



Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja

06 JUL 2018

Tunja,

Radicación: 150013333010-2012-00065-00

Demandante: MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS y CAMILA BUSTAMANTE RUEDA

Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y E.P.S. SALUDCOOP

Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

Procede el Juzgado a emitir decisión de primera instancia en el asunto de la referencia de la siguiente manera:

I. LA DEMANDA

1.1. Las pretensiones (fls. 83-84) del libelo se transcriben así:

- “1. Declare patrimonialmente responsables a las entidades demandadas, **EL HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Y LA E.P.S. SALUDCOOP TUNJA**, del daño causado en la humanidad, salud y condición de vida de la señora **MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS**, ocasionado con la mala práctica de la cirugía **OSTEOTOMIA DE GANZ PRACTICADA EL 22 DE JUNIO DEL 2010**, en el Hospital San Rafael de Tunja, procedimiento quirúrgico realizado por el médico **JAIME MEDINA RUBIANO**, quien actuaba como médico de la I.P.S. hospital San Rafael, a donde fue remitida la hoy demandante, por la E.P.S. SALUDCOOP TUNJA; hechos que configuran la causal de responsabilidad por falla en el servicio - error en procedimiento médico, imputable de manera exclusiva a las entidades demandadas.
2. En consecuencia de la anterior declaración, se condene a las demandadas **EL HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA Y LA E.P.S. SALUDCOOP TUNJA**, como reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de **\$452.912,400 (CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE)** conforme a lo que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto, en forma genérica. Individualizados de la siguiente manera:

LUCRO CESANTE

Teniendo en cuenta que la demandante, para el momento de la operación percibía ingresos mensuales de \$ 600000, en calidad de violinista del conjunto mariachi Son Azteca, oficio que la demandante no podrá volver a ejercer, debido a su limitación física-motora (derivada del daño antijurídico del cual se solicita aquí su reparación)

- 35.000.000 (TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS), por concepto de lucro cesante.

DAÑO EMERGENTE

- \$6.812.400 (SEIS MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS PESOS M (CTE), a razón de 1/2 salario mínimo legal vigente, por concepto de pago a acompañante desde la fecha de la operación a la fecha de la presentación de la solicitud de conciliación, por cuanto como se manifestó Martha Lucía no puede desplazarse sola, por la pérdida de movilidad que a la fecha sigue presentando en su pierna izquierda.

- 1.000.000 (UN MILLON DE PESOS M/CTE), por costos por transporte, terapias, medicaciones, alquiler de silla de ruedas.

POR PERJUCIOS MORALES

DAÑOS MORALES Y DE VIDA EN RELACION

DAÑOS MORALES Y DE VIDA EN RELACION

- \$70.000.000 (SETENTA MILLONES CIENTO MIL PESOS M/CTE) o 125 salarios mínimos legales vigentes, **A FAVOR DE LA MENOR DANNA CAMILA BUSTAMANTE RUEDA**, por el estado de angustia y depresión sufridas por la menor al ver, entender y sufrir las lesiones físicas de su señora madre a causa del equivoco procedimiento quirúrgico; lesiones por las cuales la relación normal madre-hija, nunca será la misma, pues como se manifestó la señora Martha Lucía, ya no puede jugar normalmente como lo hacía en otrora.

• \$100.000.000 (CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE), o 175 salarios mínimos legales vigentes a favor de **MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS**, por cuanto las secuelas psicológicas no solamente cubren los dos últimos años, sino que se proyectan hacia el futuro, ante la inminencia del daño permanente, perjuicio psicológico a la accionante y su núcleo familiar, angustia, estado de zozobra por la no recuperación.

DAÑOS OBJETIVADOS A FAVOR DE MARTHA LUCIA

• Derivados de su función social como artista por cuanto el daño que se le produjo afecta su imagen frente al público en sus diversas presentaciones como solista o integrante de grupo musical, indemnización que debe cubrir desde la fecha en que se produce el daño y a lo largo de su vida productiva laboral, por presunción legal hasta la edad de los 65 años, a razón, por presunción legal mínima de un salario mínimo legal vigente para un total de \$240.000.000 (DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE).

PARA UN TOTAL DE \$452.912,400 (CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE)...”(f. 84)

Además de pedir que se cumpla la sentencia de acuerdo con lo establecido en el CCA y se condena a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos y jurídicos. El Despacho los resume así:

Comienzas por decir que es estudiante de Bacteriología y se ocupaba como Violinista del Grupo “Son Azteca”; que para el mes de diciembre 2009, MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS empieza a tener dolores en la cadera derecha, por lo que asiste al servicio médico en donde fue valorada y diagnóstica con “*displasia*”, respecto a lo cual se ordenó un procedimiento denominado “*OSTEOTOMIA DE GANZ*”, a ser realizado en el Hospital San Rafael de Bogotá, el cual evitaría un eventual remplazo de cadera.

Señala que pese a lo anterior, la paciente fue remitida al Hospital San Rafael de Tunja, en donde realizaron el procedimiento quirúrgico el día 22 de junio de 2010, el cual considera se llevó a cabo con varias irregularidades; la primera, violar la libre escogencia de IPS pues ya había decidido ser intervenido en Bogotá y se cambió la autorización para Tunja; la transfusión de dos unidades de sangre las cuales indica “ *fueron ordenadas sin la práctica de ningún examen que lo justificara*”; y la existencia de un error humano en la cirugía, pues se produjo como resultado ausencia de movimiento y sensibilidad en su pierna izquierda, cuando el porcentaje de éxito era del 85%.

Sostiene que el 2 de julio de 2010, le fue practicada una Electroneuromiografía, a MARTHA LUCIA RUEDA, en donde se determinó la existencia de una “*LESION PARCIAL INCOMPLETA DEL CIÁTICO IZQUIERDO AFECTANDO ESPECIALMENTE SU COMPONENTE TIBIAL + LESION SEVERA (COMPLETA) DEL NERVIO FEMORAL DEL MISMO LADO*”, producto de la cirugía practicada.

Manifiesta que el 10 de noviembre del 2010, le fue efectuada a la demandante una Electromiografía, determinando la existencia de una “*Neuropatía periférica proximal motora de predominio axonal del nervio femoral (crural) Izquierdo con compromiso actual severo; y Neuropatía periférica proximal motora de predominio axonal del nervio ciático poplíteo interno izquierdo, con compromiso moderado*” agrega que ha sido valorada sin embargo no le dan expectativa alguna en la recuperación de la movilidad de su pierna izquierda.

Comenta sobre sus secuelas y las dificultades que en relación con su estudio, las actividades de la vida diaria, incluido su desplazamiento y su trabajo ha tenido que soportar por el procedimiento quirúrgico.

Indica que la E.P.S. Saludcoop, limitó el tratamiento de la de accionante a terapias físicas que no aportan al mejoramiento en la salud de la paciente, y que a mediados del 2011, empezó a sentir fuertes dolores en su rodilla derecha, que presuntamente tiene su génesis en que el miembro inferior derecho está obligado a soportar el esfuerzo bilateral, generando un doble esfuerzo, en cuanto a movilidad y soporte mismo de la masa corporal.

Finalmente, asegura que el daño producido en la humanidad de MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, es imputable única y exclusivamente al error humano (nexo causal por probabilidad estadística) en la práctica de la cirugía realizada el 22 de junio del 2010, lo cual amerita que le sea reconocida y pagada una indemnización que incluya los perjuicios de lucro cesante, daño emergente, daños morales y en relación a la vida.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. SALUCOOP EPS (fls. 118 a 137).

Señala que se opone a las declaraciones y condenas pedidas por la parte demandante en contra de SALUDCOOP EPS, por los supuestos perjuicios originados por la presunta mala práctica de un procedimiento quirúrgico en la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Tunja, con sustento en la naturaleza jurídica y el objeto de la Entidad como Empresa Promotora de Salud (EPS) dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dado que no tiene dentro de sus funciones y competencias la atención médica o quirúrgica de pacientes, es solo es un ente administrativo dentro del sistema diseñado y controlado por Estado, razón por la cual desconoce la historia clínica de la demandante y por ende los pormenores acaecidos en su tratamiento médico, que es de completa autonomía de los prestadores de servicios médicos como la ESE hoy codemandada.

Señala que conforme a la literatura médica, la osteotomía periacetibular tipo Ganz, tiene como uno de sus riesgos la lesión del nervio femorocutáneo, con parestesias transitorias hasta neuralgias. En general que no le constan las actividades desarrolladas por la demandante antes y después de la cirugía.

Indica que la presunta falla en el servicio sustento de la presente litis, no la causó SALUDCOOP EPS, pues como se advierte de los hechos descritos por la parte demandante, el acto médico que se predica como deficiente sería imputable al equipo de salud que realizó el procedimiento quirúrgico, es decir a profesionales de la salud del codemandado, en razón a lo anterior se opone a la condena que se pretende por concepto de perjuicios materiales e inmateriales.

Propuso como excepciones las que denominó:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: porque de acuerdo con la Ley 100 de 1993, las EPS no están obligadas a prestar servicios médicos, pues ello le corresponde a las IPS.
2. IMPROCEDENCIA DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE FALLA EN EL SERVICIO. Al estimar que por su naturaleza de entidad privada no puede soportar un examen de su responsabilidad sobre este régimen jurídico.

3. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO POR PARTE DE SALUCOOP EPS. Porque e ninguno delos hechos se le imputa responsabilidad a la EPS.
4. EL HECHO DE UN TERCERO COMO EXIMENTE DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE IMPUTA A SALUCOOP EPS. Dado que el acto médico fuente de la responsabilidad fue realizado por profesionales contratos por la IPS Hospital San Rafael de Tunja.
5. DISCRECIONALIDAD CIENTÍFICA QUE NO RESPONSABILIZA A SALUCOOP EPS POR EL ACTO MÉDICO QUE EJECUTO EL EQUIPO DE SALUD ADSCRITO A LA INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SALUD QUE SUMINISTRA EL SERVICIO. Con similares argumentos a la anterior, enfatizando en que la Ley 100 de 1993 reconoce esta autonomía científica.
6. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD DE SALUCOOP EPS RESPECTO DE LA ESE QUE PRESTA EL SERVICIO DE SALUD. Ya que parta que opere debe ser pactad en contrato o establecida en la ley, sin que ninguna de ellas se verifique en este asunto.
7. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE SALUCOOP EPS. En atención a que el ámbito de sus responsabilidades con arreglo a la Ley 100 de 1993, se circunscribe a garantizar la afiliación, registro, cobertura y acceso a los servicios de salud del POS, de la órbita administrativa y no directamente asistencial, verificándose en este caso dichas obligaciones.
8. EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.2. E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fls. 191 a 203) se opuso a las pretensiones.

Frente a los hechos señala que la señora MARTHA LUCIA RUEDA cursaba con displasia de cadera, condición congénita que ocasiona desgaste prematuro de la cabeza femoral y de la superficie acetabular; que estos pacientes nunca recuperan la función normal, dando como síntomas dolor y alteración en el patrón de marcha, añade que el procedimiento quirúrgico se realizó el día 22 de junio de 2010, para lo cual se evidencian en la historia clínica de la paciente copias de los consentimientos informados en las que se encuentra solicitud de reserva de sangre, pues la técnica quirúrgica incluye la disección de grandes estructuras musculares también se encuentran los paraclínicos que soportan la realización del procedimiento.

Informa que la osteotomía de Ganz fue una técnica desarrollada por el doctor Reinhold Ganz en 1983 y publicada por primera vez en las Clínicas Americanas de Ortopedia en 1988 que incluyó el reporte de las complicaciones encontradas tras la realización de 380 procedimientos y entre ellas se lee la lesión neurovascular agrega que la literatura mundial hace énfasis en la dificultad que representa esta técnica y que la convierte si no en la más, en una de las más complejas osteotomías, menciona que se presenta un número importante de complicaciones, dentro de las que se incluye la lesión nerviosa, situación que puede comprometer la sensibilidad y movilidad de la extremidad inferior.

Explica que al revisar la descripción quirúrgica documentada en la historia clínica se evidencia que se siguió la técnica propuesta por el Dr. Ganz para la osteotomía triplanar periacetabular, menciona que la osteotomía por su complejidad debe ser realizada por profesionales con alto entrenamiento, encontrando que en Colombia cirujanos con experiencia en realización de osteotomías de cadera tipo Ganz son pocos y que quienes tienen mayor casuística en el país son

los Drs, Pérez (Hospital San Rafael Bogotá y Medina en Hospital San Rafael Tunja), quienes recibieron entrenamiento con el Dr. Ganz creador de la técnica. Añade que Medina ha realizado más de 400 procedimientos.

Sostiene que aducir la complicación presentada por la señora Martha Lucia Rueda a un error humano no es cierto, ya que las complicaciones dependen de variantes anatómicas del paciente o condiciones propias de la técnica que no son controlables por el profesional, agrega que en el caso que nos ocupa la lesión del nervio ciático y ramas crurales, es una complicación descrita y posible aún en las manos más expertas.

Planteó como excepciones las que denominó:

1. INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO, luego de transcribir amplios apartados del proceso quirúrgico y del POP hasta salida, indicó que el servicio se brindó en adecuadas condiciones de acceso, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad, pues se le suministraron todos los cuidados necesarios de acuerdo al nivel de complejidad establecido, con adherencia a las guías prácticas, literatura médica y consentimiento informado; correspondiendo la Osteotomía de Ganz a un procedimiento adecuado para tratar la displacia que padecía, la cual señala es una técnica compleja en su abordaje. Por lo demás que no hubo interrupción en la entrega de medicamentos.
2. INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD. Porque la intervención realizada por el Hospital se efectuó conforme a los procedimientos y literatura médica; además de no se verificó impericia, negligencia o imprudencia.
3. INEXISTENCIA DE CAUSA LEGAL. Señalando ligereza en los fundamentos de la demanda, respecto de la atribución de responsabilidad.
4. GENÉRICA INNOMINADA

2.3. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (fls. 59 a 67 C 2)

Llamada en garantía por la ESE H. SAN RAFAEL, se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora contra la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, por cuanto no existe ninguna responsabilidad que se le pueda endilgar a la Institución con ocasión de la atención medica suministrada la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, la cual fue atendida dando aplicación a todos los protocolos médicos que correspondían al estado de salud que tenía al ingreso a la Entidad Hospitalaria, siendo atendida de manera oportuna, diligente y eficiente.

Considera que no se encuentran estructurados los elementos generadores de la responsabilidad médica que se pretende imputar, determinando con ello que la falla en el servicio no existió y por tanto la responsabilidad en contra del Hospital San Rafael de Tunja no está legalmente justificada.

Respecto a las excepciones señala que coadyuva la defensa esgrimida por el Hospital San Rafael de Tunja específicamente lo concerniente a la "INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO", "INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD" y "INEXISTENCIA DE CAUSA LEGAL", adicionalmente formula las siguientes excepciones de fondo: INEXISTENCIA DE LA

OBLIGACIÓN, ACTIVIDAD MÉDICA ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO e IMPROCEDENCIA DE LOS PERJUICIOS MORALES COMO ESTÁN SOLICITADOS, al sostener que la cirugía se llevó a cabo con los correctos protocolos médicos establecidos; considerar que no es posible garantizar un resultado porque el acto médico es un medio para recobrar la salud y en atención a que las solicitudes de indemnización por daño moral superan los topes fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Frente al llamamiento en garantía señaló que el derecho que pudiera tener asegurado, derivado del contrato de seguros se extinguió por cuenta del fenómeno de prescripción, indica que en la Póliza No. 1003256, existe una limitación a la cobertura de daños extrapatrimoniales exclusivamente el daño moral, restricción que igualmente deberá tenerse en cuenta respecto al monto del valor asegurado y su disponibilidad según lo establece el artículo 1079 y 1111 del Código de Comercio, como también tratándose del deducible.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. PARTE ACTORA (fls. 480 a 490).

Respecto al estado de presanidad de la demandante señala que se encuentra demostrado que con antelación al equívoco procedimiento quirúrgico, gozaba de un buen estado de salud, afirma que la osteotomía practicada el 22 de junio del 2010 a la accionante, culminó en un daño irreversible a nivel nervioso y muscular de su pierna izquierda, generándole una pérdida de movilidad y sensibilidad en la mencionada extremidad.

Reitera que el 2 de julio del 2010, se determinó que la demandante había sufrido una *"la lesión parcial incompleta del ciático izquierdo que afectó especialmente su componente tibial, y una la lesión severa (completa) del nervio femoral"*, lesiones causadas por la cirugía practicada, considera que con la historia y la experticia de la junta calificador de invalidez, quedó demostrado QUE MARTHA LUCIA sufrió un daño permanente en su fisionomía.

Sostiene que existe un cúmulo de pruebas indiciarias indicativas del nexo causal existente entre el daño-lesión sufrida en la humanidad de la demandante y el procedimiento médico Osteotomía de Ganz, de otra parte señala que existe otro indicio en la declaración depuesta bajo juramento por el mismo Dr. Jaime Medina Rubiano, quien afirmó *"haber modificado el procedimiento de Ganz"* supuestamente para obtener un mejor resultado.

Aunado a lo anterior, asegura que se encuentra dentro del plenario el dictamen del médico fisiatra, que señaló que los nervios femoral y ciático de la paciente habían sido "cortados"; igualmente en las pruebas testimoniales considera que cobra relevancia lo dicho por el medico Rubiano quien aseguró que la intervención es más de *"tacto que de vista"* por cuanto al ser tejidos musculares profundos en donde se debe hacer las incisiones y ante la falta de ayudas instrumentales que apoyen una mejor visión, se dificulta la operación, señaló que la operación es compleja, y admitió no tener conocimientos académicos sobre cirugía de cadera, reconoce que ha sido conocimiento empírico; así mismo confiesa que, sin estudios científicos previos que avalaran, *"modificó la técnica"* de la operación Osteotomía de Ganz, el médico admite la posibilidad de haber cometido un error en el procedimiento al señalar que el actuar médico es de medios y no de resultados.

Añade que a la demandante no fue informada del riesgo probable, que finalmente se concretó en el daño del cual hoy se demanda su reparación.

En lo que respecta al dictamen pericial de la Junta Médica Regional de Invalidez los expertos dejaron claro que la causa de las lesiones sufridas por la accionante MARTHA LUCIA RUEDA, fue el error procedimental en la cirugía Osteotomía de Ganz.

Consideró que ninguna de las excepciones propuestas por las demandadas tienen vocación de prosperidad, pues el daño antijurídico está más que probado y es de tal magnitud que seguirá presente por toda la vida de la demandante; finalmente reitera las pretensiones y lo dicho a lo largo del proceso, solicitando que se condene a los demandados al máximo de lo pedido en el libelo introductorio.

3.2. E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fls. 491 y 492)

Manifiesta que la parte actora no precisa en que consistió el error humano, puntualmente la presunta falla del servicio médico, pues se limita a hacer unas afirmaciones tendenciosas que desconocen de plano la *lex artis* y la literatura médica con que se cuenta para esta clase de procedimientos, al punto de afirmar que el fisiatra en su examen de electromiografía concluye que las lesiones presentadas por la paciente son producto de un mal procedimiento hecho por el médico Medina Rubiano, afirmaciones que no están consignadas en el correspondiente documento que recoge el examen aludido.

Relata que en la historia clínica de la paciente Rueda Vargas, donde se consigna la atención brindada en la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, se detalló la patología por la cual ingresó, la valoración por cirugía y anestesiología, el consentimiento informado, donde de manera expresa se le indicó como riesgos generales del procedimiento "*LESION NEUROLOGICA, VASCULAR, FRACTURA*", respecto al testimonio del médico tratante Dr. Jaime Medina Rubiano, señala que dejó claro que el procedimiento no estaba orientado a mejorar la movilidad ni quitar la cojera, sino exclusivamente para disminuir el dolor, es decir es de tipo paliativa; es provisional para evitar un trasplante de cadera de manera temprana.

Sostiene que en la cirugía de OSTEOTOMÍA DE GANZ practicada a la paciente MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, se cumplieron a cabalidad los protocolos para ese tipo de procedimientos y quien la realizó fue un profesional idóneo con la mayor competencia y experticia, expone que las secuelas derivadas del procedimiento quirúrgico no corresponden o están derivadas de un error humano o falta de pericia del cirujano que la practicó, son propias de las eventualidades previsibles en este tipo de cirugías.

Explica que a la paciente se brindó en términos de cualidades de calidad, a saber; accesibilidad pues se puso a su disposición toda la oferta institucional disponible, fue brindado con oportunidad; con seguridad toda vez que se brindaron todas las alternativas terapéuticas respaldadas por la evidencia científica con énfasis en la minimización de los riesgos; con pertinencia, pues cada examen y procedimiento realizado era el necesario para el adecuado diagnóstico y su correspondiente atención clínica; continuidad ya que se le brindó atención, congruente,

consecuente y continua de acuerdo a las necesidades de la paciente, teniendo en cuenta la evidencia científica existente y la oferta de servicios disponibles y habilitados.

Destaca que en los mismos textos de literatura médica, se detallan como complicaciones asociadas a la cirugía la lesión neurológica, capaz de comprometer la sensibilidad y movilidad de la extremidad inferior.

Por lo anteriormente dicho, considera que una vez apreciadas las pruebas en conjunto y valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, solicitó negar las pretensiones de la demanda por falta de prueba que demuestre la existencia de la obligación de indemnizar y en su lugar acoger íntegramente las excepciones presentadas.

3.3. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (fls. 493 a 498)

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda e indicó que conforme obra en la Historia Clínica de la paciente, el Hospital San Rafael de Tunja, prestó de forma inmediata y oportuna toda la atención médica que requirió la señora Martha Lucia Rueda Vargas, practicándole todos los exámenes y dándole el tratamiento médico adecuado a la patología que presentaba, encuadrándose las conductas médicas desplegadas por los profesionales de la salud que intervinieron en la atención, en los protocolos de manejo, conforme a la literatura médica universal y dando estricto cumplimiento a todas sus obligaciones.

Aunado a lo anterior refiere que el procedimiento quirúrgico se llevó a cabo por personal idóneo y calificado; que el actuar del personal médico se encuentra enmarcado en la prudencia, diligencia y el cuidado que se tuvo en el manejo de la paciente, finalmente determina que no existe ninguna responsabilidad que se le pueda imputar al Hospital San Rafael de Tunja, con ocasión de la atención médica suministrada a la demandante.

En lo demás reiteró el contenido de la contestación.

Se decide previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Asunto a tratar

Corresponde en este proceso tal como se indicó en la fijación del litigio desarrollado en la audiencia de 2 de junio de 2015, establecer si se configura en el *sub lite* un daño antijurídico que le sea imputable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y a la E.P.S. SALUCOOP, como consecuencia de la actividad médico – asistencial prestada a la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS.

4.2. Las excepciones propuestas

Respecto a las excepciones de: *“IMPROCEDENCIA DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE FALLA EN EL SERVICIO”, “INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURIDICO POR PARTE DE SALUCOOP EPS”, “DISCRECIONALIDAD CIENTIFICA QUE NO RESPONSABILIZA A SALUCOOP EPS POR EL ACTO MÉDICO QUE EJECUTO EL EQUIPO DE SALUD ADSCRITO A LA INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SALUD QUE SUMINISTRA EL SERVICIO”, INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD DE SALUCOOP EPS*

RESPECTO DE LA ESE QUE PRESTA EL SERVICIO DE SALUD", CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE SALUCOOP EPS" y la "EXCEPCIÓN GÉNÉRICA", propuestas por **SALUCOOP EPS**; "INEXISTENCIA DE CAUSA LEGAL" y la "GÉNÉRICA INNOMINADA, promovidas por la **ESE HOSPITAL SAN RAFAEL** e "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "ACTIVIDAD MÉDICA ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO" e IMPROCEDENCIA DE LOS PERJUICIOS MORALES COMO ESTÁN SOLICITADOS, aducidas por la **PREVISORA S.A.**, constituyen extensiones de las razones de oposición a la demanda¹ y no "excepciones" propiamente dichas, de las cuales se predica envolver circunstancias impeditivas, extensivas o modificativas del derecho que se reclama, por lo que se resolverán los descargos de abordar el debate

Tampoco constituye excepción la "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", que glosa la **EPS** ya que se trata de un presupuesto para dictar sentencia de mérito favorable a las pretensiones², de manera que tales argumentos serán desatados con el fondo del asunto.

Esta misma consecuencia, debe aplicarse a los reparos titulados: "EL HECHO DE UN TERCERO COMO EXIMENTE DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE IMPUTA A SALUCOOP EPS", propuesta por **SALUCOOP** e "INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO", "INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD", promovidos por la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** dado que además de lo ya indicado, ha señalado el Consejo de Estado que el defecto en los aspectos de la estructura de la responsabilidad, como la causalidad, no corresponde a excepciones, sino justamente a presupuestos que deben cumplirse para obtener la declaración que se pretende, por ende, no enervan o extingue un derecho, como es la esencia de la excepción³. En tal virtud, los argumentos que nutren estos reparos de oposición serán analizados junto con el fondo del asunto en el momento que en desarrollo de la sentencia de instancia se juzgue oportuno.

Finalmente, dado que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, también propuso argumentos relacionados con el ámbito de cobertura, exclusiones y deducible, el Despacho considera innecesario incluso hacer extensa mención de ellas, cuando su estudio depende exclusivamente de que la asegurada E.S.E. SAN RAFAEL DE TUNJA sea encontrada responsable, en tal virtud, primero se abordará lo que corresponda a la responsabilidad de la garantizada y luego si es del caso, se entrará a establecer lo pertinente respecto del llamamiento.

¹ Hernando Devis Echandia, Estudios de Derecho Procesal, citado en Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, pag. 408, sexta edición: "La defensa u oposición en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho..."

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503): "...Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sala, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. En similar sentido sentencia de 14 de julio de 2016, expediente /47309, CP. MARTHA NUBIA VELAZQUEZ RICO.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, sentencia de 28 de abril de 2010, expediente: 17001-23-31-000-1998-00609-01(19839): "Como surge a primera vista, los fenómenos de fuerza mayor o caso fortuito, no constituyen propiamente medios exceptivos y carecen de tal connotación, debido a que no están dirigidas a enervar las pretensiones procesales a través de elementos que las extingan, modifiquen o dilaten, sino que se encuentran encaminados a rearguir los supuestos fácticos que erigen la acción en ejercicio del genérico derecho de defensa. [...] En efecto, la proposición de causas extrañas convoca al análisis de la eventual inexistencia de uno de los elementos de la responsabilidad como es el nexo de causalidad entre el hecho que se imputa a la administración y el daño alegado, planteamiento que, precisamente, constituye parte del debate sustancial planteado. (...) En relación con las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito esgrimidas en la contestación de la demanda y que tienen por objeto prevenir sobre la reacción indeterminable e imprevisible que puede generarse en un organismo, la Sala encuentra que, la denominación del medio exceptivo no guarda relación con el contenido del mismo y, éste, a su turno, no tiene tal carácter, pues como se ha indicado las causas extrañas que el apoderado de la entidad presenta como excepciones, tienen como propósito enervar la relación etiológica entre el hecho imputable a la administración y el daño, razón por la cual no se destruye perentoriamente la pretensión procesal del demandante y en su lugar se dispone el análisis de los elementos que hacen parte de la estructura de la responsabilidad, en este caso extracontractual del Estado, a fin de verificar la integración o no de los mismos..." Destaca el Juzgado. En ese mismo sentido, tratándose de defectos en la legitimación el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503) dijo: "...Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sala, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.- destacados fuera de texto-

4.3. Tacha de Testigo

Teniendo en cuenta que en audiencia de pruebas del 5 de agosto de 2015, la apoderada de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, propuso tacha por imparcialidad de las declaraciones rendidas por la señora BETSABE VARGAS DE RUEDA, madre de la demandante, por considerar que su parentesco afectaría sus manifestaciones, lo que hace dudoso su testimonio; sea pertinente indicar que el vínculo por sí solo no invalida su declaración, al respecto considera el Despacho que dicho testimonio se limitó al esclarecimiento de los escenarios personales, sociales y emocionales que se produjeron antes y después de la intervención quirúrgica practicada a la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, respecto de lo cual además existen medios de prueba adicionales (declaraciones) respecto de las cuales puede contrastarse⁴.

Dicho esto y dado que la incidencia de la declaración se predica de los efectos de la lesión y no de la antijuridicidad del daño y su génesis, el Despacho examinará la manifestación y las demás pruebas asociadas a perjuicios, solo y siempre y cuando, se considere que existe mérito para disponer indemnizaciones.

4.4. Régimen de responsabilidad y título jurídico de imputación.

Frente al régimen de responsabilidad por falla del servicio hospitalario la Jurisprudencia ha diferenciado dos eventos; la falla en el funcionamiento del servicio médico y el acto médico o quirúrgico. Dijo el Consejo de Estado⁵ frente al particular:

“...Dejar caer al recién nacido y encontrarse bajo llave el equipo de entubación cuando se necesitó para salvar la vida del infante Ruber Caicedo, constituyen respectivamente hechos que denotan impericia e imprevisión en la prestación del servicio, que funcionó defectuosamente, y se erige como causa del desenlace fatal. Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad. Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave. ...” – Destaca el Juzgado –

Con base en este pronunciamiento, es notable que el ámbito del servicio médico asistencial en salud, comprende dos aspectos distintos, de una parte, la organización administrativa, técnica u operativa de la institución encargada de prestar el servicio y de otra, el ámbito del acto médico o quirúrgico propiamente dicho.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez, Bogotá, diecinueve (19) de septiembre de 2001, expediente: 6624; *Doctrina que por igual, o tanta más si se quiere, es aplicable al testimonio sospechoso, n sea el rendido por aquellas personas en quienes concurre un factor especial que afecta su credibilidad o imparcialidad* (art. 217 del C. de P. C.). *Habida cuenta que si se trata de personas en cuya conciencia puede perfectamente ofrecerse el conflicto entre el deber genérico de declarar y el interés que tienen en el juicio particular en el que declaran, siendo razonable presumir que en un momento dado cobre en su ánimo mayor fuerza esta situación de interés que el respeto por la verdad; si, subsecuentemente, la credibilidad que les pueda caber en principio arranca estigmatizada por la duda; y si de este modo se recomienda al juez que examine sus dichos diligentemente y ejerza su discreción apreciativa con el máximo de escepticismo, aflora inevitable que la mácula con que se mira a tal linaje de testigos sólo se desvanecerá, y por qué no hasta desaparecerá, en la medida en que brinden un relato preciso, responsivo, exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonada y particularizado en toda cuando dieren noticia, y que, aun así, encuentren respaldo en otros elementos probativos, todo analizado, cual lo dice la norma en cuestión, “de acuerdo con las circunstancias de cada caso”; será entonces cuando nada justifica que el juzgador continúe desconfiando de sus relatos, y les suministre el valor demostrativo que verdaderamente asientan”.* (subraya y negrilla fuera de texto).

⁵ Consejo de Estado, sentencia de 11 de noviembre de 1999, expediente 12.165, C.P. Dr. JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS.

En el caso que se estudia, **la responsabilidad se atribuye** más que aun defecto de la parte operativa o administrativa de las entidades demandadas **a la oportunidad, idoneidad y eficacia del procedimiento quirúrgico** (Osteotomía de Ganz) practicado a la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, por diagnóstico de displacia de cadera y que produjo pérdida de la movilidad y sensibilidad de su miembro inferior izquierdo.

La responsabilidad por el acto médico y quirúrgico, que implican la práctica de la ciencia médica (lex artis) en diferentes estadios como el diagnóstico, valoración, manejo, tratamiento, prescripción, intervención y todos aquellos aspectos que deban tener lugar directamente o con incidencia en la salud del paciente, ha sido abordada desde variados enfoques, predominantemente, desde la óptica de la falla del servicio, no obstante, con marcadas diferencias en lo que concierne a la carga probatoria, como pasa a verse.

El Consejo de Estado señaló frente a la evolución del régimen de responsabilidad, en sentencia de marzo de 2001⁶, lo siguiente:

“... Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones. Posteriormente, en sentencia de octubre 24 de 1990, la Sala consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica. La de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de junio de 1992, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos. Es de resaltar que la presunción que en esas providencias adoptó la Sala, no es excepcional. En el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas el 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios se dispone que “la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios. Esta inversión de la carga de la prueba parte también en la comunidad europea de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de las informaciones y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa. **Más recientemente**, la Sala ha considerado que la presunción de falla en los casos de responsabilidad médica se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia...”

(...)

“... El tema de la prueba de la falla médica y de la relación causal es de gran controversia jurisprudencial, también en los eventos de responsabilidad contractual o extracontractual de los médicos o instituciones particulares. En reciente decisión, la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre una demanda de casación, luego de hacer un recuento histórico de las decisiones que al respecto ha adoptado esa Corporación, consideró que la carga de la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado corresponde al demandante y descartó la aplicación de la presunción de culpa en contra del profesional, por considerar que el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no debe ser asumido por éste, en razón de “los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológicamente y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina”. En la misma decisión, al tratar el tema de la prueba de los elementos de la responsabilidad contractual médica, aceptó la Corte el principio de la carga dinámica. En síntesis, puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia. En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa. — se destaca—

⁶ Sección Tercera, C.P. Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, sentencia de 22 de marzo de 2001, expediente: 13166

Posteriormente, el Consejo de Estado determinó volver al régimen de **falla probada del servicio** a través de sentencia de 31 de agosto de 2006, con ponencia de la Consejera, Doctora RUTH ESTELLA CORREA PALACIO, expediente 15.772, discurrió así:

“...Por tratarse de la imputación del daño a una falla médica, considera la Sala procedente realizar, previo a la decisión del caso concreto, una breve exposición de la jurisprudencia actual sobre el régimen de responsabilidad bajo el cual debe examinarse, en particular para establecer cuáles eran las cargas probatorias de las partes.

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

(...)

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes. En materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio, valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente⁷⁶¹, daños a partes del cuerpo del paciente cercanas al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica⁸¹⁷¹.

El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse una actitud retrograda. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundada en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes....” - se destaca-

⁷⁶¹ Lo que la doctrina denomina como óbito quirúrgico y que considera que en la generalidad de los casos sólo puede explicarse por negligencia del médico o su equipo.

⁸¹⁷¹ Ejemplos citados por RICARDO LUIS LORENZETTI. Ob.cit, pág. 222.

Esta posición ha sido reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de **26 de marzo de 2008**⁹, posteriormente en providencia de **28 de abril de 2011**¹⁰, e incluso de forma más reciente, en sentencia de **7 de diciembre de 2016**, se indicó por el Consejo de Estado, con ponencia de la Doctora MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO:

“En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la **falla probada del servicio**, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v. gr. la prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume¹¹. - se destaca-

No hay duda entonces que el caso que se analiza debe examinarse a la luz del **régimen subjetivo de responsabilidad**, con título de imputación por **falla probada del servicio**.

4.5. Las pruebas del proceso

En este capítulo destacará el Juzgado algunos de los medios de prueba más trascendentes para analizar la existencia de la falla del servicio enrostrada.

En el ejercicio anunciado, el Despacho encuentra necesario para una mejor comprensión y valoración de la prueba existente principalmente técnico-científica, iniciar por la declaración del profesional médico que han rendido testimonio o concepto en esta causa, lo cual servirá además de contextualización para comprender las anotaciones de Historia Clínica que se transcribirán y sobre las cuales se efectuarán las valoraciones correspondientes al abordar el caso concreto, momento en el cual se hará uso de los demás medios de prueba pertinentes:

4.5.1. Declaración del Médico JAIME ERNESTO MEDINA RUBIANO, quien realizó el procedimiento quirúrgico a la demandante (Osteotomía de Ganz), profesional que refiere es especialista en ortopedia y traumatología (1976 U Rosario), en cirugía ortopédica y en remplazos articulares de cadera y de rodilla, que actualmente es referente de la sociedad colombiana de ortopedia y quien tiene aproximadamente 37 años de experiencia en este campo. Respecto al procedimiento quirúrgico indicó haber sido alumno del creador del procedimiento el DR GANZ concebida para displasia de cadera (congénita) (f.367 y cd f. 477):

“...El que nos ocupa es la secuela de la displasia de cadera en pacientes adultos jóvenes, cual es la **deformidad**, básicamente la cadera es una bola que entra dentro de una cavidad, la cavidad normalmente es esférica y congruente y ocupa o tapa toda la cabeza, cuando hay displasia hay tanto

⁹ Sección Tercera, C.p. Dra RUTH STELLA CORREA PALACIO, sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: (15725): “... En relación con los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto médico, la jurisprudencia de la Corporación ha acogido de manera sucesiva diferentes reglas, con el fin de hallar un punto de equilibrio en un tema que resulta de gran complejidad. Así se ha pasado por: (i) exigir al actor la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, porque la obligación es de medio; (ii) presumir la falla del servicio médico, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil; (iii) presumir la falla del servicio médico, por considerar que las entidades se hallaban en mayor posibilidad de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, y (iv) distribuir las cargas probatorias en cada caso concreto, luego de establecer cuál de las partes tenía mejores posibilidades de su aporte. [...] No obstante, la Sala de manera reciente, ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica corresponde a la parte demandante acreditar todos los elementos que la configuran, para lo cual resultan admisibles todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso. (...) De igual manera, en cuanto a la prueba del vínculo causal, se acogió en una época el criterio de que cuando resultara imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía conformarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducían a ‘un grado suficiente de probabilidad’”, que permitía tenerlo por establecido. (...) Con posterioridad se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar responsabilidad a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. (...) En consecuencia, como se viene exponiendo, para deducir la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos cuando medie una intervención médica, la víctima del daño que pretenda la reparación correrá con la carga de demostrar la falla en la atención y que esa falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto médico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos podrá lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos...” - Destaca el Juzgado -

¹⁰ Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Doctor DANILO ROJAS BETANCOURTH, sentencia de 28 de abril de 2011, expediente: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963): “La Sección Tercera del Consejo de Estado 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, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.” - Negrilla fuera de texto-

¹¹ Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00434-01(34216)

deformidades en la parte de arriba de la cadera en el hueso de la pelvis, como en el hueso del fémur, en el caso de la paciente que tengo acá al lado la displacia estaba más acentuada en la base tabular o sea de la cavidad, no era una cavidad completamente concéntrica sino era una cavidad panda donde la cabeza tenía cierto pistón y no era congruente no había un buen encaje por decirlo así entonces parte de la cabeza estaba sub luxada estaba descubierta, en que consiste la operación, la operación se llama una operación de reorientación, básicamente es hacer unos cortes, son tres cortes complejos, el uno es arriba en el iliaco o sea en la pelvis como tal, el otro es un corte del pubis y el otro es un corte en el isquion que es el hueso atrás en la sentadera por que nos orientemos, o sea que hay que hacer tres cortes realmente son ciegos la cirugía se hace más con el tacto que con la vista por que son tejidos muy profundos y donde no hay complementación de elementos o aparatos distintos de un concepto tridimensional que tiene que llevar el cirujano, la operación es muy buena pero tiene un gran problema y por eso no la hace ni todo mundo ni en todos los países por que por la complejidad que tiene la operación... no es popular para el ortopedista en general. Entonces quienes hacemos este tipo de cirugías pues los médicos, nosotros realmente no tenemos un título de "caderólogos", pero si los que trabajamos con cierta continuidad en estos temas pues tenemos la experiencia suficiente para manejar integralmente los problemas de la cadera. Son treinta y siete años de experiencia y yo no he hecho en mi vida más sino trasplantes articulares revisiones de cadera y rodilla y osteotomías, más las fracturas más las lesiones de pelvis acetábulo, de tal manera que el gran problema como les contaba de esta operación es que por lo difícil no todo el mundo la puede hacer se necesita un entrenamiento especial y el entrenamiento pues si no lo hacen con las personas que hicimos experiencia es muy difícil aprender exclusivamente en un cadáver rígido, en el país en este momento no creo que hallamos más de diez cirujanos que hagan esta cirugía con experiencia... mi casuística es alrededor de 800 (min 20)... me remiten los pacientes que se remitían a Bogotá...

(...)

(min 21:23...en base a esos, ya ustedes pueden imaginarse que se trata de una cirugía supremamente compleja que no es para todo el mundo ... que la persona tiene que tener experiencia, pero como cirujanos, el problema de la medicina es que es de medios y no de resultados, si yo tengo la experiencia yo haga una cirugía, pero el paciente se somete a ciertos riesgos, porque todos somos humanos, no todas las cosas nos pueden quedar bien, las complicaciones existen y están descritas. En el consentimiento informado, por tratarse de una cirugía tan compleja los resultados son inciertos, entre otras cosas, es una cirugía temporal, es una cirugía paliativa, la paciente va a necesitar operación en el futuro más tarde que temprano, de eso se trata de que la mejor edad de la paciente de 20 a 50 años utilice su cadera natural, esa es la filosofía de la operación, pero todo paciente que tenga displacia o enfermedad congénita de la cadera siempre va a sufrir durante toda su vida uno más u otros menos ... (min 22:36)

(...)

...en el consentimiento informado está muy claro, dice lesiones neurológicas, como son tres cortes y por una sola vía la herida es por adelante de hecho es tan complicada la cirugía que ahorita los americanos no han tenido mucha experiencia y los franceses idearon esa cirugía por doble vía o sea operando por adelante y por detrás entonces ya se pueden ustedes imaginar que no es una sacada de muela, conclusión todo paciente que se opera entra en riesgos que hace el cirujano, pues disminuir los riesgos tromboflebitis, infección, abscesos y va viene la parte técnica, anestesia, que son cosas que no se pueden predecir pero son cosas que el paciente tiene que saber que corren esos riesgos yo me voy para Bogotá en una flota y me puedo estrellar yo no sé si en el tiquete dirá, pero es un riesgo que yo estoy corriendo y si estamos haciendo una cirugía de esto pues obviamente las complicaciones son, entre otras cosas la más frecuente es la complicación neurológica. Hay un nervio, la herida es longitudinal hay un nervio que queda atravesado digo yo en mi forma de habla es más atravesado que el "mono joyoy" porque la herida es de para abajo y el nervio es atravesado siempre se lesiona siempre eso está descrito cual es la secuela de esa lesión el paciente siente es un nervio sensitivo entonces el paciente siente anestesia al principio del muslo y la cara lateral de la cadera eso va mejorando con el tiempo pero al final queda un área que no sienten bien y eso es causa del nervio sensitivo que atraviesa la herida y que por más de que usted lo ve y lo separa y lo toca es un nervio que termina siempre lesionado. El caso que nos ocupa es la lesión más importante del nervio que va en un paquete con la arteria y con la vena que es el nervio femoral, cuando uno va hacer el corte del pubis o sea es adelante tiene que colocar unos separadores especiales entonces esos separadores entran allí y se rechaza el paquete vascular arteria, vena y nervio mientras uno hace el corte, ya cortado el pubis mientras esa retracción de tejidos blando uno no está viendo el paquete vascular pero todo ese paquete esta distraccionado, esta tenso que tanto se puede lesionar cuando el nervio es el elemento de esos tres elementos nobles, es el más cerca a de donde está la separación, ... uno no lo ve pero lo está separando cierto; entonces en mayor o menor grado ese nervio se puede inflamar no es seccionar es inflamarneurapraxis lo llamamos en medicina consecuencias de esa apraxia del nervio crural o femoral ese nervio da la sensibilidad y la motricidad del músculo cuádriceps el muslo, el músculo que hace extender la rodilla, entonces si tenemos lesión en general uno piensa que en algún momento va recuperar y uno da más o menos plazo dos años es un plazo promedio pero tengo algún paciente de más de siete años que recuperó a los siete años, entonces no hay un término, pero uno sobre los dos y eso está en la literatura más o menos puede tener una idea de que tanto va recuperar, si la apraxia o sea el trauma sobre el nervio es evidente es muy fuerte pues va recuperar muy poco entonces los pacientes entran en terapia en rehabilitación esperar que el nervio conduzca nuevamente es muy complicado manejar esa complicación unos recuperan otros no, cual es el problema si no recuperan pues que quedan con debilidad muscular de la pierna entonces tiene dificultad o desconfianza para caminar sobre todo cansancio...

(...) la operación es para quitar el dolor, ni quita cojera ni gana movilidad... (min 29)

(min 31.58... tengo más de 5.000 casos de trasplantes articulares...el médico que más experiencia tiene en trasplantes articulares soy yo...875 pacientes al año... (min 33)...después de medico veníamos nosotros...(min 34.40)... todas esas **cirugías bilaterales** nadie las hace en el país, porque **yo opero con el paciente bocarriba** la mayoría el 90% operan con el paciente de medio lado, con el paciente de medio lado no pueden operar las dos..." (Negritas y Subrayas del Despacho).

La parte demandante solicitó que el testigo informara si se observó algún procedimiento previo para la realización de esa cirugía a lo cual contestó: *"pues lo de una rutina de una cirugía de ese tipo, que es básicamente una valoración por anestesia, exámenes de laboratorio sencillos por la edad, que por protocolo no son distintos de un cuadro hemático, valoración por anestesia y ya eso es todo, qué otra preparación se necesita en una paciente de 25 años? Exámenes complementarios de estudio, tenía su radiografías que es lo que uno necesita como cirujano, ni siquiera radiografía de tórax se le toma porque el anestesiólogo no las necesita, para esa edad, por protocolo, un cuadrillo hemático, una radiografía, como les digo, dos tornillitos y un buen cirujano...(1:03:08)...si entro a cirugía programada era porque tenía todos los exámenes..."* Sobre medicamentos para el dolor, señaló haber ordenado gabapentina, la cual está dentro del protocolo para el dolor con origen neurológico.

Respecto a lectura de electromiografía sobre lesión parcial incompleta de nervio ciático, y completa severa de femoral del mismo lado señala que ese nervio no se puede lesionar en esta cirugía, porque no se toca (1:11:50). Se finaliza (1:18:50)

4.5.2. Declaraciones de los médicos y la fisioterapeuta que conformaron la Junta Regional de Calificación que valoró a la señora Martha Lucia Rueda Varga, con el fin de emitir el respectivo dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, quienes consignaron sobre dicha evaluación lo siguiente (f. 383 y cd f. 384, min 19:00 y ss):

AURORA ESPINEL QUINTERO (Médica cirujana especialista en higiene y salud ocupacional)

"...De la solicitud que se ha hecho de la señora Martha Lucia Rueda, entonces ha sido calificada con los parámetros del nuevo manual I507 de 2014, en el manual se registran y se estipulan dos grande áreas para la calificación y para la emisión de un dictamen un primer capítulo que corresponde a las deficiencias es decir las alteraciones que se produzcan o que se tengan en el momento de la calificación y que estén avaladas por los mismos especialistas y que nos estén demostrando que hay una afectación en la funcionalidad de órganos sistemas o estructuras orgánicas, con esa deficiencia del primer capítulo y con la valoración que se le hace a cada paciente que nos llega en un interrogatorio en donde participamos el médico y nuestra compañera fisioterapeuta entonces se hacen otra serie de cuestionamientos y preguntas sobre sus desempeños sus roles sociales culturales y otros, participación de otras actividades y con eso y también la parte laboral calificamos un segundo capítulo que ustedes lo ven el dictamen que se dice rol laboral y otras áreas ocupacionales y en el mismo manual hay unos ítems para calificación de cada una de estas partes en el rol laboral hay uno de modificación, cambios de ocupación cada uno tiene una valoración y en las otras áreas ocupacionales entonces entran otras esferas que pueden ser de comunicación y de otras actividades que desarrolla toda persona y también tiene unos puntajes de acuerdo a lo que nosotros encontremos en estas valoraciones, con esto nosotros que hemos calificado en el caso de la señora Martha Lucia Rueda Vargas, en este cao le aclaró al doctor que esto es una calificación integral y por eso participamos los tres de dicha calificación finalmente nos reunimos hacemos una ponencia nos reunimos en una audiencia y revisamos los casos para poder firmar los dictámenes y emitirlos posteriormente se hace la citación a las personas interesadas en este dictamen.

En el caso del primer capítulo de las deficiencias qué hemos encontramos como secuelas: La señora tenía una displacia congénita de cadera por lo cual parece por su historia clínica en valoración por cirugía y ortopedia se estableció que lo mejor era hacerle una cirugía que se llama Osteotomía de Ganz que consiste en unos cortes a nivel del acetábulo que es donde se registra el movimiento de la cadera para que la cabeza del fémur pueda tener una movilidad que posiblemente haya perdido por esta displacia y al realizar la cirugía posteriormente empiezan a referirse en historia clínica algunas alteraciones que se demuestran a través de algunas pruebas clínicas como son la electromiografía esa es la prueba que más nos permite valorar como está la funcionalidad de los nervios y en este caso se ha registrado desde julio de 2010 la cirugía estuvo el 22 de junio de 2010 y en julio 2 se le hizo la primera electromiografía y empieza a reportarse una lesión de 2 nervios que están desplazándose a través de todo el órgano del miembro inferior, una parte superficial del nervio ciático que se llama interna y una parte del nervio crural que se llama femoral y esas electromiografías se han repetido hasta

el 2014 tenemos registrada el 14 de abril de 2014 la electromiografía con la descripción de las mismas lesiones.

Qué secuelas nos deja: pues cuando un nervio se altera hay una parte motora y hay una parte de sensibilidad en lo que se halló en ella encontramos nosotros hacemos mediciones de ángulos que son las que nos permite a través del decreto hacer valoraciones y colocarles unos porcentajes entonces se midieron los ángulos a través de la estructura de cadera, de rodilla que está afectada también un poco con movilidad y la fuerza, la sensibilidad y con esto se emitió la calificación de deficiencias...

(...)

...eso nos da una deficiencia de 35.20% pero este decreto nos dice que esta es una deficiencia global que debemos ponderarla aplicándole el 50% es decir multiplicándola por 0.5 y finalmente nos queda **17.60% en deficiencias** este capítulo se debe sumar con la otra parte que se califica en cuanto al rol laboral y en cuanto a otra áreas ocupacionales que en esta parte la más experta es mi compañera fisioterapeuta que es con la complementamos esta calificación..." (Negrillas y Subrayas del Despacho).

JOSE DANIEL GONZALEZ LUQUE (Médico especialista en seguridad y salud en el trabajo, desde min 30:18)

"...Tenemos un caso de una paciente con una afectación en el sistema osteomuscular principalmente de la cadera izquierda producto de una patología a nivel osteomuscular, articular de la cadera izquierda con una afectación en los arcos de movilidad **una limitación moderada, el manual nos da la calificación entre leve, moderada y severa o muy severa, en este caso la señora cae en una clasificación de unos grados de restricción de la movilidad grado moderado** y además de esto pues tenemos como documentan las pruebas objetivas en este caso las electromiografías de miembros inferiores documenta lesiones de dos nervios que van a enervar el miembro inferior y en este caso sería el nervio femoral y el nervio ciático derivado de esto pues hay alteraciones de movilidad y alteraciones en la sensibilidad del miembro inferior izquierdo..." (Negrillas y Subrayas del Despacho).

YAZMIN ELENA AGUDELO OVALLOS (Fisioterapeuta con especialización en salud ocupacional, desde min 34:37)

"...Para la señora Martha Lucia Rueda se ha calificado dentro del rol laboral, un rol laboral adaptado con un puntaje de 10, en autosuficiencia económica se ha calificado reajustada con un puntaje de 1 y el puntaje que da por edad que correspondió a un puntaje de 1 en total esta área de rol laboral queda con un puntaje de 12 y para completar ese título II se califican otras áreas ocupacionales donde se tiene en cuenta cinco ítem aprendizaje, comunicación, movilidad, cuidado personal y vida doméstica, digamos que el mayor impacto lo tuvo por las secuelas y las deficiencias que se encontraron lo tuvo el ítem de movilidad con un total de 2.2 también tuvo un impacto en cuidado personal con un puntaje de 1 y en vida doméstica con un total de 1.1 esto para total de 4.3..."

(...)

La parte donde usted menciona requiere ayuda de terceros que esta inmediatamente debajo de fecha de estructuración PCL cuando el decreto habla de esto habla de una ayuda o dependencia de otra persona en la mayoría de las actividades..."

4.5.3. Copia de la Historia Clínica No. 52837986 de E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, respecto de la paciente MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, de donde se extrae frente a su posoperatorio los siguientes apartes relevantes (fl. 212 a 303):

"EVOLUCIÓN: JUSTIFICACIÓN DE ESTANCIA HOSPITALARIA"¹²

Fecha: 22/06/2010.

Día Hospitalario (1)

Pte asintomática en el momento SV: TA: 105/60 MMHg FC: 70 x'FR: 20x c/c Normal C/P sin alteraciones Abd: Blando, Rsls (+) Ext: **limitación, para abducción y rotación externa muslo izquierdo.**

Plan de manejo: preparar para cirugía.

Se realiza osteotomía de Ganz cadera izquierda sangrado leve (P) Hb. Heto de control RX pelvis centrada en pubis. (P) **Transfundir 2 UGRE.**

Fecha: 23/06/2010.

Día Hospitalario (2)

Paciente 1er día POP osteotomía de Ganz presentó dos episodios eméticos de contenido alimentario, hipostesias en muslo izquierdo, dolor moderado. SV TA: 100/65 mmHg fc: 85X'FR: 20x'Ext: MLL: HxQx en buen estado **limitación para flexoextensión muslo y cadera anestesia en región anteromedial en tercio distal, movilidad adecuada de dedos, perfusión distal (+).** Drenaje por Hemosac 300cc. **Se transfunden 2 UGRE.** Reporte CH: LEUCO: 11270 N: SS, 2% L: 32.7% Hb: 12, 3 g/dl. HCTO: 37% Plaq: 30.2000. Rx pelvis: Buena conexión de índice acetabular, adecuado cubrimiento de cabeza femoral.

¹²Folios 253 y 254

Por apraxia de crural se decide inicio de terapia física con electroestimulación., inicio antibioterapia intravenosa, rehabilitación analgesia.

Fecha: 24/06/2010.

Día Hospitalario (3)

Pte Pop D2 osteotomía de Ganz refiere persistencia de zona de hipostesia muslo izquierdo. SV : TA : 100/68 mmHg FC: 105x+ FR: 20 x' MII: HxQx en buen estado , sin signos infección, analgesia región anterolateral porción distal muslo , **limitación para flexoextensión muslo**, movilidad dedos pie conservada perfusión distal (+).continua segundo día antibioterapia, terapia física con afectos estimulación dos veces al día.

Fecha: 25/06/2010.

Día Hospitalario (4)

Paciente estable hemodinamicamente tolera vía oral, con dolor intenso en sitio quirúrgico por lo cual continua hospitalizada para manejo del dolor continua rehabilitación y manejo **** Dieta. Leu, *** metocloplamida, Dipirona, acetaminofén, *** terapia física adepter.

Fecha: 26/06/2010.

Día Hospitalario (5)

Paciente estable hemodinamicamente no SIRS con leve mejoría del dolor, herida quirúrgica en buen estado. Tratamiento: continuar igual manejo.

Fecha: 27/06/2010.

Día Hospitalario (6)

Paciente refiere dolor severo de muslo y rodilla izquierda, mal patrón de sueño por el dolor, TVO, diuresis y deposición positiva, alerta, TA: 100/75 fc: 82 FR: 20, T°36°C. Conjuntivas normocromicas mucosa oral húmeda, ruidos cardiacos rítmicos, ruidos respiratorios, sin agregadas, abdomen blando, no masas extremidades MII heridas quirúrgicas con leve secreción no purulenta , no fétida **limitación para la flexoextencion de muslo izquierdo**, sin déficit ***** paciente continua con dolor severo , se encuentra entrenamiento en marcha con ****

Fecha: 28/06/2010.

Día Hospitalario (7)

Paciente refiere disminución del dolor en la cadera izquierda, buen patrón de sueño, TVO, diuresis y deposición positiva, *** SV TA: 100/80 FC: 70 FR: 20 T°: 36.C, mucosa oral húmeda ruidos cardiacos rítmicos, modo respiratorio sin agregados, asociados blandos, extremidades herida quirúrgica sin signos de infección ni sangrado no secreciones, **** muslo antena izquierda moviliza *****. ***** Paciente hemodinamicamente estable con adecuado manejo del dolor se decide dar salida con reporte ***** terapia física control en lo***** por 30 días. (Negrillas y Subrayas del Despacho).

4.5.4.Consentimiento Informado suscrito por la paciente Martha Lucia Rueda Vargas (fl. 295)

en donde se registró:

“...Diagnóstico y procedimiento: Lo que sigue se me ha explicado en términos generales y comprendo que:

Mi diagnostico o enfermedad es: Displacia Cadera Izq

El procedimiento se realiza para: Corrección de displacia

Riesgos Generales del Procedimiento Lesión Neurológica – Vascular, fractura, pseudoartrosis – Hiper – Corrección

Riesgos Específicos: además de los riesgos generales, en este procedimiento puede haber otros riesgos. Estas complicaciones pueden incluir, pero no se limitan a: Anestésicas y Hemodinámicas.

(...)

Consentimiento informado: Comprendo y acepto que durante el procedimiento pueden aparecer circunstancias imprevisibles o inesperadas, que puede requerir una extensión del procedimiento original o la realización de otro procedimiento no mencionado arriba.

Doy mi consentimiento para que me efectué el procedimiento descrito arriba y realicen los procedimientos adicionales que juzguen necesarios.

Al firmar este formulario reconozco que lo he leído o que me ha sido leído y explicado y que comprendo perfectamente su contenido.

Se me han dado amplias oportunidades de formular preguntas y que todas las preguntas que he formulado han sido respondidas o explicadas en forma satisfactoria. Todos los espacios en blanco o frases por completar han sido llenados y todos los puntos en que no estoy de acuerdo han sido marcados antes de firmar este consentimiento.

Acepto que la medicina no es una ciencia exacta y que no se me han garantizado los resultados que se esperan de la intervención quirúrgica o procedimiento diagnostico o terapéutico, en el sentido que la práctica

de la intervención o procedimiento que requiero compromete una actividad de medio, pero no de resultado...” (Negrillas y Subrayas del Despacho).

4.5.5. Electromiografías realizadas a la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, que datan del 4 de septiembre de 2010 y 9 de mayo de 2011, tomadas por el Médico Fisiatra Efraín Augusto Amezcuita y las cuales coinciden con la siguiente conclusión (17 a 21):

“...Estudio neuroconducciones, reflejo H y electromiografía MII compatible con:

1. Neuropatía Periférica proximal motora de predominio axonal del nervio femoral (crural) izquierdo; con un compromiso severo.
2. Neuropatía Periférica proximal motora de predominio axonal del nervio ciático poplíteo interno izquierdo; con un compromiso moderado...” (Negrillas y Subrayas del Despacho).

4.5.6. Electromiografía de la paciente MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, ejecutada por el Médico Fisiatra Javier Benítez – sin fecha clara- en la cual se concluyó (68 a 70):

“Detecto baja amplitud de las respuestas motoras con disminución de Ondas F y baja amplitud con retardo del Reflejo H en el tibial posterior izquierdo; además de ausencia de respuestas motoras en el nervio femoral homolateral. En la EMG detecto signos de inestabilidad de membrana con disminución del número de unidades motoras funcionantes en músculos inervados por los nervios mencionados y por el tibial anterior del mismo lado. Lo restante de la evaluación fue normal.

Impresión: Lesión parcial incompleta del Ciático izquierdo afectado especialmente su componente tibial + lesión severa (completa) del nervio Femoral del mismo lado. – se destaca-

4.5.7. Dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional No. 3102015 del 11 de julio de 2015 (fls. 19 a 21 cuaderno de pruebas), realizado a la señora Martha Lucia Ruedas Vargas, que arrojó un total de la pérdida de la capacidad laboral del 33.90%, porcentaje asignado así:

7. VALOR TOTAL PERDIDA DE CAPACIDAD

Calificación:			
Título I ¹³ :	17,60	Estado PCL:	Incapacidad Permanente Parcial
Título II. Capit. II ¹⁴ :	12,00	Fecha de Estructuración PCL:	02/07/2010
Título II. Capit. III ¹⁵ :	4,30	Requiere Ayuda de Terceros	No
% Total:	33,90		
Esta calificación esta basa en el Decreto 1507 de 2014			
Manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad Laboral y Ocupacional			

4.6. EL CASO CONCRETO - ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, el Despacho entrará a determinar si se encuentran acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado.

4.6.1. EL DAÑO

El daño constituye desde la óptica de los hechos un fenómeno de orden físico, esto es, la aminoración o alteración de una situación favorable de la persona (elemento material); cuya calificación antijurídica depende de su oposición directa con el ordenamiento jurídico, en la medida en que éste no imponga la obligación de soportar la carga dañosa (elemento formal)¹⁶.

¹³ Descripción de Deficiencias

¹⁴ Rol a calificar

¹⁵ Otras áreas ocupacionales

¹⁶ Adriano de Cupis, El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Traducción de la 2ª Edición italiana. Barcelona, Bosch, 1975, p. 84.

En el caso bajo estudio, el daño alegado por la parte actora consiste en las lesiones sufridas por la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, a nivel del nervio femoral (crural) con compromiso severo y del nervio ciático con compromiso moderado, traumatismo que le produjo pérdida de la sensibilidad y la motricidad del miembro inferior izquierdo, hecho que se encuentra demostrado con las electromiografías (*Procedimiento utilizado para evaluar la actividad eléctrica de los nervios cuando los músculos están en reposo y contratantes*)¹⁷ tomadas a la paciente después de la cirugía a la que fue sometida el día 22 de junio de 2010, denominada OSTEOTOMIA DE GANZ, y que encuentran pleno respaldo en el dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional No. 3102015 del 11 de julio de 2015, que arrojó un total de la pérdida de la capacidad laboral del 33.90%, no obstante, el carácter antijurídico del daño no se extrae del solo acontecimiento de la lesión sufrida como consecuencia de la cirugía, razón por la cual ha de analizarse en el caso *sub lite*, la causa del mismo en el marco de la idoneidad y eficiencia del servicio médico - asistencial, de cara a los restantes elementos de la estructura general de la responsabilidad que pasan a analizarse.

4.6.2. IMPUTACIÓN - LA FALLA DEL SERVICIO.

En este apartado y tal como se, se hará examen de los cargos para falla del servicio que se han enrostrado a las entidades demandadas.

Sea lo primero indicar que la promotora en su escrito introductorio precisa que el hecho dañoso se desprende de: “...UN ERROR HUMANO EN LA CIRUGIA DE OSTEOTOMIA DE GANZ PRACTICADA EL 22 DE JUNIO DE 2010 A MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, error en que incurrió el Médico JAIME MEDINA RUBIANO, quien actuaba como médico de la I.P.S. Hospital San Rafael... (f. 4)”.

En punto de lo anterior, se iniciará por destacar la ausencia de prueba técnica especializada en el tema puesto a estudio (ortopedia), lo cual obedece a que no obstante ser solicitada la pericial por todos los sujetos procesales desistieron de la misma, tanto la parte demandante solicitud que fue aceptada mediante auto del 7 de octubre de 2016 (fl. 431), como la parte pasiva desistimiento que fue consentido en diligencia de 10 de agosto de 2017 (fl. 476). No obstante, el Juzgado realizó una revisión en la literatura médica sobre el procedimiento realizado a la demandante con ocasión de la patología que la aquejaba (displasia de cadera) y la cual la hizo candidata a la cirugía de OSTEOTOMÍA DE GANZ, tal y como lo permite la Jurisprudencia¹⁸.

Así entonces, conforme a la información consultada la Cirugía denominada OSTEOTOMÍA DE GANZ, consiste en un procedimiento quirúrgico terapéutico creado para adultos jóvenes con displasia de cadera, en donde se procede así¹⁹:

“...Sin lugar a dudas, la osteotomía periacetabular de Ganz (OPAG) ha generado una revolución en el enfoque terapéutico de la displasia de cadera en el adulto joven. Esto obedece, fundamentalmente, a que si

¹⁷Kuhler, J. P. (2013). Electromyography. *Magill'S Medical Guide (Online Edition)*

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 2008, exp. 27.268: “Dado lo anterior, es necesario abordar el análisis y valoración de las pruebas que obran en el proceso. con fundamento en la literatura médica acreditada sobre la materia, actividad a la que puede recurrir el juez con miras a ilustrarse sobre conceptos técnico - científicos que, en principio, son decisivos para poder hacer una justa ponderación sobre los elementos de convicción que reposan en el plenario y, de esta forma, llegar a la certeza acerca de si la imputación fáctica y la falla del servicio alegadas en la demanda se encuentran probadas”

¹⁹Vedoya, Santiago. (2010). Osteotomía periacetabular de Ganz; Anatomía vascular en relación con el acetábulo y la cabeza femoral. *Revista de la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología*, 75(2), 164-170. Retrieved May 25, 2018, from http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-74342010000200009&lng=en&tlng=es.

bien es una técnica quirúrgica muy demandante, sus resultados han sido reproducibles a lo largo del tiempo, y en especial, por diferentes cirujanos.

La cirugía consta de una serie de cortes óseos alrededor del acetábulo, los que generan un fragmento óseo libre que permite reorientar la cavidad según las necesidades de cada paciente y sin algunas de las limitaciones de otras técnicas quirúrgicas^{8,10,12,15,16,18,21} (Fig. 1). ...”

Respecto a los posibles riesgos y complicaciones se consultó el estudio publicado por la Sociedad Colombiana de Cirugía Ortopédica y Traumatología, efectuando en el Hospital Universitario de San Ignacio, entre agosto de 1997 y diciembre de 1998, en donde se operaron 20 pacientes adultos con displasia acetabular residual sintomática utilizando una osteotomía periacetabular tipo Ganz, y en donde los resultados arrojaron las siguientes complicaciones²⁰:

“...Las complicaciones de mayor gravedad que han sido asociadas a este tipo de osteotomías son el **sangrado excesivo**, que parece disminuir a medida que el cirujano adquiere experiencia, y las osteotomías intraarticulares o las que comprometen la columna posterior, que se presentan con mayor frecuencia en pacientes con deformidad severa de la pelvis^{8, 15}. Las complicaciones de mayor frecuencia son la **neuroapraxia del nervio femorocutáneo, transitoria en la mayoría de los casos** y la osificación heterotópica que produce limitaciones funcionales de grado variable en el postoperatorio. Otras complicaciones menos frecuentemente reportadas en la literatura son el pizamiento de femoroacetabular anterior, **la neuroapraxia del nervio crural, la parálisis del nervio ciático**, específicamente de la rama peronera, y la pseudoartrosis de las ramas ilio e isquiopúbicas^{2, 5, 8, 15 16, 21, 22, 28, 29, 33, 37, 40, 41}. Davey⁶ en un estudio reciente sugiere que la curva de aprendizaje del cirujano es de vital importancia en la disminución de las complicaciones.

En nuestra serie se corrobora la gran incidencia de complicaciones relacionadas con el nervio femorocutáneo, y es importante anotar la ausencia de osificación heterotópica y la baja incidencia de no unión, pese a las grandes correcciones obtenidas. Esto puede atribuirse en parte a la disección limitada a la cara interna de la pelvis, preservando las inserciones musculares y la vascularidad de la tabla externa del iliaco...” (Negrillas y Subrayas fuera del texto)

De otra parte, en el Hospital Clínica San Rafael de Santa Fe de Bogotá, entre los meses de junio de 1992 y abril de 1995, se realizó un estudio observacional descriptivo tipo serie de casos, donde se incluyeron en un protocolo prospectivo de diagnóstico y tratamiento 74 caderas en 62 pacientes en quienes se diagnosticó displasia residual del adolescente y del adulto con o sin cambios artrósicos y en quienes se practicó como medida terapéutica osteotomía periacetabular de Ganz, estudio en el cual se describieron las siguientes complicaciones²¹:

“...Complicaciones Continuidad

Protusio acetabular. En dos caderas hubo desplazamiento interno del fragmento por inestabilidad de la osteotomía y soporte de carga precoz. Una de estas caderas fue necesario revisarla quirúrgicamente un año más tarde por esta condición.

Pérdida de la corrección. Se presentó en un caso, probablemente por aflojamiento de los tornillos de fijación. Fue necesario revisión y colocación de placas de reconstrucción para estabilizar la osteotomía.

Corrección insuficiente. En dos caderas no se logró la horizontalización del techo acetabular. Fue necesaria la revisión de la osteotomía en uno de estos casos.

Infección. Se presentó en dos pacientes. Una considerada superficial y otra profunda y se aisló *Estafilococo Aureus*. Las dos caderas tenían antecedentes de cirugía previa: Osteotomía de Chiari y Techo artroplástico de Staheli.

Complicaciones neurológicas

²⁰Osteotomía periacetabular para el tratamiento de la displasia de cadera en adultos. Resultados a corto plazo Dr. Rafael E. Pérez Núñez, Profesor titular Departamento Ortopedia y Traumatología. Hospital Universitario de San Ignacio. Dr. Guillermo A. Bonilla León, Dr. Francisco J. García Bermudez, Residente III año Ortopedia y Traumatología. Pontificia Universidad Javeriana. En: <https://encolombia.com/medicina/revistas-medicinas/ortopedia/vo-141/orto1412000-osteotomia/>

²¹ Displasia Acetabular Residual de la Cadera Utilizando una Modificación de la Osteotomía de Ganz. Resultados del Tratamiento Dr. Javier Pérez Torres-; Dr. Miguel Ángel Murcia. Médicos Ortopedistas, Hospital Clínica San Rafael. En: <https://encolombia.com/medicina/revistas-medicinas/ortopedia/vo-102/orto10296resultados/>

En 70 caderas se **presentó neuroapraxia del femorocutáneo** (94.5%). A los seis meses 64 caderas (89.1%) habían recuperado la sensibilidad en el territorio del nervio. **Un paciente presentó neuroapraxia del crural cuya recuperación se demoró seis meses.**

(...)

Las complicaciones inherentes al procedimiento como pérdida de la corrección y protrusio acetabular pueden ser evitadas logrando una fijación estable de la osteotomía. La alta frecuencia de neuroapraxia del femorocutáneo puede ser atribuida al abordaje interno único; pero su recuperación temprana y en alto porcentaje no justifica un cambio en el abordaje quirúrgico.- se destaca-

En otro estudio denominado "CARACTERIZACIÓN RADIOLÓGICA DE PACIENTES CON OSTEOTOMÍA PÉLVICA TIPO GANZ", elaborado por Margarita María Maldonado²², Universidad del Rosario, señala:

"Complicaciones postoperatorias Las complicaciones de la OPA Bernesa generalmente están relacionadas con la curva de aprendizaje. (14).

La lesión del nervio femorocutáneo lateral, con parestesias transitorias hasta neuralgias y neuromas es una de las complicaciones que se pueden presentar. La lesión del nervio ciático secundaria a fragmentos óseos y lesiones vasculares también se han reportado aunque son menos comunes. La osteonecrosis del fragmento acetabular es rara, pero se ha reportado en pacientes con displasia severa o con la extensión interarticular de la osteotomía del isquión. La extensión intraarticular de esta osteotomía puede lesionar la rama acetabular de la arteria obturatriz que lleva a osteonecrosis. También se puede producir incongruencia articular, no unión y pérdida de la corrección obtenida. (14) Inestabilidad o pinzamiento por infracorrección o sobrecorrección respectivamente, son otros de los resultados no deseados. La incidencia de la mayoría de las complicaciones derivadas de la realización de la osteotomía periacetabular Bernesa, han disminuido con el perfeccionamiento y depuración de la técnica quirúrgica"- se destaca-

En otro documento, titulado: "El abordaje anterior de cadera y pelvis El abordaje de Smith-Petersen modificado y sus posibilidades de ampliación" Martin Weber y Reinhold Ganz²³, se habría indicado en relación con los riesgos:

- Lesión del nervio femorocutáneo externo: si ésta se localiza en el tronco y es grave se suturará (no ha sido necesario en nuestras series). Si la lesión se localiza en las ramas, no se trata
- Lesión de los vasos obturadores: embolización angiográfica. Abordaje desde el lado opuesto (no ha sido necesario en nuestras series).
- Lesión de los vasos glúteos superiores: embolización angiográfica (no ha sido necesario en nuestras series).
- Lesión de la raíz nerviosa de L5 cerca de la articulación sacroilíaca (plexo lumbosacro) ya sea por estiramiento o deslizamiento de algún instrumento: revisión si se confirma una sección, o conducta expectante si se trata de un estiramiento.
- Lesión del nervio ciático por fuera de la pelvis a causa del deslizamiento de algún instrumento: revisión y sutura del nervio. Hemos realizado dos revisiones, una con resultado excelente y la otra con resultado bueno.
- Lesión de la arteria circunfleja interna distal al músculo obturador externo: embolización angiográfica, si la hemorragia no se autolimita (no ha sido necesario en nuestras series). Nosotros no hemos objetivado ninguna necrosis de la cabeza femoral; las anastomosis periféricas a la lesión son suficientes para la irrigación de la cabeza femoral 3,5.
- Avulsión de la reinserción muscular: si es mínimo el desplazamiento de la espina ilíaca anterosuperior y de la inserción del recto, la pérdida funcional no es significativa, por lo que no requiere tratamiento. Si el desplazamiento de la espina ilíaca anterosuperior es importante (con desinserción del sartorio), es necesario realizar una revisión quirúrgica (un caso en nuestras series).
- Osificación heterotópica tras la actividad osteogénica: resección sólo de la osificación que limite los movimientos.

Resultados.

Se han analizado retrospectivamente los problemas intra y perioperatorios presentados en una serie, ya publicada, de 508 pacientes en los que se utilizó un abordaje modificado de Smith-Petersen⁷. Se identificó una **paresia del nervio femoral en un paciente sometido a una osteotomía de revisión**. Se produjeron cicatrices y adhesiones del músculo iliaco que se recuperaron completamente tras la revisión quirúrgica. En 5 pacientes sometidos a una osteotomía acetabular se **objetivó una paresia del nervio ciático**. Todos ellos mejoraron, por lo que se consideró una lesión por neuropraxia. No obstante, en un paciente fue necesario realizar una revisión precoz debido al dolor agudo que padecía. La escisión de la espícula ósea entre el ilion

²² En: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4368/52382856-2013.pdf?sequence=1>

²³ <http://www.elsevier.es/es-revista-tecnicas-quirurgicas-ortopedia-traumatologia-41-articulo-el-abordaje-anterior-cadera-pelvis--13048272>

y el isquion alivió los síntomas y permitió una recuperación lenta del nervio. Un segundo paciente **presentó disestesias que no cedieron por completo** pero que no requirieron una revisión quirúrgica inmediata. A los 3 años fue necesario reintervenir al paciente quirúrgicamente por un atrapamiento en la cadera, hallándose un enorme neuroma que se extirpó. **En el 30% de nuestros pacientes se evidenciaron distintos grados de disestesia en el área dependiente del nervio femorocutáneo externo. Suponemos que es debido al estiramiento durante la intervención.** De forma ocasional, una rama lateral cruza el campo quirúrgico proximalmente, por lo que debe seccionarse. Antes de la operación siempre se debe informar al paciente de este riesgo. El paciente no requiere un tratamiento específico, y con el tiempo tolera mejor los síntomas. No se han objetivado complicaciones vasculares. Seis pacientes a los que se les había realizado una extensa desinserción de los abductores a la altura del ilion presentaron osificaciones heterotópicas y un déficit de flexión de cadera, limitada a 90°; en 5 pacientes fue necesaria una revisión quirúrgica. Desde que se realiza una escrupulosa y restrictiva desinserción subperióstica con escoplo de la musculatura abductora en el ala iliaca, se ha obviado esta complicación. Si se sigue estrictamente el abordaje descrito no es necesaria la profilaxis medicamentosa para las osificaciones. No obstante, si se utiliza el abordaje clásico de Smith-Petersen se recomienda la profilaxis. La reinserción de la musculatura abductora representa un importante problema si se utiliza el abordaje clásico de Smith-Petersen. **A pesar de las múltiples técnicas de reinserción muscular y fijación —como la inserción subperióstica directa y la sutura transósea, la inserción conjunta de fragmentos óseos y su fijación transósea, o la inserción conjunta con osteotomía de la cresta ilíaca y fijación con tornillos o agrafes—, se producen avulsiones. Esta complicación conlleva una debilidad de la abducción y, por tanto, aparecen dificultades para la marcha** y es posible que sea necesario una revisión quirúrgica. Teniendo en cuenta esta complicación, es aconsejable un control postoperatorio extremado. En todo lo posible, se evitará una desinserción amplia de los abductores. Además, esta medida puede prevenir la formación de osificaciones heterotópicas. Otra desventaja del abordaje de Smith-Petersen es la aparición, en la parte distal de la incisión, de una cicatriz ancha y a veces queloide, debido a que la incisión cruza las líneas de Langer. Tres mujeres requirieron una revisión quirúrgica de la cicatriz. El abordaje modificado de Smith-Petersen, realizado en aproximadamente 700 osteotomías periacetabulares, presenta pocas complicaciones y permite una ampliación en dirección proximal, medial, posterior y distal de la herida. También utilizamos este abordaje para fracturas de la cabeza femoral (n = 3), artrodesis de cadera (n = 21)^{10,11} y fracturas transversas del techo acetabular (n = 15)⁸. Una ampliación más compleja se utilizó en tres ocasiones para defectos transacetabulares con discontinuidad pélvica durante la cirugía de revisión protésica de cadera² y para 5 tumores periacetabulares” — se destaca-

De lo anterior se desprende que el procedimiento denominado Osteotomía de Ganz, fue concebido como una medida terapéutica, para cuadros dolorosos de cadera en adultos jóvenes como consecuencia de la patologías de displacia, lo cual constituye una alternativa al reemplazo articular temprano, tendiente a mitigar las dolencias que afectan y limitan a quienes la sufren; procedimiento que como se vio no está exento de riesgos inherentes a la alta complejidad de la cirugía²⁴.

Ahora bien, contextualizadas las anteriores referencias, los testimonios técnicos y lo encontrado en la Historia clínica, el Juzgado puede desestimar la existencia de falla del servicio derivada de un error en el procedimiento quirúrgico, por las siguientes razones:

Sea lo primero indicar que la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS, tenía un diagnóstico de deformidades congénita de la cadera, que para el caso de la patología que nos ocupa fue consultada por presentar **dolor de cadera izquierda, asociado con limitación, claudicación²⁵ y cojera** (fl. 278), por ende no es como lo pretende hacer ver la parte actora, en el sentido de que padecía una “molestia menor”.

En ese contexto, el 8 de diciembre de 2009, la demandante asiste a cita con RX de cadera que muestra **displacia residual de Cadera izquierda con artrosis leve**, que como recomendaciones se describió **“PACIENTE CON INDICACIÓN DE OSTEOTOMIA PERIACETABULAR”**, que el 21 de

²⁴ “Este es un procedimiento de alta complejidad que requiere la realización de un planeamiento preoperatorio cuidadoso y una evaluación clara de las posibilidades quirúrgicas de cada paciente; además de ser técnicamente complejo, se necesita de un entrenamiento prolongado del cirujano con el fin de evitar al máximo las complicaciones que se pueden presentar con su realización” ibid 22

²⁵ En el lenguaje corriente, claudicación es sinónimo de cojera pero en medicina son dos nociones bien distintas. En efecto, si la cojera es una marcha irregular, claudicación define un perímetro de marcha más corto que lo normal. El perímetro de marcha es la distancia a partir de la cual alguien tiene que dejar de caminar porque sus piernas están demasiado cansadas y/o aparece dolor. Distinguimos la cojera permanente, debida a un problema de una pierna más corta que la otra o a una parálisis, por ejemplo, de la claudicación intermitente. Ésta es debida, a menudo, a una arteria obstruida o tapada: el dolor que aparece obliga al paciente a detener rápidamente su marcha. EN: <https://salud.ccm.net/faq/15274-claudicacion-definicion>

junio de 2010 (fl. 253) ingresó a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja para procedimiento de Osteotomía de Ganz cadera izquierda.

De esta manera es imperioso destacar que la cirugía tenía como propósito, obvio aliviar dolor y limitación, así como postergar un reemplazo de cadera, sin embargo resultaba imposible eludir los riesgos presentes justamente frente a los cuales se diligenció un consentimiento informado suscrito por la paciente MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS (fl. 295), en donde se registró como procedimiento a realizar corrección de displacia, pero advirtiendo entre los riesgos generales del procedimiento la **Lesión Neurológica – Vascular** y como riesgos específicos las **anestésicas y hemodinámicas**, lo cual resulta consistente con la literatura consultada.

En punto de lo anterior, es decir, respecto a la obligación de obtener el consentimiento informado de los pacientes, y la responsabilidad del médico de advertir del riesgo previsto la Ley 23 de 1981 en sus artículos 15 y 16 que dispuso:

“ARTICULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

ARTICULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados...”

Respecto al **consentimiento informado** la jurisprudencia ha determinado que este es un derecho de los pacientes a decidir sobre su cuerpo y su salud, indicando²⁶:

“...23.1. Uno es el caso de la falta total de consentimiento y otro cuando el paciente expresó la voluntad de someterse al procedimiento pero faltó información acerca de los riesgos y consecuencias de la intervención.

23.1.1. Al respecto la Sala considera que el derecho de los pacientes a decidir sobre su cuerpo y su salud solamente se ve satisfecho si se concibe el consentimiento informado como un acto responsable y respetuoso de las circunstancias particulares de cada persona y no como un formato genérico que firma el paciente pero que no da cuenta de haberle informado, no solamente en qué consiste la intervención y qué alternativas tiene, sino todos los riesgos previsibles y las secuelas o consecuencias de la operación. **Como consecuencia de una concepción integral del consentimiento informado y de darle el lugar que se merece en la práctica médica, sólo puede entenderse como consentido un procedimiento si se demuestra que se asumió con seriedad y ética el suministro de suficiente información al paciente.**

23.2. De otra parte, uno es el caso cuando las lesiones o secuelas son consecuencia del procedimiento no consentido y otro es el caso cuando las consecuencias adversas en la salud del paciente se originan en la patología previamente padecida por él y no en la intervención no consentida.

23.2.1. Existen casos en los que no todas o ninguna de las secuelas de una intervención no consentida son consecuencia de ella sino del devenir propio de la enfermedad del paciente. En ese caso resultaría exagerado y por demás injusto atribuir dichas consecuencias al cuerpo médico, en especial si partimos de la buena fe de los galenos, pues debe entenderse que la vocación del médico es siempre mejorar la salud del paciente y/o salvarle la vida en casos extremos. Para determinar si las secuelas de un procedimiento se originaron en la intervención no consentida o eran consecuencia natural de la enfermedad previamente padecida es menester contar con un dictamen pericial, concepto médico, historia clínica o con aquellas pruebas que permitan establecer una circunstancia o la otra.

23.3. Adicionalmente, uno es el caso cuando la falta de consentimiento informado se acompaña de una falla médica y otro es el caso cuando el procedimiento se realizó de acuerdo con la *lex artis* pero sin el mencionado consentimiento.

23.3.1. En el primero de los casos, es normal atribuir responsabilidad al cuerpo médico por el daño derivado de la falla médica y además indemnizar el perjuicio moral derivado de la falta de consentimiento informado, pero

²⁶Consejo De Estado, Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01924-01(26660)

en el segundo caso, el único daño atribuible puede ser la lesión al ya mencionado derecho a la autodeterminación de la persona y por ende el menoscabo a su dignidad, por lo que el perjuicio indemnizable se circunscribe al de carácter moral.

23.4 Finalmente es necesario mencionar la diferencia entre el paciente que asiste a la intervención de manera programada -y por tanto planeada- y el paciente que por las circunstancias de su salud se ve involucrado en intervenciones no programadas.

23.4.1. En tratándose de procedimientos programados, es posible, dependiendo del caso concreto, inferir el consentimiento tácito explicado por la Sala de Sección Tercera en la sentencia del 4 de abril de 2008, exp. 15737, pues el paciente mismo programa y gestiona su tratamiento, pero en intervenciones de emergencia o en general en aquellos procedimientos no programados, la demandada deberá probar que obtuvo el consentimiento informado conforme a lo consignado en el párrafo 23.1.1. so pena de incurrir en falla del servicio...”

En virtud de lo anterior, el Despacho infiere la voluntad del paciente de someterse a la intervención debidamente informada de su alcance y en especial de sus riesgos, luego entonces, la realización de uno o varios de aquellos, si bien puede ser un resultado indeseado, está enteramente vinculado al acto quirúrgico al cual se sometió y que conforme a la literatura médica no son exóticos o irregulares, sino por el contrario de frecuente ocurrencia en la práctica.

Dicho esto entonces, la “*limitación para movilizar la pierna, no puede levantar bien la pierna (f. 18)*” que obedece a una neuropatía crural – tibial izquierda, vinculada a: 1 Neuropatía Periférica proximal motora de predominio axonal del nervio femoral (crural) izquierdo; con un compromiso severo. 2. Neuropatía Periférica proximal motora de predominio axonal del nervio ciático popliteo interno izquierdo; con un compromiso moderado...” determinada en las electromiografías, aunque desde luego se reitera, no era una secuela deseada, no es ajena al procedimiento y está contemplada dentro de los riesgos neurológicos informados, documentados además en la literatura citada, cuyas manifestaciones se aprecian en: paresia²⁷, disestesia²⁸, avulsiones²⁹ y neuroapraxia³⁰, que son las acepciones más utilizadas en los documentos consultados.

Dicho esto entonces, el compromiso o afectación del nervio crural-femoral y el ciático-tibial que fueron sufridas por la paciente, *que dicho sea de paso en parte alguna se atribuye a cortes, como lo indicó la actora en alegatos (f. 484)*³¹, no implican necesariamente que la intervención quirúrgica se hubiesen realizado con negligencia o deficiencia. Es menester precisar que el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, no se ocupó de juzgar la idoneidad o corrección del procedimiento quirúrgico, por ende no es verdad que como lo señaló la actora se hubiese determinado que la causa de las lesiones “fue el error procedimental en la cirugía osteotomía de ganz” (f. 489), en parte alguna del dictamen de PCL, se llega a tal conclusión.

Dicho esto, a juicio de esta instancia, el material probatorio que obra en el expediente no arroja evidencia suficiente para concluir que las lesiones sufridas por la demandante durante el procedimiento médico quirúrgico hayan sido consecuencia de una falla en el servicio médico, en la materialización del acto médico de la cirugía Osteotomía de Ganz, toda vez que esa circunstancia no se encuentra probada. El solo resultado por tanto, aun cuando no se ajuste a la expectativa de recuperación o el objetivo perseguido con la osteotomía, no es equivalente a error

²⁷ La paresia es una pérdida de una parte de la motricidad de uno o varios músculos del cuerpo, de forma temporal o permanente. En: <https://salud.ccm.net/faq/9536-paresia-definicion>

²⁸ Disestesia. Es una sensación anormal desagradable, independientemente de que sea espontánea o provocada. Una disestesia es una parestesia dolorosa. En: <http://www.neurowikia.es/content/dolor-neurologico-fenomenos-positivos>

²⁹ Esta complicación conlleva una debilidad de la abducción y, por tanto, aparecen dificultades para la marcha. Ibid 23

³⁰ La neuropraxia es una lesión de nervio que causa parcialmente entumecimiento, cosquilleo o dolor quemante en 1 o más de sus extremidades. En: https://www.allinahealth.org/mdex_sp/SD7981G.HTM

³¹ En la declaración del cirujano se indica que el paquete que contiene el nervio es distraccionado.

o falla, pues el paciente como se ha indicado reiterativamente está sometido a riesgos y afectaciones consustanciales al procedimiento cuya verificación es imputable al diseño del mismo acto quirúrgico.

En punto de lo anterior, la parte actora edificó gran parte del reproche sobre la base de la rata de éxito documentada para la cirugía, al poner de presente que 85% de las cirugías son exitosas, sin embargo pierde de vista que la indicación de tal porcentaje, no permite predicar en el 15%³² restante, una mala práctica médica o un error de procedimiento, sino a lo sumo, la cantidad de cirugías en las cuales no se obtienen los resultados esperados. En otras palabras, los porcentajes comentados no versan ni tienen vinculación con los riesgos propios del acto quirúrgico a los que innegablemente están expuestos todos los pacientes, sino a los resultados de las intervenciones.

En ese aspecto, bien puede el Juzgado echar mano de la estadística en la cual se presenta neuroapraxia del femoral cutáneo en el 94.5% de los casos³³, para ilustrar sobre la regularidad de los efectos indeseados del procedimiento, que avanzan a secuelas de mayor entidad en algunos casos; para destacar, no solo que la responsabilidad médica es de medios, sino que como lo tiene dicho la jurisprudencia ella no se compromete por la realización objetiva de los riesgos previstos³⁴:

“...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”.- se destaca-

No es aceptable entonces que bajo cifras de probabilidad el demandante pretenda que frente a los riesgos que fueron informados y que se encuentran documentados en la literatura médica como de alta incidencia, exista algún tipo de responsabilidad, cuando los resultados son negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, además perdiendo de vista que la ahora demandante presentaba una complicación congénita que afectaba de forma importante su movilidad.

En un caso parecido, referente a una osteotomía de Ganz, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en sentencia de 24 de abril de 2014, expediente 2003-1299, MP: MARCELA DE JESUS LOPEZ, destacó la importancia del cuadro clínico de base, y la necesidad de demostrar adecuadamente la falla del servicio, la cual no puede estructurarse por el solo resultado del procedimiento:

“Se imputa al Instituto de Seguros Sociales responsabilidad por los perjuicios sufridos por la parte demandante con ocasión del error en los procedimientos quirúrgicos realizados a la señora MARTHA DILIA ACOSTA ROJAS; pues se afirma que luego de la última intervención practicada por el Ortopeda Henry Díaz en fecha 31 de octubre de 2001, la actora **perdió la movilidad de sus miembros inferiores**; y adicionalmente, sufrió un cuadro inflamatorio e infeccioso que empeoró su condición, lo cual puede ser imputado a negligencia en la atención médica.

Pues bien, de acuerdo a como se analizó en líneas anteriores, la responsabilidad del Estado por falla médica encuentra sustento en la falla probada del servicio, en la que deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos.

³² “El margen de éxito “total” de esta operación es de un 85% y el restante 15% la recuperación de la displasia “casi total” (fl. 4)

³³ Ibid. 21

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Sentencia del 28 de septiembre de 2017. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02055-01(43316)

Sobre las circunstancias en las que se produjo la atención de la señora MARTHA DILIA, y conforme a las pruebas relacionadas, se pueden destacar que en el *sub examine* está probado el daño sufrido por esta, y por el resto de los demandantes; pues la primera sufrió una pérdida en su capacidad laboral del 58.88% según se indicó en el Dictamen No. 721 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, en audiencia realizada el 3 de junio de 2008³⁵, lo cual le ocasiono un gran sufrimiento tanto a ella como a su familia. Por lo que entonces, conviene verificar si en efecto, se configuraron los otros dos requisitos para que se impute responsabilidad al Estado, esto es, la existencia de una falla en el servicio y el nexo causal entre el daño y la falla.

Así las cosas, se observa que la accionante desde el año 1997, consulto con un especialista en Ortopedia, tal como se precisa del testimonio del Dr. Juan Conrado Rodelo, pues padecía una "*Luxación congénita de Cadera Izquierda*" y una "*displasia acetabular de cadera derecha*". El anterior diagnóstico, también se ve reiterado en la historia clínica de la paciente, y en un primer dictamen realizado por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS de fecha 3 de julio de 2002.

Que por los "*síntomas álgidos, deformidad pélvica y discrepancia de longitud*" (según precisa el médico JAIME MEDINA RUBIANO, del Centra Ortopédico MARLY LTDA en fecha 21 de marzo de 2003 en la ciudad de Bogotá), la demandante fue intervenida el 17 de Junio del 2001, fecha en la cual le practicaron una cirugía de *Osteotomía Redireccional Periacetabular tipo Ganz Cadera Derecha* y un mes después, se le realizó un *Reemplazo Total de Cadera Izquierda en LCC alta.*; sin embargo, dichas intervenciones al parecer no tuvieron resultados favorables, pues se constató que la actora perdió la movilidad de sus miembros inferiores, y adicionalmente se le diagnosticó un proceso inflamatorio e infeccioso que agravo su condición.

No obstante lo anterior, debe decir la Sala, que de las pruebas arrimadas al plenario, no es posible siquiera inferir, que las consecuencias negativas en la salud de la actora, esto es, -la pérdida de su capacidad laboral-, se deban a una falla en el servicio médico quirúrgico realizado por los médicos especialistas en ortopedia al servicio del Instituto de Seguros Sociales; pues también se acreditó conforme al testimonio técnico del Ortopeda Juan Conrado Rodelo, que la actora era una paciente que requirió tratamiento quirúrgico de ambas caderas por cuanto su afección era congénita³⁶, es decir, que había nacido con ella.

También se constató, que el procedimiento realizado, específicamente el de Osteotomía Acetabular en cadera izquierda, no es considerado como fácil, pues tal como preciso el especialista, se trata de técnicas que están descritas como de "salvamento para una cadera displacida", como la de la demandante; y que además, es utilizado para prevenir el daño de la cadera y mejorar las condiciones para un futuro reemplazo total. Igualmente anoto, que en cuanto a la luxación congénita de la cadera, hay escuelas que promueven el uso de prótesis para este tipo de patologías; afirmaciones con las cuales se considera estaba respaldando que las intervenciones realizadas resultaron procedentes.

(...)

Así las cosas, aplicando la regla de la prueba de probabilidad estudiada, se puede decir, que no es posible deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño; pues se evidencio en primer lugar que los procedimientos practicados fueron acertados, y en segundo lugar, que la anormalidad resultante, esto es, la infección post-quirúrgica, pudo ser producto de una reacción orgánica frente al procedimiento suministrado, lo cual no puede ser imputado a la entidad demandada.

En el expediente no se evidencia prueba que conduzca a considerar que los procedimientos practicados a la actora, debido a la enfermedad padecida por esta, no eran los indicados y en ese sentido, por sustracción de materia, tampoco puede hablarse de existencia de un nexo causal.

Así las cosas, no basta con la demostración de la existencia del daño, tema sobre el cual existen suficientes pruebas en el *sub examine*, pues en todo caso, es indispensable acreditar la imputación del mismo a la entidad pública demandada cuestión que no ocurrió en esta oportunidad.

El contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez como debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento. A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*".- se destaca-

El error o mala práctica médica entonces, debe acreditarse por lo mismo, en secuelas imprevistas o exóticas³⁷, o en el inadecuado abordaje del procedimiento que hubiese podido antes que

³⁵ Fols. 168-172.

³⁶ Según el significado proporcionado por la Real Academia Española, el significado de la palabra congénita es: "1. adj. Que se engendra juntamente con algo. 2. adj. Connatural, como nacido con uno mismo."

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 10 de julio de 2013, Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00981-02(27000); Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o

disminuir los riesgos hacerlos inevitables o cuando presentada una situación anómala no se agotan los recursos para poder corregir, lo cual innegablemente no encuentra respaldo en el acervo probatorio de este asunto.

Además de lo ya indicado, respecto de los indicios o supuestas confesiones del médico JAIME MEDINA RUBIANO a que aluden, los alegatos de cierre del extremo activo, se dirá, lo siguiente:

En cuanto a la afirmación hecha por el galeno, quien indicó que la intervención es **mas de tacto que de vista**, como ya fue anunciado en parágrafos anteriores se trata de una cirugía que consta de una serie de cortes óseos alrededor del acetábulo, los que generan un fragmento óseo libre que permite reorientar la cavidad, sin embargo para mayor ilustración se consultó el estudio publicado por la Sociedad Colombiana de Cirugía Ortopédica y Traumatología, efectuando en el Hospital Universitario de San Ignacio y en donde respecto a la técnica quirúrgica se consignó:³⁸

“...Bajo anestesia general se coloca al paciente en decúbito supino en mesa radiolúcida. El abordaje utilizado inicialmente fue ilioinguinal, posterior-mente se utilizó abordaje directo anterior ya que éste permite la artrotomía de la cadera con la consiguiente visualización y tratamiento del labrum acetabular. Se expone la tabla ósea interna del iliaco, se disea el intervalo entre la cápsula anterior de la cadera y el tendón del psoas-iliaco hasta la porción anteroinferior de la articulación debajo de la cual se palpa la rama isquiopúbica de la pelvis. Se procede entonces a realizar el corte del isquion el cual se realiza inmediatamente por debajo de la escotadura infracotiloidea con cinkel angulado 20 grados bajo control fluoroscópico. El corte se dirige hacia posterior aproxima-damente en una profundidad de 2 cm respetando la columna posterior de la pelvis.

A continuación se expone la rama iliopúbica, separando medialmente el psoas-iliaco con flexión de la cadera y rodilla y se colocan separadores de Hohmann en el agujero obturador para proteger el nervio obturador durante el corte de la rama. En algunos pacientes encontramos más cómodo disecar la ventana central del abordaje ilioinguinal y exponer de esta forma la rama iliopúbica. Una vez expuesta rama y protegido el nervio se realiza la osteotomía en forma transversa con cinkel recto. El tercer paso es la osteotomía periacetabular que se inicia con un corte entre las dos espinas iliacas anteriores, dirigido hacia la escotadura ciática hasta 15 mm antes de llegar a ella y teniendo la precaución de no incluir en el corte la columna posterior ni la articulación de la cadera, luego de esto se realiza un corte paralelo a la columna posterior de la hemipelvis dirigido a la espina ciática, con 110 grados de inclinación con respecto al anterior, en este momento el fragmento solamente se encuentra unido al isquion. Antes de realizar el último corte se toma el fragmento con un clavo de Schanz de cinco milímetros a través de la espina iliaca anteroinferior. Finalmente se realiza un último corte que comunica el corte de la columna posterior con el primer corte realizado en el isquion dejando libre el fragmento. En este momento el cirujano procede a realizar la corrección rotacional del fragmento acetabular, teniendo la precaución de no desplazar en sentido lateral la articulación de la cadera, para lo cual debe poner especial cuidado al centro de rotación escogido para el fragmento. Usualmente es suficiente utilizar el centro de rotación de la cabeza femoral, sin embargo, en ocasiones es necesario tomar un punto más proximal...”

De igual forma en la publicación “abordaje anterior de cadera y pelvis El abordaje de Smith-Petersen modificado y sus posibilidades de ampliación” Martin Weber y Reinhold Ganz, se indica:

Para el abordaje de la pared interna de la pelvis por encima de la espina isquiática, primero se debe seccionar el potente periostio de la pared anterior del acetábulo. Debe desinsertarse cuidadosamente. Cerca del estrecho superior se utilizará un periostótomo curvo. Una vez desinsertado todo el periostio de la pared acetabular, se coloca un separador pélvico apoyado en la espina isquiática. Se apreciará todo el espacio por encima de los ligamentos sacroilíacos. La aducción de la cadera flexionada reduce la tensión de los tejidos blandos. **Nos podemos orientar palpando los agujeros isquiáticos mayor y menor**³⁹-se destaca-

probabilidad estadística³⁷, que tienen como referente común el deducir la relación causal v/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, solo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

³⁸Osteotomía periacetabular para el tratamiento de la displasia de cadera en adultos. Resultados a corto plazo Dr. Rafael E. Pérez Núñez, Profesor titular Departamento Ortopedia y Traumatología. Hospital Universitario de San Ignacio. Dr. Guillermo A. Bonilla León, Dr. Francisco J. García Bermudez, Residente III año Ortopedia y Traumatología. Pontificia Universidad Javeriana.

³⁹ Ibid. 23

Finalmente, en la descripción del procedimiento efectuada en el estudio “**CARACTERIZACIÓN RADIOLÓGICA DE PACIENTES CON OSTEOTOMÍA PÉLVICA TIPO GANZ**”⁴⁰ se lee: “El surco infracotiloideo del isquion es **palpado** y se realiza una disección roma de este intervalo” – se destaca-

De acuerdo con lo anterior existe coincidencia en la descripción de la técnica quirúrgica consultada y lo dicho por el doctor MEDINA RUBIANO, que innegablemente permiten aceptar que el abordaje involucra en no poca medida palpación, de tal suerte que es desafortunado descalificar la técnica quirúrgica sin reparar en la dificultad del acto y la sapiencia de quien la efectúa, quien además según indicó en su declaración, tiene más de 37 años de experiencia y aprendió el procedimiento directamente del Dr. GANZ. De allí entonces que al no existir prueba o indicio científico que permita controvertir el método, el reparo resulta estéril.

También indica el apoderado actor que el médico admite no tener conocimientos académicos sobre la cirugía de cadera (f. 485), afirmación totalmente carente de veracidad pues dentro de la prueba testimonial el médico MEDINA RUBIANO fue claro en establecer: “...Entonces quiénes hacemos este tipo de cirugías, pues los médicos, nosotros realmente no tenemos un título de “caderologos”, pero si los que trabajamos con cierta continuidad en estos temas pues tenemos la experiencia suficiente para manejar integralmente los problemas de la cadera. Son treinta y siete años de experiencia y yo no he hecho en mi vida más sino trasplantes articulares revisiones de cadera y rodilla y osteotomías, más las fracturas más las lesiones de pelvis acetábulo...” frente a lo cual se permite aclarar este Despacho, que el término utilizado por el galeno “caderologo” hace referencia a un ironía, pues no existe dentro de las ciencias médicas tal especialidad y mucho menos la palabra dentro de la dicción médica, por el contrario hace insistencia en que es especialista en ortopedia y traumatología, en cirugía ortopédica y en remplazos articulares de cadera y de rodilla, que actualmente es referente de la sociedad colombiana de ortopedia y quien tiene aproximadamente 37 años de experiencia en este campo, por lo tanto se encuentra demostrada la idoneidad profesional del facultativo que ejecutó la intervención.

De otra parte señala el profesional del derecho que el médico modificó la técnica de la operación Osteotomía de Ganz, como quiera que el doctor manifestó que operaba boca arriba. En igual sentido, este Despacho luego de analizar integralmente la declaración del médico que ejecutó la cirugía, encuentra que su manifestación abarca lo siguiente: “... (min 34.40)... todas esas cirugías **bilaterales** nadie las hace en el país, porque yo opero con el paciente bocarriba la mayoría el 90% operan con el paciente de medio lado, con el paciente de medio lado no pueden operar las dos...” - se destaca-, luego entonces, es claro que el galeno en su declaración se refiere a un recuento de procedimientos llevados a cabo a otros pacientes y en donde se llevaron a cabo **cirugías bilaterales**, que no es el caso de la accionante, a quien se realizó osteotomía.

Ahora que, si esto no bastara, bien puede agregarse que incluso si se aceptara que el Facultativo se refiere también a la osteotomía de ganz, existe literatura que indica que el abordaje del procedimiento se efectúa en posición supina, es decir boca arriba⁴¹:

⁴⁰ Ibid 22

⁴¹ El **decúbito supino** es una posición anatómica del cuerpo humano que se caracteriza por: * Posición corporal acostado boca arriba; * Cuello en posición neutra, con mirada dirigida al céntit; * Miembros superiores extendidos pegados al tronco y con las

“Técnica quirúrgica

(...)

Supinación o, en casos especiales, discreta inclinación hacia el lado opuesto. Entallado libre. Toda la cresta ilíaca y la mitad proximal del muslo serán accesibles. Para la primera fase del abordaje se mantendrá la cadera en extensión. La incisión cutánea, de longitud variable, empieza proximalmente a lo largo de la cresta ilíaca dirigiéndose a la espina ilíaca anterosuperior. Luego se curva en dirección lateral y distal por encima de la parte proximal del muslo. En osteotomías periacetabulares, debe medir 20 cm de longitud.⁴² se destaca-

En otra publicación⁴³:

“Materiales y métodos

Entre junio de 1997 y abril de 1999 fueron sometidos 21 pacientes a osteotomía periacetabular de Ganz en esta institución.

Técnica quirúrgica

Bajo anestesia general se coloca al paciente en **decúbito supino** en mesa radiolúcida. El abordaje utilizado inicialmente fue ilioinguinal, posteriormente se utilizó abordaje directo anterior ya que éste permite la artrotomía de la cadera con la consiguiente visualización y tratamiento del labrum acetabular...-“ se destaca-

En otro documento:⁴⁴

“La posición para el abordaje quirúrgico debe ser en **posición supina** con un pequeño cojín por debajo de la cadera enferma (Figura A). El pie contrario se ajusta a la mesa radiolúcida. Se realiza un monitoreo continuo de sistema nervioso periférico en el miembro afectado....”- se destaca-

De esta manera entonces, no es acertado achacar al médico cirujano haber variado la técnica o que la forma de su abordaje hubiese comprometido el bienestar de la paciente.

Resta señalar que las manifestaciones del galeno respecto a que “errar es humano”, hacen referencia a un contexto general en el cual el declarante, indica que toda decisión y acción humana genera riesgos, incluido el procedimiento quirúrgico, porque no todas las cosas “nos salen bien”, destacando ambas posiciones (paciente-cirujano) pero en modo alguna indica o tiene el alcance de una confesión de que en el asunto de marras se haya incurrido en un error, sino en la realización de un riesgo inherente al procedimiento, como puede inferirse del contexto integro de la declaración, en la cual además se acude a la indicación de los riesgos en el consentimiento informado (ver en especial minuto 21:23 a 24:30).

Otro aspecto materia de réplica dirigida por la parte actora se encuentra en la realización de exámenes previos, al señalar que el médico con exceso de confianza señaló que bastaba con un cuadro hemático (f. 486), frente a lo cual habrá que indicar que el declarante si bien refirió el cuadro hemático, explicó que por la edad de la paciente no requería nada más, bastando la radiografía para el diagnóstico:

“pues lo de una rutina de una cirugía de ese tipo, que es básicamente una valoración por anestesia, exámenes de laboratorio sencillos por la edad, que por protocolo no son distintos de un cuadro hemático, valoración por anestesia y ya eso es todo, qué otra preparación se necesita en una paciente de 25 años? Exámenes complementarios de estudio, tenía su radiografías que es lo que uno necesita como cirujano, ni siquiera radiografía de tórax se le toma porque el anestesiólogo no las necesita, para esa edad, por protocolo, un cuadro hemático, una radiografía, como les digo, dos tornillitos y un buen cirujano...(1:03:08)

palmas de las manos hacia arriba; *Extremidades inferiores también extendidas con pies en flexión neutra y punta de los dedos gordos hacia arriba. En: http://enciclopedia.us.es/index.php/Dec%C3%BAbito_supino

⁴² Ibid 23

⁴³ Ibid 20

⁴⁴ Ibid. 22

No hay en el expediente, dictamen o declaración técnica que sugiera que lo expuesto por el cirujano no corresponda a la *lex artis*, más aun, la tantas veces citada literatura médica que ha permitido dar luces en este asunto, continua generan aportes a la discusión pues allí mismo se precisa que son los rayos x, la principal herramienta diagnostica de la displasia con miras a la realización de la osteotomía:

“Parte esencial de la evaluación es la toma de radiografías AP y lateral de la cadera comprometida (...)

La evaluación radiográfica comienza con una radiografía AP de la pelvis. Algunas series han utilizado otras proyecciones como el falso perfil, o proyecciones en abducción y aducción en el desarrollo de sus estudios (3). El estudio de Ganz utilizó únicamente la radiografía AP de la pelvis para realizar sus evaluaciones y se establecieron como factores predictores de OA, anomalías en los siguientes parámetros radiológicos: (6).

(...)

La estandarización del examen radiográfico, con una buena reproducibilidad son prerequisites para el uso e interpretación apropiados de los parámetros radiográficos. En el estudio de Nelitz y Guenther de 1999 (20, 21) se hace énfasis en la variabilidad interobservador de las mediciones radiográficas. ⁴⁵

En otro estudio⁴⁶:

“El diagnóstico de displasia residual y artrosis de cadera se documentaba con base en la sintomatología del paciente y radiografías. El análisis incluía el examen clínico con evaluación del dolor, movilidad articular y presencia de signo de Trendelenburg; el examen radiográfico incluía proyección anteroposterior de la pelvis en posición neutra (neutro de ABD y ADD con los miembros inferiores con 20 grados de rotación interna), proyección anteroposterior de la pelvis con máxima ABD y rotación interna tolerables por el paciente, proyección anteroposterior de la cadera con apoyo monopodal, proyección falsa lateral de Lequesne y de Sezel⁴⁵.- se destaca-

Es oportuno señalar sobre la presunta anomalía anotada en el libelo introductorio, referente a: “...el procedimiento quirúrgico se realizó el 22 de junio de 2010, rodeado de varias irregularidades, por ejemplo la trasfusión de dos unidades de sangre que al decir de la demandante, fueron ordenadas sin la práctica de ningún examen que lo justificara...” (fl. 3) que no está llamada a prosperar, dado que como ya fue documentado una de las complicaciones de mayor gravedad asociada a este tipo de osteotomías es el sangrado excesivo, y precisamente por ello dentro del consentimiento informado se asignó como riesgo general el hemodinámico.

En ese sentido una de las recomendaciones de la Especialidad de Anestesia que valoró a la paciente el 10 de junio de 2010, fue la de “RESERVA DE 2 U GRE POR SERVICIO TRATANTE” (fl. 271), para lo cual el 18 de junio de 2010, se requirió al Banco de Sangre del Hospital San Rafael 2 unidades del Glóbulos Rojos de grupo sanguíneo O+ (fl. 296) con el fin de estar prevenidos para una posible transfusión de glóbulos rojos en respuesta a cambios hemodinámicos y pérdida de sangre excesiva, no encuentra este Despacho irregularidad alguna por el contrario se trata de evitar un desenlace fatal del paciente durante el procedimiento quirúrgico. Acreditar la ausencia de sustento médico-científico para realizar la transfusión, era del resorte de la promotora; carga que en punto de esta circunstancia no se asumió con la vehemencia necesaria y en tal virtud no es prospero el reparo.

Otro de los reproches contenidos en la demanda se edificó sobre la supuesta violación del derecho a escoger libremente la IPS de preferencia de la paciente. Al respecto y no obstante a que tal beneficio claramente le asiste al usuario del sistema⁴⁷, no encuentra el Juzgado en el

⁴⁵ Ibid. 22

⁴⁶ Ibid. 21

⁴⁷ Al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Constitucional en Sentencia T – 245 de 2013

proceso prueba alguna que permita inferir que la señora MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS haya manifestado a la EPS SALUDCOOP, el deseo de ser intervenida en el Hospital San Rafael de Bogotá y que tal solicitud haya sido ignorada o negada arbitrariamente, mucho más cuando la paciente finalmente permite la intervención en la ciudad de Tunja, situación que habría dado en todo caso el signo inequívoco de aceptación sobre la asignación de IPS.

No esta demás destacar en punto de lo anterior, que el solo cambio de IPS seria inocuo para explicar causalmente la secuela producto de la cirugía y de contera, poder imputar responsabilidad a los aquí demandados, de tal manera que el Despacho no ahondará en este cargo.

Pues bien, habiéndose evacuados la totalidad de reparos relativos al acto médico –quirúrgico, concluye el Juzgado en este asunto, que la parte actora no logró demostrar que el daño causado a la señora RUEDA VARGAS con ocasión de la cirugía de osteotomía de ganz realizada el 22 de junio de 2010, fuese atribuible a errores o fallas, emergiendo del análisis probatorio efectuado, que aunque el resultado del procedimiento no fue el esperado, las secuelas de la cirugía son inherentes a los riesgos previstos y previamente informados de la intervención, de tal manera que no se actualiza la responsabilidad que se atribuye.

No advierte el Despacho en este caso que los galenos de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja hubieran procedido de manera equivocada o tardía, ni que su comportamiento favoreciera o produjera el desenlace; asiste razón a la demandada al sostener que la responsabilidad del médico es de medio y no de resultado, lo cual en el caso concreto suponía, el deber de dispensar todo los procedimientos médicos y desarrollar todas las acciones propias para este tipo de operaciones, lo cual empece, no releva al paciente de los riesgos propios del acto quirico complejo a que se sometía. De lo anterior se concluye que el Hospital demandado utilizó todos los medios técnicos y científicos de los que disponía, de acuerdo a su nivel de atención y complejidad, con el fin de procurar el alivio que buscaba la paciente.

Bajo estas consideraciones el cargo de falla no logra acreditación, siendo la ocasión para memorar una vez más, que la carga demostrativa incumbía a la parte actora y que no hay en el acervo pruebas médico-científicas que aportadas por ella, lleven al Despacho a las conclusiones que se sugirieron en el libelo; casi la totalidad de la prueba analizada es de descargo y ella permite a los demandados exonerarse de responsabilidad pues combaten la imputación de manera prolija y nutrida sin que se sostenga ninguna de las sindicaciones enrostradas.

Por lo demás, no será necesario examinar la relación jurídica propuesta entre la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y el llamado en garantía LA PREVISORA S.A., ya que al no prosperar las pretensiones de la demanda no existe fundamento jurídico para determinar si es viable a la ESE repetir por una condena no impuesta.

Ya por último, en lo tocante a la responsabilidad achacada a SALUDCOOP EPS de acuerdo a las conclusiones resumidas se impondrá su lógica exoneración, a la cual se arriba, no solo por los análisis previos relacionados puntualmente con el acto médico-quirúrgico, sino porque como bien lo anotó la EPS en la contestación, el ámbito de sus responsabilidades de acuerdo con la

Ley 100 de 1993⁴⁸ es administrativo; ligado específicamente a la garantía de acceso, cobertura y calidad de los servicios de salud incorporados en el plan de beneficios del sistema de seguridad social integral, obligaciones que no fueron reprochadas.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho estima que en este caso no se configuró responsabilidad de SALUDCOOP como quiera que en la demanda no se imputó acción u omisión concreta de donde derivar la responsabilidad endilgada, debiendo por tanto ante la abstracción, desestimar las suplicas.

4.7. Costas procesales.

Guiado el Juzgado por el criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales, esbozado entre otras providencias en la sentencia de 7 de abril de 2016, emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, dentro del proceso radicado 1291-2014 y aplicándolo al presente asunto, considera el Despacho que hay lugar a su imposición, pues al margen de cualquier consideración subjetiva en torno al comportamiento de las partes, es evidente que la parte vencedora ha tenido que incurrir en gastos de defensa judicial, expresados tanto en recursos físicos (papelería, cds, etc) como en la contratación de apoderado para la adecuada defensa de sus intereses razón por la cual el Juzgado considera razonable imponerlas en proporción del 1% de la cuantía de la pretensión que sirve para determinar la competencia de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el

⁴⁸ **ARTÍCULO 156:** “...e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno; (...) g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas. (...) i) Las Instituciones Prestadoras de Salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las Instituciones Prestadoras de Servicios de tipo comunitario y Solidario; k) Las Entidades Promotoras de Salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, o contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos; (...) o) Las entidades territoriales celebrarán convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente Ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el Fondo de Solidaridad y Garantía. Corresponde a los particulares aportar en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente Ley; (...) p) La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal. (Subrayado fuera del texto original) **ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN.** Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley. **ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

1. Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
 2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.
 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.
 4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
 5. Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.
 7. Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”
- ARTÍCULO 179. CAMPO DE ACCIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”
- PARÁGRAFO.** Las Entidades Promotoras de Salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno nacional.

Consejo Superior de la Judicatura, suma que equivalente a trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000) para cada una de las demandadas, las cuales se liquidaran de conformidad con lo establecidos en los artículos 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. **Niéguense** las pretensiones de la acción de reparación directa promovida por MARTHA LUCIA RUEDA VARGAS y CAMILA BUSTAMANTE RUEDA en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y E.P.S. SALUDCOOP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
2. Se releva el Juzgado de analizar el llamamiento en garantía efectuado por la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, respecto a la COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A por lo expuesto.
3. Condénese en costas a la parte demandante como lo autoriza el artículo 365 del CGP. Por Secretaría tácense en la forma prevista en los artículos 365 y 366 ibídem. Se fija como agencias en derecho, la suma equivalente a trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000), para cada una de las demandadas.
4. En firme esta sentencia archívese el expediente dejando las constancias y anotaciones de rigor

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FABIAN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
Juez



