



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, diecinueve (19) de Septiembre de dos mil dieciocho (2.018).-

Radicación No. : 15001-33-31-007-2009-00345-00
Demandante: CAMILO VICENTE PACHÓN SIERRA Y OTROS
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA
Vinculado: LA PREVISORA S.A. – LIBERTY SEGUROS S.A. – SEGUROS DEL ESTADO S.A. – SEGUROS CÓNDOR S.A. -
Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia en los siguientes términos:

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Pretensiones

Edilma Sierra de Pachón, Sonia Patricia Pachón Sierra, Camilo Vicente Pachón Sierra, Jenny Celmira Pachón Sierra y Leidy Johana Páez Alarcón, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos Andrés Felipe Pachón Páez y Nicolás Páez Alarcón, a través de apoderado judicial, acuden ante esta jurisdicción, en ejercicio de la acción de **reparación directa**, en procura de obtener la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Departamento de Boyacá y la ESE Hospital San Rafael de Tunja, por los daños ocasionados a los demandantes como consecuencia del estado vegetativo y posterior muerte del señor Iván Yesid Pachón Sierra.

Solicita que se ordene a las accionadas, a pagar solidariamente, las siguientes sumas de dinero, como consecuencia del estado vegetativo que sufrió el señor Iván Yesid Pachón Sierra, las siguientes sumas:

- Para **Iván Yesid Pachón Sierra**, como directo perjudicado, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).

- Para **Edilma Sierra de Pachón**, en su condición de madre, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para el menor **Andrés Felipe Pachón Páez**, en su condición de hijo, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para el menor **Nicolás Páez Alarcón**, en su condición de hijo o en su defecto como tercero damnificado, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para **Leidy Johana Páez Alarcón**, en su condición de compañera permanente, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para la señorita **Sonia Patricia Pachón Sierra**, en su condición de hermana, el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 smlmv).
- Para la señorita **Jenny Celmira Pachón Sierra**, en su condición de hermana, el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 smlmv).
- Para el señor **Camilo Vicente Pachón Sierra**, en su condición de hermano, el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 smlmv).

De igual forma, solicita que como consecuencia de la muerte del señor Iván Yesid Pachón Sierra, se ordene a las accionadas, pagar solidariamente las siguientes sumas de dinero:

- Para **Edilma Sierra de Pachón**, en su condición de madre, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para el menor **Andrés Felipe Pachón Páez**, en su condición de hijo, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para el menor **Nicolás Páez Alarcón**, en su condición de hijo o en su defecto como tercero damnificado, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para **Leidy Johana Páez Alarcón**, en su condición de compañera permanente, el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 smlmv).
- Para la señorita **Sonia Patricia Pachón Sierra**, en su condición de hermana, el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 smlmv).
- Para la señorita **Jenny Celmira Pachón Sierra**, en su condición de hermana, el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 smlmv).
- Para el señor **Camilo Vicente Pachón Sierra**, en su condición de hermano, el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 smlmv).

Así mismo solicita que se ordene a las accionadas, a pagar solidariamente, por concepto de daños a la vida de relación de Andrés Felipe Pachón Páez, Nicolás Páez Alarcón y Leidy Johana Páez

Alarcón, el equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Finalmente demanda que se ordene el reconocimiento y pago, a favor de los hijos y compañera permanente del fallecido Iván Yesid Pachón Sierra, de los perjuicios materiales, los cuales deben liquidarse teniendo en cuenta las siguientes variables:

- El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2009, más un veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales.
- La vida probable del señor Iván Yesid Pachón Sierra, según las tablas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Financiera.
- Los registros de nacimiento de los hijos.
- El registro de civil de nacimiento de la compañera permanente.
- Los registros de nacimiento y defunción de Iván Yesid Pachón Sierra.
- La actualización de la base de liquidación conforme al Índice de Precios al Consumidor (en adelante IPC), existente a la fecha del deceso y el vigente a la ejecutoria de la sentencia o auto que apruebe la conciliación.
- La fórmula de matemática financiera adoptada por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.
- La actualización de las sumas reconocidas conforme lo establece el artículo 178 del CCA, con base en el IPC, más los intereses moratorios a que hubiere lugar.

2. Fundamentos Fácticos

El apoderado de la parte actora refiere que los señores Flaminio Pachón Buitrago y Edilma Sierra de Pachón, contrajeron matrimonio y que de dicha unión nacieron Sonia Patricia, Camilo Vicente, Jenny Celmira e Iván Yesid Pachón Sierra.

Manifiesta que para el mes de noviembre de 2007, el señor Iván Yesid Pachón Sierra, gozaba de perfecta salud, residía en la población de Chiquinquirá (Boyacá) y se desempeñaba como comerciante de automotores. Agrega que el citado señor tenía dos hijos de nombres Andrés Felipe Pachón Páez y Nicolás Páez Alarcón, nacidos de la unión marital de hecho con Leidy Johana Páez Alarcón. En las pretensiones de la demanda aclara que el menor Nicolás Páez Alarcón no alcanzó a ser registrado debido a la falla médica que aquí se demanda y que se encuentra en proceso de filiación.

Señala que en la noche del 7 de noviembre de 2007, el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), tuvo un accidente de tránsito en la vía Barbosa – Chiquinquirá, sufriendo trauma contundente en cara, fractura de fémur y lesiones en la cara posterior del miembro superior izquierdo. Agrega que fue llevado al Hospital San Rafael de Tunja, ingresando a las 24:00 horas del 7 de noviembre de 2007, por el servicio de urgencias.

Luego de transcribir apartes de la historia clínica, afirma que el paciente ingresó al Hospital en estado consciente y alerta, permaneciendo así hasta el 14 de noviembre de 2007, pero que al momento de su egreso de la Unidad Hospitalaria, presentaba cuadro vegetativo o coma febril, esto es, muerte cerebral que finalmente desencadenó en la muerte.

Aduce que antes del deceso, el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), ante su estado vegetativo, se encontraba en casa de la señora Edilma Sierra de Pachón, quien junto a sus hijos se encargó del cuidado del paciente, del cambio de pañales, aseo, alimento y mantenimiento de sus signos vitales.

Manifiesta que no era posible que las lesiones que presentaba el accionante degeneraran en una muerte cerebral, dado que se encontraban en su cara, pierna izquierda y brazo izquierdo y trauma craneoencefálico leve, por lo que el estado vegetativo o muerte cerebral, fue consecuencia directa de la falla en el servicio que recibió a partir del 7 de noviembre de 2007.

Explica que la muerte cerebral que presentó el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), fue producto de problemas pulmonares generados por la deficiente atención médica que recibió el paciente en el Hospital San Rafael de Tunja, pues el personal médico no se dio cuenta del desentubamiento del paciente, por lo que quedó sin oxígeno, hecho que posteriormente lo llevó a la muerte cerebral y finalmente a su deceso.

Indica que otro desencadenante o segunda causa de su muerte cerebral, es la aplicación de la anestesia al momento de entrar a la cirugía, *"...causa generalizada de este tipo de estados vegetativos originados en los quirófanos, por lo que será objeto de prueba..."* (f. 49).

Explica que el estado vegetativo y la posterior muerte, fueron hechos que afectaron de manera total y permanente la vida personal y familiar del paciente y de su progenitora, al igual que la de sus hermanos, compañera permanente e hijos, produciendo una afectación moral, psicológica y patrimonial, los cuales deben ser indemnizados, dado que constituyeron un daño moral. Agrega que los accionantes sufrieron un daño antijurídico que no tienen por qué soportar.

3. Fundamentos jurídicos

Estima como violados los artículos 2, 11 y 90 de la Constitución Política; 86, 136, 139 y 206 del Código Contencioso Administrativo y refiere que la muerte del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) se originó en la negligencia y falta de atención médica del personal profesional y paramédico del Hospital San Rafael de Tunja.

Sostiene que en este caso, existió una falta de previsión en el registro médico, pues los galenos que trataron al paciente desde su inicio no previeron que las vías respiratorias del paciente sufrirían las consecuencias del daño físico que lo aquejó en su rostro. Considera que la única manera que permitía al paciente respirar era por intubación, *"...maniobra que demoraron injustificadamente y ya para cuando la realizaron, por los movimientos del paciente, este se desentubó y sufrió paro respiratorio, lo que los llevó a maniobras de reanimación, pero para cuando esa maniobra se realizó, ya el paciente presentaba muerte cerebral..."* (f. 51). Agrega que el daño cerebral se produjo al interior del Centro Hospitalario y no como consecuencia del accidente.

Arguye que en este caso debe presumirse la falla en el servicio por responsabilidad médica, en lo que concierne a todos los elementos o hechos propios y anexos al propósito médico, pues el Hospital, a través de sus profesionales de la salud, fue negligente en la prestación del servicio, *"...deficiencia en el servicio que llevó al paciente a hipoxia severa..."* (f. 52), esto es, fallas respiratorias cuando ninguna de las lesiones que sufriera el paciente, en el accidente, dan cuenta de daños en su sistema respiratorio. Agrega que aunque es cierto que la ciencia médica tiene limitaciones y que las lesiones pueden llegar a tener complicaciones, no es menos cierto que en el presente caso, ninguna complicación podía llevarlo a una muerte cerebral, pues el paciente llegó alerta y consciente .

Finalmente aduce que la atención médica es de medio, por lo que la Entidad demandada debe demostrar que utilizó los medios idóneos al momento de prestar el servicio.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 7 de diciembre de 2009 ante el Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja (f. 42 vto.), siendo asignada a este Despacho mediante acta individual de la misma fecha (f. 43), por lo que se procedió a su admisión a través de proveído de 10 de marzo de 2010 (f. 45 s.), donde se ordenaron las notificaciones del caso a las entidades que conforman el extremo pasivo, quienes contestaron la demanda dentro del término legal (f. 55 s. y 261 s.)

Mediante providencia de 30 de marzo de 2011 se admitieron los llamamientos en garantía formulados por la ESE Hospital San Rafael de Tunja y en consecuencia, se dispuso la vinculación de La Previsora S.A., Cooperativa de Trabajo Asociado para la Comercialización de Productos y Servicios (CICODIS), Seguros Liberty S.A., Cooperativa Integral de Trabajo Asociado Unión de Especialistas (UNESP), Seguros del Estado S.A., Seguros Cóndor S.A. y Cooperativa de Trabajo Asociado de Médicos Internistas (INTERCOOP), en virtud de los diferentes contratos de seguro y contratos de prestación de servicios suscritos con el Ente Hospitalario accionado.

Con auto de fecha 12 de septiembre de 2012 (f. 446 s.), se declaró sin efecto vinculante el llamamiento en garantía de la Cooperativa de Trabajo Asociado para la Comercialización de Productos y Servicios (CICODIS), de la Cooperativa Integral de Trabajo Asociado Unión de Especialistas (UNESP) y de la Cooperativa de Trabajo Asociado de Médicos Internistas (INTERCOOP).

El día 6 de marzo de 2013, se decretaron las pruebas (f. 451 s.), excluyéndose las solicitadas por Seguros del Estado S.A. y Cóndor S.A., por haber contestado la demanda de forma extemporánea. Finalmente se corrió traslado para alegar de conclusión a través de providencia de 16 de marzo de 2018 (f. 828).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las entidades accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

1. ESE Hospital San Rafael de Tunja (f. 55 s.)

Aduce que la atención médica prestada en este caso se ajustó a los protocolos médicos y a la *lex artis*, de manera oportuna, eficiente, eficaz, diligente y con la pericia de cada uno de los profesionales médicos.

Formula las siguientes excepciones:

1.1. Inexistencia de la falla en el servicio (f. 56 s.)

Indica que conforme a la historia clínica, el paciente ingresó el 8 de noviembre de 2007 a las 3:50 y se le administraron todas las maniobras quirúrgicas y médicas que requería, teniendo en cuenta las malas condiciones en las cuales llegó, por lo que no es viable alegar que existió falla en el servicio prestado. Agrega que en la Unidad de Cuidados Incentivos se le administraron medicamentos para intentar recuperar y mantener la función cardiovascular y restablecer el adecuado funcionamiento de la coagulación.

1.2. Inexistencia del nexo de causalidad (f. 57 s.)

Indica que el Hospital obró en el marco de la oportunidad y diligencia, pues en menos de diez (10) minutos el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) fue llevado a salas de Cirugía, donde se realizaron los procedimientos adecuados. Agrega que el deceso se produce por las complicaciones precedentes a la atención recibida.

Esgrime que para resolver el caso se debe tener en cuenta la teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyen a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio, de manera que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño. Explica que conforme a tal tesis, se puede demostrar la ruptura del nexo causal,

la cual se puede apoyar en la historia clínica y en cada uno de los procedimientos realizados para la salvaguarda de la vida del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD).

1.3. Inexistencia de causa legal

Aduce que los argumentos de la demanda carecen de sustento probatorio y jurídico, además que el Hospital cumplió con el deber legal al momento de la prestación del servicio. Agrega que los galenos en su actuar se ajustaron al marco de los criterios que señala la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina sobre la actividad médica.

1.4. Hecho exclusivo de la víctima

Sostiene que la causa inicial del daño correspondió a que el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) conducía su vehículo en estado de embriaguez, circunstancia que se puede evidenciar con la historia clínica, pues el Hospital prestó la atención de manera pronta, oportuna y adecuada.

2. Departamento de Boyacá (f. 261 s.)

Señala que la demanda no establece en qué forma o a qué título el departamento es responsable del daño, pues no se establece un nexo de causalidad entre los hechos y el actuar del Ente Territorial.

Como argumentos de defensa indica que el Departamento de Boyacá no tiene injerencia administrativa y que tampoco interviene en los actos médicos del personal que labora en la ESE Hospital San Rafael de Tunja, circunstancia que rompe cualquier nexo de causalidad. Agrega que los funcionarios de la ESE no tienen ningún vínculo contractual o laboral con el Departamento.

Expresa que no es posible inferir responsabilidad del Departamento y tampoco condenarla, pues aunque la ESE Hospital San Rafael de Tunja es una entidad descentralizada del orden departamental, tiene personería jurídica propia y autonomía administrativa y financiera.

Formula la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva (f. 265)**, sustentada en que el Departamento no tiene competencia para actuar en los hechos que aduce la parte actora, además que no tiene en su nómina a los funcionarios de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, pues dicha Entidad configura un sujeto de derechos y obligaciones autónomo.

3. De los llamados en garantía

Acorde con lo señalado en providencia de 6 de marzo de 2013 (f. 451 s.), las aseguradoras Seguros del Estado S.A. y Cóndor S.A., contestaron la demanda fuera de término.

Con auto de fecha 12 de septiembre de 2012 (f. 446 s.), se declaró sin efecto vinculante el llamamiento en garantía de la Cooperativa de Trabajo Asociado para la Comercialización de Productos y Servicios (CICODIS), de la Cooperativa Integral de Trabajo Asociado Unión de Especialistas (UNESP) y de la Cooperativa de Trabajo Asociado de Médicos Internistas (INTERCOOP).

Las demás Entidades vinculadas en su condición de llamadas en garantía contestaron la demanda y el llamamiento en los siguientes términos:

3.1. Liberty Seguros S.A. (f. 331 s.)

Se opone a las pretensiones de la demanda y formula las siguientes excepciones:

Inexistencia de la falla en el servicio (f. 332): Señala que de las pruebas aportadas por la ESE Hospital San Rafael de Tunja, se colige que la atención prestada al señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) fue la que los protocolos médicos determinaban, conforme a las condiciones que presentaba el lesionado.

Inexistencia de nexo de causalidad (f. 332): Afirma que el tratamiento suministrado fue adecuado, pertinente y oportuno, por lo que no existe relación de causalidad con el estado de coma y posterior fallecimiento.

En lo que concierne a los hechos del llamamiento en garantía, refiere que dentro de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, está expresamente excluida la responsabilidad civil profesional, conforme al literal k) del segundo título del numeral 2º de Exclusiones de la cláusula primera de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual. Formula las siguientes excepciones:

Falta de legitimación por pasiva con relación a Liberty Seguros S.A. (f. 333): Indica que conforme a la demanda, el asunto versa sobre una eventual responsabilidad civil profesional y civil contractual, la cual está excluida de las pólizas expedidas por la Aseguradora. Agrega que los riesgos de la responsabilidad civil profesional y contractual fueron cubiertos con la Aseguradora La Previsora S.A., tal como se colige de los documentos obrantes a folio 67 y siguientes del expediente.

Expone que en las pólizas aportadas por la ESE Hospital San Rafael de Tunja aparece como tomador y asegurado la Cooperativa UNESP, por lo que el amparo no está otorgado a favor del Hospital. Agrega que por tal razón, la Aseguradora no debe acudir con pago alguno, en el evento de una sentencia condenatoria.

Ocurrencia del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa por fuera de la vigencia de las pólizas (f. 334):

Asegura que conforme a la demanda, los hechos ocurrieron el 17 de noviembre de 2007, mientras que los contratos 030 y 033 fueron firmados y tuvieron ejecución en el año 2008, por lo que las pólizas No. 207234 y 208191 no pueden ser afectadas ya que iniciaron su vigencia desde enero y febrero de 2008, respectivamente.

Exclusión de perjuicios morales (f. 334): Aduce que en el clausulado general de las pólizas se encuentran excluidos los perjuicios morales conforme al literal e) del numeral 2 de la cláusula primera referida bajo el título de Exclusiones.

Disminución del valor asegurado en la proporción en que por otros siniestros se hayan hecho pagos por estas pólizas (f. 334): Indica que el valor asegurado en las pólizas se va agotando en la medida que se atiendan siniestros, por lo que es preciso que la aseguradora certifique si ha atendido otros siniestros con ocasión a las pólizas, para que se alleguen los comprobantes que establezcan el valor sufragado.

Aplicación de los deducibles pactados y límite de responsabilidad (f. 335): Refiere que cada póliza tiene un deducible del daño, a cargo del asegurado, por valor mínimo de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (2 smlmv). Aclara que el valor asegurado es el anotado en cada póliza y conforme al artículo 1079 del Código de Comercio el asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada, siempre y cuando sea procedente afectar la póliza.

Finalmente señala que se debe declarar la excepción de prescripción, en el momento que se encuentre probada, conforme lo disponen los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio.

3.2. La Previsora S.A. (f. 343 s.)

En lo que concierne a la demanda, señala el apoderado que desde el ingreso del paciente al Hospital se le diagnosticó y suministró el tratamiento adecuado a su precario estado de salud, practicándose todos los procedimientos médicos y quirúrgicos que necesitó, los cuales estuvieron siempre orientados a obtener el restablecimiento de la salud. Agrega que las actuaciones realizadas por el Hospital, a través de su equipo médico, están enmarcadas en la prudencia, diligencia y cuidado del paciente, diagnosticándose de manera oportuna la patología y efectuándose los procedimientos necesarios para las lesiones que padecía, las cuales fueron ocasionadas a consecuencia del fatal accidente generado por la irresponsabilidad al conducir en avanzado estado de embriaguez.

Formula las siguientes excepciones:

Ausencia de elementos constitutivos de responsabilidad médica (f. 344): Indica que no existe relación de causalidad entre la atención dispensada al señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) y

el estado precario de salud que tuvo que soportar, pues el deceso tuvo como única causa el trágico accidente generado al conducir en estado de embriaguez.

La actividad médica es de medio y no de resultado (f. 345): Refiere que los procedimientos se efectuaron conforme a la técnica que se emplea para el tipo de patologías que presentaba el paciente y que a pesar de la adecuada atención suministrada, el infortunado desenlace se presentó como consecuencia de la severidad del trauma que sufrió el paciente. Agrega que la historia clínica evidencia la diligencia, pericia y experiencia de los profesionales que atendieron al paciente, así como la correcta aplicación de los protocolos médicos.

Refiere que los procedimientos médicos son de medio y no de resultado, pues aunque se efectúen con la mayor diligencia no siempre pueden garantizar su éxito.

En lo que concierne al llamamiento en garantía, refiere el apoderado que entre el Hospital y la Aseguradora se suscribió Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1001880, vigente entre el 6 de marzo de 2007 y el 7 de marzo de 2008. Agrega que para que exista cobertura de la póliza que se pretenda afectar, es necesario que la reclamación se presente dentro del período de la vigencia del seguro, lo cual no ocurre en el presente caso.

Formula las siguientes excepciones:

Inexistencia de cobertura (f. 346): Refiere que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, existen dos (2) tipos de coberturas y que para el presente caso, la póliza suscrita con el Hospital fue expedida bajo el impero de dicha norma, por lo que la reclamación debía presentarse dentro de la vigencia del seguro, sin importar que se trate de hechos causados con anterioridad al período pactado, lo cual no ocurrió.

Limitación de la responsabilidad (f. 347): Aduce que en el eventual caso que existiera cobertura, el límite del valor asegurado es el determinado en la póliza vigente para la época que se presentó la reclamación, conforme lo dispone el artículo 1079 del Código de Comercio.

Ajuste del valor a indemnizar de acuerdo al grado de agotamiento del valor asegurado (f. 347): Afirma que en el eventual caso de condena se debe tener en cuenta las sumas ya canceladas por concepto de siniestros causados en vigencia de la póliza objeto de llamamiento, pues si antes de la sentencia se dictare otra providencia de condena en sentido similar o la Compañía debiere cancelar alguna otra reclamación judicial o extrajudicial que extinga el valor asegurado, quedará agotada la cobertura y cumplida la obligación contractual de la aseguradora.

Aplicación del deducible pactado en la póliza (f. 347): Indica que el valor establecido como deducible, debe ser asumido de manera indefectible por el asegurado y por lo mismo debe ser descontado de la indemnización que corresponda asumir a la aseguradora.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar (f. 828), la **parte actora y la Aseguradora Cóndor S.A. guardaron silencio**. Las demás partes presentaron alegatos en los siguientes términos:

1. La Previsora S.A. (f. 829 s.)

Aduce que la atención prestada al señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) siempre estuvo encaminada a la preservación de su salud y a obtener su recuperación y prueba de ello se encuentra en todos los procedimientos que se adelantaron con tal fin, conforme se colige de la historia clínica. Señala que en consecuencia, no se encuentran estructurados los elementos generadores de responsabilidad y por ende la falla en el servicio no existió. Agrega que la causa del deceso está en las diferentes patologías generadas como consecuencia del brutal accidente de tránsito sucedido el día 7 de noviembre de 2007, cuando el paciente conducía el vehículo en estado de embriaguez.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y del llamamiento y agrega que no existe relación de causalidad entre la atención prestada al señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) y el estado precario de salud que tuvo que soportar y que posteriormente lo llevó a su fallecimiento.

Frente al llamamiento en garantía, afirma que al no presentarse la reclamación durante la vigencia de la Póliza, esto es, durante el período comprendido entre el día 6 de marzo de 2007 y el 7 de marzo de 2008, el seguro no puede afectarse.

2. Liberty Seguros S.A. (f. 834 s.)

Sostiene el apoderado que las pruebas aportadas al proceso permiten ratificar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, pues se encuentra demostrado que la ESE Hospital San Rafael de Tunja celebró contratos de prestación de servicios con la Cooperativa UNESP, quien respaldó sus obligaciones contractuales a través de las pólizas de responsabilidad civil extracontractual No. 207234 y 208191. Aclara que las pólizas precitadas no se expidieron para amparar la responsabilidad civil profesional médica derivada de la prestación del servicio de salud, pues amparan la responsabilidad extracontractual.

Explica que además debe tenerse en cuenta que el amparo no está otorgado a favor del Hospital San Rafael de Tunja, razón por la cual la Aseguradora no debe acudir al pago de suma alguna frente a una

eventual condena en contra de dicho Ente. Finalmente insiste que si se llegare a condenar a la aseguradora, debe tenerse presente que conforme a las exclusiones de la póliza, no debe concurrir al pago de perjuicios morales.

3. Seguros del Estado S.A. (f. 843 s.)

Afirma que el dictamen pericial rendido por la Universidad Nacional de Colombia, indicó que hubo atención oportuna por parte de los galenos de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, aclarándose que conforme a la patología del paciente era posible pro no detectable en la atención de urgencia, la existencia de eventuales complicaciones respiratorias.

Indica que conforme a las conclusiones del perito, se establece que es posible que el paciente presentara una lesión del tallo cerebral sin que se hubiere sufrido un trauma craneoencefálico severo, pues dicho trauma puede ser continuo por tratarse de una lesión difusa y posterior y por lo mismo, no detectable por el servicio de urgencias ni por los galenos que atendieron la cirugía, por lo que se trata de una complicación médica asociada a este tipo de trauma, sin que medie acción u omisión del médico tratante.

Expresa que de acuerdo con lo señalado por el perito, algunas acciones médicas desencadenan consecuencias dañosas, pero que no se ahondó en la historia clínica ni se trajo alguna conclusión frente al caso concreto, por lo que no se encadenó un nexo causal.

Refiere igualmente que conforme a dicha prueba, la traqueotomía está indicada para trauma craneoencefálico severo, mientras que el paciente presentaba un trauma leve, por lo que dicho procedimiento no era obligatorio, situación que evidencia que médicos tratantes no se apartaron de los protocolos establecidos por la ciencia médica. Agrega que según lo expuesto por el perito en su dictamen, un trauma craneoencefálico puede producir una lesión cerebral difusa, por lo que no se puede descartar en la evolución de todo paciente la presencia de dicha patología, lo cual significa que se trata de una complicación médica asociada, ligada y natural con este tipo de trauma, por lo que no se puede atribuir necesariamente a una mala praxis médica.

Indica que el dictamen pericial fue objeto de traslado a las partes para lo pertinente, sin que se presentara objeción alguna, además que la aclaración solicitada por el Despacho no fue gestionada por la parte actora, por lo que al ser la única prueba técnico científica incorporada, es válida. Agrega que dicho elemento tiene fuerza probatoria y es demostrativa de la inexistencia del nexo causal entre las acciones de los galenos y el deceso del paciente, por lo que se debe concluir que hubo una falta de demostración de la mala praxis médica o de la falla en el servicio que se alegó en la demanda.

En lo que concierne al llamamiento en garantía, señala que conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, se configura la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, pues los hechos se presentaron el 8 de noviembre de 2007 y el 17 de noviembre de 2007, mientras que la vinculación de la Aseguradora fue solicitada en noviembre de 2010, por lo que se superó el término de dos (2) años contemplado en la norma. Explica que conforme al artículo 1131 del Código de Comercio, en el seguro de responsabilidad, el siniestro se entiende ocurrido en el momento en que se presente el hecho externo imputable al asegurado, por lo que desde tal fecha comienza a contarse la prescripción, lo cual significa que para el caso de las pólizas suscritas con la Entidad el fenómeno jurídico operó.

Manifiesta que el objeto de la presente acción corresponde a una falla médica de orden contractual, pero la cobertura de la Póliza 39-40-101000296 comprende un amparo derivado de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que no puede condenarse al asegurador al pago de suma alguna. Agrega que en las exclusiones de la Póliza se plasmó que no hacían parte del amparo los perjuicios que surjan de una errada práctica profesional y que originen una responsabilidad civil profesional, por lo que los hechos aducidos no constituyen un siniestro amparable.

Así mismo indica que las pólizas de responsabilidad traídas al proceso tienen excluido el resarcimiento de perjuicios morales, lucro cesante y demás perjuicios extrapatrimoniales, por lo que no es viable ordenar el pago de tales conceptos.

De otra parte, manifiesta que las siguientes pólizas no estaban vigentes para la fecha del siniestro, por lo que no pueden estar cobijadas por la sentencia:

- 39-40-101001202 Vigencia desde 07/02/2008 hasta 15/07/2010
- 39-40-101001070 Vigencia desde 08/01/2008 hasta 15/02/2011
- 39-40-101001180 Vigencia desde 15/02/2008 hasta 31/12/2010
- 39-40-101001201 Vigencia desde 15/02/2008 hasta 31/12/2010

Manifiesta que igualmente debe tenerse en cuenta el valor máximo establecido en cada póliza, pues no puede exigirse valor alguno que supere dichos topos. Aclara además que de cada póliza se debe descontar el deducible establecido, cuyo monto o porcentaje debe ser cubierto por el asegurado, conforme a las cuantías fijadas en cada una de las pólizas.

4. Departamento de Boyacá (f. 851 s.)

Sostiene el apoderado que en este caso se configura la falta de legitimación por pasiva, por lo que se deben negar las pretensiones de la demanda frente al Departamento de Boyacá, pues dicha Entidad no prestó el servicio de salud por el cual se demanda. Aclara que la ESE Hospital San Rafael de Tunja es una Entidad descentralizada del orden departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio

propio y autonomía administrativa, cuya representación recae directamente en su Gerente.

Manifiesta que el Departamento no tuvo injerencia para que el personal médico y administrativo del Ente Hospitalario actuara sobre la existencia corporal de la víctima.

Sostiene que no se presenta legitimación material, pues el daño no puede ser imputado a una acción y omisión del Ente Territorial. Aclara que incluso la demanda no atribuye conducta alguna al Departamento de Boyacá.

V. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, resulta procedente proferir la decisión que en derecho corresponda.

1. Problema jurídico

El presente asunto se contrae a determinar la existencia de los daños alegados por los demandantes con ocasión al estado vegetativo y posterior muerte del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), así como la responsabilidad administrativa de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Tunja y Departamento de Boyacá, en la generación del mismo y el eventual reconocimiento y condena al pago de perjuicios.

2. Marco jurídico aplicable y resolución del caso concreto

En aras de resolver el problema jurídico propuesto, se abordará el análisis de los siguientes puntos: **i)** Imputación fáctica; **ii)** Régimen de responsabilidad – Título jurídico de imputación; **iii)** Caso concreto (Existencia del daño – Conducta de la administración – Nexo causal); **iv)** Análisis de la causal eximente de responsabilidad alegada (Culpa exclusiva de la víctima); **v)** Indemnización de Perjuicios.

2.1. Imputación fáctica

La parte demandante señala que el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) falleció como consecuencia de la falla en la prestación de los servicios de salud prestados por la ESE Hospital San Rafael de Tunja.

Expresa que el cuerpo médico de la Entidad falló en el servicio prestado, pues la muerte cerebral que presentó el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), fue producto de problemas pulmonares generados por la deficiente atención médica que recibió, dado que el personal médico no se dio cuenta del desentubamiento del paciente, lo cual lo dejó sin oxígeno, hecho que posteriormente lo llevó a la muerte cerebral y finalmente a su deceso.

Así mismo indica la parte actora que otro desencadenante o segunda causa de su muerte cerebral, es la aplicación de la anestesia al momento de entrar a la cirugía, "...causa generalizada de este tipo de estados vegetativos originados en los quirófanos, por lo que será objeto de prueba..." (f. 49).

2.2. Régimen de responsabilidad

En aras de establecer el régimen de responsabilidad aplicable debe observarse que conforme al principio *iura novit curia*, corresponde al Juez Administrativo, establecer el régimen que se adecúe a los hechos que han sido traídos a colación por las partes, circunstancia, frente a la cual el Consejo de Estado ha precisado que "...es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, **corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso**, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión..."¹ (Negrilla fuera de texto).

El fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado, encuentra su génesis, en primer término, en el artículo 90 de la Constitución Política. En segundo lugar, el Código Contencioso Administrativo, vigente para la época de los hechos, tipificó en su artículo 86, modificado por la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa, como medio idóneo que permite que los ciudadanos puedan reclamar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y del Estado Colombiano, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un daño antijurídico, el cual puede ser producto -entre otros- de un hecho, una omisión, una operación administrativa o, una ocupación temporal o permanente de un inmueble. Al respecto establecen las normas constitucionales y legales precitadas:

"CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991

ARTÍCULO 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste." (Subrayas fuera de texto)

"Decreto 01 de 1984

ARTICULO 86. Acción de reparación directa. <Subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> *La persona interesada podrá demandar*

¹ **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Tercera. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de 26 de marzo de 2008. Rad.: 76001-23-31-000-1995-01435-01(16734). Actor: Efraín Pachón y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa.

directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

Conforme a la normatividad traída a colación, se puede concluir que siempre que se cause un daño que pueda ser imputado al Estado, éste último debe responder patrimonialmente. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no cualquier clase de daño es susceptible de reparación, pues éste debe ser enmarcado como antijurídico, el cual, conforme a lo expuesto en sentencia C-043 de 2004 es entendido como *"...la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar..."*. Sobre el tipo de daño susceptible de reparación agregó la Máxima Corporación:

*"...Obviamente, el nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que **no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico**, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración.²*

9. La doctrina ha contribuido a la labor jurisprudencial, aportando definiciones de daño y precisando los elementos necesarios para que pueda hablarse de la obligación estatal de resarcirlo. En primer lugar los tratadistas han puesto especial énfasis en mostrar que el daño es el elemento sine qua non de la responsabilidad estatal. Sin embargo, no es un requisito suficiente, pues, además de su existencia, es preciso que sea atribuible al Estado y que éste tenga la obligación de reparación. Ha dicho entonces la doctrina que el daño, para que sea objeto de la responsabilidad del Estado, (i) debe existir, (ii) debe ser imputable al él, y (iii) debe ser

² Cita de la Corte Constitucional (En la Sentencia C-333 de 1996 la Corte declaró la exequibilidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993, que preceptúa que *"Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas..."* La expresión subrayada había sido demandada por que a juicio de la actora consagraba una responsabilidad contractual del Estado que dependía de la legitimidad de la conducta que el agente del Estado desplegara y no de la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado. La expresión acusada fue declarada constitucional condicionadamente a que se entendiera que no excluía la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual, es decir la responsabilidad objetiva por el daño antijurídico.)

antijurídico; no es antijurídico aquel daño que, en virtud de las normas legales, deba ser soportado por quien lo padece. (...)"
(Negrillas y subrayas fuera de texto.)

En síntesis, encuentra el Despacho que son necesarios tres (3) requisitos a fin de que el Estado pueda ser declarado responsable extracontractualmente, siendo estos: **(i)** La existencia de un hecho o hechos, **(ii)** La existencia de un daño, que pueda ser catalogado como antijurídico, es decir, que el sujeto que los padece no se encuentre en la obligación ni en el deber jurídico de soportar el respectivo perjuicio ocasionado y, **(iii)** Que los daños causados puedan ser imputados a la administración, para lo cual se debe acreditar la existencia de un nexo de causalidad.

2.3. Del servicio de salud - falla en el servicio médico.

En ese orden de ideas, acorde con los hechos en que se sustenta la demanda, advierte el Despacho que el presente asunto debe abordarse bajo la óptica de la falla en el servicio, pues se imputa a la Administración la existencia de falencias en la atención médica que se prestó al señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), lo cual originó su estado vegetativo y posterior deceso.

Mediante providencia de 12 de junio de 2017³, el Consejo de Estado se refirió al régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con ocasión de las actividades médico-sanitarias, fijando las siguientes subreglas:

- a. La citada providencia evocó que, en casos en los cuales se ventila la acción imperfecta de la Administración o su omisión, como causa del daño reclamado, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio⁴.
- b. Indicó la Máxima Corporación que *"...frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, se ha retornado, como se verá, a la teoría clásica de la falla probada..."* (Negrilla fuera de texto).
- c. En dicha oportunidad, decantó la jurisprudencia que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, **y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto**, para lo cual hizo referencia a lo expuesto en sentencia de 8 de marzo de

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección A. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de 12 de junio de 2017. Rad.: 25000-23-26-000-2004-01763-01 (42496). Actor: Miguel Antonio Aguilar Pérez y Otros. Demandado: Hospital Universitario San Ignacio de Bogotá y otros.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, Exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

2007, en donde se había expuesto que en aquellos casos en que se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, *"...depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada..."*, concluyendo que si el daño que se imputa deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, *"...la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO..."*. Se citó entonces el siguiente aparte:

*"...2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse **cuál es el alcance de la obligación legal** incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse **en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele**; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.*

*"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella **debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como 'anormalmente deficiente'**"⁵ (Negrilla fuera de texto).*

- d. En el precitado pronunciamiento de 12 de junio de 2017, recordó el Consejo de Estado que, por un tiempo, la jurisprudencia Contencioso Administrativa aceptó que el título de imputación jurídica que permitía establecer la responsabilidad médica fuera la falla presunta. Sin embargo, se dilucidó en dicho pronunciamiento que *"...se retomó la senda clásica de la responsabilidad subjetiva o falla probada⁶, por lo que en la actualidad, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) **el daño**; ii) **la falla en el acto médico** y iii) **el nexo causal**, sin los cuales improcedente se hace la condena del Estado por esta vía..."* (Negrilla fuera de texto).
- e. Así las cosas, se concluye que aunque en algún momento de la historia se aceptó el régimen objetivo de responsabilidad para abordar el estudio de casos originados en el acto médico, actualmente, conforme lo precisó la misma jurisprudencia del Órgano Vértice de la Jurisdicción en el fallo precitado, *"...se moderó esa tesis, pues no es un régimen de tal naturaleza el que permite analizar la imputación de un caso del talante del*

⁵ Ibidem.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

que se estudia, sino uno subjetivo con flexibilización frente al rigor de la prueba de la falla...”.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 27 de abril de 2.011 radicación número 17001-23-31-000-1996-7003-01 (20374), Consejera Ponente: Dra RUTH STELLA CORREA PALACIO, también ha depurado que la responsabilidad por daños causados con ocasión de la actividad médica, puede involucrar dos (2) aspectos: el primero de ellos, **el acto médico propiamente dicho** “...que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas...”⁷ y el segundo, “...todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo...”⁸. Frente a tales aspectos, la citada providencia señala:

“...Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente, son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes. (...)”

De igual forma, el H. Consejo de Estado en la providencia que se analiza, se ha referido a la responsabilidad del Estado por daños producidos como consecuencia de omisiones en las actividades relacionadas con el acto médico o quirúrgico, al referir que es obligación de las entidades hospitalarias mantener la seguridad de sus pacientes en las instituciones hospitalarias, en los siguientes términos:

“En relación con la responsabilidad del Estado por los daños que se producen como consecuencia de errores u omisiones en las actividades conexas al acto médico o quirúrgico propiamente dicho, se registran en la jurisprudencia de la Corporación casos, como: (i) lesiones debidas a una vigilancia inadecuada, que ocasionan caída de camillas; (ii) la falta de mantenimiento de los equipos o instrumentales; (iii) la omisión o el error en el suministro o aplicación de medicamentos; (iv) falta de diligencia en la adquisición de medicamentos, y (v) lesiones causadas dentro de la institución hospitalaria. Un desarrollo particular se ha dado en la jurisprudencia a la obligación de seguridad que deben prestar las entidades hospitalarias, tema en relación con el cual la jurisprudencia

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2011. Rad.: 17001-23-31-000-1996-7003-01 (20374). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Actor: Luis Evelio Ospina Franco y otros.

⁸ *Ibíd.*

de la Sala ha tenido oportunidad de señalar que el deber de seguridad de los hospitales y clínicas, se contrae a impedir que el paciente no sufra ningún accidente en el curso o con ocasión de la atención médica que se le preste, y que dentro de este deber se incluyen los de "custodia y vigilancia" cuando se trata de establecimientos para enfermos mentales, pero que no se extiende a brindar protección a los pacientes frente a actos de terceros, salvo que se trate de "situaciones especiales en las que los administradores de los hospitales deben extremar las medidas de control y vigilancia de los pacientes, dadas las condiciones de riesgo en que éstos pueden encontrarse."⁹

Así entonces, la responsabilidad del Estado en estos casos, se extiende a todos los ámbitos de la actividad médica, tal es así que se ha reiterado que la falla en el servicio médico puede presentarse "**...desde el momento en que la persona ingresa al centro médico y cobija no sólo los llamados actos puramente médicos o realizados por el profesional de la salud, sino también los actos preparatorios o posteriores al igual que los servicios de hostelería prestados por la institución.**"¹⁰ (Negrilla fuera de texto); que en todo caso, hacen parte del actuar de la Entidad pública.

Finalmente, debe decirse que en los casos en que la falla en el servicio médico tiene su origen en el **error en el diagnóstico**, se ha señalado que esta falla es propia del acto médico propiamente dicho, siendo uno de los principales aspectos de la actividad médica en tanto de sus resultados se construye lo que corresponde al tratamiento médico, relacionándose comúnmente la falla en este tipo de actividad a la "(...) *indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto(...)*"¹¹, razón por la que se puede afirmar que existe falla del servicio cuando "(...) *no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente(...)*"¹², en virtud de un diagnóstico no conclusivo cuando los síntomas presentados pueden asociarse a distintas patologías.

2.4. Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, conforme al artículo 90 de la Constitución Política, para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad del Estado, se exige la presencia de tres (3) elementos fundamentales:

- a) Un daño antijurídico;
- b) Una conducta de la Administración que pueda calificarse como "anormalmente deficiente", elemento que implica establecer:

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. Radicación número: 17001-23-31-000-1995-05004-01(20368). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Actor: María Ofir Muñoz López y otros

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09658-01(20941). Consejero ponente: Olga Melida Valle De La Hoz. Actor: Carlos Alberto Guzmán Soriano y otro

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacios. Sentencia del 27 de abril de 2011. Expediente No. 19846

¹² *Ibidem*.

- c) Un nexo de causalidad entre el daño y la conducta deficiente de la Administración, es decir, que el resultado (el daño) le sea imputable al Estado, vale repetir, que sea consecuencia directa de la acción u omisión del servidor público.

La parte actora sostiene que la ESE Hospital San Rafael de Tunja y el Departamento de Boyacá son responsables administrativamente, por los daños que sufrieron los demandantes con ocasión al estado vegetativo y posterior muerte del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), debido a la defectuosa prestación del servicio médico, por lo que es del caso analizar los tres (3) elementos de la responsabilidad.

2.4.1. De la existencia del daño

Revisado el plenario, advierte el Despacho que el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), murió en Chiquinquirá el día 4 de marzo de 2009, pues así lo refiere el registro civil de defunción (f. 4), documento que no registra hora del deceso ni la causa de la muerte, pues aunque en el espacio relacionado con los datos de la defunción, aparece marcada la casilla correspondiente a Certificado Médico, no se aportó elemento probatorio alguno que permita establecer tal situación.

En este estado, ha de señalarse que lo único que se encuentra probado es que el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), falleció el 4 de marzo de 2009 en el Municipio de Chiquinquirá, por lo que puede decirse que la existencia daño está probado, aunque no se encuentra acreditado su carácter antijurídico, circunstancia que se dilucidará solamente hasta que se adelante el estudio de los demás elementos de la responsabilidad.

2.4.2. De la conducta de la Administración

La jurisprudencia referida líneas atrás, señala que en los casos de responsabilidad médica, al momento de abordar el punto relacionado con la conducta de la Administración, se debe establecer:

- El alcance de la obligación legal que se aduce incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración.
- La forma en que debió haberse cumplido dicha obligación.

Lo anterior, por cuanto la conducta de la Administración debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las particularidades del caso, puede considerarse como "anormalmente deficiente".

Según se manifiesta en los hechos de la demanda, el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital San Rafael de Chiquinquirá a las 24:00 horas del día 7 de noviembre de 2007. Sin embargo, los documentos que integran el plenario permiten colegir la fecha en que se recibió el paciente fue el 8 de noviembre de 2007, situación que se encuentra consignada en el "RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA", suscrito por la Doctora Johana

Barreto Esquivel, en su condición de Médica Hospitalaria del Hospital San Rafael de Tunja, en la cual se consignó:

*"...Paciente de 31 años **quien es remitido el 08 de noviembre de 2007 de Puente Nacional**, por sufrir accidente de tránsito en calidad de conductor en estado de embriaguez, sufriendo trauma facial, trauma craneoencefálico leve y trauma muslo izquierdo..." (f. 12).*

De igual forma, el formato de remisión o "Referencia de Pacientes" de la ESE Hospital Integrado San Antonio de Puente Nacional, consagra como fecha de la remisión el día 8 de noviembre de 2007, circunstancia visible a folio 770, elementos que dejan sin piso la afirmación efectuada en la demanda, cuando se refiere que el ingreso al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Tunja se dio el día 7 de noviembre de 2007.

En lo que concierne a la atención médica prestada por la ESE Hospital San Rafael de Tunja, el resumen de historia clínica, presenta un cuadro descriptivo de los servicios y procedimientos suministrados, así como de las eventualidades y posteriores complicaciones que presentó el paciente, los cuales denotan la gravedad de las lesiones sufridas por el señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) como consecuencia del accidente.

El citado documento, que además resulta concordante con la historia clínica, refiere los siguientes hallazgos al examen físico:

"...Paciente alerta, en estado de embriaguez, con TA: 130/76 FC: 118x', FR: 26x', Cabeza y cuello: Deformidad tabique nasal, múltiples heridas en cara, deformidad facial. Cardiopulmonar: No alteración. Abdomen: Blando, no distendido no dolor a la palpación. Extremidades: Muslo izquierdo con deformidad y edema, miembro superior izquierdo con herida en cara posterior, adecuada perfusión distal. Neurológico: Alerta, en estado de embriaguez, Glasgow 15/15..." (f. 12)

Dicha información resulta concordante con la información consignada en la historia clínica (f. 770-778), elementos que dan cuenta de la gravedad de las lesiones que registró el paciente.

Así mismo, es descriptivo el material documental, de los pasos, tratamientos, procedimientos y demás actividades que el personal médico adelantó sobre la humanidad del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) e incluso ilustran cómo se presentó el deterioro de la salud del paciente, sin que se pueda sostener, luego de agotado el trámite procesal, que dicha consecuencia surgió como consecuencia del obrar médico, pues en este estado de las diligencias no se puede sostener que existieron falencias en los procedimientos médicos que perjudicaran la salud del paciente.

Contrario a ello, el elemento documental prueba con suficiente claridad las eventualidades que se suscitaron desde el ingreso del paciente y las consecuencias negativas que los múltiples traumas que sufrió el accidentado tuvieron en su integridad física, acontecimientos que llevan al Despacho a concluir que el deterioro de la salud del paciente devino del accidente y no de la existencia de una mala praxis o una deficiencia en la prestación de los servicios de salud.

Al respecto puede verse en la historia clínica que luego del ingreso el paciente fue "...valorado por cirugía plástica y cirugía maxilofacial, quienes deciden llevar a salas de cirugía donde realizan reducción de fractura maxilar superior y sutura de múltiples heridas en cara..." (f. 12). De igual forma, el paciente fue valorado por Ortopedia, evidenciándose que "...muestra fractura diafisaria de fémur..." (f. 12).

Sobre las complicaciones que las condiciones del rostro del paciente presentaron para adelantar los procedimientos médicos, se consignó en la historia clínica que "...ES LLEVADO A SALAS DE CIRUGÍA DONDE SE REALIZA DESBRIDAMIENTO DE TEJIDO NO VIABLE. SUTURA HERIDAS MÚLTIPLES EN CARA. ESTOMORRAFÍA Y OSTEOSÍNTESIS, ENCONTRANDO FRACTURA CONMINUTA NASAL Y MAXILAR SUPERIOR QUE NO PERMITE COLOCAR MÁS MATERIAL DE OSTEOSÍNTESIS EN SU POSOPERATORIO INMEDIATO..." (f. 773).

El resumen de la historia refiere que se solicitó realización de traqueotomía por vía aérea difícil, pero que "...es valorado por cirugía quienes consideran que el procedimiento se debe realizar por fibrobroncoscopia por lo cual se aplaza el procedimiento..." (f. 12), acción que en ningún momento fue catalogada como impropia o inadecuada por el perito designado, sino que por el contrario la encontró acorde con los procedimientos médicos, pues frente a la forma en que se prestaron los servicios explicó que "...El estado inicial del paciente refiere una vía aérea permeable, a pesar del trauma facial severo, **lo cual no es indicativo de manejo con traqueostomía...**" (**Negrilla fuera de texto**).

En este punto, debe señalarse que aunque el perito indicó que "...en la evolución de un trauma facial puede haber indicaciones de traqueostomía de manera 'electiva', es decir, no como una emergencia médica..." (f. 749) y que "...Los pacientes de Unidad de Cuidado Intensivo, cuando su manejo es crónico pueden ameritar traqueostomía como protocolo médico para un mejor desempeño 'cabeza/cuello'..." (f. 749), simplemente estaba haciendo alusión a las recomendaciones que en general se pueden adelantar para atender lesiones faciales, pero en ningún momento se concluyó en el dictamen pericial, que la decisión de los médicos en el caso concreto del señor Pachón Sierra (QEPD), fue errada y mucho menos se afirmó que el personal médico que atendió la emergencia en el presente caso faltó a los citados protocolos médicos.

Insiste el Despacho, que el análisis efectuado por el profesional designado por la Universidad Nacional para analizar el caso, indicó que la situación del paciente no era indicativa de manejo con traqueostomía, circunstancia que deja sin piso la imputación fáctica

efectuada por la parte accionante, pues no se puede sostener que en este caso particular, la Administración prestó una deficiente atención médica.

En ese orden de ideas, debe señalarse que la prueba pericial no permite evidenciar la existencia de irregularidades en el proceso de atención brindado al señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD).

Por el contrario, llama la atención del presente Estrado Judicial, que sobre el servicio prestado por el Ente Hospitalario, la prueba técnica consignó que *"...Al revisar la Epicrisis del paciente IVÁN PACHÓN SIERRA (HC No. 402346) se considera que **hubo atención oportuna de acuerdo al diagnóstico de Trauma facial – Fractura conminuta nasal y maxilar superior – Fractura diafisaria de fémur y Trauma Craneoencefálico leve...**" (Negrilla fuera de texto) (f. 748), afirmación que descarta la existencia de fallas en el servicio médico prestado por la ESE Hospital San Rafael de Tunja.*

En lo que concierne a las demás respuestas dadas por el perito, ha de tenerse en cuenta que las mismas no hicieron alusión alguna a situaciones concretas presentadas en el caso, sino que estuvieron encaminadas a resolver cuestionamientos generales que se le hicieron al profesional, las cuales aunque pueden estar relacionadas con situaciones que pudieron presentarse en el devenir de los hechos, no ocurrieron en el sub lite.

Véase por ejemplo que en la pregunta cuatro (4), es abierta y frente a ella se emitió una respuesta de carácter general, pues se interrogó *"...si la desintubación de un paciente, puede acarrear una muerte cerebral, por ausencia en el cerebro de oxígeno (sic)..." (f. 749), frente a lo cual el experto respondió "...En términos generales definitivamente sí. La extubación en un paciente que no tenga recuperados los reflejos protectores de la vía aérea (que no pueda respirar de manera espontánea) puede llevar a un estado de hipoxia con daño cerebral irreversible..." (f. 749).*

Sin embargo, lo anterior no permite concluir, desde ningún punto de vista, que el perito afirmó que en el presente caso existió una desintubación y tampoco se puede afirmar que el dictamen pericial concluyó que el daño cerebral del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) se produjo como consecuencia de dicha desintubación, pues el perito no llegó a tal conclusión.

Idéntica situación ocurre con la pregunta relacionada con el uso de la anestesia, en donde se indagó al perito *"...Si un exceso en la aplicación de anestesia puede acarrear la muerte cerebral de una persona..." (f. 749), ante lo cual se respondió "...En términos generales definitivamente sí. La sobredosificación de agentes anestésicos puede llevar a un estado de hipoperfusión cerebral con compromiso neurológico irreversible. Para el efecto debe evaluarse si la evaluación posoperatoria ha sido satisfactoria y las condiciones de estabilidad al ingreso a la Unidad de Cuidados Intensivos..." (f. 749).*

No obstante, en ningún momento se concluyó en el experticio, que en el caso del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) hubo exceso de anestesia, pues ni siquiera se hizo alusión a las dosis aplicadas para llevar a cabo los procedimientos quirúrgicos.

Observa el Despacho entonces, que los supuestos en que se funda la demanda carecen de respaldo probatorio, pues no está probado que hubiese deficiencias en la intubación y/o suministro de anestesia y contrario a lo manifestado por la parte actora, el experto fue claro en manifestar que la atención brindada por el Hospital en este caso particular, fue oportuna y acorde con el diagnóstico que presentaba el paciente.

Así entonces, debe concluirse que en este caso, la atención médica fue concordante con la patología que presentaba el paciente y que el diagnóstico arribado por los médicos tratantes resultó consecuente con el examen y los hallazgos advertidos al momento del ingreso, de manera que no es posible jurídicamente sostener que en este caso se presentó una falla en el servicio y mucho menos que la conducta de la administración fue anormalmente deficiente, por lo que no se cumple con la segunda de las exigencias que permiten predicar la responsabilidad extracontractual de las accionadas.

2.4.3. Del nexo causal

Aunque lo expuesto en precedencia es suficiente para denegar las pretensiones de la demanda, debe señalar el Despacho que los elementos de prueba recaudados durante el trámite procesal no permiten concluir que en este caso existe algún tipo de relación entre el fallecimiento del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) y la atención médica brindada en la ESE Hospital San Rafael de Tunja, pues además que no se logró demostrar que la conducta de la administración fuere anormalmente deficiente, tampoco se pudo probar debidamente la causa del deceso.

En efecto, tal como se mencionó al momento de analizar el primer elemento de la responsabilidad, al plenario se aportó copia del registro civil de defunción, sin embargo, el acervo probatorio no demuestra la razón del fallecimiento, el cual se presentó un (1) año, tres (3) meses y veintiséis (26) días después del ingreso al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Tunja.

La única referencia que existe frente a la muerte, es la consignada en el registro civil de defunción, en la que se hizo referencia a que la muerte se registró como consecuencia de un certificado médico. No obstante, dicho certificado no se aportó al plenario, como tampoco se allegó la historia clínica que contiene la situación del paciente en momentos anteriores al fallecimiento.

La única información aportada al proceso, frente a la situación de salud del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD) en días anteriores a la muerte, es la que obra en la historia clínica remitida por el

Hospital Regional de Chiquinquirá, en la cual se registró la atención prestada al paciente entre el 4 y el 17 de febrero de 2009, en donde se diagnosticó al momento de su ingreso "Úlcera Sacra Sobreinfectada", anotándose que salió vivo del servicio de salud en atención a que tuvo buena respuesta al tratamiento, pues al respecto se plasmó "...A/Paciente con adecuada evolución en tratamiento farmacológico se decide dar salida y cita control por cirugía plástica..." (f. 669 vto.).

Obsérvese entonces que aunque está demostrada la muerte del señor Iván Yesid Pachón Sierra (QEPD), no existe elemento alguno que permita establecer la causa del deceso, circunstancia que impide afirmar incluso que su fallecimiento está relacionado con las secuelas del accidente de tránsito sufrido el 7 de noviembre de 2007, pues no existen elementos de prueba que permitan establecer la causa de la muerte.

Lo anterior permite afirmar que la parte actora no logró probar los supuestos de hecho en que se sustenta la demanda, por lo que habrá de concluirse que incumplió con el deber legal contenido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil,¹³ aplicable a la presente actuación, razón por la cual debe asumir las consecuencias de su falta de actividad probatoria.

Ha enfatizado el Consejo de Estado que según el mandato de la citada norma "...la carga probatoria de los supuestos de hecho **está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas**, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa **y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer...**"¹⁴ (Resalta la Sala).

En torno a las consecuencias de no asumir la carga de la prueba en debida forma, se pronunció el Consejo de Estado¹⁵, así:

"...la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

*En otros términos, 'no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota'¹⁶; **las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado***

¹³ "ARTÍCULO 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejero Ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 28 de abril de 2010. Rad.: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087) A. Actor: Saúl Saavedra Gutiérrez y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales-Seccional Valle del Cauca. Referencia: Acción de Reparación Directa

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, 04 de febrero de 2010, Exp. No. 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720), Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS

¹⁶ MUÑOZ SABATÉ, Luis, Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Praxis, Barcelona, 1967, pp. 48-49.

desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta¹⁷, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso...» (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, al no encontrarse acreditada la falla en el servicio médico y por ende, el nexo causal entre el deceso y la actuación de la administración, es preciso negar las pretensiones de la demanda, situación que releva a la presente instancia, para manifestarse frente a las situaciones relacionadas con los llamamientos en garantía, dada la inexistencia de condena.

3. Costas

Finalmente, el Despacho observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y en el sub lite ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

Por su parte, visto memorial a folios 855 a 858, no se accede a lo solicitado como quiera que quien dice actuar como apoderada judicial de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, revisadas las diligencias no aparece poder otorgado a su favor, y en esa medida no se ha procedido a reconocer personería para actuar.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: No se accede a lo solicitado a folios 855 a 858 del expediente, conformidad con la parte motiva del presente proveído.

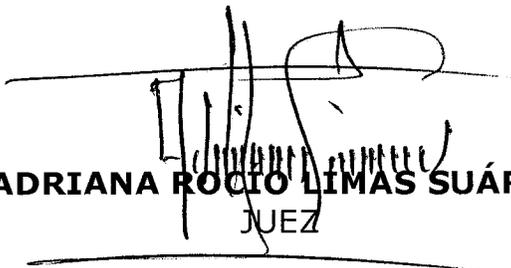
CUARTO: En firme esta providencia, por Secretaría adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante,

¹⁷ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil, I., cit., p. 318.*

RADICACIÓN No. 15001-33-31-007-2009-00345-00
DEMANDANTE: CAMILO VICENTE PACHÓN SIERRA Y OTROS
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autorizan las copias que soliciten las partes, para lo cual el interesado deberá proceder al pago de las expensas correspondientes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA ROCIO LIMAS SUÁREZ
JUEZ