedición: 12/12/2012
- ✓ Vigencia: Desde el 8/12/2012 al 10/04/2013.

<sup>57</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de mayo de 2005, Exp. No. 7495



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

- ✓ **Objeto del Seguro:** Amparar los perjuicios patrimoniales, morales y extrapatrimoniales, los daños materiales, y las lesiones personales que la E.S.E. Hospital San Rafael Tunja, cause con motivo de su responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación del servicio de salud.
- ✓ **Amparo:** Responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación de todos los servicios del hospital
- ✓ **Coberturas básicas Obligatorias:** Responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación de todos los servicios del hospital – acciones y omisiones de sus empleados y/o profesionales y/o auxiliares intervinientes derivados del ejercicio profesional – Actos u omisiones cometidos en ejercicio de cada actividad médica - Responsabilidad Civil acto médico como profesional excluye la RC individual de los médicos.
- ✓ **Coberturas complementarias:** Actos médicos hasta por el 100% de los gastos demostrados
- ✓ **Cobertura:** Perjuicios patrimoniales, morales y extrapatrimoniales, los daños materiales
- ✓ **Deducible:** 10.0%

Ahora bien, al estudiar las excepciones formuladas por la COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A., en razón del llamamiento en garantía por la póliza N° 39-03-101000067, con registro de tomador de la Clínica Santa Teresa (fls. 244 a 246, 306 a 309 y 322 a 325), con vigencia entre el 22/02/2013 y hasta el 22/02/2014, cuyo objeto de cobertura es la responsabilidad por omisiones y afectación a terceros, la Sala encuentra probado lo siguiente:

- ✓ Fecha de expedición: 22/02/2013
- ✓ **Vigencia:** Desde el 22/02/2013 y hasta el 22/02/2014
- ✓ **Objeto del Seguro:** Responsabilidad civil profesional que sea imputable al asegurador por actos propios u omisiones cometidos en el ejercicio de una actividad profesional médica paramédico, médico auxiliar, enfermera, al servicio y bajo la supervisión del asegurado.
- ✓ **Amparo:** Errores u omisiones.
- ✓ **Beneficiarios:** Terceros afectados.
- ✓ **Exclusiones:** Reclamaciones por daños morales
- ✓ **Deducible:** % del valor de la pérdida- mínimo 5 SMLMV



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

En virtud de lo probado en cada una de las pólizas relacionadas con el llamamiento en garantía a las aseguradoras y con el fin de resolver las excepciones propuestas, lo primero a destacar por la Sala, es la aplicabilidad de la norma general del contenido clausular del contrato de seguro, concordante con lo preceptuado en el **artículo 1127 del Código de Comercio**<sup>58</sup>, relacionado con que el **seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador** la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento. En tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado, además de encontrarse inmersa el aseguramiento de la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el **artículo 1055 de la codificación comercial**.

Así para el *sub-examine*, la relación del llamante en garantía CLÍNICA SANTA TERESA, en contra de la COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A., parte del contrato de seguro con ocasión de los riesgos inherentes a los servicios que prestaba, quien concurrió al proceso asumiendo el extremo demandado y ostenta la condición de tomador y asegurado con dicha compañía, con los riesgos previstos según consta en la póliza N° 39-03-101000067, con registro de tomador de la Clínica (fls. 244 a 246, 306 a 309 y 322 a 325), con vigencia entre el 22/02/2013 y hasta el 22/02/2014, de acuerdo con la vinculación se aceptó tal condición.

Así las cosas, los argumentos exceptivos, expuestos por la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, no están llamados a prosperar, en tanto el contrato de seguro de responsabilidad tomado por la demandada, se encuentra de conformidad con la normatividad vigente y por ello la aseguradora está obligada a responder por los perjuicios extrapatrimoniales.

De igual manera habiéndose probado, de manera formal, el derecho contractual de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, respecto de La Previsora S. A., como el derecho material a la indemnización del perjuicio que aquél sufre como consecuencia de la sentencia condenatoria, se condenará a la aseguradora

<sup>58</sup> *El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.*



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

a indemnizar al llamante la cantidad que se ordenará pagar a este último en la presente sentencia, sin que dicha suma supere el límite de responsabilidad asegurado y sin perjuicio del descuento del deducible a que haya lugar.

Así del estudio referido en precedencia y contrario a lo indicado por la aseguradora La Previsora S.A. llamada en garantía, encuentra acreditado la Sala que no existe ausencia de cobertura en la póliza N° 1003842, resultando claro que **se ampararon los perjuicios patrimoniales, extra patrimoniales y morales**, los daños materiales y las lesiones personales que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, cause por motivo de actos u omisiones realizados en el desempeño de su labor y de hechos u omisiones no dolosas ocurridos por negligencia, impericia o descuido de los empleados y trabajadores, excluye la RC individual de los profesionales de la salud-Cobertura de perjuicios extra-patrimoniales, no teniendo vocación de prosperidad dicho medio exceptivo formulado con la contestación del llamamiento.

De igual manera la Sala al resolver las demás excepciones de la aseguradora La Previsora S.A., relacionadas con los límites de cobertura y aplicación del deducible, retoma las características y generalidades de la naturaleza del contrato de seguro, como contrato bilateral consensuado y en aplicación del artículo 1047 del C.Co, encuentra la Sala factible que al reembolso que deba realizar la aseguradora La Previsora S.A., se le aplique el deducible estipulado consistente del valor mínimo de la pérdida 100 SMLMV y para la aseguradora Seguros del Estado, el deducible correspondiente del valor de la pérdida-mínimo 5 SMLMV, **atendiendo las previsiones del artículo 1103 del C.Co** que al texto refieren:

*“DEDUCIBLES: Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”.*

En consecuencia, no existe prosperidad en las excepciones formuladas por la Aseguradora La Previsora S.A. Así que el **valor pecuniario determinado en la presente decisión**, debe subrogarse por la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, con la póliza de responsabilidad civil de la Previsora S.A, compañía de seguros N° 1003842, **descontando el deducible pactado** del valor mínimo de la pérdida 100 SMLMV.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

A turno de estudio y respecto del contrato de SEGUROS DEL ESTADO S.A., la Sala corrobora que la póliza No. 39-03-101000067, estaba vigente para el 26 de marzo de 2013 y 30 de agosto de 2013, cuyo objeto de cobertura es la responsabilidad por actos **propios u omisiones cometidos en el ejercicio de una actividad profesional médica**, es decir el amparo se da por errores u omisiones.

## 11. CONCLUSIONES

- La Sala de la valoración probatoria allegada, no encuentra que el diagnóstico emitido de **hernia inguinal recidivante**, fue errado y en tal sentido no se encuentra probado un daño, ya que el diagnóstico emitido el 26 de marzo de 2013 por el especialista en cirugía que valoro al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en consulta externa en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, se ajustó con los síntomas referidos por el demandante, con el examen físico y el antecedente quirúrgico de 1993 por una hernia inguinal izquierda previa y pese a que el 30 de agosto de 2013, no se encontraron hallazgos de hernia, no obra prueba directa y eficiente para acreditar las condiciones de procedencia del error de diagnóstico como lo alega la parte actora.
- Para esta Sala del registro clínico y de las pruebas destacadas en precedencia especialmente del cirujano LUIS JOSÉ GÓMEZ, se encuentra probado diferente a lo argumentado por la parte demandante, que el galeno interpretó debidamente los síntomas que presentó el paciente para el 26 de marzo de 2013 y por ello emitió el diagnóstico correspondiente con el examen físico y con los antecedentes quirúrgicos.
- Para la instancia, **no se configura falla del servicio por error de diagnóstico**, en tanto la parte demandante, no probó la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto, limitándose a tomar el resultado del procedimiento del 30 de agosto de 2013 para concluir que existió un error de diagnóstico, pero no acredito cuales eran los exámenes o apoyo técnico científico que se requería en lugar de la intervención quirúrgica.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

- No obstante y pese a no configurarse falla del servicio médico por error de diagnóstico, la sala revocará la sentencia de primera instancia y declarará que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y la CLÍNICA SANTA TERESA, de manera solidaria, son responsables por el daño autónomo al derecho a la autodeterminación y libertad de decisión, ocasionado al paciente RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, con motivo del procedimiento quirúrgico practicado el 30 de agosto de 2013, sin haberle permitido conocer las posibles alternativas, efectos y riesgos probables entre una ecografía o la exploración quirúrgica.
- La falla del servicio que se presenta únicamente en el *sub judice*, consistente en la falta de consentimiento informado antes de efectuar un procedimiento el cual genera un daño autónomo que no se puede confundir con el error de diagnóstico alegado por la parte demandante.
- La omisión sobre las características del documento contentivo de la información obtenida en el consentimiento de los pacientes o de las personas que acceden al servicio de salud, sin lugar a dudas, vulneran sus derechos y va en contravía con los objetivos del Estado Social de Derecho. Por esta razón, la Sala considera sin lugar a dudas, que las autoridades de salud y los profesionales, deben adoptar las medidas correctivas frente a la descrita circunstancia, aclarando que no basta con obtener la autorización de los pacientes, sino que debe informárseles a cabalidad, de manera, clara y precisa, en qué consisten los riesgos y las posibles secuelas derivadas de los procedimientos a ellos realizados.

## 12. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del CGP<sup>59</sup> al configurarse dicha regla en el presente asunto, debido a la orden de revocar la sentencia del 06 de diciembre de 2018, se dispondrá condenar a la parte vencida (demandados) **en costas de ambas instancias**. Para tal efecto el despacho de origen procederá en la forma indicada en el artículo 366 *ibídem*.

<sup>59</sup> Artículo 365. *Condena en costas: En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)*

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



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

### 13. OTROS ASPECTOS

Del estudio minucioso efectuado por la Sala respecto de las pruebas allegadas al presente caso, se avizoro una historia clínica de la paciente LAURA MARIANA SANDOVAL HUERTAS, que en nada corresponde con la atención brindada al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en virtud de lo cual se dispone por Secretaría de la Corporación desglósense de los documentos desde el folio 363 y 449 y remítase mediante oficio a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, para que repose en la custodia y con reserva que impone la Ley 23 de 1981, en concordancia con la Resolución 1999 de 1995 y las obligaciones de la entidad prestadora. De igual manera realizar las gestiones pertinentes para que las actualizaciones, constancias y anotaciones en el Sistema de Consulta de Procesos Siglo XXI, efectuadas al expediente correspondiente.

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

#### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR**, la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2018, por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

*“PRIMERO: DECLARAR, no probadas las excepciones denominadas “inexistencia de la obligación por parte de la previsora S.A., Sujeción a las condiciones contractuales vigentes al momento de los hechos contenidos en la póliza 1003842 vigencia 08-12-2012 al 10 de abril de 2013; imposibilidad de hacer efectivo el seguro ante la ausencia de responsabilidad de la entidad demandada ESE Hospital San Rafael de Tunja, Deducible y sublímite pactados póliza 1003842 vigencia 08/12/2012 al 10 de abril de 2013”, propuestas por la llamada en garantía Aseguradora La Previsora S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR, no probadas las excepciones denominadas “Ausencia de cobertura por exclusión expresa del contrato de seguro, Ausencia de cobertura sobre toda clase de perjuicios extrapatrimoniales, de conformidad con el artículo 1127 del Código de Comercio y Límite de la responsabilidad de la póliza”, propuestas por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.*



Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros  
Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Santa Teresa  
Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.  
Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01  
Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia

**TERCERO: DECLARAR**, no probadas las excepciones denominadas “Inexistencia de falla en el servicio”, inexistencia de nexo de causalidad, inexistencia de causa legal” propuestas por la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

**CUARTO: DECLARAR**, no probadas las excepciones denominadas “Ausencia de responsabilidad de la clínica Santa Teresa S.A. por no configurarse hecho dañoso que le sea imputable a ningún título”, “Ausencia de responsabilidad por falta de prueba de hecho dañoso culpable y de nexo causal”, “Carencia de responsabilidad médica por inexistencia de reproche médico al ser ésta una actividad de medio mas no de resultado”, “Imposibilidad de reconocer los daños o perjuicios pretendidos por no configurarse, ni probarse daño alguno, ni acreditarse la condición de damnificados por parte de los demandantes y quantum excesivo de las indemnizaciones pretendidas”, propuestas por la demandada CLÍNICA SANTA TERESA.

- **QUINTO: DECLARAR**, a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y de la CLÍNICA SANTA TERESA, patrimonial y solidariamente responsables de la vulneración al derecho constitucional a la libre autodeterminación del señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, como consecuencia de la falta de información completa en las posibles alternativas de tratamiento para el diagnóstico de hernia inguinal.

**SEXTO:** Como consecuencia de la declaración anterior se dispone:

a. **ORDENAR** a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y a la CLÍNICA SANTA TERESA, a realizar una revisión de la totalidad de los formatos de autorización y consentimiento informado para el tratamiento y procedimiento de Hernia Inguinal, en los términos de la Ley 23 del 18 de febrero de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, en sus artículos 15 y 16, en concordancia el Decreto 3380 del 30 de noviembre de 1981 y allegar prueba de ello.

b. **CONDENAR** a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y a la CLÍNICA SANTA TERESA a pagar solidariamente, la suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como complemento de la medida no pecuniaria dispuesta en literal anterior, y en busca de la reparación integral del daño; indemnización que se otorga únicamente al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, conforme en lo expuesto.

**SÉPTIMO:** La compañía ASEGURADORA LA PREVISORA S.A, deberá asumir la parte correspondiente a la condena impuesta a la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, con la póliza de responsabilidad civil N° 1003842. De igual manera la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., asumirá la parte de la condena impuesta a CLÍNICA SANTA TERESA, atendiendo la póliza N° 39-03-101000067, hasta el monto de los amparos y valores asegurados de acuerdo con la liquidación de los perjuicios, para lo cual serán aplicables todas las cláusulas establecidas en las Pólizas señaladas.



*Demandante: Mario Ramiro Borda Álvarez y Otros*  
*Demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Clinica Santa Teresa*  
*Llamados en garantía: Compañía De Seguros La Previsora S.A. y Compañía Seguros Del Estado S.A.*  
*Expediente: 15001-33-33-012-2014-00244-01*  
*Reparación Directa - Sentencia de 2ª instancia*

*OCTAVO: La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena, devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.*

*NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda”*

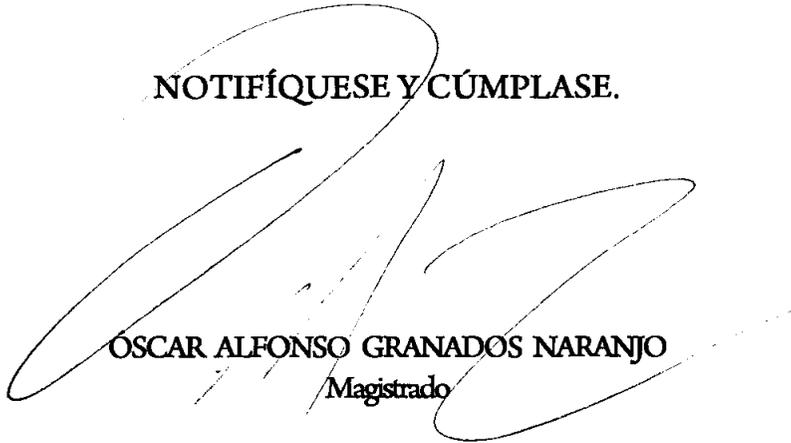
**SEGUNDO: CONDENAR** en costas, en ambas instancias a las demandadas y a favor de la parte demandante. Para tal efecto procédase en la forma indicada en el artículo 366 ibídem.

**TERCERO:** Por Secretaría de la Corporación desglósense de los documentos desde el folio 363 al 449 y remítase a la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, para que repose en la custodia y con reserva que impone la Ley 23 de 1981, en concordancia con la Resolución 1999 de 1995 y las obligaciones de la entidad prestadora del servicio de salud. Realícense las gestiones pertinentes para que las constancias y anotaciones en el Sistema de Consulta de Procesos Siglo XXI.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado



**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS.**  
Magistrado

**Ausente Con Permiso**  
**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
 NOTIFICACION POR ESTADO  
 El auto anterior se notifica por estado  
 No. 206  
 03 DIC 2019