



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

RADICADO	73001-33-33-753-2014-00190-00
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	MARIA DORIS ORTEGÓN ORJUELA y OTROS
DEMANDADO:	HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL – TOLIMA Y EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD –EMCOSALUD.
ASUNTO:	FALLA MEDICA

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187, del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa promovieron los señores **HENRY ROJAS TRIANA, MARIA DORIS ORTEGÓN ORJUELA Y DORIS CRISTINA ROJAS ORTEGÓN** en contra del **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL – TOLIMA** y la **EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD – EMCOSALUD -**.

1. PRETENSIONES

1.1 DECLARAR a la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD” responsable administrativamente de los perjuicios causados con ocasión de los hechos que sirven de fundamento a la demanda.

1.2. DECLARAR al HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL responsable administrativamente de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de los hechos que sirven de fundamento a la demanda.

1.3. Como consecuencia de ello se ordene solidariamente a los demandados el pago o indemnización de perjuicios integrales causados por los siguientes conceptos y cuantía:

A favor de **HENRY ROJAS TRIANA**

Materiales: La suma de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)

Fisiológicos o afectación a su vida de relación: el equivalente en moneda nacional a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Morales: El equivalente en moneda nacional a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Perjuicios morales a favor de MARIA DORIS ORTEGÓN ORJUELA en calidad de cónyuge y DORIS CRISTINA ROJAS ORTEGÓN en calidad de hija, para cada una de ellas el equivalente a 80 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. HECHOS

Como fundamento de las anteriores pretensiones, el apoderado judicial de los demandantes puso de presente los siguientes **hechos**:

2.1. Que el señor Henry Rojas Triana nació el 12 de octubre de 1944, presentaba una paraparesia como consecuencia de un trauma raquimedular por lo que caminaba apoyado en muletas, pero a pesar de ello era conocido en el Municipio de El Espinal como un docente de historia universal, geografía, ética, religión y filosofía, con títulos profesionales como licenciado en filosofía e historia de la Universidad Santo Tomas y especialista en Edumática de la Universidad Autónoma de Colombia.

2.2. Que el 27 de julio de 2012, el señor Henry Rojas Triana asistió a una cita odontológica en la sede de la EPS EMCOSALUD en el municipio de El Espinal, y luego de ser atendido, encontrándose en el pasillo o sala de espera, cuando se disponía a abandonar el recinto, sufrió un resbalón y cayó sentado sobre el lado derecho de su cuerpo, sin recibir en ese momento ningún tipo de atención médica, pese a encontrarse dentro de las instalaciones de la referida EPS, y donde se prestaba en esa jornada consulta por medicina general.

2.3. Que hasta el día de su lesión, el actor desarrolló su vida social, familiar y afectiva con total independencia; contrajo nupcias con la señora MARIA DORIS ORTEGÓN ORJUELA el 25 de abril de 1974 y fruto de dicha unión nació DORIS CRISTINA ROJAS ORTEGÓN el 21 de diciembre de 1976.

2.4. Que el demandante sufrió una caída desde su propia altura, la cual es atribuida a la calidad del piso existente en la sala de espera de EMCOSALUD, la cual representaba un riesgo permanente para quienes ingresaban allí, debido a que tiene una superficie lisa o resbaladiza, contrariando las normas de seguridad y optimización para la atención de los usuarios en los establecimientos públicos y/o privados prestadores del servicio de salud, establecidas en la Resolución 4445 de 1996, expedida por el Ministerio de Salud, donde se determina el uso de pisos o superficies antideslizantes, incumpliendo así la demandada el deber de controlar los factores de riesgo en la prestación de los servicios de salud.

2.5. Que la referida caída le impidió al demandante afianzar su pierna derecha presentando fuertes dolores en la extremidad, hasta el punto que para el 02 de agosto ya no podía caminar ni realizar por sí mismo el más mínimo desplazamiento, por lo que se dirigió al servicio de urgencias del Hospital San Rafael donde le realizaron una radiografía en la que se observa una fractura no desplazada en el cuello del fémur derecho, por lo que fue remitido al ortopedista y se ordenó su hospitalización.

2.6. Que en atención a su minusvalía, según el Dr. Luis Francisco Restrepo Suárez, no se debía realizar ningún procedimiento quirúrgico, por lo que debía seguir así, con control dentro de los 3 meses siguientes.

2.7. Que ante la solicitud de cambio de ortopedista, el 08 de septiembre de 2012, el Dr. Ronald Ortíz Rodríguez valora al demandante, indicándole que debía esperar para que el hueso pegara por sí sólo.

2.8. Que el 3 de noviembre de 2012, fue atendido por José Alberto Isaza Zuluaga, quien manifestó que con la primera radiografía, sólo era ponerle un clavo de fijación evitando así posterior desplazamiento, generando orden para Junta de Médicos Asociados de la Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, donde le dieron cita para el 13 de diciembre, quienes ordenaron exámenes y programación para cirugía el 7 de febrero de 2013, denominada reemplazo protésico total de cadera con prótesis de revisión, tallo modular con reemplazo de calcar y copa constreñida.

2.9. Que el 07 de marzo de ese año, el demandante fue llevado nuevamente a cirugía en la Nueva Clínica San Sebastián de Girardot por presentar signos inflamatorios con luxación de prótesis de cadera y migración de componente acetabular.

2.10. Que el servicio prestado por el Hospital San Rafael de El Espinal, en cabeza de los médicos especialistas, Drs Luis Francisco Restrepo Suárez el 3 de agosto y Ronald Ortíz Rodríguez el 08 de septiembre, fue inadecuado, pues se abstuvieron voluntaria y negligentemente de ordenar la intervención quirúrgica necesaria o que se requería para evitar el desplazamiento óseo, ordenando un tratamiento ineficaz o nocivo para la salud, que vulneró su autonomía y atentó contra su dignidad, produciendo así perjuicios integrales en la víctima.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. HOSPITAL SAN RAFAEL DE EL ESPINAL. (fl. 108-116)

La entidad accionada manifiesta que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad toda vez que no se encuentra relación alguna a modo de nexo causal entre los daños presuntamente acaecidos al señor HENRY ROJAS TRIANA y el actuar diligente de la entidad hospitalaria accionada, que genere vulneración de derechos y por ende motive la respectiva reparación.

Afirma el apoderado judicial, que el Hospital accionado prestó los servicios en salud acorde con las necesidades respectivas, realizándolas a cabalidad, no recayendo en actuaciones negligentes ni desproporcionadas; agrega que los hechos señalados por la parte actora, no todos se ajustan a la realidad de lo acontecido, ni se ajustan a la verdad, constituyéndose en apreciaciones acomodadas.

3.2. EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD – EMCOSALUD - (Fls. 141-153)

Señala la entidad que en razón a la paraparesia que sufría el demandante, debía caminar apoyado en muletas, situación que lo hace responsable del cuidado de su salud, por lo que debía tener cuidados y recomendaciones especiales en su desplazamiento, ya que dicha situación lo hace vulnerable a padecer incidentes, siendo de su exclusiva responsabilidad la caída planteada, aunado a que dejó pasar 8 días después para solicitar la atención requerida.

Agrega, que el actor acusa que la situación ocurre debido a la superficie lisa del piso y que esto va en contravía de las normas de habilitación, lo cual es contradictorio ya que toda entidad que preste servicios al público, no solo de salud, debe cumplir con un mínimo de requisitos para ser habilitados por la entidad competente, es decir, la Secretaria de Salud Departamental, razones por las que si la sede adscrita con la entidad no cumpliera con las normas establecidas, no podría desarrollar sus labores.

Hace alusión el apoderado a que se configuró una culpa exclusiva de la víctima, hay inexistencia de nexo de causalidad y ausencia de culpa en la prestación de servicios médicos.

3.3. LLAMADA EN GARANTIA – ASEGURADORA CONFIANZA.

Manifiesta que se opone a las pretensiones ya que la póliza de responsabilidad no otorgó cobertura al lucro cesante ni al daño moral pretendido, debido a expresa exclusión de dicho perjuicio.

Afirma, que no se opone a que si se condena a EMCOSALUD, al pago de daño emergente como consecuencia de negligencia, imprudencia o impericia durante las actividades medicas como institución prestadora de servicios de salud.

Planteó varios medios exceptivos como los de indebida y excesiva tasación de perjuicios, ausencia de cobertura del daño moral pretendido en la demanda, ausencia de cobertura del lucro cesante, máximo valor asegurado – deducible-.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (Fls. 312-315)

El apoderado judicial de la parte actora manifestó que no está probado que a EMCOSALUD se le hubiera efectuado visita en el mes de julio de 2012, para que desarrollaran las labores propias de su objeto social, específicamente la aprobación de sus pisos, ya que el accidente se presentó porque los pisos no reunían las condiciones técnicas exigidas por la Resolución No. 4445 de 1996, expedida por el Ministerio de Salud.

Señala que se encuentra probado que el día en que Henry Rojas sufrió la caída desde su propia altura, no fue atendido por ninguna persona que formara parte del cuerpo administrativo o asistencial de la entidad demandada.

Manifiesta el profesional, que el cirujano especialista dictaminó la presencia de osteoporosis causada por el reposo en cama de 7 meses del paciente, desde la fractura; es decir, desde que se presenta la lesión inicial, la cual reflejaba una fisura, desatendida por los especialistas del Hospital San Rafael, quienes diagnosticaron y ordenaron reposo al paciente, sin tomar las medidas quirúrgicas necesarias para prevenir o impedir el desplazamiento óseo posteriormente presentado, y la complejidad de la lesión por la referida desatención, constitutiva de la falla del servicio imputada al ente demandado.

De los demás argumentos señalados se evidencia que son una ratificación de los señalados en la demanda.

4.2. Parte demandada.

4.2.1. EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD – EMCOSALUD - (fl. 316-318)

El apoderado judicial de la entidad solicita se nieguen las pretensiones de la demanda reiterando los argumentos expuestos en las excepciones planteadas.

Señala que no existe ninguna omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio ya que en el concepto emitido por el especialista en ortopedia, se consideró que por la condición neuromuscular del paciente no se consideraba beneficioso realizar procedimiento quirúrgico alguno.

Afirma, que la demandada obró con todos los cuidados, diligencia y prudencia, pero desde el inicio, las decisiones del señor Henry Rojas y su familia fueron las de manera voluntaria esperar y no acudir de manera inmediata a los servicio de salud, pese a los antecedentes médicos del mismo.

Indica el profesional que al paciente se le autorizó egreso hospitalario, con indicaciones y recomendaciones, pero posteriormente el paciente sufrió un desplazamiento en su fractura, lo cual se puede deducir que fue producto de la falta de cuidado y reposo del señor Triana, por no atender las recomendaciones dadas por los médicos tratantes y que tenía como riesgo el desplazamiento y/o ruptura del hueso en múltiples partes.

4.2.2. HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. DE EL ESPINAL (fl.301-306)

Manifiesta la apoderada, que las pretensiones de la demanda se deben denegar por carecer de asidero legal, ya que la atención ofrecida al paciente fue eficiente y oportuna; que no se configuran los elementos de la responsabilidad, puesto que el

señor Henry Rojas Triana solo ingresó al servicio días después del incidente que tuvo, por tanto la entidad hospitalaria atendió de manera oportuna, diligente y acorde al paciente, de acuerdo a sus necesidades.

Señala el profesional, que la ESE atendió al paciente por consulta externa en dos oportunidades, en virtud de su obligación y aplicando una adecuada atención acudió después de haber transcurrido más días de evolución, lo que en consecuencia evidencia la baja gravedad que presentaba el señor Rojas.

Señala que la gravedad del paciente no se generó en el hospital accionado sino en lugares diferentes, esto es, donde fue operado, luego la atención brindada por la ESE estuvo acorde a la lex artis, esto es, se dio un tratamiento médico conforme a los procedimientos médicos, pues se trató de un suceso imprevisible, el cual puede ser considerado como un eximente de responsabilidad ya que se enmarca dentro del caso fortuito.

4.2.3. LLAMADA EN GARANTIA – ASEGURADORA CONFIANZA (fl. 307-311)

Afirma la apoderada de la entidad aseguradora, que se presenta una indebida y excesiva tasación de perjuicios sin tener en cuenta la diferenciación que hace la doctrina y la jurisprudencia, aunado a que no existe soporte probatorio respecto del perjuicio material de daño emergente reclamado.

Frente al llamamiento en garantía hace la misma relación de afirmaciones señaladas en el escrito de demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Procede el despacho a determinar ¿si el **HOSPITAL SAN RAFAEL DE EL ESPINAL y EMCOSALUD** son responsables administrativa y patrimonialmente por los perjuicios morales y patrimoniales reclamados por la parte demandante con ocasión a la caída sufrida por el señor HENRY ROJAS TRIANA en las instalaciones de EMCOSALUD, así como el inadecuado e incorrecto tratamiento médico brindado por la ESE que conllevó al desplazamiento óseo del cuello del fémur derecho del señor Rojas, posterior cirugía y deterioro en su salud, configurándose así una falla en la prestación del servicio médico; y si se accede a lo pedido, si le asiste algún tipo de responsabilidad a la **ASEGURADORA CONFIANZA** como llamada en garantía?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 Tesis de la parte accionante

Argumenta que debe declararse responsable a las entidades accionadas por cuanto incurrieron en una falla del servicio; EMCOSALUD por su parte al incumplir las

disposiciones de la Resolución No. 4445 de 1996 del Ministerio de Salud, por no tener pisos antideslizantes en su estructura física, lo que constituyó la causa eficiente de la caída del actor que generó la fractura de cabeza de fémur derecho; y el Hospital San Rafael de El Espinal por no haber ordenado la realización oportuna del procedimiento quirúrgico en razón a la fractura sufrida y que posteriormente le fue practicado por Médicos Asociados S.A Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, constituyendo un diagnóstico inoportuno y equivocado.

6.2. Tesis de la parte accionada

6.2.1. Empresa Cooperativa de Servicios de Salud – EMCOSALUD

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda al considerar que en el presente asunto no se presentó falla del servicio alguna, en primer lugar por cuanto EMCOSALUD cumplía con los requisitos de habilitación para prestar el servicio de salud; y de otra parte, por cuanto el servicio médico prestado se ajustó a la patología sufrida por el paciente, quien no demostró haber tenido el cuidado que se recomendó para el proceso de la recuperación de fractura que sufrió.

6.2.2. Hospital San Rafael de El Espinal

Señala que los servicios prestados al paciente se dieron de forma eficiente, oportuna, diligente y acorde a las necesidades requeridas, aplicando una adecuada atención; que su gravedad no se generó en el hospital accionado sino donde fue operado, por tanto la atención brindada por la ESE estuvo acorde a la lex artis, esto es, conforme a los procedimientos médicos y de acuerdo con las condiciones particulares y específicas del actor.

6.2.3. Llamada en Garantía – Aseguradora Confianza

Manifiesta que la póliza de responsabilidad no otorgó cobertura al lucro cesante ni al daño moral pretendido, sin embargo no se opone a que se condene a EMCOSALUD al pago de daño emergente como consecuencia de negligencia, imprudencia o impericia durante las actividades medicas como institución prestadora de servicios de salud.

6.3. Tesis del despacho

En orden a lo anterior, y conforme al material probatorio aportado al plenario, se negaran las pretensiones de la demanda, como quiera que no se acreditó un error en el diagnóstico o una omisión constitutiva de la supuesta falla en la cual habría incurrido la entidad demandada; aunado a que no se demostró que la prestación del servicio médico brindado fuese inoportuno o errado, en el entendido que la actividad médica es de medio y no de resultado.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

No.	HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1	El señor Henry Rojas Triana nació el 12 de octubre de 1944	Documental. Copia registro civil de nacimiento (Fl. 4)
2	El señor Henry Rojas Triana era licenciado en filosofía e historia	Documental. Copia de título emitido por Universidad Santo Tomas (fl. 5)
3	El señor Henry Rojas Triana era especialista en EDUMATICA	Documental: Copia de acta de grado de la Universidad Autónoma de Colombia (fl. 6)
4	El señor Rojas Triana contrajo matrimonio con la señora María Doris Ortigón el 25 de abril de 1974.	Documental: Copia registro civil de matrimonio (fl. 7)
5	Doris Cristina Rojas Ortigón era hija de Henry Rojas Triana.	Documental: Copia registro civil de nacimiento (fl. 8)
6	El señor Henry Rojas Triana acudió al servicio de urgencias el 02 de agosto de 2012, donde se indica <i>“paciente de 67 años, con cuadro clínico de 3 días de evolución, con paraparesia quien cursa con trauma en miembro inferior derecho difícil evaluar sensibilidad y movilidad, presenta edema en la pierna y equimosis en la región lateral del muslo por lo que se indica rx de pierna y de muslo...al revisar la radiografía se indica no hay presencia de fracturas se evidencia deformidad en tobillo derecho de fractura antigua sin embargo refiere que persiste con mucha limitación...por lo que se indica rx de cadera derecha.</i> El Ortopedista deja anotación en historia clínica: <i>“paciente con antecedente de paraplejia secundaria a trauma por accidente de tránsito hace 40 años, en el momento con cuadro de fx de cuello de fémur derecho, se considera que por su condición neuromuscular no se considera beneficioso realizar procedimiento quirúrgico, se explica al paciente la naturaleza de su lesión riesgos y se dan recomendaciones, el paciente acepta, se considera salida... recomendaciones reposo, no apoyo de extremidad”</i>	Documental: Copia de historia clínica de atención de urgencias del Hospital San Rafael ESE de El Espinal (fl. 9-19)
7	El 08 de septiembre de 2012, el Hospital San Rafael emite orden médica al señor Henry Rojas Triana de <i>consulta de control o seguimiento por medicina especializada...paciente en manejo ortopédico no quirúrgico se da orden de rx de caderas comparativas y control en un mes.</i>	Documental: Copia de orden médica (fl. 20)
8	Emcosalud asigna cita para el 03 de noviembre de 2012 donde se ordena cita para concepto de junta, siendo asignada a MEDICOS ASOCIADOS NUEVA CLINICA SAN SEBASTIAN – GIRARDOT -, quienes en valoración del 13 de diciembre de 2012 y	Documental: Copia de la Historia Clínica del Hospital Federico Lleras Acostas (Fl. 21-25)

	<p>luego de efectuar valoración indica <i>la única opción que queda para intentar recuperar su estado funcional anterior a la caída de hace cinco meses, en la cual era independiente en su marcha a pesar del uso de muletas y dentro de sus limitaciones, el paciente es muy claro en afirmar que se desplazaba solo, salía a la calle, hacia las diligencias del banco solo... replazo total de cadera, para lo cual es necesario utilizar una prótesis especial de revisión, con replazo de calcar y una copa constreñida, se ordena la cirugía, laboratorio, valoraciones pre quirúrgicas</i></p>	
9	<p>El 07 de febrero de 2013, se realiza cirugía de <i>replazo total de cadera con prótesis de revisión no cementada, tallo con replazo de calcar, copa no cementada con fijación de tornillos y cabeza modular de 36 mm con par de fricción metal polietileno, se rellena el calcar con injertos óseos obtenidos de la cabeza femoral...</i>el 11 de febrero de 2013 el paciente es dado de alta.</p>	<p>Documental: Copia de historia clínica de Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián (fl. 26-28)</p>
10	<p>El 03 de marzo de 2013, el señor Henry Rojas Triana ingresa al servicio de urgencias de la Nueva Clínica San Sebastián Médicos Asociados, donde se diagnostica luxación de cadera derecha, infección del sitio operatorio, pop tardío de reemplazo de cadera derecha, por lo que es intervenido de nuevo el 07 de marzo de 2013 donde se <i>encuentra que la copa acetabular está completamente arrancada, junto con los tres tornillos de fijación, la calidad ósea es muy regular, hay gran cantidad defecto posterior en el acetábulo, por lo que se procede a retirar la copa y revisarla mediante la implantación de una copa cementada con un anillo de refuerzo acetabular tipo muller, se rellena el defecto acetabular con injertos óseos para lo cual se usa putty 10 cc y grafton 10 cc, se coloca una copa de polietileno con cabeza 28 constreñida...</i>con fecha de egreso 16 de marzo de 2013.</p>	<p>Documental: Copia de historia clínica de Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián (fl. 29-41)</p>
11	<p>El 16 de mayo de 2013 el señor Henry Rojas Triana ingresa al servicio de urgencias de la Nueva Clínica San Sebastián Médicos Asociados por aparición de masa violácea en región de cicatriz quirúrgica, valorado por ortopedista, quien considera manejo antibiótico endovenoso y realización de drenaje de colección, el cual se realiza el 17 de mayo; se da salida el 21 de mayo de 2013</p>	<p>Documental: Copia de historia clínica de Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián (fl. 42-46)</p>
12	<p>El señor Henry Rojas Triana falleció el 22 de septiembre de 2016</p>	<p>Documental: Registro civil de defunción (Fl.161)</p>

8. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: FALLA DEL SERVICIO MÉDICO

De acuerdo con el artículo 90 constitucional, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; responsabilidad que se hace patente cuando se configura un daño antijurídico, entendido este, como aquel sufrido por un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio¹.

Así, el Consejo de Estado ha señalado que los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son en esencia el daño antijurídico, esto es la lesión patrimonial o extra patrimonial sufrida por la víctima sin que tenga el deber de soportarla, y la imputación, como la atribución que de esa lesión se hace al Estado a partir de la acreditación de los títulos que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad.

En relación con la falla del servicio médico, en principio la jurisprudencia habló de un régimen basado en el deber de probar a cargo del actor del proceso judicial, de suerte que a quien correspondía acreditar la totalidad de los elementos que integran la responsabilidad extracontractual era al accionante, y a su vez, la entidad hospitalaria debería demostrar que su conducta fue diligente o cuidadosa.

Sin embargo, en 1992 dicho criterio fue revaluado por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, dándose campo a un régimen de presunción de la falla, al estimarse que la prueba de la diligencia y el cuidado correspondía al demandado en atención a la capacidad en que se encuentran los profesionales de la salud de satisfacer los cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos², dado sus conocimientos técnicos. De suerte que se estableció en cabeza de la entidad una presunción de hecho, que en términos del Doctor Enrique Gil Botero suponía “*prima facie, en cada caso concreto, que el daño antijurídico en la atención médico – hospitalaria (...) derivaba de la ocurrencia de una falla del servicio (...)*”³

No obstante, la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y las lagunas conceptuales de la misma, permitieron la postulación de una teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar.

En efecto, señaló el Consejo de Estado⁴, que las circunstancias relevantes para establecer la actuación debida o indebida de la administración tienen implicaciones técnicas y científicas y en tal medida habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos, siendo entonces necesario el dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

¹ Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

² Sentencia del 30 de julio de 1992. Consejo de Estado - Sección Tercera, M.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897.

³ Enrique Gil Botero. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2013, pág. 549

⁴ Sentencia del 10 de febrero de 2000. Sección Tercera, M.P. Alir Hernández Enríquez. Exp. 11878

Empero, de forma reciente la jurisprudencia del Alto Tribunal cambió su postura, haciendo énfasis en que es al actor a quien corresponde asumir la carga de probar los elementos de la responsabilidad, regresando al régimen general de la falla probada, que señala la obligación de acreditarse en el proceso todos los elementos que la configuran, a través de todos los medios probatorios legalmente aceptados, destacándose entonces la utilidad de la prueba indiciaria construida con fundamento en las demás pruebas que obran en el proceso, para demostrar el nexo causal entre la actividad médica y el daño. En este sentido, consideró el órgano de cierre:

“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 mas (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.”⁵

De manera que el régimen por excelencia para comprometer la responsabilidad de la administración como consecuencia de la actividad médica es la falla probada, siendo obligación de quien la alega, comprobar la actuación contraria a los postulados de la *lex artis*, o el funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico; siendo a cambio carga de la entidad, desvirtuar dichas imputaciones, a partir de la prueba de su ejercicio diligente y adecuado a las necesidades exigidas en cada caso. En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado:

*“La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.”⁶*

Por lo que no basta el cuestionamiento que hace el actor a la pertinencia o idoneidad de los procedimientos ejecutados por el personal médico de una entidad, pues a su cargo esta probar dichas falencias y la ocurrencia del perjuicio como consecuencia de las mismas, pudiendo para ello incluso recurrir a la prueba indiciaria dada la complejidad de los conocimientos científicos que involucra dicho debate, a fin de establecer la presencia de la falla endilgada.

⁵ Sentencia del 31 de agosto de 2006. Consejo de Estado, Sección Tercera, M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772.

⁶ Sentencia de marzo 22 de 2012 Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 23132

Así, para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, el accionante podrá hacer uso de todos los elementos probatorios legalmente permitidos, siendo los indicios la prueba por excelencia, dada la dificultad de obtener la prueba directa que compruebe la actuación contraria a los postulados de la *lex artis*, o el funcionamiento anormal del servicio médico, pues estos provienen de las pruebas documentadas y controvertidas dentro del proceso.

En orden a ello, entrara el Despacho a estudiar si se encuentra acreditado el daño antijurídico alegado en la demanda, y si el mismo resulta imputable a las accionadas, de modo que, se procederá al estudio de cada uno de los elementos que estructuran la responsabilidad por falla del servicio médico.

9. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

9.1 EL DAÑO

El daño ha sido concebido como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.

De lo visto en el proceso se tiene que el daño alegado por la parte actora consiste en la lesión sufrida por el señor Henry Rojas Triana, cuya configuración se evidencia en la historia clínica de atención de urgencias del 03 de agosto de 2012, por parte del Hospital San Rafael E.S.E. de El Espinal, donde se indica de manera clara la existencia de la fractura de cuello del fémur, diagnóstico emitido luego de que se le practicara al actor una radiografía de cadera derecha; por tanto el daño se encuentra debidamente demostrado y soportado.

9.2 LA IMPUTACIÓN

Ahora bien, la imputación jurídica es el componente que permite atribuirle a un sujeto determinado el daño reclamado, a partir no solo de la causalidad material, sino también en razón a criterios normativos, o como en este asunto, científicos, por lo que la posibilidad de imputar un daño a la administración depende del análisis del caso particular desde dos puntos de vista, el fenomenológico y el jurídico, a fin de establecer si le asiste al Estado el deber de reparar.

Para los casos de falla médica, la posición jurisprudencial, como se revisó antes, determina que debe hacerse un estudio de responsabilidad bajo el régimen de la falla probada del servicio, **en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda.**

De modo que en materia de responsabilidad médica, el elemento decisivo para determinar la imputabilidad del daño tiene que ver con el desbordamiento de lo que el paciente está obligado a asumir; así pues, ha advertido que lo único que le

corresponde soportar es la “consecuencia directa y exclusiva de la vulnerabilidad y mortalidad propias de la condición humana, así como de la concreción de los riesgos previsibles, conocidos y consentidos del acto médico”⁷.

Por lo que ha reiterado el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, que el paciente no se encuentra obligado a sufrir los efectos de una atención médica por debajo de los estándares éticos y científicos; como tampoco está en el deber de asumir las consecuencias naturales de la progresión de la enfermedad evitable por la ciencia, pues ni siquiera tiene que asumir el riesgo propio del acto médico si el mismo no ha sido consentido.

9.2.1. VALOR PROBATORIO DE LAS FOTOGRAFÍAS

Previo a continuar con el estudio del presente asunto, debe tenerse en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado⁸ respecto del valor probatorio que tienen las fotografías. Dicha Corporación señaló:

“no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición...para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios”.

En virtud de lo antes transcrito, es preciso indicar que las fotografías allegadas por la parte actora junto con la demanda, a través de las cuales se pretende demostrar la condición del piso de EMCOSALUD, no pueden ser tenidas en cuenta por el despacho con pleno valor probatorio, en atención a que si bien dan cuenta de varias imágenes, lo cierto es que no es posible determinar su origen, lugar ni época en que fueron tomadas, como tampoco se observa que hubiesen sido ratificadas con otro medio de prueba.

9.2.2. RESPONSABILIDAD IMPUTABLE A EMCOSALUD

En cuanto al aludido hecho dañoso, la parte actora sostuvo en primero lugar, que la lesión sufrida por Henry Rojas Triana se produjo por una caída desde su propia altura dentro de las instalaciones de la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD – EMCOSALUD-, ya que el piso de tal centro incumplía las exigencias señaladas en la Resolución 4445 de 1996, expedida por el Ministerio de Salud en cuanto al uso de pisos o superficies antideslizantes, pues dicha entidad, al parecer, al interior de sus instalaciones tenía un piso liso o resbaladizo, contrariando las normas de seguridad y optimización para la atención de los usuarios en los establecimientos públicos y/o privados prestadores de servicio de salud, lo que a juicio de la parte actora conllevó a la caída que causó el daño alegado.

⁷ Sentencia del 01 de agosto de 2016. Sección Tercera – Subsección B. Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01592-01(34578)

⁸ Sentencia del 15 de febrero de 2018, C.P Ramiro Pazos rad 05001233100020030399301 (44494)

Sobre tal normativa, evidencia el Despacho, que la Resolución 4445 de 1996, expedida por el Ministerio de Salud, por la cual se dictan normas para el cumplimiento del contenido del título IV de la Ley 09 de 1979, en lo referente a las condiciones sanitarias que deben cumplir las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y disposiciones técnicas y administrativas, en su capítulo VIII artículo 25 señala:

“...CAPITULO VIII. CONDICIONES GENERALES DE PISOS, CIELO RASOS, TECHOS Y PAREDES O MUROS

ARTICULO 25. DE LOS PISOS. En las instituciones prestadoras de servicios de salud, los pisos deberán cumplir, como mínimo, con las siguientes condiciones: 1. Ser impermeables, sólidos, resistentes, antideslizantes, de fácil limpieza y uniformes, de manera que ofrezcan continuidad para evitar tropiezos y accidentes. 2. Tener nivelación adecuada para facilitar drenaje. 3. De material que no transmita ruido ni vibración. 4. En los servicios quirúrgicos, obstétricos, de laboratorio, de esterilización, de bancos de sangre, salas de autopsias y donde se requiera un proceso de limpieza y asepsia más profundo, la unión con paredes o muros deberá llevar guardaescobas en media caña. 5. Estar contruidos de materiales conductivos conectados a polo de tierra en salas expuestas a la presencia de gases inflamables, cuando existan aparatos eléctricos y se pueda presentar interferencia en su funcionamiento, o disponer de un sistema similar...”

En consecuencia, es claro que todas las entidades prestadoras de salud deben cumplir con dichas condiciones, y los órganos de control junto a las autoridades sanitarias deben velar porque dichas normas se cumplan a cabalidad, y de no ser así deben tomar los correctivos procedentes, sanciones por desconocimiento normativo o cierre de la entidad prestadora de salud.

No obstante lo anterior, advierte el Despacho en el caso bajo estudio que no existe prueba alguna que logre demostrar el incumplimiento de tal disposición, pues si bien es claro que el señor Rojas Triana tuvo una caída que condujo a la fractura de su femur derecho, lo cierto es que dentro del proceso no obra medio probatorio alguno que permita determinar que esta ocurrió dentro de las instalaciones de **EMCOSALUD**, ni mucho menos que fue causada por el incumplimiento de las disposiciones de la mentada resolución, en el sentido de carecer dicha entidad de pisos antideslizantes, como lo afirma la parte actora.

Ahora, de la testimonial recepcionada dentro de la audiencia de pruebas, se tiene que tampoco existen elementos de juicio que permitan conocer las condiciones precisas en que ocurrió la caída aludida, pues la señora Kelly Johana Peña, afirmó que era vecina de los demandantes y les prestaba sus servicios personales como conductora, indicando en su versión que *“el día del accidente, yo soy vecina de ellos, yo le manejo el carro, los lleve a emcosalud, el entró con María Doris, cuando salieron de la cita la señora María me dijo que si podía ir porque el esposo se había caído, se resbaló, yo entre ayudarle a la señora porque en emcosalud no le prestaron servicio”*.

En consecuencia, la deponente no fungió como testigo presencial de los hechos, ya que no evidenció las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la presunta caída, ni tampoco tuvo conocimiento de las condiciones internas de la institución, ni mucho menos del estado o aspecto del piso, pues la misma declarante afirmó que sirvió de conductora y trasladó al señor Henry junto con su esposa a la entidad, pero que los esperó en la parte de afuera de la misma, mientras que aquellos ingresaron a la atención médica, y que se enteró de la caída porque su esposa así se lo hizo saber, más no porque hubiere presenciado el evento.

En tal sentido, se trata de una testigo de oídas que tan solo puede relatar las manifestaciones efectuadas por la esposa del lesionado, pues como ya se dijo, no ingresó al lugar donde presuntamente ocurrió la caída de donde proviene el daño alegado, por tanto no está en la capacidad de señalar las condiciones del piso de la entidad ni de indicar como ocurrió la caída del demandante.

Por su parte, el otro testigo, el medico CESAR AUGUSTO HOYOS DÁVILA en su declaración, afirmó que la sede EMCOSALUD de El Espinal *“cumplía con los requisitos para consulta externa pero no para urgencias”*, que dicha sede *“fue visitada por la Secretaria de Salud, estaban los distintivos de habilitación, soportes de revisión”*; se le realizó otra serie de preguntas sobre la calidad y condiciones de piso respecto de las cuales el testigo no emitió respuesta por carecer de conocimiento en tales asuntos.

Analizada dicha declaración, advierte el despacho que dicho testigo tampoco ofrece mayor información sobre las afirmaciones efectuadas por el actor, pues sus respuestas no son muy claras ni están íntimamente relacionadas con las afirmaciones señaladas por la parte actora.

Por otra parte, no existe prueba alguna con la cual se demuestre que la entidad EMCOSALUD fue investigada y/o sancionada por el incumplimiento a normas técnicas en sus instalaciones para su correcto funcionamiento, o que presentó alguna clase de cierre por dicho motivo.

Así las cosas, como quiera que no existe en el plenario medio probatorio que sirva de base para demostrar el daño alegado, y los existentes no logran probar las aseveraciones efectuadas en la demanda, está plenamente claro que tales aspectos no pasaron de ser simples afirmaciones, que carecen de respaldo probatorio, cuya carga estaba en cabeza únicamente de la parte actora conforme lo ha indicado de forma uniforme la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre, en razón al título de imputación y lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso.

Por tales razones, y desde este momento, el Despacho considera que habrán de denegarse las pretensiones de la demanda en lo que respecta a la entidad demandada EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD – EMCOSALUD-; en atención a ello, no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno respecto de los argumentos esgrimidos por la llamada en garantía.

9.2.3. RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL HOSPITAL SAN RAFAEL DE EL ESPINAL

En segundo lugar, la parte actora endilga responsabilidad al Hospital San Rafael de El Espinal por una presunta falla en el procedimiento y/o tratamiento a seguir por parte de los galenos que lo valoraron en las primeras atenciones médicas por servicio de urgencias y consulta externa, respecto a la lesión que padecía.

Debe señalarse en primer lugar, que la actividad médica y sus resultados, han sido catalogados por el Consejo de Estado de manera pacífica como obligaciones de medio y no de resultado. Frente a este asunto en reciente sentencia⁹ señaló:

“La práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la lex artis, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”. Es importante recordar que la imputación fáctica del daño y la falla del servicio no pueden ser analizadas desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que requieren ser estudiadas desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad operativa o funcional de la administración pública al momento de la producción del daño”.

En virtud de lo antes señalado por el Alto Tribunal procederá entonces el despacho al análisis de la situación médica y la atención brindada al señor Rojas Triana.

Al respecto y atendiendo la historia clínica del ya mencionado paciente, aportada por la entidad hospitalaria donde fue atendido, se debe resaltar de la misma los siguientes puntos importantes:

Que la primera atención por servicio de urgencias prestada al señor Henry Rojas Triana fue el 02 de agosto de 2012, donde el paciente refirió que había sufrido una caída de su propia altura, cuyo cuadro clínico de evolución era de 03 días, hecho que conforme lo enunciado en la demanda, ocurrió el 27 de julio de 2012, sin embargo el Despacho evidencia que existe una contradicción entre la información suministrada al ente hospitalario respecto de la señalada en el libelo demandatorio, toda vez que desde la caída del actor – 27 de julio – hasta la asistencia de servicio de urgencias, 02 de agosto, transcurrió un lapso superior a los 3 días indicados en el servicio de urgencias.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección “A”. Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 25 de septiembre de 2019. Radicado: 17001-23-31-000-2009-00325-01(49389)

También se observa, que en la misma atención médica, se dejó constancia que el paciente tenía 67 años de edad con antecedente de paraparesia quien se desplazaba con muletas; igualmente se dejó anotado que al demandante le realizaron una radiografía de cadera derecha indicándose, *cuadro de fx de cuello de fémur derecho*, respecto de la cual el Ortopedista, Dr. Luis Francisco Restrepo Suárez consideró que *“por su condición neuromuscular no se considera beneficioso realizar procedimiento quirúrgico, se explica al paciente la naturaleza de su función, riesgos, y se dan recomendaciones, el paciente acepta, se considera salida”*¹⁰.

Igualmente, se evidencia que de forma posterior EMCOSALUD, asignó cita de ortopedia y traumatología con el profesional José Alberto Isaza Zuluaga, quien realizó valoración el 03 de noviembre de 2012, ordenando cita para concepto de Junta¹¹; es así, que EMCOSALUD asignó a Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián de Girardot la valoración del paciente por medicina especializada de la Junta Médica.

La última de las entidades mencionadas en valoración efectuada el 13 de diciembre de 2012 señala que *“la única opción que queda para intentar recuperar su estado funcional anterior a la caída de hace cinco meses, en la cual era independiente en su marcha a pesar del uso de muletas y dentro de sus limitaciones, el paciente es muy claro en afirmar que se desplazaba solo, salía a la calle...”* cuyo diagnóstico fue *“fractura pertrocanteriana, reemplazo total protésico total primario de cadera, con prótesis de revisión, tallo modular con remplazo de calcar y copa constreñida”*.

El 07 de febrero de 2013, ingresa el señor Henry Rojas Triana a Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián de Girardot para cirugía programada donde se *“realiza reemplazo total de cadera con prótesis de revisión no cementada, tallo con remplazo de calcar, copa no cementada con fijación con tornillos y cabeza modular de 36 mm con par de fricción metal polietileno, se rellena el calcar con injertos óseos obtenidos de la cabeza femoral...”* y se dio salida el 11 de febrero de 2013¹².

Frente a ello la parte actora reprocha el hecho que el profesional, Dr. Luis Francisco Restrepo Suárez, en la atención de urgencias ofrecida el 02 de agosto de 2012, al señor Henry Rojas Triana en el Hospital San Rafael de El Espinal, bajo un actuar negligente decidió no ordenar procedimiento quirúrgico alguno, mientras que de forma posterior, 13 de diciembre de 2012, la entidad Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián de Girardot decidió que lo más conveniente para recuperar el estado de salud que tenía antes de la caída, era la intervención quirúrgica, cuando ésta pudo ser ordenada y practicada desde el inicio de la prestación del servicio médico.

Sea del caso en primer lugar advertir, que conforme lo probado en el proceso, la única atención médica brindada por la entidad hospitalaria demandada al señor Henry Rojas Triana, fue el 02 de agosto de 2012, donde a más de ser valorado por

¹⁰ Folio 13.

¹¹ Folios 21-22

¹² Folios 26-28

medicina general, fue revisado y diagnosticado por el profesional especializado de acuerdo al cuadro clínico que padecía, luego los únicos hechos imputables al Hospital San Rafael son los derivados de dicha atención.

Efectuada la anterior precisión, el Despacho considera que no es posible aceptar el reproche emitido por la parte actora, en atención a que el ortopedista, Dr. Restrepo Suárez, en su libertad de concepto profesional consideró que en razón a la condición neuromuscular del paciente, no era beneficioso realizar procedimiento quirúrgico, criterio que es totalmente respetable y aceptado en la medida que no existe prueba alguna en el plenario que acredite que el mismo fue incorrecto o negligente como se sostuvo en la demanda, ni mucho menos que fue deliberado, como tampoco que fuera contrario a la *lex artis* o los protocolos médicos tenidos en cuenta para este tipo de lesiones.

Por el contrario, y conforme lo visto en la documental obrante en el expediente, se tiene que la prestación del servicio por parte del Hospital San Rafael de El Espinal fue oportuna, pues se ordenaron los exámenes y pruebas diagnósticas que se consideraron apropiadas atendiendo las condiciones del paciente, se ofreció el servicio médico – asistencial por parte del profesional adecuado de acuerdo a la patología, emitiendo el tratamiento medido que consideró conveniente y que en su sentir hubiese podido contribuir a salvaguardar la salud y vida del señor Henry Rojas Triana.

Ahora bien, en ningún momento se demostró que la cirugía ordenada y practicada por Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián de Girardot hubiese sido la decisión más correcta y adecuada en la atención médica del 02 de agosto de 2012, por parte del Hospital San Rafael, pues no basta con que la parte actora así lo haya manifestado, ni que la Junta de Médicos a la cual fue remitido el paciente, haya tenido un concepto diferente al inicialmente brindado por el ortopedista del Hospital San Rafael, toda vez que para ello se requiere prueba suficiente, idónea y contundente que logre demostrar que el diagnóstico inicialmente brindado estuvo errado o por fuera de los protocolos médicos, exigencia que conforme lo visto en el cartulario brilla por su ausencia, siendo imposible para esta falladora endilgar responsabilidad administrativa con base en simples afirmaciones.

Tampoco se demostró que el ortopedista, Dr. Luis Francisco Restrepo Suárez, actuara de forma indiferente, ó que subvalorara el derecho a la salud del paciente a recuperar su integridad pese a su discapacidad, pues ello solo fue señalado como un argumento en contra de la entidad hospitalaria demandada con el fin de obtener el reconocimiento de los perjuicios reclamados, pero en ningún momento se acreditó, ni siquiera sumariamente, que tales aseveraciones efectivamente acontecieron, por tanto, dichas enunciaciones tampoco pueden ser tenidas en cuenta para imputar responsabilidad.

Ahora, mírese bien que la cirugía practicada al demandante tampoco fue un éxito, si tenemos en cuenta que el 02 de marzo de 2013, antes de cumplirse un mes de realizado el procedimiento de reemplazo de cadera, el señor Henry Rojas Triana

acudió al servicio de urgencias de Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián de Girardot por presentar *beta roja en la herida, Eritema Calor local edema en zona*, indicándose en la historia clínica que:

*“.....CONCEPTO Y PLAN DE TRATAMIENTO NOTA ORTOPEDIA DR BRICEÑO INT PINZON PACIENTE DE 68 AÑOS CON ANTECEDENTE DE REEMPLAZO TOTAL DE CADERA DERECHA HACE 20 DIAS EN (CLINICA SAN SEBASTIAN GIRARDOT), QUIEN CONSULTA HOY POR CUADRO CONSISTENTE EN EDEMA, RUBOR Y CALOR LOCAL EN LA REGION TROCANTERICA DERECHA, CON LIMITACION FUNCIONAL POR DOLOR. CLINICAMENTE AL EXAMEN FISICO SE ENCUENTRA COMO POSITIVO AUMENTE DE VOLUMEN EN AREA QUIRURGICA RUBOR Y CALOR LOCAL EN REGION TROCANTERICA DERECHA, LIMITACION PARA FLEXION PASIVA EN ARTICULACION DE CADERA DERECHA. SE REVISAN RADIOGRAFIA DE PELVIS AP QUE MUESTRAN UN AFLOJAMIENTO DEL COMPONENTE ACETABULAR DE LA CADERA DERECHA, VASTAGO FEMORAL EN ADECUADA POSICION. ANALISIS: PACIENTE ACTUALMENTE CON CLINICA DE INFECCION DE SITIO OPERATORIO ASOCIADO A UN AFLOJAMIENTO PROTESICO DE LA CADERA DERECHA. SE INICIA TRATAMIENTO ANTIBIOTICO... RX DE CADERA DERECHA: SE OBSERVA **DEFORMIDAD Y FALTA DE ALINEAMIENTO DE LA PRÓTESIS DE LA CAVIDAD ACETABULAR DERECHA, CON PRESENCIA DE SEGMENTO POSTQUIRÚRGICO A NIVEL DE LA PARED INTERNA DE LA CAVIDAD ACETABULAR CON PLACA DE OSTEOSÍNTESIS A NIVEL DEL TECHO Y LA PARED EXTERNA.***

DIAGNOSTICOS - Infección y reacción inflamatoria debidas a otros dispositivo de fijación interna (cualquier sitio) dispositivos protésicos, implantes e injertos ortopédicos internos (T847) obs: Aflojamiento prótesis cadera derecha - Convalecencia consecutiva a cirugía (Z540) Negrillas fuera de texto.

Ante dicha situación, el 07 de febrero de 2013, nuevamente fue intervenido quirúrgicamente por parte de Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, señalándose que:

“...se lleva a cirugía y bajo anestesia general y por vía posterior se realiza reemplazo total de cadera con prótesis de revisión no cementada, tallo con remplazo de calcar, copa no cementada con fijación con tornillos y cabeza modular de 36 mm con par de fricción metal polietileno, se rellena el calcar con injertos óseos obtenidos de la cabeza femoral...”

En consecuencia, es claro que la cirugía ordenada inicialmente al señor Rojas por Médicos Asociados Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, fue el producto de una valoración médica por parte de una Junta de Médicos especialistas en el tema, autorizada por EMCOSALUD, cuyo resultado no fue el más satisfactorio ni el esperado, tanto es así, que fue sometido a una segunda intervención por la misma causa en menos de un mes.

Sobre los aspectos reseñados, se le interrogó al doctor CESAR AUGUSTO HOYOS DÁVILA, quien fungió como médico coordinador de EMCOSALUD, sin embargo, pese a ser profesional de la salud, no puede tenerse como testigo técnico ya que sus respuestas fueron abstractas y poco concluyentes, y tampoco participó en la atención médico asistencial brindada por la entidad encargada, Hospital San Rafael de El Espinal, puesto que sus funciones estaban enmarcadas únicamente al servicio de consulta externa.

Así las cosas, y en gracia de discusión, en el evento de haberse ordenado dicha cirugía en la atención de urgencias del 2 de agosto de 2012, no significa que el demandante hubiese recuperado el estado de salud que tenía antes de su caída, toda vez que no existe medio de prueba alguno que así lo acredite, ni mucho menos que tal intervención quirúrgica fue la decisión más acertada que se pudo haber adoptado, ya que se desconoce por completo el resultado final de la misma, como para pensar que quizás hubo una pérdida de oportunidad.

A más de ello, tampoco existe prueba alguna que señale o determine que los procedimientos quirúrgicos a los que fue expuesto el paciente eran los pertinentes, necesarios, adecuados o correctos, como lo pretende hacer ver la parte actora, luego se puede concluir que no era exigible al galeno de la institución demandada asumir un protocolo de atención diferente al brindado.

Ante la ausencia de pruebas que contradigan las conclusiones a las cuales llegó el médico especialista y que demuestren que el tratamiento que se debió brindar era uno diferente al que efectivamente se le suministró al señor Henry Rojas Triana, concluye el Despacho que en el proceso no se acreditó un error en el diagnóstico o una omisión constitutiva de la supuesta falla en la cual habría incurrido la entidad demandada, aunado a que no se demostró que la prestación del servicio médico brindado fue inoportuno, que el procedimiento y/o diagnóstico emitido por el médico no fue el más conveniente ni que contribuyó a que la calidad de vida del paciente empeorara, como tampoco que la cirugía practicada contribuyó a salvaguardar la salud y vida del paciente.

Es preciso recordar, que la carga de la prueba para demostrar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico–asistencial, le incumbe a la actora, y ésta incumplió dicho deber, por lo que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

Es oportuno reiterar que, la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que en materia de responsabilidad por falla médica a partir del año 2006, *se volvió al régimen de falla probada, por la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito de las pruebas, debido al tiempo que transcurría y la cantidad de casos que manejaban*”.

La mencionada Corporación en sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019), con radicación 19001-23-31-000-2004-01442-01(47917), C.P RAMIRO PAZOS GUERRERO, indicó:

“Esta Corporación ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio la que hace posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este. (...) Por otra parte, en relación con la carga de la prueba de la relevancia de la falla en la causación del daño o del nexo causal entre este y aquella como

correspondería a un juicio casualista de imputación, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. (...) [P]ara la Sala, bajo el panorama probatorio antes descrito, el daño padecido por el demandante, consistente en la pérdida total de la agudeza visual del ojo derecho, no puede imputarse a la demanda, pues si bien esta incurrió en demoras en la práctica de la cirugía, no se acreditó con certeza o al menos con algún grado de probabilidad, si esta tuvo incidencia o fue relevante en el desenlace final de la enfermedad”.

Siendo así las cosas, no existen en el expediente elementos suficientes que permitan aseverar, de manera categórica, que hubo un error en el procedimiento médico prestado al paciente, pues, según lo que se puede inferir, el tratamiento inicial de cura sin cirugía fue acorde a la *lex artis* en razón a las circunstancias médicas y las preexistencias que manejaba el señor Rojas y, pese a que el servicio brindado al paciente fue el adecuado, se escapa del control médico que el paciente hubiese buscado una segunda opinión que tampoco resultó satisfactoria para la recuperación de su salud.

Por lo anterior no hay elementos que permitan concluir que la demandada faltó al protocolo o incurrió en una falla del servicio por mala praxis.

10. RECAPITULACIÓN

En orden a lo anterior, y conforme al material probatorio aportado al plenario, se negarán las pretensiones de la demanda, como quiera que no se acreditó un error en el diagnóstico o una omisión constitutiva de la supuesta falla en la cual habría incurrido la entidad demandada, aunado a que no se demostró que la prestación del servicio médico brindado fuera inoportuno, que el procedimiento emitido por el médico no fue el más conveniente ni contribuyó a que la calidad de vida del paciente empeorara, como tampoco que la cirugía practicada contribuyera a salvaguardar la salud y vida del paciente.

11. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que fue las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se

fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte actora **en la suma equivalente al 4% de los pedido y tenido en cuenta para determinar la competencia.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

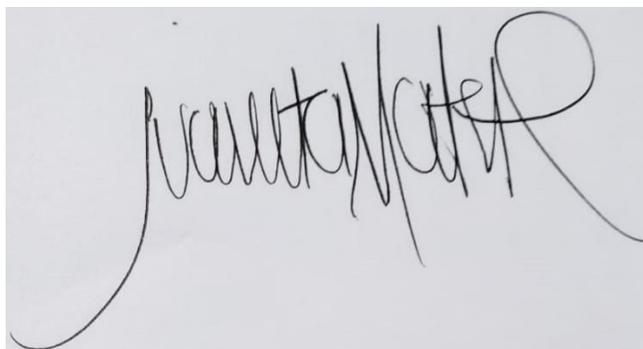
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la parte actora, para tal efecto fíjese como agencias en derecho **la suma equivalente al 4% de los pedido y tenido en cuenta para determinar la competencia.**

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvase a la parte demandante.

QUINTO: Archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ**