

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTA MARTA

Radicado: No. 47001333300420130011700
M. de Control: Reparación Directa
Demandante: CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ Y OTROS
Demandado: ESE HUFT, CAPRECOM EPS-S

Santa Marta, treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015).

I. ASUNTO POR RESOLVER

Al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho dictará la sentencia que corresponda.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Por conducto de apoderado judicial los señores CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ (víctima directa), RITA ANTONIA REDONDO FREYLE, CESAR ANDRÉS PÉREZ REDONDO, y LUISA MARÍA PÉREZ REDONDO, en ejercicio del medio de control de reparación directa impetraron demanda en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS, y la EMPRESA PRESTADORA DE SALUD SUBSIDIADA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES “CAPRECOM EPS-S”, para que previos los trámites procedimentales, se accediera a obtener de esta jurisdicción las declaraciones y condenas que a continuación se resumen:

a. Declarar administrativa, solidaria y extracontractualmente responsables a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS y a la EMPRESA PRESTADORA DE SALUD SUBSIDIADA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES “CAPRECOM EPS-S” de los perjuicios causados al demandante con motivo de la mala praxis médica en la aplicación de un medicamento intramuscular al señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ ocurrido durante su hospitalización en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS, durante los días 27 de mayo de 2011 a 1 de junio de 2011.

b. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS y a la EPS-S CAPRECOM a pagar a los actores las siguientes sumas:

i. Perjuicios Materiales

La suma de CIEN MILLONES DE PESOS correspondiente a los daños físicos sufridos por la alegada mala aplicación de la inyección.

ii. Perjuicios Morales

* La suma de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor CESAR TULIO PÉREZ BENITEZ.

* La suma de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la señora RITA ANTONIA REDONDO FREYLE.

* La suma de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para CESAR ANDRÉS PÉREZ REDONDO

* La suma de 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la señora LUISA MARÍA PÉREZ REDONDO.

2. Fundamentos de las pretensiones

Como sustento de las pretensiones expuso los hechos que seguidamente se sintetizan:

1. Que el señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ convivió en unión libre con la señora RITA ANTONIA REDONDO FREYLE, producto de ésta unión nacieron los menores CESAR ANDRES PEREZ REDONDO y LUISA MARIA PEREZ REDONDO.

2. Que el señor CESAR TULIO PEREZ BENITEZ es afiliado a la EPS-S Caprecom.

3. Que el señor CESAR TULIO PEREZ BENITEZ desde el día 27 de mayo de 2011 hasta el día 01 de junio de 2011, fue hospitalizado en la ESE Hospital Universitario Fernando Troconis de ésta ciudad, a fin de recibir tratamiento por Erisipela en miembro inferior derecho.

4. Que al señor al señor CESAR TULIO PEREZ BENITEZ, el día 31 de mayo de 2011, el médico tratante del Hospital Universitario Fernando Troconis ordenó que le aplicaran una ampolla con diclofenaco, la cual fue aplicada por la enfermera en el glúteo izquierdo.

5. Que el actor fue atendido posteriormente en el puesto de salud de María Eugenia y el médico lo remitió al especialista en fisiatría FRANCISCO MAZENETT GARRIDO; practicándole unos estudios; los cuales dieron como resultado estudio anormal orientado a DOLOR NEUROPATICO (IRRITACIÓN DEL NERVIO CIATICO DERECHO) POR VECINDAD.

3. Actuaciones procesales

La demanda fue presentada el día 10 de julio de 2013, correspondiéndole el conocimiento del proceso a este Despacho. No obstante, por auto adiado 9 de agosto de 2013, se dispuso la inadmisión de la demanda para fueran corregidos ciertos errores de orden formal; concediéndose un término de de 10 días para su eventual corrección, notificando de la anterior decisión a la parte actora.

El día 27 de agosto del 2013, dentro del término legal, la apoderada de la parte actora presenta corrección de la demanda, siendo admitida la misma a través de auto de fecha 13 de septiembre de 2013, siendo publicado el mismo en estado electrónico el día 16 de septiembre del mismo año.

En ese orden, y obedeciendo lo dispuesto por el Despacho, la apoderada de los actores remite el recibo de consignación del pago de los gastos ordinarios del proceso a través de memorial recibido en este Despacho el día 13 de noviembre de 2013, realizándose las notificaciones de rigor el día 11 de febrero de 2014, tal como aflora de folios 58 a 61 del plenario, guardando silencio las entidades demandadas durante el término de traslado.

Continuando con el trámite del proceso, por auto de fecha 24 de junio del año retropróximo se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día 21 de agosto de 2014. En la misma se realizó el saneamiento del litigio, sin encontrarse situaciones que pudieren devenir en la declaratoria de posibles nulidades; la fijación del litigio, de los hechos del mismo, del problema jurídico, se decretaron las pruebas pedidas por la parte actora, y aquellas ordenadas de oficio por el Despacho.

En cuanto a la fijación del problema jurídico, éste quedó en el siguiente sentido, indicado por el Despacho: Establecer si puede desprenderse responsabilidad patrimonial de las demandadas por las consecuencias derivadas del procedimiento realizado el 31 de mayo de 2011 al actor CESAR TULLIO PÉREZ BENÍTEZ en las instalaciones de la ESE Hospital Universitario Fernando Troconis, y de ser afirmativa la anterior respuesta, si CAPRECOM EPS tiene algún tipo de responsabilidad por las consecuencias que se hubieran desprendido de ese procedimiento.

En auto también del día 24 de junio de 2014, se dispuso la apertura de trámite correccional sancionatorio en contra del señor Gerente de la entidad demandada ESE Hospital Universitario Fernando Troconis por no haber cumplido con la ordenación de remitir información solicitada en el auto admisorio de la demanda. No obstante, dicho trámite fue cesado a través de auto dictado en la audiencia inicial adelantada, se itera, el día 21 de agosto del año 2014.

En la audiencia inicial precitada, se fijó fecha para adelantar la audiencia de pruebas, la cual se llevó a cabo el día 16 de septiembre de 2014, y en ella, se dispuso que las partes y la señora Agente del Ministerio Público presentara sus alegatos de forma escrita; descorriendo el traslado únicamente la parte actora y la parte demandada CAPRECOM EPS – S.

Es preciso anotar que al momento de resolver de fondo el presente proceso, se presentaron problemas con el soporte de las grabaciones de las diferentes audiencias realizadas en el proceso; por lo cual se requirió la asistencia de la señorita técnica en sistemas asignada a la oralidad con el fin de proceder a su recuperación digital, tal como aflora en certificación anexa al plenario.

4. Contestación de la demanda

Tal como se expuso en precedencia, las entidades demandadas guardaron silencio durante el término del traslado, privándose así de la oportunidad de aportar y solicitar pruebas, y de proponer excepciones.

5. Pruebas decretadas

a. Parte actora

Fueron tenidas en cuenta como tales las documentales aportadas con la demanda, tales como:

1. Copias simples de los registros civiles de nacimiento de los menores LUISA PEREZ REDONDO y CESAR ANDRÉS PÉREZ REDONDO.
2. Copia simple de una (1) hoja de la historia clínica del actor, expedida por la demandada ESE Hospital Universitario Fernando Troconis (fl. 10)
3. Copia simple del carné de afiliado a CAPRECOM del señor Cesar Tulio Pérez Benítez, y de su cédula de ciudadanía. (fl. 12)

4. Copia autorización de servicio expedida por la EPS Caprecom, remitiendo al actor CESAR TULIO PEREZ BENITEZ a consulta de control o de seguimiento por medicina interna (fl. 13).

5. Historia clínica incompleta del actor, expedida por la demandada ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS, visibles a fl. 14 a 42

b. Parte demandada Caprecom y ESE Hospital Universitario Fernando Troconis.

No contestaron la demanda, privándose de la oportunidad de solicitar y aportar pruebas.

c. Pruebas decretadas de forma oficiosa.

Se decretaron y allegaron las siguientes pruebas:

1. Historia Clínica del actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, en copia auténtica, transcrita y legible, remitida por la ESE Hospital Universitario Fernando Troconis, en 21 folios, que corren de fls. 87 a 107.

2. Documentación que acredita afiliación del señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ en dos (2) folios; copia de la consulta de servicios autorizados a afiliado, expedidas en favor del señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, en seis (6) fls.; y constancia del suministro medicamentos solicitados por el demandante y que fueron sometidos a consideración del Comité Técnico Científico, para su estudio y aprobación. (fls. 112 a 120).

3. Oficio No. 1194 de fecha 15 de septiembre de 2014, emanado de la señora Directora Territorial Magdalena de Caprecom, donde la precitada funcionaria rindió informe solicitado por el Despacho, expresando que el actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ se afilió a CAPRECOM EPS a partir del 1 de agosto de 2008 y se retiró en febrero 27 de 2014, y que respecto de su ingreso a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS, anexa copia de la historia clínica del actor en CD, y toda la documentación que reposa en sus archivos relacionada con los medicamentos o tratamientos médicos autorizados al señor Pérez Benítez. (fls. 108 a 111).

6. Alegatos de conclusión

a. Parte Demandante: La apoderada de la parte actora reiteró los conceptos expresados en la demanda. solicita se acceda a las pretensiones de la misma, pues a su juicio el actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ resultó lesionado por una mala praxis médica durante su internación en el Hospital Universitario Fernando Troconis entre los días 27 de mayo de 2011 a 1 de junio de 2011, al aplicársele una inyección intramuscular, dañando su nervio ciático, lo que le mantiene con constante dolor y le impide una movilidad adecuada. Afirma igualmente una vez le fue aplicada a su poderdante dicha inyección, éste comenzó a sentir el dolor que le aqueja, lo que le ha limitado para caminar su pierna izquierda, amén de que no se le ha ordenado el tratamiento fisioterapéutico adecuado y a tiempo, por lo que no ha mostrado mejoría en su cuadro clínico, tal como consta en su historia clínica.

Finalmente, expresa que se encuentra demostrado que la lesión que le limita su movilización por el dolor que le causa en su pierna izquierda, fue causada por una mala aplicación de una inyección intraglútea de diclofenaco en su glúteo izquierdo por el personal médico de la ESE Hospital Universitario Fernando Troconis, por lo que reitera que está acreditada la responsabilidad de las demandadas, y que en tal sentido deben indemnizarse los perjuicios causados a los actores.

b. Parte Demandada CAPRECOM EPS-S: El apoderado de la parte demandada realizó un análisis del régimen subsidiado y manifestó que la entidad que representa no puede serle imputable el daño presuntamente causado al actor, por cuanto de la narración de los hechos expuestos en la demanda, se aprecia que la conducta que aparentemente le ocasionó los perjuicios que alega pudo haber sido ocasionada por un agente del Estado pero que tenía vinculación laboral con la ESE HOSPITAL FERNANDO TROCONIS, y no con CAPRECOM, por lo que no existe nexo causal que permita imputárselo a la parte que representa: siendo la única relación de la EPS subsidiada con la ESE demandada la de un contrato interadministrativo suscrito entre ambas, destinado a la atención en salud y el aseguramiento de la población desplazada y sisbenizada en los niveles 1, 2 y 3, residentes en el mismo.

Finalmente, solicita al Despacho abstenerse de declarar administrativamente responsable a CAPRECOM EPS-S del daño antijurídico sufrido por el actor y consecuentemente, no imponer a su cargo el pago de la indemnización a que haya lugar.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Procede el Despacho a analizar inmediatamente el fondo del asunto, en atención a que no fueron presentadas excepciones por parte de las entidades demandadas, dado el silencio que guardaron durante el traslado de la demanda.

En el presente proceso se ejercita eleva el medio de control de reparación directa establecida en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que es el mecanismo procesal para quien tiene interés en obtener la reparación del daño originado en los hechos, omisiones u operaciones de la Administración Pública, o en la ocupación temporal o permanente de inmuebles con ocasión de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que hubiere obrado siguiendo instrucciones expresas de la misma. Dicho medio de control procede también cuando el perjuicio proviene de la actividad legal de la Administración que sin embargo causa detrimento que el administrado no está obligado a soportar.

El medio de control de reparación directa tiene su fundamento constitucional en el inciso segundo del artículo 2º de la Constitución Política conforme con el cual *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”* y en el artículo 90 que impone al Estado la obligación de reparar o indemnizar el daño originado en la actividad administrativa cuyos efectos nocivos los coasociados no tengan el deber legal de asumir o soportar.

En el sub júdece se solicita se declare administrativamente responsable a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FERNANDO TROCONIS y a la EMPRESA PRESTADORA DE SALUD SUBSIDIADA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS COMUNICACIONES “CAPRECOM EPS-S”, por los eventuales perjuicios irrogados a los actores como consecuencia de las lesiones sufridas por el señor CÉSAR TULLIO PÉREZ BENÍTEZ, a raíz de una inyección aplicada en uno de sus glúteos durante su estancia en el ESE Hospital Universitario Fernando Troconis con el fin de tratar un cuadro de erisipela y celulitis que éste presentaba.

En ese orden de ideas, antes de resolver el problema jurídico planteado en la audiencia inicial, se hace necesario examinar la normatividad que regula la responsabilidad patrimonial del estado y el régimen de imputación aplicable a los hechos debatidos.

El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 19 de abril de 2012¹, unificó su posición en el sentido de indicar que:

“En lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

“Por ello la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo da cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación y por ello concluyó en la mencionada sentencia:

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia”.

Ahora bien, según reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, la responsabilidad que recae sobre Estado por actividades médico-asistenciales se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio y por ende, en tratándose del carácter técnico de esta actividad y a la dificultad probatoria, el nexo causal podrá acreditarse de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada.

Así, enmarcados dentro del contexto anterior, en el caso sub-judice se examinarán los elementos constitutivos de la responsabilidad, haciéndose claridad que el régimen de imputación que habrá de emplearse será el de falla probada del servicio como más adelante se explicará; por tanto es preciso entrar a valorar las pruebas allegadas a efectos de establecer si las suplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

Hechos Probados

Teniendo en cuenta el acervo probatorio recaudado en el presente proceso durante las etapas procesales pertinentes, tenemos que se encuentran acreditados los siguientes supuestos fácticos:

a. Que los menores CESAR ANDRÉS REDONDO PÉREZ y LUISA MARÍA REDONDO PÉREZ (fls. 50 a 51), ostentan la calidad de hijos de la víctima señor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, tal como se colige de los registros civiles de nacimiento de éstos, obrantes a folios 50 y 51 del plenario. Sin embargo, no puede expresarse lo mismo respecto de la señora RITA ANTONIA REDONDO FREILE, pues revisado el caudal probatorio, se echan de menos elementos de convicción que permitiera acreditar su alegada calidad de compañera permanente del señor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ.

b. Que el señor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ estuvo afiliado a la EPS Subsidiada CAPRECOM desde el día 01/08/2008 hasta el día 27 de febrero de 2014, tal como se desprende de la certificación expedida por dicha entidad, obrante a fl. 113 del Cdno. Ppal., autorizándose la práctica de diferentes procedimientos médicos así como medicamentos desde el 29 de mayo de 2005 hasta el 09 de abril de 2013, de acuerdo a la plantilla de consulta de servicios autorizados al afiliado expedidos por la eps subsidiada en comento. (fl. 114 a 119).

¹ Consejo de Estado Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012. Exp 25.515. M.P. HERNAN ANDRADE RINCON

c. Que el señor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ ingresó a la ESE Hospital Universitario Fernando Troconis el día 27 de mayo de 2011, con el fin de tratarse patología denominada Erisipela en miembro inferior izquierdo, siendo dado de alta en dicha institución hospitalaria el día 1 de junio de 2011, lo cual se desprende de la historia clínica del actor, expedida por la ESE en comento, obrante de fls. 87 a 107.

d. Que durante su hospitalización en la empresa social del estado demandada, le fueron prescritas al actor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, por parte del médico tratante inyecciones diarias intramusculares de Diclofenaco 75 mg, de acuerdo a lo obrante en las Ordenes Médicas visibles a fl. 31 de la Historia Clínica, obrante a fl. 94 del expediente; las cuales fueron aplicadas por personal asistencial de la entidad los días 28, 29, 30 y 31 de mayo de 2011, en atención a lo plasmado en la Hoja "TRATAMIENTOS", correspondiente al fl. 33 de la Historia Clínica del actor, y visible a fl. 95 del expediente.

e. Que posteriormente, siendo el día 21 de junio de 2011, ingresó nuevamente el actor TULIO CÉSAR PEREZ BENÍTEZ a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS por consulta externa, referenciando que 18 días atrás le habían colocado inyección en glúteo izquierdo, y desde entonces presenta dolor y dificultad para caminar en su pierna izquierda; siendo observada marcha antálgica, y fuerza disminuida en miembros inferiores, y se solicitó la práctica de electromiografía, lo cual se desprende de la EPICRISIS del actor, emitida por la demandada, obrante a fl. 91 del plenario.

f. Que le fueron autorizados al señor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ los días 22 de junio de 2011, por parte de CAPRECOM EPS la práctica de diferentes estudios diagnósticos coincidentes con problemas neuropáticos y/o musculares, tales como electromiografía y neuroconducción por cada extremidad, y reflejo neurológico palpebral (ondas ÖFÖ y/o ÖH), derivada de síntomas, signos y hallazgos anormales en consulta. (fl. 118)

g. Que le fue practicado estudio electrofisiológico al señor TULIO CÉSAR PÉREZ BENÍTEZ en el Departamento de Neurofisiología de la IPS Kinesis el día 7 de julio de 2011, el cual concluyó estudio anormal, manifestando que los datos obtenidos orientan a dolor neuropático (irritación de nervio ciático derecho) por vecindad.

h. Que posteriormente el señor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ fue atendido en la Institución Hospitalaria demandada el día 14 de julio de 2011, por consulta por neurocirugía, donde manifiesta el actor dolor en pierna izquierda, y se observa por parte del Dr. Ospino, médico tratante, estudios ciática, flexores dolorosos y deterioro de la función motora, continuando con tratamientos acordes a su patología hasta su retiro de la EPS Subsidiada demandada, hasta el año 2013 tal como consta en a la plantilla de consulta de servicios autorizados al afiliado expedidos por la eps subsidiada en comento. (fl. 114 a 119).

Problema Jurídico

El mismo, tal como fue fijado por el Despacho en la audiencia inicial, se circunscribe a lo siguiente: Establecer si puede desprenderse responsabilidad patrimonial de las demandadas por las consecuencias derivadas del procedimiento realizado el 31 de mayo de 2011 al actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ en las instalaciones de la ESE Hospital Universitario Fernando Troconis, y de ser afirmativa la anterior respuesta, si CAPRECOM EPS tiene algún tipo de responsabilidad por las consecuencias que se hubieran desprendido de ese procedimiento.

Tesis del Despacho.

El Despacho accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando administrativamente responsable a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS y a CAPRECOM EPS-S, por las lesiones causadas al señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, con ocasión del procedimiento médico aplicado durante su hospitalización en dicha entidad el día 31 de mayo de 2011 (inyección intramuscular que causó irritación del nervio ciático); y consecuentemente a tal declaración, se condenará por perjuicios morales a la entidad pública a favor del señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, y a favor de los menores CESAR ANDRÉS PÉREZ REDONDO y LUISA MARÍA PÉREZ REDONDO, representados por su progenitora RITA ANTONIA REDONDO FREILE.

Lo anterior en virtud que fue en desarrollo de la actividad médica desplegada por la E.S.E., que se produjo la lesión del señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, y por porque a éste le fueron prestados tales servicios debido a su condición de afiliado a CAPRECOM, por manera que existe responsabilidad solidaria entre las E.P.S-S y las IPS que éstas contraten para la prestación de los servicios de salud de sus afiliados.

Fondo del asunto.

Para sustentar la tesis esbozada, el despacho pasará a examinar los elementos de la responsabilidad, condensados en el siguiente argumento:

a. El daño. El mismo es entendido jurisprudencialmente, *como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación* (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez).

En ese orden, para efectos de acreditar la relación de causalidad entre el daño y la prestación de los servicios de salud como la falla del servicio, es preciso que se aporte el caudal probatorio tendiente a obtener la declaración judicial respectiva.

En el presente caso, el daño antijurídico, entendido como aquél que no se está jurídicamente en el deber de soportar, está debidamente acreditado, pues al expediente se allegaron los medios de prueba que así lo determinan:

En efecto, se arrimó la historia clínica del señor CÉSAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, en la cual se consignó que durante su hospitalización en la ESE demandada, en su condición de afiliado a CAPRECOM, le fueron aplicados en cuatro oportunidades inyecciones vía intramuscular de Diclofenaco 75 mg por parte de personal asistencial de la entidad, como parte de su tratamiento de la patología de erisipela que presentaba, y posteriormente, éste fue atendido en la misma institución nosocomial para tratar el dolor neuropático que padecía, aunado a la disminución en la fuerza de su pierna izquierda, generada por la irritación en su nervio ciático, secundario a la aplicación de una inyección, tal como lo determinó el médico tratante en su momento.

Ahora bien, en lo atinente al daño moral, es preciso anotar que el referente a la propia víctima se infiere a partir de la acreditación de la lesión o lesiones que ésta padezca, lo cual a juicio del Despacho se encuentra suficientemente probado, de acuerdo a la historia clínica allegada al proceso, y reafirmado por el listado de los procedimientos médicos y medicamentos autorizados por parte de la EPS-S Caprecom, el cual, dicho sea de paso, incluye la prescripción de pregabalina por parte de

su médico tratante, molécula cuyo fin principal es el tratamiento paliativo del dolor neuropático en los miembros o extremidades, aplicable en casos de patologías similares a la que afecta al actor.

En lo tocante a los demás demandantes, es oportuno acotar que el mismo puede inferirse en atención a la relación filial derivada del parentesco entre el actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, y los menores CESAR ANDRÉS REDONDO PÉREZ y LUISA MARÍA REDONDO PÉREZ, los cuales ostentan calidad de hijos de la víctima directa, de acuerdo a los registros civiles de nacimiento de éstos obrantes a fls. 50 a 5 del plenario. Así pues, siguiendo las reglas de la experiencia y la presunción legal no desvirtuada según la cual, acreditado en debida forma el parentesco puede inferirse el perjuicio moral, habrá de concluirse que en el subexamine, está acreditado el daño antijurídico padecido por los menores antes citados, con ocasión de la inyección aplicada a su padre que generó la lesión a su nervio ciático, y el posterior dolor neuropático y la disminución de fuerza en su miembro inferior izquierdo.

No obstante, como se notó en precedencia, no puede expresarse lo mismo respecto de la señora RITA ANTONIA REDONDO FREYLE, pues no se aportó ninguna prueba dentro del plenario que permitiera siquiera inferir la existencia de la unión marital de hecho con la víctima CESAR TULIO PÉREZ BENITEZ a la que alude en la demanda. En este punto, llama la atención del Despacho la orfandad de medios probatorios del libelo, pues a pesar de que únicamente se hace mención de tal unión en la demanda, tampoco se solicitó por parte de los libelistas la citación a rendir declaración en tal sentido con el fin de ratificar tales hechos. Por ello, para el Despacho no se encuentra acreditado el daño moral con relación a la señora RITA ANTONIA REDONDO FREYLE, y en tal sentido, únicamente podrá ser tenida en cuenta en la presente sentencia, en su condición de representante legal de los menores CESAR ANDRÉS y LUISA MARÍA REDONDO PÉREZ, dada su calidad de progenitora de éstos.

En conclusión el primer elemento de la responsabilidad, esto es, el daño, se encuentra acreditado.

b. De la falla del servicio y el nexo causal: En casos en los cuales resultan lesionadas personas por la indebida, incorrecta, negligente o inoportuna atención médica, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha tenido oportunidad de señalar que la responsabilidad de la empresa social del Estado prestadora del servicio asistencial puede verse comprometida a título de falla del servicio.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha expresado² :

“La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio. debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan.

“Así lo expresó la Sala:

(...) Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

“En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera,

"Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

"La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su "conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta", lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

"Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas. Así por ejemplo, en los años ochentas había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía una explicación posible de lo sucedido³.

"En sentido contrario, Mazeaud y Tunc, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a éste le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente. "Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia"⁴.

"Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

" (...) no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio"⁵.

"Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

"Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

"Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

"Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

³ Sobre este aspecto ver, por ejemplo, RICARDO LUIS LORENZETTI. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. Tomo II, pág. 218.

⁴ MAZEAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo I. Volumen II, pág. 405.

⁵ Sentencia del 10 de febrero de 2000. Exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp: 12.792.

“Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

“Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente.

“La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

“En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio.

“Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.”⁶

Para acreditar la falta o la falla en la prestación del servicio médico se allegaron los siguientes medios de convicción de carácter documental:

De la historia clínica del actor, expedida por el Hospital Universitario Fernando Troconis, se desprende que éste ingresó a tal institución el día el día 27 de mayo de 2011, con el fin de tratarse la patología denominada Erisipela en miembro inferior izquierdo, siendo dado de alta en dicha institución hospitalaria el día 1 de junio de 2011.

Aunado a lo anterior, se encuentra debidamente acreditado igualmente que el actor le fue prescrita la aplicación por vía intramuscular del medicamento Diclofenaco 75 mg., con el fin de tratar los síntomas generados por la enfermedad en comento, la cual fue aplicada durante los días 28, 29, 30 y 31 de mayo de 2011 por parte de personal asistencial de la entidad.

Posteriormente, el actor consultó el 21 de junio del mismo año por dolor en el miembro inferior izquierdo y pérdida de fuerza en el mismo miembro, generada a su juicio por la aplicación de inyecciones en su glúteo izquierdo durante la hospitalización; siendo atendido por médicos especialistas, y posterior a la realización de ayudas diagnósticas, se determinó por parte de los galenos tratantes que el actor sufría de irritación del nervio ciático con irradiación a miembro inferior izquierdo por la aplicación de una inyección, lo cual se desprende de la historia clínica arrimada al expediente.

⁶ Consejo de Estado: Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

Al respecto, es preciso anotar que múltiples tratadistas en el campo de la Neurología han coincidido en afirmar que la aplicación incorrecta de inyecciones es una causa muy frecuente de lesión en el nervio ciático. En ese orden, el Despacho se permite traer a colación un extracto de literatura médica pertinente, en el cual se expresa:

El nervio ciático es el afectado con más frecuencia en las inyecciones im. en región glútea. Los síntomas que produce son dolor brusco después del pinchazo o de la inyección en la zona de la inyección y la casi siempre irradiación del dolor por toda la pierna se acompañará de alteraciones en la fuerza y en la sensibilidad.

En caso de que el paciente, después de haber introducido la aguja, note dolor irradiado por la pierna se debe retirar la aguja y poner la inyección en el otro glúteo, ya que si el dolor se debe a que la aguja lesiona o atraviesa el nervio no se debe poner la inyección, porque el riesgo de una lesión mayor puede agravar el pronóstico.

El tratamiento debe ser con analgésicos y de entrada observación clínica y con EMG.

A largo plazo suele haber recuperación casi completa, aunque en algunos casos queda como secuela una pérdida de fuerza. ⁷

Por otra parte, es oportuno citar al respecto el artículo "*Pie equino-varo secundario a una lesión post-inyección del nervio ciático*", de los doctores Francisco José Moreno Martín, incluido en la Revista Reduca de Enfermería, Fisioterapia y Podología, Serie Sesiones Clínicas Podológicas, 4 (4): 38-53, 2012, en el cual, respecto de las lesiones del nervio ciático causadas con posterioridad a la aplicación de inyecciones, se expresa:

Durante muchos años, numerosos autores de diferentes nacionalidades han informado de que la incorrecta inyección en la región glútea podía causar lesiones nerviosas.

Una mala praxis en cuanto a la administración de inyecciones vía intramuscular en zona glútea es la causa de las lesiones del nervio ciático y son a menudo menospreciadas, aunque es una de las más frecuentes causas de lesión nerviosa en los MM.II en la infancia.

La lesión del nervio ciático por inyección intraglútea constituye sólo el 2,7% de todos los casos de neuropatía ciática según la University of California, aunque en literatura se ha observado que es la segunda causa más común de la lesión del nervio ciático después de la artroplastia de cadera.

Las lesiones por inyección intramuscular corresponden a más del 50% de todas las causas de lesiones del nervio ciático en EE.UU.

(...)

⁷ Arias, J., Aller, M. A.: Arias J. I. et al. *Enfermería Médico-Quirúrgica II*. Madrid, España: Editorial FEBAR.

La lesión del nervio ciático está provocada por mecanismos sinérgicos como son:

- **Inyección directa del nervio con un mecanismo de desarreglo y una sección de las fibras nerviosas.**
- **Compresión del nervio por el fármaco inyectado que presenta un efecto isquémico y puede ser directo o transmitido a los tejidos de alrededor.**
- **Efecto químico del fármaco.**

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en el caso concreto aunque no se arrió al expediente una prueba científica que pudiera determinar que la aplicación de la inyección en comento por parte del personal sanitario de la institución hospitalaria demandada lo fue de forma incorrecta, antitécnica, descuidada o errónea, no es menos cierto que de las probanzas allegadas, amén de los hechos probados confrontados con la literatura científica, se desprende lo siguiente:

- Que el actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, se encuentra afiliado a la E.P.S-S CAPRECOM y en tal condición ingresó a la ESE Hospital Universitario Fernando Troconis presentando síntomas que reflejaban erisipela en su miembro inferior izquierdo, los cuales no guardan relación con la patología presentada posteriormente (irritación del nervio ciático y pérdida de fuerza en la pierna izquierda).
- Que durante su estancia hospitalaria en la Institución Nosocomial, con el fin de tratar la erisipela que presentaba, le fueron aplicadas 4 inyecciones intramusculares de diclofenaco por 75 mg., tal como consta en la historia clínica.
- Que posterior a su egreso de la institución hospitalaria demandada, el actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ consultó nuevamente por medicina externa, por cuanto presentó dolor y sensación de pérdida de fuerza en la pierna izquierda.
- Que su médico tratante determinó posteriormente, junto con las ayudas diagnósticas, que el actor presentaba irritación del nervio ciático con irradiación a la pierna izquierda, causada por aplicación de una inyección intramuscular.

Lo anterior supone que aunque deba anotarse que la aplicación del tratamiento aplicado al actor para su Erisipela fue adecuada, por cuanto se observa en la historia clínica la remisión de la enfermedad, que a la postre significó su egreso de la institución hospitalaria demandada para su posterior cuidado domiciliario; el acervo probatorio obrante permite al Despacho establecer que a través de la aplicación de una inyección intramuscular de diclofenaco 75 mg., realizada por un miembro del equipo asistencial de la entidad se generó una lesión en el nervio ciático del actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, el cual le causa el dolor y la pérdida de fuerza en el miembro inferior izquierdo referida en la historia clínica del mismo, consecuencia que no puede predicarse del padecimiento (ERISPELA) por el cual originalmente el actor solicitó la atención médica ante la institución hospitalaria demandada, en el tratamiento de la cual se produjo la afectación cuya indemnización se pretende en esta oportunidad.

Así, tenemos que de las pruebas documentales arriadas al proceso, las cuales no fueron controvertidas por los entes accionados, se advierte que las entidades demandadas faltaron al cumplimiento de las obligaciones de protección médico asistencial para con el señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, lo cual llevó a que a pesar de haber concurrido a la institución nosocomial demandada para recuperar su salud, disminuida por la erisipela en miembro inferior izquierdo que padecía; la misma se deterioró aún más con la lesión presentada a su nervio ciático, el

dolor generado y la pérdida de fuerza en su miembro inferior; consecuencias que, se itera, no son secundarias a la patología inicial por la cual se trató en la institución hospitalaria demandada.

Entonces, en ese orden de ideas, se estima que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS, está llamada a responder patrimonialmente en este proceso por las lesiones causadas al señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, y consecuencialmente, por los perjuicios irrogados a éste y a sus hijos demandantes.

No obstante lo anterior, es preciso anotar que con respecto a la otra demandada CAPRECOM EPS-S, que esta última sostuvo en su alegato de conclusión que no se acreditó responsabilidad alguna de su parte en las lesiones causadas al actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ. Para ello sostiene en términos generales que del acervo probatorio obrante, y en especial de la Historia Clínica del Actor, de la certificación de medicamentos autorizados, y de la consulta de procedimientos autorizados al actor, se desprende que no existió involucramiento alguno de la entidad demandada en el procedimiento médico realizado al actor durante su hospitalización que generó la lesión al nervio ciático pluricitada, diferente al hecho de expedir las autorizaciones de rigor en su calidad de asegurador. Sin embargo tal argumento no es de recibo por lo siguiente:

La responsabilidad patrimonial de CAPRECOM es solidaria con la E.S.E. condenada, toda vez que si bien el Hospital Universitario Fernando Troconis, es una entidad independiente jurídica y administrativamente de la E.P.S-S, no puede perderse de vista que la prestación del servicio médico al afectado se le suministró como usuario del sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado administrado por dicha entidad, para cuyos efectos se prestaron tales servicios a través de la IPS demandada, no como afiliado particular de la ESE o a propio riesgo de éste.

En efecto, si bien materialmente fueron profesionales adscritos a la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Fernando Troconis, los que atendieron y trataron al paciente demandante por la afección que presentaba en su salud, este hecho no desvanece por sí solo la responsabilidad en cabeza del asegurador, por cuanto el servicio en sentido jurídico y de afiliación, conforme lo establece la Ley 100 de 1993, lo prestó el Ente Estatal mediante la E.S.E. En este sentido, se ha pronunciado reiteradamente la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencias del 10 de agosto de 2005, exp. No. 15178, C.P. María Helena Giraldo; del 6 de abril de 2011, exp. No. 17959, C.P. Danilo Rojas Betancourt y del 3 de mayo de 2013, exp. No. 24832, C.P. Danilo Rojas Betancourt., en las cuales la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo explicó que *“cuando un prestador de servicio médico lo hace por cuenta de otro, jurídicamente lo atiende éste; no pueden confundirse el sujeto prestador físico con el sujeto prestador jurídico”*, y ello es así porque el usuario afiliado no tiene libertad plena para elegir el profesional de la salud o la institución hospitalaria que va a brindarle atención médica, ya que debe sujetarse a ser atendido por parte de las instituciones que tienen contratos con la correspondiente EPS a la que se encuentra afiliado, y en razón de ese vínculo contractual existente entre la EPS y la IPS, surge también para EPS responsabilidad patrimonial. En virtud de lo anterior, se concluye que CAPRECOM E.P.S-S como *“aseguradora”* es responsable solidario, patrimonial y extracontractualmente de los servicios que prestan las ESES que atienden directamente los servicios de salud de sus afiliados.

DE LA INDEMNIZACIÓN

Perjuicios Materiales

Tal como se describió en precedencia, los actores solicitan se acceda a reconocer perjuicios materiales por valor de \$100.000.000,00 correspondiente a los daños físicos sufridos por el señor CESAR TULIO PEREZ BENITEZ, sin discriminar si los mismos corresponde a lucro cesante, en sus dos modalidades, o al daño emergente.

No obstante lo anterior, llama la atención el Despacho sobre la orfandad de medios probatorios en el plenario que permitan determinar la existencia de los perjuicios materiales que se solicitan, pues los actores no aportaron ni solicitaron probanza alguna llamada a establecer la existencia y cuantía de los mismos, como lo habría sido la valoración del porcentaje de eventual pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la prueba de la actividad laboral desempeñada por el actor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ al momento de la ocurrencia de los hechos; y los eventuales gastos en los que presuntamente incurrió para el restablecimiento de su salud. Por tales razones, mal haría el Despacho en acceder a reconocer indemnización en tal sentido, por lo que al no estar acreditados los perjuicios en comento, se denegará el reconocimiento de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del C.G.P.

Perjuicios Morales

Respecto de esta clase de perjuicios, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en tratándose de daño moral acaecido con ocasión de fallas en la prestación del servicio médico, ha expresado⁸ :

*“15. Respecto del **daño moral** se tiene acreditado en el expediente que los señores Gabriel Carvajal Rodríguez y Alix Omaira Moreno Luengas eran los padres del difunto Gabriel Ricardo Carvajal Moreno (supra párr. 7.32) y que estuvieron atentos a la prestación médica brindada a este último por el hospital San Vicente de Arauca el día 27 de agosto de 1999. También está probado que el menor fallecido era hermano de Andrea Carolina y Diana Vanessa Carvajal Moreno.*

“15.1. En los eventos de padecimientos morales derivados de las dolencias físicas, la jurisprudencia⁹ ha considerado que, por aplicación de las máximas de la experiencia, puede inferirse que éstos son sufridos tanto por el directamente afectado como por su familia. En el caso que nos ocupa, como ya se explicó, el daño moral proveniente de la falta de atención médica eficiente, oportuna y adecuada de que fue objeto el menor Gabriel Ricardo Carvajal Moreno, afectó principalmente a sus padres (supra párr. 13.2), pero por analogía con los de las dolencias físicas, puede considerarse que esta vulneración al derecho a la salud del menor fallecido también afectó a sus hermanas en la proporción que la Corporación reconoce generalmente, esto es, en un 50% con relación a la sufrida por los padres.

“15.2. Ahora bien, en la demanda se solicitó la indemnización de perjuicios morales a razón de 1000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes y, de acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por la Sala desde la sentencia del 6 de septiembre de 2001 –expediente n.º 13.232-, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁰.

“15.3. Por lo anterior es procedente que la Sala fije en salarios mínimos la indemnización de perjuicios de orden moral a favor de los peticionarios, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos¹¹, la cual está

⁸ Sección Tercera, sentencia de 5 de abril de 2013. Exp. No. 25887. C. P. Daniel Rojas Betancourth. Rad. No. 07001-23-31-000-2001-01537-01. Actor: Gabriel Carvajal Rodríguez y Otros. Demandado: Hospital San Vicente de Arauca – Cajanal – Por Salud Ltda.

⁹ Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 2003. exp. 14083, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia de esta Subsección proferida el 14 de abril de 2011. exp. 20587. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Allí se dijo: “26. *Demostradas las relaciones de parentesco existentes entre los demandantes puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que entre ellos existe un lazo afectivo y, por lo tanto, que sufrieron pena, aflicción y dolor a causa de las lesiones sufridas por su padre, hermano, hijo y compañero, lo cual los legitima para reclamar la reparación de los perjuicios causados*”.

¹⁰ Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001. exp. 13232 y 15646, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

¹¹ Dicha facultad discrecional debe ser ejercida de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Sala, los cuales “... descartan toda fórmula mecánica o matemática y antes ilustran que esa decisión debe considerar las circunstancias que rodean los hechos y enmarcarse por los principios de razonabilidad...” (sentencia de 16 de junio de 1994. exp. 7445, C.P. Juan de Dios Montes Hernández). Igualmente puede verse, entre otras, la sentencia del 11 de febrero de 2009. exp. 14726. C.P. Myriam Guerrero de Escobar, decisión que constituye uno de los muchos ejemplos de aplicación de la facultad discrecional en la tasación de perjuicios inmateriales.

regida por los siguientes parámetros: a) la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, pues "... la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia..."¹², mas no de restitución ni de reparación; b) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; c) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio; y d) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad¹³.

"15.4. En este orden de ideas, la Sala advierte que, en casos similares al de autos, el valor de la indemnización por los perjuicios morales causados por la falta de atención médica eficiente, oportuna y adecuada ha sido inferior a la que se concedería en caso de haberse acreditado el nexo causal entre esa falla y el daño principal invocado¹⁴. Sin embargo, dadas las particularidades de este caso, a los padres del menor Gabriel Ricardo Carvajal Moreno se les reconocerá como perjuicio moral por la falta de atención médica eficiente, oportuna y adecuada de este último, el mismo monto que se les hubiera otorgado si lo que se indemnizara fuera su muerte, esto es, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

"15.5. Lo anterior por cuanto las negligencias imputables a la entidad pública son de particular gravedad¹⁵, sobre todo si se considera que se cometieron en la atención médica de un paciente que, dadas sus condiciones especiales, esto es, el hecho de contar con menos de dos años de edad y de padecer de un retraso sicomotor, debía ser objeto de protección especial, de conformidad con los artículos 13 y 44 de la Constitución Política¹⁶, razones por las cuales es razonable pensar que los padres del mismo, testigos presenciales de todo ello, padecieron un perjuicio moral indemnizable con un monto equivalente a aquél que, por regla general, esta Sala reconoce por los padecimientos morales del más alto grado.

"15.6. Respecto del monto de la indemnización por los perjuicios morales padecidos por la misma causa por las entonces menores Andrea Carolina y Diana Vanessa Carvajal Moreno, hermanas del menor Gabriel Ricardo, la Sala considera que debe ser de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo, para cada una, por las razones ya señaladas –supra párr. 15.1.–" (...)

Así pues, surge de lo expuesto que la jurisprudencia ha fijado a manera ilustrativa, que no impositiva, un tope de 100 salarios en caso de sufrimiento máximo, que de ordinario se identifica con la muerte de un ser querido, cuando la indemnización es solicitada como consecuencia de lesiones, nada obsta para que pueda llegarse a dicho tope, siempre que se acredite que la entidad del dolor fue de tal escala que justifique su equiparamiento a los casos de muerte; no obstante lo dicho, en uno u otro caso, esto es, que se trate de lesiones o muerte de seres queridos, el juez debe acudir al arbitrio judicial y ponderar según las particularidades de cada caso la cuantía, atendiendo para ello que el perjuicio moral no se indemniza, sino que simplemente se compensa.

Así pues atendiendo las reglas de la experiencia y la presunción no desvirtuada de la existencia del perjuicio moral ocasionado a la víctima directa, CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, así como a los menores CESAR ANDRÉS y LUISA MARÍA PÉREZ REDONDO, respecto de los cuales, se itera, se acreditó el parentesco con el señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, y consecuentemente, la existencia del correspondiente daño moral: hay lugar a reconocer a favor de los actores citados los perjuicios morales, los cuales ante la inexistencia de pruebas que permitan cuantificarlo, obligan al despacho a acudir al arbitrio judicial, atendiendo para ello las pautas jurisprudenciales arriba citadas.

¹² Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

¹³ Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 16205.

¹⁴ Ver. por ejemplo, Sección Tercera, sentencias de 30 de abril de 2012, exp. 20710 y 22251, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵ En especial aquellas relacionadas con el hecho de que no hubiera habido un pediatra de turno para evaluar un menor en urgencias y que este servicio hubiera solicitado a los padres de este último el ir a comprar una sonda nasogástrica, a pesar de ser una institución prestadora del servicio de salud clasificada en nivel II.

¹⁶ El inciso 3 del artículo 13 dispone "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan" y el final del artículo 44 reza "Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás".

Sin embargo antes de hacer tal declaración, procede el despacho a establecer la cercanía de las relaciones familiares de los demandantes con la víctima directa, para a partir de allí tratar de compensar el daño moral, para ello considera el despacho útil traer a colación la sentencia del 28 de enero de 2015 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷, en virtud de la cual siguiendo las reglas de la experiencia y el sentido común, presume la existencia del daño ocasionado a los demandantes con parentesco cercano de quien sufrió lesiones en su salud y además determina por niveles de parentesco, el quantum para liquidar los perjuicios morales para la víctima y perjudicados. Al respecto, el precedente citado, señala:

“4. Liquidación de Perjuicios

*4.1 En relación con el **perjuicio moral**, los demandantes solicitaron el equivalente de 6.000 gramos oro para todos los demandantes, al momento de presentarse la demanda.*

La Sala, de manera reiterada, ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad, en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

Ahora bien, con el fin de unificar los parámetros bajo los cuales debía tasarse esta clase de perjuicio y para garantizar el derecho a la igualdad, la Sección, en sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, estableció una serie de reglas que deben tenerse en cuenta y fijó los montos a indemnizar, según el supuesto de hecho que dio origen al daño, distinguiéndose si se trataba de un evento de muerte[1], lesiones físicas o psíquicas[2], privación injusta de la libertad[3] o graves violaciones de derechos humanos[4], evento en el que es posible reconocer un monto superior al establecido por la jurisprudencia, cuando se demuestre que el daño moral reviste mayor intensidad y gravedad y siempre y cuando el monto total de la indemnización no supere el triple de los montos indemnizatorios señalados para los demás supuestos. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser consecuente con la intensidad del daño. Además, como característica sui generis en el marco de graves violaciones a los derechos humanos, también se permite mutar la categoría o nivel en la que se encuentra el demandante, según las pruebas y la gravedad de la violación.[5]

Sin embargo, es regla común a todos los supuestos la división de los demandantes en cinco categorías o grupos, de acuerdo con su cercanía a la víctima directa, así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos).

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados).

Para los niveles 1 y 2 se requiere la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además de la prueba del parentesco se requiere la prueba de la relación afectiva y, finalmente, para el nivel 5 deberá acreditarse la relación afectiva”.

No sobra advertir, que en el paginario no militan pruebas que permitan al despacho mediante criterios objetivos establecer la intensidad del dolor, congoja, angustia o desesperación que pudo causar en los actores el hecho que su familiar cercano quedase padeciendo pérdida de fuerza de miembro inferior izquierdo y dolor neuropático con irradiación a dicho miembro; en consecuencia, debe acudir al arbitrio judicial y a las pautas señaladas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación fechada 28 de agosto de 2014, proferida dentro de la

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA SUBSECCION C - Consejero ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)- Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)-Radicación número: 05001-23-31-000-1997-03186-01(30061)-Actor: GILMA OTALVARO CASTAÑEDA Y OTROS-Demandado: NACION - MINISTERIO DE EDUCACION, MINISTERIO DE SALUD- DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, MUNICIPIO DE SONSON-Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

radicación número 50001231500019990032601 número interno 31172, que sobre liquidación de perjuicios morales en los eventos de lesiones personales precisó lo siguiente:

“La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso”.

Atendiendo que no se logró demostrar por la parte actora que la lesión padecida por el señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, reviste una gravedad tal que le hubiere generado un determinado grado de pérdida de capacidad laboral, pues no existe prueba en el paginario en tal sentido, mal puede este despacho tazarlos en una suma superior a la fijada en la jurisprudencia citada para los casos de pérdida inferiores al 10%.

Así las cosas, atendiendo el precedente jurisprudencial arriba citado, del cual el despacho no encuentra fundamentos objetivos y razonables para apartarse, y aplicando el arbitrio judicial para movilizarnos hasta el tope máximo señalado en la última escala, dado que la misma no contiene un mínimo referente, se considera, sopesando la poca gravedad de las lesiones padecidas por el señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, y las circunstancias que rodearon los hechos en los cuales éste

resultó lesionado, el perjuicio moral pese a no haberse acreditado la disminución de capacidad laboral, será fijado en las siguientes sumas:

El señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, en su calidad de víctima directa, será compensado por los perjuicios morales irrogados con una suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la sentencia.

Por su parte, los menores CESAR ANDRÉS y LUISA MARÍA PÉREZ REDONDO, en calidad de hijos de la víctima, representados por su señora madre RITA ANTONIA REDONDO FREYLE, serán compensados cada uno por los perjuicios morales irrogados con ocasión de la lesión causada de su progenitor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, con una suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la sentencia.

Finalmente, respecto de la señora RITA ANTONIA REDONDO FREYLE, tal como se expresó en precedencia, se denegará el reconocimiento de perjuicios, por cuanto ésta no acreditó en manera alguna su condición de compañera permanente de la víctima CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ.

Costas y Agencias en Derecho.

No fueron solicitadas en el escrito de demanda, ni se le dan los presupuestos legales para su reconocimiento, pues conforme lo establece el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., es necesario que se compruebe la existencia de gastos en los que incurrió la parte vencedora para adelantar el proceso, prueba que brilla por su ausencia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar administrativa, patrimonial y solidariamente responsables a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS y a CAPRECOM EPS-S, de los perjuicios irrogados a los demandantes CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, y a los menores CESAR ANDRÉS PÉREZ REDONDO y LUISA MARÍA PÉREZ REDONDO, en virtud de las lesiones causadas al señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ durante su atención hospitalaria recibida en la empresa social del estado demandada durante los días 27 a 31 de mayo de 2011.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénese de manera solidaria a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS y a CAPRECOM EPS-S, a pagar las sumas que a continuación se discriminan:

Perjuicios Morales

a. A favor del señor CESAR TULIO PÉREZ BENÍTEZ, el monto equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.

b. A favor de los menores CESAR ANDRÉS PÉREZ REDONDO y LUISA MARÍA PÉREZ REDONDO, el monto equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia, para cada uno.

Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

Rad. No. 470013333004201311700

M. C. : Reparación Directa

Actor: Cesar Tulio Pérez Benitez y Otros

Demandados: ESE Hospital Universitario Fernando Troconis, CAPRECOM.

Temas: Falla del servicio por lesiones causadas como consecuencia de procedimiento médico realizado durante hospitalización.

Responsabilidad solidaria del asegurador y el prestador de los servicios EPS-IPS.

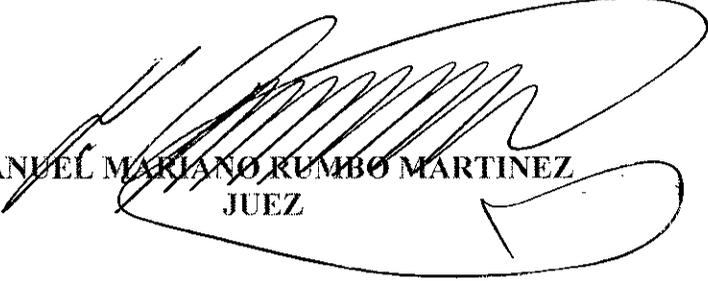
Página 20 de 20

CUARTO: La EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS y CAPRECOM EPS-S, deberán dar cumplimiento a esta sentencia en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Sin lugar a condena en costas.

SEXTO: Negar las restantes súplicas de la demanda.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ
JUEZ