REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta y uno (31) de marzo de 2022

Expediente:	19-001-33-33-008- 2016-00293-00
Demandante:	JOSE TOMAS VALENCIA OCORÓ Y OTROS
Demandado:	LA NACION– MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y OTROS
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA

Sentencia núm. 030

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El grupo accionante conformado por JOSE TOMAS VALENCIA OCORÓ, JCVV, NOHEMI VALENCIA ESTERILLA, TOMÁS VALENCIA RODRIGUEZ, ANA JOSEFA OCORÓ, MIRIAM ESTERILLA GARCÍA y HENRY GRUESO, por intermedio de apoderado judicial instauraron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa para obtener la declaración de responsabilidad administrativa y patrimonial de la NACIÓN– MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL y otras entidades, con ocasión de los perjuicios que se dice les fueron causados con motivo de las intervenciones quirúrgicas realizadas los días 12 y 27 de enero, y 21 de abril de 2015, al menor de edad JCVV, consecuencia de una caída sufrida dentro de su casa de habitación, que le ocasionó una herida de vidrio en el pie derecho.

Como supuestos fácticos, se afirmó en la demanda, que el 12 de enero de 2015 el menor de edad JCVV sufrió una caída dentro de su vivienda, la cual le ocasionó herida en el pie derecho causada por un vidrio. Por ello, fue trasladado de urgencia al Hospital Nivel 1 del municipio de Piendamó, Cauca -EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO 1-, donde le realizaron sutura y al siguiente día fue dado de alta.

Posteriormente, se le retiraron los puntos de la sutura, pero JCVV presentaba dificultad al caminar, seguía con un dolor intenso y se observaba que el pie afectado “le colgaba”, razón por la cual ingresó de nuevo al servicio de urgencias, determinando el médico que lo atendió que tenía que ser intervenido quirúrgicamente de urgencia porque no se percataron que la herida en el pie había afectado un tendón, cirugía que se realizó el 27 de enero de 2015.

Que debido a que posterior a la cirugía el JCVV seguía con la dolencia y no podía caminar, se le realizó otra intervención quirúrgica el 21 de abril de 2015, practicada por el mismo médico, el doctor FRANCO JOSE CABEZAS GUZMAN, pero no arrojó los resultados que se esperaban y el paciente continuó con la dificultad para caminar con normalidad.

En virtud de lo narrado, se afirma en la demanda que la actuación de las entidades accionadas fue imprescindible para el desenlace indicado, de minusvalía de JCVV, que afectó su calidad de vida, como la de su familia.

En la etapa de alegatos de conclusión, sostiene que se encuentra plenamente probada la falla en el servicio de todas las entidades demandadas, dado que, JCVV fue afectado por una falla en la atención médica que lo llevó a soportar intervenciones quirúrgicas que no mitigaron su dolencia, y aunado a esto, debió someterse a múltiples terapias físicas, siendo que apenas contaba con 3 años de edad al momento de los hechos y no debía soportar tal afectación a su integridad.

1.2.- La postura y argumentos de las entidades demandadas.

1.2.1.- De la E.S.E. CENTRO 1.

El mandatario judicial de esta entidad, en tiempo contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto considera no existe falla médica o en el servicio médico, y, por tanto, no existe nexo de causalidad entre el servicio prestado a JCVV respecto de la lesión con la que se presentó el 12 de enero de 2015.

Señaló que la Empresa Social del Estado obró bajo los criterios de pertinencia, oportunidad, accesibilidad y continuidad, garantizando la prestación de los servicios de salud al paciente, con base en su lesión, por lo cual, al no acreditarse la culpa de los agentes de la administración, no es procedente derivar responsabilidad a la entidad.

Destacó que el procedimiento que se llevó a cabo para atender la lesión de JCVV fue el adecuado para la misma, que según su historial clínico se le brindó pronta atención, con un manejo protocolario con todas las medidas de asepsia y antisepsia, infiltración con lidocaína, anestesia local y sutura con prolene 3/0; que debido a la gravedad de la lesión la sutura resultó de 10 puntos, lo cual, evidencia quizá un descuido por parte de los padres del paciente, pero en ningún momento una falla en la atención médica.

Adujo que JCVV no evolucionó de la manera esperada y se produjo la afectación a su movilidad. Propuso la excepción que denominó "*inexistencia de la obligación a indemnizar*".

En la etapa de alegatos, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, aduciendo que, con base en las pruebas debidamente practicadas se acreditó la debida y oportuna prestación del servicio médico al niño. También manifestó que, de acuerdo con la historia clínica, se logró demostrar que se realizó todo el procedimiento que establecía la literatura médica para estos casos y este tipo de heridas, reiterando, que, aunque se sufrió un daño, el mismo no es imputable a la entidad accionada, pues no se acreditó la falla en el servicio médico que fue prestado al paciente, siendo lo correcto, negar las pretensiones de la demanda.

1.2.2.- Del Ministerio de Salud y Protección Social.

El apoderado de esta cartera ministerial al contestar la demanda manifestó que su representado no debería fungir como demandado en el presente proceso, toda vez que su actuar no intervino directa ni indirectamente con las lesiones que sufrió el JCVV, como tampoco en la prestación del servicio de salud que recibió.

Destacó que no es competencia ni función del ministerio la prestación del servicio de salud, como tampoco orienta los procedimientos médicos, ya que, esas funciones están en cabeza de las IPS asignadas por las EPS, y que su representada solo ejerce el control titular sobre las entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas, como se establece en el artículo 103 de la Ley 489 de 1998.

Propuso las excepciones que denominó: "*inexistencia de indemnización por inexistencia de daño*", "*falta de legitimación en la causa por pasiva", "inexistencia de daño antijurídico por parte de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social", Inexistencia del nexo causal entre los daños alegados y el actuar del Ministerio de Salud y Protección Social".*

En sus alegatos de conclusión, señaló que las competencias relacionadas con la prestación de servicios corresponden a las IPS; las relativas al aseguramiento a las EPS; y las concernientes al control, inspección y vigilancia de los actores del sistema, corresponden a la Superintendencia Nacional de Salud.

Finalmente, aseguró que su representado no tiene participación alguna en la relación de los hechos relatados por los demandantes, y al no existir imputación jurídica en virtud de la cual pueda asignarse algún tipo de responsabilidad, no existe legitimación en la causa por pasiva en cabeza de este ente ministerial.

Con base en lo expuesto solicitó, negar las pretensiones de la demanda.

1.2.3. – De la Superintendencia Nacional de Salud.

El representante judicial de esta superintendencia contestó la demanda oponiéndose a que su representada resulte declarada responsable en el presente proceso, debido a que, en su criterio, no tiene funciones, ni es competente para prestar servicios de salud, y mucho menos para atención médica a pacientes.

Destacó que no se configuran los tres elementos para la responsabilidad estatal, en cuanto a que no se probó que el daño sufrido por JCVV haya sido producido por un hecho u omisión de su representada, por lo tanto, afirmó que no existe nexo causal entre la lesión y el actuar de la Superintendencia de Salud, por lo cual no le corresponde resarcir las afectaciones y mucho menos ser declarado responsable administrativamente. Propuso las excepciones que denominó: "*hecho de un tercero*", "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", "*causa eficiente – determinación*", e "*inexistencia de la obligación*".

En la etapa de alegatos de conclusión, la mandataria judicial se ratificó respecto de todo lo abordado en la contestación de la demanda, y recalcó su oposición a cualquier declaración de responsabilidad y condena en lo que respecta a su representada, porque, iteró, la entidad tiene una función de control y vigilancia más no de una prestación del servicio de salud y/o atención médica.

1.2.4.- De EMSSANAR E.P.S.

En la debida oportunidad, esta entidad, a través de mandatario judicial debidamente constituido, contestó la demanda manifestando su oposición a la totalidad de las pretensiones, arguyendo la ausencia de pruebas que deriven y demuestren la responsabilidad de su representada en el presente caso.

Afirmó que, toda la prestación del servicio de salud y la atención y procedimientos médicos realizados a JCVV se realizó en la Empresa Social del Estado Centro 1 del municipio de Piendamó, por lo tanto, fuera de la competencia, instalaciones y funcionarios de EMSSANAR E.S.S, empresa que goza de plena autonomía técnica, administrativa, financiera y científica, bajo su propia y exclusiva responsabilidad; razón por la cual estima que la EPS no puede resultar responsable de hechos ajenos a su actuar.

Adujo que como el daño ocurrió con ocasión de un servicio de urgencia y no de los servicios que como E.P.S. presta EMSSANAR, no hay lugar a condena de pago de los perjuicios presuntamente causados y tampoco declaración de responsabilidad respecto de su representada. Propuso las excepciones que denominó: "*responsabilidad médico legal derivada de la prestación de servicios médico asistenciales por parte de la ips tratante", "exoneración de la responsabilidad de la eps frente a la prestación del servicio de salud de la ips", "ausencia de responsabilidad por parte de EMSSANAR ESS, "inexistencia del nexo de causalidad", y "causas atribuidas a un tercero".*

En la etapa de alegatos de conclusión, reiteró su oposición a que prosperen las pretensiones de la demanda respecto de su representada, y añadió que el demandante no probó, ni logró demostrar en qué consistió la responsabilidad por parte de esta entidad, por lo que consideró pertinente proceder a la desvinculación del proceso judicial por una falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que, Emssanar nunca tuvo participación directa ni indirecta en el acto médico.

1.2.5.- De la entidad llamada en garantía – Seguros del Estado S.A.

Asistida de mandataria judicial, esta entidad aseguradora se opuso a las pretensiones de la demanda, hasta tanto se demuestre en el curso del proceso que efectivamente la E.S.E. Centro 1 haya incurrido en culpa en la responsabilidad que se le atribuye, derivada de una presunta falla en el servicio de salud cuando se remitió al paciente a urgencias para que fuera atendido por una fractura. Indicó que, según las pruebas arrimadas al proceso, se realizaron todos los procedimientos adecuados para tratar la lesión del paciente.

Propuso las excepciones que denominó: "*ausencia de responsabilidad de parte de la Empresa Social del Estado Centro E.S.E. 1*", "*exoneración por cumplimiento de obligación de medio*", e "*indebida e infundada tasación de perjuicios morales*".

En cuanto al llamamiento en garantía señaló que la póliza pactada con la E.S.E. Centro 1 tiene una serie de condiciones, exclusiones y cláusulas que deben ser debidamente estudiadas y adecuadas al caso concreto, pues limitan la responsabilidad de la entidad aseguradora, sin embargo, agregó que no existe responsabilidad en cabeza de la empresa social del estado demandada.

Propuso las excepciones, frente al llamamiento en garantía, que denominó: "*exclusiones contenidas en la póliza nro. 40-03-101000194*", y "*límite de responsabilidad de la póliza/suma asegurada*".

En la etapa de alegatos de conclusión, esta entidad aseguradora se sostuvo en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía, insistiendo en que la E.S.E. no tiene responsabilidad en el presente asunto. Asimismo, reiteró lo correspondiente a los límites y las condiciones pactadas en el contrato de seguro con la Empresa Social del Estado.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público delegada a este despacho no presentó concepto en esta instancia.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la cuantía y el lugar de los hechos este juzgado es competente para conocer del asunto en primera instancia, según lo dispuesto en los artículos 140 y 155 # 6 de la Ley 1437 de 2011.

En cuanto a la caducidad del medio de control de reparación directa, encontramos que los hechos fundamento del litigio ocurrieron entre el 12 de enero y 21 de abril de 2015, fecha en la cual se le realizó la última cirugía a JCVV, por lo que se tenía para presentar la demanda hasta el 22 de abril de 2017.

La demanda se presentó el 30 de agosto de 2016, es decir, se hizo en el término oportuno según lo dispuesto en el artículo 164 numeral 2 literal j) del CPACA, sin que sea necesario tener en cuenta la suspensión del término de caducidad acaecido al surtirse el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, el cual fue tramitado entre el 13 de julio y el 25 de agosto de 2016, fecha en que fue expedida la constancia de fracaso de la audiencia por parte de la Procuraduría 40 Judicial II para Asuntos Administrativos.

2.2.- Problemas jurídicos.

Tal y como se determinó en la etapa de fijación del litigio, corresponde determinar si hay lugar a declarar a las entidades demandadas administrativamente responsables por la posible falla del servicio médico presentada en la atención médica brindada al menor de edad JCVV, entre el 12 de enero y el 21 de abril de 2015, en la E.S.E Centro 1 del municipio de Piendamó, o si por el contrario esta fue adecuada.

En caso afirmativo, se deberá establecer si hay lugar a reconocer la indemnización de perjuicios reclamada por el grupo accionante, por concepto de reparación del daño causado.

Igualmente, se absolverá:

> (i) ¿Cuál es el régimen de responsabilidad estatal por el que se estudiará el presente asunto?

(ii) ¿Las entidades demandadas demostraron la configuración de las eximentes de responsabilidad que alegan en su defensa?

(iii) Deberá determinarse igualmente, la responsabilidad de la entidad llamada en garantía.

2.3.- Tesis.

Para el despacho la E.S.E Centro 1 es responsable administrativamente del daño causado al menor de edad JCVV, entidad donde fue atendido el 12 de enero de 2015, pues la limitación permanente a la movilidad que él presenta fue consecuencia de no percatarse la institución de la afectación que el paciente presentaba en un tendón en el pie afectado. En virtud de ello deberán ser resarcidos los perjuicios sufridos que se hayan acreditado en el proceso.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

Para explicar la tesis planteada se abordarán los siguientes temas: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico- generalidades de la responsabilidad del Estado, responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio de salud, (iii) Juicio de responsabilidad – valoración probatoria, (iv) Los perjuicios, y, (v) La responsabilidad de la entidad llamada en garantía.

PRIMERO: Lo probado en el proceso.

- Parentesco:

Según los folios de registro civil de nacimiento que obran en el expediente, se tiene que, con respecto al menor de edad JCVV, JOSE TOMAS VALENCIA OCORÓ y NOHEMI VALENCIA ESTERILLA son sus padres, TOMAS VALENCIA RODRIGUEZ y ANA JOSEFA OCORÓ son sus abuelos paternos, y MIRIAM ESTERILLA GARCÍA y HENRY VALENCIA GRUESO son sus abuelos maternos.

- La atención médica recibida:

  - Obra epicrisis – hospitalización de 12 de enero de 2015, hora: 09:56 p. m., de la E.S.E CENTRO 1 de Piendamó – Cauca, donde fue llevado a urgencias el menor de edad JCVV, documento del cual se extrae los siguientes registros:

Enfermedad actual:

> *"Madre del paciente refiere cuadro clínico de +/- 1 hora de evolución consistente en herida en pie derecho causado por objeto cortopunzante (vidrio, motivo por el cual es traído al servicio de urgencias".*

Medicamentos:

> *"AMPLICINA (SAL SODICA 1G DE BASE POLVO PARA INY Cant. 1*
> *LACTATO RINGER (SOLUCION HARTMAN) SOLUCION INYE Cant. 2*
> *NARPOXENO 150 MG/5ML (3%) SUSPENSION ORAL Cant. 1*
> *Dar 3CC Cada 8 horas o si dolor*
> *CEFALEXINA 250 MG/5ML (5%) SUSPENSION ORAL Cant. 1*
> *Dar 3 CC Cada 8 horas por 5 días*
> *(…)"*

Evolución: Paciente masculino de 2 años de edad con DX DE:

1. *Herida en pie derecho suturada*

Quien pierde aproximadamente 200 CC de sangre e ingresa en estado de somnolencia en el servicio de urgencias se decide dejar en observación por persistencia de su estado neurológico, e iniciar vigilancia de la misma y aplicación de expansores de volumen para establecer su volemia.

"(…) Paciente masculino de 2 años de edad con dx de herida en pie derecho suturada a quien se le realizó rafia de herida con prolene 3.0 # 10 puntos, quien tolero procedimiento actualmente en buen estado, sin alteración hemodinámica, sin alteraciones neurológicas galgow 15/15,. Signos vitales fc 100, fr 20. T° 36, por tal motivo se decide otorgar alta médica. Plan 1. Alta médica 2. Fórmula médica - cefalexina susp 250mg/5ml dar 3 cc cada 8 hora por 5 dias - naproxeno jarabe 150/5ml dar 3 cc cada 8 horas o si dolor - curacine sinter diarias # 3 - retiro de puntos en 8 días 3. Recomendaciones y signos de alarma - acudir al servicio de urgencias sin presencia de edema, eritema, fiebre o si salida de material purulento por herida (…)". [Así fue escrito].

PLAN:

"(…)
1. *Alta médica*
2. *Fórmula médica*
   CEFALEXINA SUSP 250MG…
   NAPROXENO JARABE 150/5ML…
   CURACINE SINTERDIARIAS #3…
   RETIRO DE PUNTOS EN 8 DÍAS
3. *RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA*
   ACUDIR AL SERVICIO DE URGENCIAS SI PRESCIA DE EDEMA, ERITEM, FIEBRE O SI SALIDA DE MATERIAL PURULENTO POR HERIDA". [Así fue escrito].

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 30 de enero de 2015, en la cual se registró con respecto a la atención prestada al menor de edad JCVV:

"… Hallazgos: (…) Hace dos semanas trauma… con un vidrio en tobillo derecho. Manejo… en primer nivel hace 8 d, se retiraron los puntos y presenta incapacidad para realizar apoyo de la extremidad y pie caído… Objeto: Paciente con trauma de tendón flexor de pie derecho por lesión cortante la ***cual no fue detectada inicialmente*** *a suturarle, se encuentra pie caído y herida cicatrizada sana.*

(…) Análisis:

Paciente en buenas condiciones generales con pie caído derecho por lesión del flexor del pie derecho. Fue valorado por ortopedia quien paso turno por posible lesión tendinosa".

- Obra historial clínico del Hospital Susana López de Valencia de 30 de enero de 2015, en donde se evidencia que el paciente *"ingresó al centro hospitalario, el día 27 de enero de 2015 a las 5:36 pm, con egreso el 30 de enero del mismo año, con diagnóstico de secuelas de traumatismo de tendón y músculo de miembro inferior, cuidado posterior a la cirugía, no especificado".*

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 4 de febrero de 2015, fecha en la cual se registró:

"… motivo de consulta, primer control pos operatorio de rafias herida pierna der. Enfermedad Actual, operado hace 15 días. Hallazgos Positivos, herida en cicatrización rafias aparentemente conservadas. Análisis y Plan, para curación uso permanente de la férula cita en 21 días. Diagnóstico, herida de la pierna parte no especificada…"

- Obra autorización de servicios de salud de la E.S.S. EMSSANAR, de 25 de febrero de 2015, donde el prestador es el HOSPITAL SUSANA LOPEZ DE VALENCIA, servicio consulta de control o de seguimiento – medicina especializada – ortopedia y/o traumatología, se autoriza consulta con ortopedia; para el paciente mencionado.

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 6 de mayo de 2015, en donde se registró que el paciente fue llevado para consulta por medicina especializada por lesión en la pierna derecha:

"Motivo de consulta
POS OPERATORIO DE MIOTENO RRAFIAS EN HERIDA PIERNA DER
Enfermedad actual
OPERADO HACE 14 DIAS
(…)
Análisis y plan

MANTENER LA FÉRULA DE POSICIONAMIENTO NO RETIRAR CITA EN 15 DIAS". (Así fue escrito).

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 4 de marzo de 2015, en donde se registró que el paciente fue llevado para consulta por medicina especializada por lesión en la pierna derecha:

"Tipos de riesgos
…Caídas…
Motivo de consulta
PRIMER CONTROL POS OPERATORIO DE LAVADODESB HERIDA EM DORSO DEL PIE DER
Enfermedad actual
OPERADO HACE 15 DÍAS
Hallazgos Positivos
HERIDA DE LA CARA ANTERIOR DEL TOBILLO EN CICATRIZACION RAFIA APARENTEMENTE NO CONSERVADA MALA ESTADO DE CONSERVACIÓN DE LA FERULA
Análisis y Plan
PARA RE EXPLORACION DE HERIDA Y NUEVA SUTURA
Exámenes solicitados
…CONSULTA PREANESTESICA…

Procedimientos quirúrgicos
SUTURA DE ASCIA Y O MUSCULO Y O TENDON
TOBILLO
DESBRIDAMENTO POR LESION DE TEJIDOS PROFUNDOS MAS DEL 5 POR CIENTO TOBILLO". (Así fue escrito).

- También obra consentimiento informado del Hospital Susana López de Valencia, de 4 de marzo de 2015, en donde los acudientes del paciente son informados sobre el procedimiento a realizar, intervención quirúrgica, procedimiento re exploración herida dorso del tobillo tenofarrias teno lisis, aspectos de procedimiento electivo, y quién practica el procedimiento: FRANCO JOSE CABEZAS GUZMAN, consentimiento firmado por el padre del niño, el señor JOSE TOMAS VALENCIA.

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 5 de marzo de 2015, en donde se registra que JCVV es llevado para consulta por medicina especializada por lesión en la pierna derecha:

"INFORME DE L ATENCION Y SERVICIOS SOLICITADOS
… CONSULTA MEDICINA ESPECIALIZADA…
MANEJO INTEGRAL SEGÚN GRUIA
CONSULTA POR PRIMERA VEZ MEDICINA
SUTURA DE MUSCULO Y/O TENDON FASCIA Y/O APONEUROSIS SOD
DESCRIDAMMIENTO ESCISIONAL POR LESION DE TEJIDOS PROFUNDOS HA
(…)
JUSTIFICACION CLINICA
Paciente con herida del tobillo y requiere valoración con anestesia, sutura de musculo. Desbridamiento.
DIAGNOSTICO PRINCIPAL … HERIDA DEL TOBILLO". (Así fue escrito).

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 27 de mayo de 2015, en donde se registra que el paciente fue llevado para cumplir con la cita para terapia física, para tobillo pie, reacondicionamiento de la marcha. *"Diagnostico: … TRAUMATISMO DE OTROS TENDONES Y MUSCULOS DEL GRUPO MUSCULAR POSTERIOR A NIVEL DE LA PIERNA".* (Así fue escrito).

- Obra autorización de servicios de salud, expedida por EMSSANAR para el paciente, de 3 de julio de 2015, en donde se autoriza *"TERAPIA FISICA INTEGRA SOD + INCLUYE: ACTIVID COM SENSORIO – MOTOR – COGNITIVO – FISIOAFECTIVO Y ESPIRITUAL – EJERC TERAPEURICOS – ESTIM TEMPR MECANOTERAPIA – MEDIOS FISICOS (HIDRO – CRIO – CALOR) – ELECTROTERAPIA (BIO – FEED BACK – TENS)".* (Así fue escrito).

- Obra registro de las terapias que recibía el paciente en TERAPIENDAMÓ, atendido por su afiliación a EMSSANAR, con atenciones para los meses de junio y julio de

2015, donde se establece el tratamiento y los procedimientos terapéuticos que se le realizaban para tratar su dolencia y mejorar su movilidad y marcha.

- Obra registro de remisión de la E.S.E. CENTRO 1, en la cual se realizó examen de seguimiento consecutivo a cirugía por otras afecciones. *"DIAGNOSTICO 1: S861 – TRAUMATISMO DE OTRO(S) TENDON(ES) Y MUSCULO(S) DE GRUPO MUSCULAR POSTERIOR A NIVE. Se remite a ortopedia para control".*

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 2 de septiembre de 2015, en la cual se plasma que el menor JCVV, fue atendido en consulta externa con medicina especializada, *por la lesión en el pie, herida en otras partes de la pierna terapia física – fuerza de los dorsi flexores del pie, el médico le formula 20 terapias.*

- Obra historia clínica del Hospital Susana López de Valencia, de 16 de marzo de 2016, en la cual se registró que el paciente ingresó por consulta externa – medicina especializada. *"Motivo de consulta: CONTROL TRAPIA FISICA PIE DER. Enfermedad actual: OPERADO HACE 15 MESES. Hallazgos positivos: HERIDA CICATRIZADA AMA DORSI FLEXION DE 90 GR SOSTENIDA Y FUERTE. Análisis y plan: ALTA POR ESTA ESPECIALIDAD. Diagnóstico: HERIDA DE OTRAS PARTES DE LA PIERNA".*

- Obran imágenes de la lesión.

- Entre EMSSANAR ESS y el ESE CENTRO 1 PIENDAMO CAUCA fueron suscritos los contratos de prestación de servicios de salud del régimen subsidiado 398-2FT151 del 21 de enero de 2015 y SFT153 del 1. ° de abril de 2015.

- El 14 de enero de 2014 fue expedida la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional nro. 40-03-101000194, siendo tomador y asegurado la ESE CENTRO 1, riesgo "actividades clínicas y hospitales" y amparo "perjuicio patrimonial" "errores u omisiones". La vigencia del seguro corrió desde 27 de enero de 2014 al 27 de enero de 2015.

- Obra valoración realizada por el Instituto de Medicina Legal de fecha 11 octubre de 2019 al menor de edad JCVV, para establecer afectación que presentaba en ese momento y las secuelas que le dejó la lesión producida el 12 de enero de 2015, en la cual se registró:

  "*AL EXAMEN FISICO SE ENCUENTRA CICATRIZ OSTENSIBLE YA DESCRITA EN PIE DERECHO.*

  MECANISMO TRAUMÁTICO DE LESIÓN: CORTANTE

  INCAPACIDAD MEDICO LEGAL: DEFINITIVA TREINTA Y CINCO DIAS

  SECUELAS MEDICO LEGALES: DEFORMIDAD FISICA QUE AFECTA EL CUERPO DE CARÁCTER PERMANENTE".

SEGUNDO: Marco jurídico.

A continuación, abordaremos aspectos generales sobre la responsabilidad del Estado y luego sobre la responsabilidad médica por falla en la prestación del servicio.

- Generalidades de la responsabilidad administrativa del Estado.

El artículo 2 superior consagra los fines esenciales del Estado colombiano, entre ellos, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política; así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Igualmente, señala que 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.

Por su parte, el artículo 90 consagra la cláusula general y explícita de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, ya sea por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

De acuerdo con la cláusula general de responsabilidad del Estado, para que esta se materialice se requiere de dos elementos que deben concurrir: (i) la existencia de un daño antijurídico y, (ii) que sea atribuible a la entidad pública bajo alguno de los títulos de imputación.

El primer elemento que debe abordarse es el daño antijurídico, entendido doctrinaria y jurisprudencialmente como el detrimento que es causado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Luego entonces, no basta con demostrar el hecho dañoso, sino que el interesado debe probar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan atribuirlo al Estado.

En lo que respecta al segundo elemento, cuyo estudio únicamente se realizará en el evento de hallar probado el daño antijurídico, cabe señalar que no existe consagración constitucional de un régimen de responsabilidad especial, por lo que corresponde al juez determinar el soporte jurídico de su decisión, haciendo parte los títulos de imputación de la motivación de la sentencia. Así lo ha dicho el Consejo de Estado[1]:

> "*(…) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.*
>
> *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".*

Frente al título de imputación, la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012[2], 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 concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

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

---

[1] Sentencia del 22 de noviembre de 2012. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

2 Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, este despacho puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria[3].

- Generalidades de la responsabilidad del Estado por falla médica.

Sobre el título de imputación bajo el cual se debe analizar la responsabilidad administrativa en asuntos de falla médica, el Consejo de Estado[4] ha expresado en su jurisprudencia:

> *"En lo que tiene que ver con la imputación del daño, la Sala considera pertinente precisar que en el asunto sub iudice, el régimen de responsabilidad bajo el cual se deben analizar las obligaciones resarcitorias que eventualmente existan a cargo del Estado, es el de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como se ha reiterado[5], en el sentido de precisar que "… en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, … deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta…"[6]."*

En complemento de lo anterior, sobre el régimen de la carga de la prueba, en la misma providencia dijo:

> *"En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios y además, se ha precisado que "la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica debida no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que esa actuación fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño…; se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente o de otra causa diferente"[7]."*

De la providencia en cita, la cual recoge a su vez el precedente jurisprudencial sobre las reglas que deben observarse para determinar una presunta falla en el servicio médico, se pueden extraer las siguientes conclusiones o premisas sobre el título de imputación aplicable y la carga de la prueba: *(i) Los litigios sobre falla médica se deben absolver bajo el régimen subjetivo de responsabilidad, esto es, falla probada; (ii) La carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad administrativa recae sobre la parte demandante; (iii) Es posible acudir al medio probatorio de los indicios para probar los elementos de responsabilidad y (iv) la sola demostración de las actuaciones u omisiones de la prestación médica debida no es suficiente para imputar daños al Estado".*

El indicio, según lo ha definido el Consejo de Estado[8] con base en la doctrina, consiste en deducir un hecho desconocido a través de inferencias lógicas partiendo de un hecho indicador.

---

3 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, SUBSECCIÓN B, Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth, Bogotá D. C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012).

5 Ver, entre otras las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; de 31 de agosto de 2006, exp. 15.238, de 30 de noviembre del mismo año, exp. 15201, la proferida en la misma fecha dentro del exp. 25063; y la de 23 de abril de 2008, exp. 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

7 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Además, es necesario complementar cuáles son los deberes probatorios que debe cumplir quien demanda reparación por fallas en el acto médico; y en tal sentido, el Consejo de Estado[9], remitiendo a jurisprudencia de la misma Corporación[10] ha expresado:

> *"En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal".*

La *"falla"* hace referencia a la transgresión o incumplimiento de los deberes normativos a cargo de la entidad estatal, o como en el caso del acto médico, cuando no se aplica en debida forma un protocolo clínicamente establecido y autorizado en el país.

Debe aclararse eso sí, que, "*En materia del acto médico, y de la responsabilidad derivada de su concreción, lo relevante no es el yerro en sí mismo - pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta-, sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del diagnóstico o del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna"*[11].

Es decir, se trata de "*establecer no la relación causal entre un suceso y su efecto, sino para determinar si el comportamiento de las entidades o instituciones demandadas fue relevante en el plano fáctico en la concreción del resultado, bien porque fue irrogado directamente (acción) o por la abstención en la práctica y realización de los diferentes protocolos médicos de acuerdo con la lex artis y, de manera específica, la denominada lex artis ad hoc, es decir, las obligaciones que tiene el galeno para con su paciente en el caso concreto"*[12].

Ahora bien, para tener certeza sobre la existencia o no de una falla médica dadas las circunstancias del caso, exige del operador jurídico un análisis más exhaustivo de los medios probatorios con los que se cuenta, más aún en el presente caso, donde no se aportó experticia alguna. No obstante, el Consejo de Estado[13], vía jurisprudencial ha abierto el camino al juez administrativo para que acuda a la literatura científica de instituciones médicas, autores o incluso páginas web reconocidas, para efectos de tener claridad sobre conceptos médicos complejos:

> *"(…) el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa."*

---

[8] *"(…) el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. Es así como desde 1894, el insigne tratadista Carlos Lessona, enseñaba, refiriéndose a la estructura del indicio que este: "…se forma con un razonamiento que haga constar las relaciones de causalidad o de conexión entre un hecho probado y otro a probarse…"; o en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "el hecho conocido o indicador debe estar plenamente demostrado en el proceso, esto es, debe ser un hecho que tenga certeza jurídica y que sirva de base para a través de inferencias lógicas realizadas por el juez en el acto de fallar, permitan llegar a deducir el hecho desconocido". (…) Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto."* Consejo de Estado, Sección Tercera, consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., 13 de junio de 2013, Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00998-01(25180).

[9] Consejo de Estado, Sección Tercera, consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, 26 de enero de 2012. Radicación número: 19001-23-31-000-1998-01005-01(21726). Actor: JULIETD RIVERA MORCILLO Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN.

[10] Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. Exp 18.364.

[11] Consejo de Estado. Radicación interna: 22163, marzo 28 de 2012, MP. Enrique Gil Botero.

[12] *Ibídem.*

[13] *Ibídem.*

La información consultada no funciona jurídicamente como un medio autónomo y adicional de prueba, dado que, si se toma de esa manera, significaría una violación al debido proceso y al derecho de defensa de la parte accionada, quien no ha tenido la oportunidad de contradecir los mismos, sino como un complemento de las pruebas que oportuna y en debida forma se practicaron en el proceso.

TERCERA: Juicio de responsabilidad- valoración probatoria.

La demanda fue presentada con la pretensión de que se indemnice a los accionantes por la presunta falla en la atención médica brindada al menor de edad JCVV, quien luego de una caída sufrida en su casa de habitación fue llevado a urgencias de la E.S.E CENTRO 1 del municipio de Piendamó, donde fue atendido por la lesión sufrida en el pie derecho, suturando la herida sin percatarse de un corte en el tendón del pie, dejando así al niño con impedimento y secuelas en su movilidad.

Los apoderados de las entidades accionadas señalaron que sus representadas no son responsables de la falla originaria de la demanda, argumentando, la E.S.E. CENTRO 1, que brindó la atención médica debida y oportuna de conformidad con los síntomas que presentó el paciente al momento del ingreso. Las otras tres entidades demandadas aseguraron que no prestaron el servicio de salud al paciente y que no influyeron por contera en ningún momento en la ocurrencia de los hechos, razón por la cual no deberían responder por el daño causado.

En este contexto pasamos a decidir.

De cara a las pruebas debidamente recaudadas y practicadas en el proceso, encontramos que el daño antijurídico, comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, lo constituye en este caso la omisión de auscultar debidamente el pie derecho del paciente JCVV en la primera atención médica brindada en la ESE CENTRO 1 – Piendamó, lo que a la postre le causó pie caído.

En cuanto al análisis de imputación de la responsabilidad a las entidades accionadas, se hace necesario revisar la historia clínica del niño, encontrando acreditados los siguientes aspectos:

- Ingresó por urgencias a la E.S.E CENTRO 1 de Piendamó el 12 de enero de 2015 debido a una caída en su casa de habitación que le generó una fractura y herida abierta en su pie derecho. Fue atendido y tratado, dado de alta el día siguiente:

  > *"Fecha de ingreso: 12 de enro de 2015*
  > *Fecha de egreso: 13 de enro de 2015*
  > *NOTA DE EVOLUCIÓN*
  > *1. HERIDA EN PIE DERECHO SUTURAD*
  > *a quien se le realizó rafia de herida con rpolene 3.0 #10 puntos, quien toleró procedimiento actualmente en buen estado, sin alteración hemodinámica, sin alteraciones neurológicas, signos vitales fc 100, fr 20. T*36, por tal motivo se decide otorgar alta medica*
  > *PLAN.- 1. Alta médica. 2. Fórmula médica (…)".* (Así fue escrito).

  Igualmente, fue atendido el 27 de enero de 2015, fecha en que fue remitido a un nivel de complejidad superior:

  > *"Fecha de ingreso: 27 de enero de 2015*
  > *Fecha de egreso: 27 de enero de 2015*
  > *MOTIVO DE CONSULTA*
  > *"Arrastrar al caminar"*
  > *Paciente que acude con su padre refiere que hace 14 días sufre una herida en dorso de pie derecho, cuando le cae accidentalmente un vidrio, se le realiza sutura de herida y sale con curaciones diarias, ahora el padre lo trae por caminar con el pie caído.*

> *Herida en cicatrización en dorso de pie derecho en regio anterior de articulación de tobillo, pie caído, imposibilidad para la flexión del pie derecho.*
>
> *DESTINO: Remisión de otro nivel de complejidad*
> *DIAGNOSTICO DEL EGRESO: T 935 -secuelas de traumatismo de tendón y musculo de miembro inferior-".* (Así fue escrito).

- Está efectivamente probado que fue atendido en el Hospital Susana López de Valencia, por complicaciones con su lesión, fue intervenido en dos ocasiones, y según su historial clínico, se puede evidenciar que cuando fue atendido por urgencias en NIVEL I, E.S.E CENTRO 1, los galenos que atendieron al niño no se dieron cuenta de la gravedad de la lesión que presentaba. Veamos:

> "*enero 27 de 2015: Remitido de nivel 1 con diagnóstico de traumatismo de tendón flexor de pie derecho. -*
>
> *Enfermedad actual: cuadro clínico de 15 días de evolución consistente en trauma cortante con espejo en tobillo derecho, consultó a nivel 1 donde se realizó sutura y se dio egreso. Hace 8 días se retiran los puntos y notan incapacidad del menor para realizar apoyo de la extremidad. Además, pie caído.*
>
> *Examen físico: cicatriz en tobillo derecho. - evidencia de pie caído y limitación para la marcha*
>
> *Enero 28 de 2015.- pediatría dr. Velasco. Paciente con trauma del tendón flexor de pie derecho la cual no fue detectada inicialmente al suturar la piel. - se encuentra pie caído y herida cicatriz sana. -*
>
> *Enero 29 de 2015: post quirúrgico de curetaje tenorrafia y neurorrafia ETC. Desbridamiento profundo de pie derecho*
>
> *Abril 21 de 2015. Se realiza nueva tenorrafia".* (Así fue escrito).

Con posterioridad a las intervenciones quirúrgicas, el niño debió asistir a citas de ortopedia y a terapias físicas para mitigar su limitación de movilidad y recuperarse de su lesión, para ser finalmente valorado por el Instituto de Medicina Legal, organismo que, al examinarlo, determinó con una incapacidad médico legal de 35 días y una deformación permanente en el pie derecho.

Respecto de lo anterior, es importante mencionar que del historial clínico resulta evidente la omisión del personal médico que atendió al niño en un primer momento en la E.S.E CENTRO 1, dado que, no se realizó una valoración profunda de la lesión con la que llegó el paciente, sino que se le dio un trato superficial, desechando la posibilidad de percatarse de la afectación al tendón flexor que posteriormente lo llevaría a intervenciones quirúrgicas para intentar su corrección.

Ello, por cuanto, a pesar que en la historia clínica se lee claramente que la madre del paciente refirió que la lesión fue causada por un vidrio, el personal médico dio un trato de herida superficial (limpieza y sutura), siendo que por tratarse de un paciente pediátrico y haber causado la lesión un objeto cortopunzante que en sí mismo entraña la posibilidad de afectar músculos, tendones y nervios, ha debido tenerse un máximo cuidado y aplicar un protocolo cuya observación permitiera comprobar si el corte de piel comprometió estructuras internas fundamentales, como en efecto ocurrió con el tendón.

Era esa primera atención de urgencias el momento idóneo para llevar a cabo una adecuada exploración y valoración de la herida, para determinar posibles afectaciones de estructuras internas y/o su compromiso anatómico, por el tipo de agente causal (descrito como objeto cortopunzante en la historia clínica).

Entonces, si bien es cierto que no fue la E.S.E CENTRO 1 la que produjo el daño en el tendón flexor del niño, pues este tuvo origen en la caída que sufrió en su residencia, sí lo extendió en el tiempo, toda vez, que, los galenos suturaron la herida sin percatarse de la gravedad de la lesión. Esa negligencia médica, es la generadora de la falla en el servicio, pues no trataron la lesión con la pericia que ameritaba el caso médico, dada la magnitud de la misma, lo que afectó al niño en su integridad física y moral y a su grupo familiar, teniendo en cuenta la corta edad del paciente para la época de los hechos.

Ahora, respecto de la responsabilidad del Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, este despacho no encuentra prueba alguna de su injerencia en los hechos, tampoco se probó alguna relación de causalidad entre la ocurrencia del daño al niño y el actuar de estas entidades, y mucho menos de sus funciones, si se tiene claro que el daño ocurrió en la prestación del servicio médico propiamente dicho, actividad que dista de las funciones constitucional y legalmente asignadas a estas entidades del orden nacional. Por contera, se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva de estas entidades públicas.

Igual suerte correrá para EMSSANAR E.S.S., pues como empresa promotora del servicio de salud, su función es administrativa y no médico asistencial, siendo necesario recordar que en el presente caso no se imputa un servicio tardío por demoras en la autorización de terapias e intervenciones, o trámites administrativos similares, que haya contribuido al detrimento de la salud del paciente, y aunado a ello, recordemos que el infante fue atendido por nivel de urgencia, no requiriendo por tanto autorización alguna para ser tratado, conforme lo prevé el artículo 12 del Decreto 4747 de 2007.

En conclusión, el daño antijurídico es atribuible a la Empresa Social CENTRO 1, por sustraerse de brindar una atención adecuada y oportuna respecto de la lesión del menor de edad JCVV, pues aunque el personal médico no causó la primigenia afectación del tendón flexor, se sustrajo de realizar una exploración y valoración adecuada sin miramiento a que la herida fue causada por un elemento cortante (vidrio), fue de tal magnitud que requirió 10 puntos de sutura y el paciente era un infante (paciente pediátrico) que poca o ninguna información podía proporcionar a los galenos, siendo entonces que estos debían con base en su conocimiento y ayudas diagnósticas auscultar la herida para brindar un diagnóstico lo más acertado posible y su consecuente tratamiento. Tal omisión generó la limitación en la marcha por pie caído y el sometimiento del niño al tratamiento quirúrgico y terapéutico posterior.

CUARTO: Los perjuicios.

En la demanda se solicita se condene a las entidades accionadas al reconocimiento de perjuicios del orden material e inmaterial.

4.1.- Perjuicio moral.

El apoderado de la parte demandante solicita para el afectado directo y sus padres el equivalente a 100 SMLMV para cada uno, y 50 SMLMV para sus abuelos maternos y paternos; pero no existe prueba de esos perjuicios, y tampoco se solicita daño a la salud respecto del afectado directo.

De conformidad con las reglas de la experiencia, la enfermedad de un ser querido causa dolor y tristeza a sus familiares. En tal sentido, el Consejo de Estado[14] ha dicho que el mismo se presume respecto de algunos de los perjudicados, así:

> *"En materia de perjuicios morales, la Sección Tercera ha sostenido, con fundamento en el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que éste tipo de perjuicios se presumen cuando se trata de los padres, los hijos, el cónyuge y los hermanos menores, siempre que se pruebe el parentesco. En otras palabras, la*

[14] Consejo de Estado. Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil (2000), Radicación número. 10867.

> *presunción del perjuicio moral solo opera respecto de los parientes cercanos, quienes se consideran así, hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil cuando se prueba el parentesco"*[15].

En providencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente nro. 31172, estableció que para el caso de lesiones debe probarse su gravedad a la hora de otorgar el reconocimiento de estos perjuicios:

> *"… 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.*
>
> *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). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%. …"* (Se destaca).

Entonces, se busca con la indemnización de este perjuicio compensar el dolor y la angustia que se ha causado a las víctimas directas e indirectas, su monto dependerá de la gravedad o levedad probadas de acuerdo con los cinco rangos fijados por la jurisprudencia citada.

No obstante, en el presente caso no se ha logrado determinar de manera objetiva el grado de discapacidad que presenta la víctima directa, empero, el Consejo de Estado en sentencia de 12 de junio de 2014[16], trata el tema del *arbitrio juris* con base en el principio de equidad cuando ciertamente se prueba el daño antijurídico, pero no se tiene certeza de la afectación respecto de la tasación de los perjuicios, sin embargo, ello no es una limitante para reconocerlos:

> *"El arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de la responsabilidad, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, es decir, en aquellos eventos en que acreditado el daño antijurídico resulta insuficiente el material probatorio para la determinación del perjuicio, esto es, la cuantificación económica de aquél, razón que no resulta suficiente para que se niegue la reparación, sino que, por el contrario a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998, es imperativo que se cubra en su real y completa dimensión".*

Razón por la cual, aun sin prueba alguna del grado de invalidez de JCVV, esta autoridad judicial teniendo en cuenta que se acreditó la lesión y las secuelas, reconocerá indemnización por este concepto, así:

---

[15] Consejo de Estado. Sección Tercera, Consejero Ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00348-01(28259).

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 21324

JCVV (víctima directa) 30 SMLMV
JOSE TOMAS VALENCIA OCORÓ (padre) 30 SMLMV
NOHEMI VALENCIA ESTERILLA (madre) 30 SMLMV
TOMAS VALENCIA RODRIGUEZ (abuelo) 15 SMLMV
ANA JOSEFA OCORÓ (abuela) 15 SMLMV
MIRIAM ESTERILLA GARCÍA (abuela) 15 SMLMV
HENRY VALENCIA GRUESO (abuelo) 15 SMLMV

4.2.- Perjuicio material – daño emergente – lucro cesante.

Por concepto de perjuicios materiales los demandantes solicitan el reconocimiento de 50 S.M.L.M.V, por daño emergente y 50 S.M.L.M.V por lucro cesante, para cada uno de ellos, por los gastos de desplazamiento, medicamentos y gastos médicos en general que les tocó cubrir por los hechos acaecidos el 12 de enero de 2015, en los cuales resultó afectado el menor JCVV.

El artículo 1614 del Código Civil, en el capítulo de obligaciones y contratos regula los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en los siguientes términos:

> *"Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento".*

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia dictada dentro del proceso con radicado interno nro. 44923 del 17 de septiembre de 2018[17], señaló:

> *"El actor solicitó por concepto de lucro cesante como administrador de unos establecimientos de comercio, el equivalente a (…) correspondientes al tiempo que cesó en sus oficios durante la detención. (…) Sin embargo, el actor no aportó elementos de convicción que permitieran inferir su ocupación laboral como administrador de establecimientos de comercio o de la planta de tratamiento de agua referida, circunstancia que impide reconocerle en esta sentencia tales erogaciones en forma distinta a las ya reconocidas por esta Corporación en donde se ha establecido que una persona en edad activa laboral, percibe al menos un salario mínimo legal mensual vigente, que será fijado con base al año 2018 e indemnizado por el periodo que permaneció detenido".*

En el expediente no obra prueba de erogación alguna consecuencia de los hechos en que se sustenta la demanda, razón por la cual no se puede reconocer suma alguna por este concepto a los accionantes.

En cuanto a la indemnización pretendida por los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, por suma equivalente, estos igualmente serán negados, toda vez, que para que proceda su indemnización, el perjuicio, debe ser cierto, como quiera que un perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna; para el caso, no es viable reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos de la víctima directa, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y además en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el afectado hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres, o a sus abuelos.

Finalmente, echa de menos esta jueza que en la demanda no se haya solicitado el reconocimiento indemnizatorio por daño a la salud, el cual, a pesar de estar acreditado con el historial clínico y la valoración médico legal, no es plausible reconocer oficiosamente por tratarse de justicia rogada.

---

[17] Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección B. C.P. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO (E). Radicación: 25000-23-26-000-2006-00914-01.

QUINTO. La responsabilidad de la entidad llamada en garantía.

Por último, en lo que atañe al llamamiento en garantía efectuado por E.S.E CENTRO 1 a la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A., es pertinente analizar su situación en el litigio, es decir, la calidad que ostenta, según el pacto contractual previo; y de allí, determinar si tiene obligaciones con la primera, por razones indemnizatorias.

Tenemos que la vinculación al tercero tuvo lugar en el proceso, toda vez, que, la entidad demandada suscribió póliza el 14 de enero de 2014 fecha en que fue expedida la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional no. 40-03-101000194, siendo tomador y asegurado la ESE CENTRO 1, riesgo "actividades clínicas y hospitales" y amparo "perjuicio patrimonial" "errores u omisiones". La vigencia del seguro corrió desde el 27 de enero de 2014 al 27 de enero de 2015.

Así, revisada la cobertura de la póliza en mención, y comoquiera que los hechos que dieron origen al *sub examine* tuvieron ocurrencia el 12 de enero de 2015, esto es, en el tiempo de cobertura del aseguramiento, se procederá a hacerla efectiva, en aras de que la compañía concurra al pago de la condena que se impone al tomador de la misma.

Es necesario recordar que las valías que por concepto de perjuicio deba pagar el asegurado a la víctima -beneficiario en la relación contractual de seguro de responsabilidad- constituye un daño emergente para el asegurado, que deberá ser cubierto por el asegurador, por no estar dentro de sus exclusiones, además de ser el objeto nodal del contrato de seguro, dejar indemne el peculio del asegurado.

Concerniente al límite de la asegurabilidad, ha de aludirse al canon 1079 del Código de Comercio según el cual: *"El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada"*. De modo que, desbordado el límite de la suma asegurada, correspondería a la ESE CENTRO 1 responder directamente, sin embargo, en la citada póliza se tiene como valor asegurado, la suma de $ 350.000.000, lo que permite el amparo absoluto de la condena hoy impuesta, de suerte que será la compañía aseguradora la que responderá por la totalidad del monto impuesto como tal.

3.- COSTAS.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En el presente asunto no se condenará en costas a la entidad vencida en juicio, toda vez, que, no todas las pretensiones de la demanda prosperaron. Lo anterior con fundamento en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la excepción de "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", propuesta por la defensa técnica de la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y por la defensa técnica de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones de "*responsabilidad médico legal derivada de la prestación de servicios médico asistenciales por parte de la ips tratante", "exoneración de la responsabilidad de la eps frente a la prestación del servicio de salud de la ips", "ausencia de responsabilidad por parte de EMSSANAR ESS, "inexistencia del nexo de causalidad", y "causas atribuidas a un tercero"*, propuestas por la defensa técnica de la

ASOCIACION MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR ESS, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO 1, por la falla del servicio médico presentada en la atención médica brindada al menor de edad JCVV, entre el 12 de enero y el 21 de abril de 2015, según se expuso en esta providencia.

CUARTO: Condenar a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO 1 a reconocer por concepto de perjuicio moral, a favor de cada uno de los siguientes accionantes, las siguientes sumas de dinero en salario mínimo legal vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia:

- Para JCVV (víctima directa) 30 SMLMV
- Para JOSE TOMAS VALENCIA OCORÓ (padre) 30 SMLMV
- Para NOHEMI VALENCIA ESTERILLA (madre) 30 SMLMV
- Para TOMAS VALENCIA RODRGIUEZ (abuelo) 15 SMLMV
- Para ANA JOSEFA OCORÓ (abuela) 15 SMLMV
- Para MIRIAM ESTERILLA GARCÍA (abuela) 15 SMLMV
- Para HENRY VALENCIA GRUESO (abuelo) 15 SMLMV

Condena que será trasladada a la compañía aseguradora llamada en garantía, conforme se indicará en el siguiente ordinal de esta providencia.

QUINTO: Condenar a la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A., a pagar a los demandantes la totalidad de la condena impuesta en esta sentencia en favor de los mismos, hasta el límite del valor asegurado según la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional no. 40-03-101000194 expedida el 14 de enero de 2014.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

OCTAVO: Se dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA

NOVENO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, y para tales efectos se tendrán en cuenta las siguientes direcciones de correo electrónico: mavv0708@hotmail.com; tomasvalencia.abogado@gmail.com; jescallon@minsalud.gov.co; richardvillota@emssanar.org.co; correointernosns@supersalud.gov.co; snsnotificacionesjudiciales@supersalud.gov.co; diego.perezp@supersalud.gov.co; info@esecentro1.gov.co; gerencia@esecentro1.gov.co; notificacionesjudiciales@esecentrouno.gov.co; edamaris@hotmail.com; martha.tobar0110@gmail.com; y mapaz@procuraduria.gov.co;

En firme esta providencia entréguese copia de la misma con constancia de ejecutoria a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz del artículo 114 del Código General del Proceso, y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza

Firmado Por:

Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008

Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
587836a88bbafb1306eb443e9482902d3e60746673e82b12fd57aa6a4af79b3c
Documento generado en 31/03/2022 09:59:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica