



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

Tunja, 15 de julio de 2020.

Demandante	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	150013333012201400244-01
Medio de control	Reparación Directa
Tema	Sentencia de remplazo - Confirma niega pretensiones de la demanda – no se configuraron elementos de la responsabilidad.

En cumplimiento del fallo de tutela proferida por el Consejo de Estado el 8 de mayo de 2020, procede la Sala a proferir decisión de remplazo de la sentencia del 27 de noviembre de 2019, emitida por la Sala de Decisión No. 5 de este Tribunal. En tal sentido, se resuelve 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



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

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 al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ.

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, así como 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:

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.

El día 26 de marzo de 2013, el señor BORDA ÁLVAREZ consultó 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, por lo anterior, tramitó ante la entidad de salud a que se encontraba afiliado –COMFABOY, la orden de cirugía firmada por el Dr. José Antonio Támara



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

López, siendo remitido a la Clínica Santa Teresa para la realización de dicho procedimiento.

El 30 de julio de 2013 el demandante, 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.*"

Por lo anterior, adujo la parte actora 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.

Adicionalmente, la cirugía innecesaria a que fue sometido, 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.



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

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 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.

Igualmente, que la forma en que ocurrieron los hechos y en los que resultó afectado, 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 demandadas 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



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

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."

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 que 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.**

Adicionalmente, 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.



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 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 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.

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



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

con el fin de confirmar diagnóstico o intervenir según los hallazgos para resolver su molestia de salud.

Dice que, 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.

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.

Refiere que se evidencia 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.

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 encontró ninguna *"masa reductible"*, y en aras de



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

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.

Sin embargo 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 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.

Considera que, 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).



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 que la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, presentó llamamiento en garantía (fls. 128-129)¹ 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.

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

¹ 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

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.². (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 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.

Además, puso de presente 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

² 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

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, 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



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

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.

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 herniorrafía, en tanto que la primera se practicó para establecer si tenía o no la 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



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 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 herniorrafía 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 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 arrojadas al proceso, se niegan las pretensiones, toda vez que el daño antijurídico alegado por el demandante, no se probó, pues no se



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

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.

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, argumentando lo siguiente (fls. 310 a 312):

En primer lugar, 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, pues por contrario, insistió en que sí existió daño, e igualmente que la cirugía que se le practicó al señor BORDA ÁLVAREZ, fue innecesaria, generándose con ello la omisión de los demandados respecto de los exámenes pre- quirúrgico necesario para haber evitado una intervención quirúrgica innecesaria y por ende el resultado dañino se configuró en la humanidad, como en el tema 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 diagnosticó 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

Luego de la intervención realizada por el Dr. Luis José Gómez Meléndez, cirujano general, en el epicrisis del actor, 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



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

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 sometido el demandante 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 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



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

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fls. 638 a 642), destacando que del material probatorio arrimado 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 terminó 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.

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?

CUESTION PREVIA-



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

Alcance de la sentencia de tutela proferida por el Consejo de Estado.

Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto, considera la Sala pertinente aclarar que a través de sentencia proferida el 8 de mayo de 2020, dentro de acción de tutela interpuesta por la Compañía de seguros del Estado S.A en contra de esta Corporación, con ocasión del fallo dictado el 27 de noviembre de 2019 dentro del proceso de reparación directa de la referencia, el Consejo de Estado consideró que se vulneró el principio de congruencia al haberse modificado la *causas petendi* de la demanda toda vez que:

“ (...)primero se abordó ampliamente y se desestimó el tema del error en el diagnóstico (aspecto que constituyó causa petendi de la demanda) para luego en aplicación de la sentencia de unificación dictada por esta Sección del Consejo de Estado (...) abrirle paso, de manera oficiosa al análisis del caso desde la óptica del consentimiento informado y así determinar, con fundamento en su aparente inobservancia, que se causó un daño autónomo denominado “derecho a la autodeterminación y libertad de decisión (...)”

En las anteriores condiciones, es claro que el fundamento principal que tuvo en cuenta el Consejo de Estado para dejar sin efectos la sentencia objeto de la acción de tutela, se derivó exclusivamente del análisis realizado por este tribunal respecto del consentimiento informado del paciente, en tanto no fue objeto de las pretensiones ni de los fundamentos fácticos de la demanda, pues dichos fundamentos se circunscribieron únicamente al error en el diagnóstico, el cual, como bien se dijo en la sentencia de tutela, fue desestimando por esta corporación.

Así las cosas, en cumplimiento de la orden de tutela impartida por el Consejo de Estado, procede la Sala a disponer sentencia de remplazo, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas por la referida corporación.

2. TESIS ARGUMENTATIVAS DEL CASO



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 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.

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.



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

2.2. 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 pre- quirúrgicos 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 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



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

demandantes, toda vez que no existe eximente de responsabilidad en el presente asunto.

2.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en virtud a que de la valoración probatoria allegada, no se 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 valoró 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.

Así las cosas, **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 acreditó cuales eran los exámenes o apoyo técnico científico que se requería en lugar de la intervención 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.



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



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

Constantemente la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia médico-asistencial, ha determinado que la responsabilidad del Estado puede surgir en distintos momentos y estadios de la atención 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 hospitalaria³.

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 alimentación⁴.

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 obligacional⁵ 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

³ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

⁴ 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.

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



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 los profesionales de la salud en términos generales son de medios y no de resultado⁶.

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

*“(...) Ha sido reiterada la jurisprudencia que apunta a señalar que **la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados**, lo que lleva a entender que **el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que por regla general conllevan riesgos de 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. (...)**”⁷ (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

⁶ 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.

⁷ 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.



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 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 confianza⁸, la posición de garantía⁹ y el fin de protección de la norma¹⁰, donde el fallador debe ubicarse en el lugar en el que se encontraba el médico al momento de atender al paciente para determinar las posibilidades con que contaba, y no cuestionar el suministro o no de algún servicio sin atender esa realidad material¹¹.

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 garantía¹² e incluso en la conceptualización de la teoría de la causalidad adecuada, donde no se considera constitutiva de

⁸ 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. (...)”.

⁹ 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 (...)”.

¹⁰ Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pp. 348-350: “(...) En definitiva, el criterio de fin de protección de la norma de cuidado solo cobra sentido si se interpreta de manera correcta, ex ante, el deber objetivo de cuidado. Es decir debe admitirse que la actuación dentro del rol social obliga a un comportamiento diligente y adecuado, más aun cuando se personifica a una administración pública, especial contexto que ubica en los agentes del Estado el deber de avizorar claramente la finalidad de cada una de las normas que gobiernan su relación con los administrados dentro de esa relación institucional, para así evitar activar la responsabilidad que emerge de manera diáfana cuando su comportamiento se ubica por fuera de los postulados normativos, o no consulta con sus finalidades. (...)”

¹¹ *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’. (...)”

¹² 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)



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

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 experiencia¹³.

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**¹⁴, quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente a través de los medios probatorios autorizados por la ley, sin que exista tarifa legal al respecto. Lo anterior sin restar relevancia al dictamen pericial, que aunque no puede tildarse de prueba preferente o única, por su carácter directo y científico puede llevar más adecuadamente a la convicción del Juez¹⁵.

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 imputación¹⁶.

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

¹³ 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)

¹⁴ 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. (...)")

¹⁵ 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 apersearse de cualquiera de los medios probatorios permitidos dentro del sistema jurídico (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), pero claro, sin que se esté abogando por una tarifa probatoria, resultan adecuados especialmente los dictámenes periciales y los testimonios técnicos. (...) (Negrilla fuera del texto original)

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

de sus resultados que se elabora todo el tratamiento propiamente dicho¹⁷.
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. (...)”¹⁸.

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:

“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.

¹⁷ 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.”

¹⁸ 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.31724; 9 de octubre de 2014, exp.32348; 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 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... ”-19.

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 paciente²⁰.

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 posterior²¹. **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.**

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,

¹⁹ 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

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

²¹ 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

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”²².

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 seria²³**, omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico²⁴; 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 especialidad²⁵.

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 motivos²⁶**:

- El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban.

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

²³ Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2000, Sección Tercera. Exp. 11.878, C.P. Alíer Eduardo Hernández.

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

²⁵ 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.

²⁶ 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 médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.
- 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 paciente²⁷.
- 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 especialidad²⁸.
- El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente²⁹.
- Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto³⁰.

6. LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

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

6.1 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.

²⁷ 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

²⁸ 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.

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

³⁰ *Ibidem*.



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

6.2 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).
- 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).



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

- 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).

6.3 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 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).

7. 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



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

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 pre- quirúrgicos 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 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 asistencial 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**



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

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.

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) Oroquialgia 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



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

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 ($\pm$), tolerando vía oral.

Examen Físico:

Fr: 18 ta: 120/70 tº: 36

Buen estado general.

Primer apellido: Borda

Segundo apellido: Álvarez

Nombre: Ramiro.

Nº Historia clínica. 74358786

Identificado.

Cabeza/ cuello.

Torax/cardioplma

Abdomen

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

Extremidades

Piel y faneras

Esfera 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.



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

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.

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**, quien diligenció la epicrisis, el consentimiento para intervención quirúrgica **de Herniorrafia inguinal izquierda**, anestesia, procedimiento especial o tratamiento médico en general y practicó la intervención ordenada de acuerdo al diagnóstico emitido en la consulta externa (fls. 202 a 208 y 210).

Destaca la Sala que, de acuerdo a la historia clínica de la atención recibida por RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, en la Clínica Santa Teresa (fls. 202 a 212), 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).



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

Sin embargo, el procedimiento que según reporte del historial clínico, empezó el 30 de agosto de 2013, a las 11:00 am y finalizó 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

HORA	INFORMACION DE LA ENFERMERIA
7:00 h	<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>
11:00 h	<i>Dr. Gómez, Dr. Alonso y Sonia instrumentadora inicia procedimiento quirúrgico.</i>
12:20 m	<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>

(...)”.

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**



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

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 **herniorrafía 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 testimonio³¹ expuesto por el galeno que practicó la intervención quirúrgica al señor RAMIRO BORDA ÁLVAREZ, el 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

³¹ Audiencia del artículo 181 del CPACA, celebrada el 24 de julio de 2017 (Fl. 559)

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 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 dejó constancia de que le informó al paciente RAMIRO BORDA las dos opciones. CONTESTÓ: 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



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

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.
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.



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

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 jurisprudencia 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, 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**, hubiera sido 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.



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

Aunado a lo anterior, a diferencia de lo argumentado por la parte demandante, para esta Sala del registro clínico y de las pruebas destacadas en precedencia especialmente del cirujano LUIS JOSÉ GÓMEZ, se encuentra probado, 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 anterior, 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.
- 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 Estado³², 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**

³² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B
Consejero 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.



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

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 soportarlo**”³³.

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 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

³³ 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

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.

Por lo anteriormente expuesto la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

8. 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, 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

9. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del CGP³⁴ al configurarse dicha regla en el presente asunto, debido a la orden de confirmar la sentencia del 06 de diciembre de 2018, se dispondrá condenar a la parte vencida (demandante). Para tal efecto el despacho de origen procederá en la forma indicada en el artículo 366 ibídem.

10. 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:

³⁴ 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

PRIMERO: OBEDECER Y CUMPLIR la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 8 de mayo de 2020, dentro de la acción de tutela radicada con número 110010315000202000358-00.

SEGUNDO CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de diciembre de 2018, por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas, a la parte demandante. Para tal efecto procédase en la forma indicada en el artículo 366 ibídem.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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.


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



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

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

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