JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)
Sentencia Número D 04/2020

Expediente:	**11001 – 33 – 36 – 031 – 2015 – 00098- 00**
Demandante:	**YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, LUZ DARY POVEDA SÁNCHEZ Y OTROS**
Demandada:	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL- HOSPITAL CENTRAL**
Medio de Control:	**REPARACIÓN DIRECTA**
Jueza:	**LUZ MYRIAM ESPEJO RODRÍGUEZ**

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, esta instancia judicial procede a proferir sentencia de primera instancia que en derecho corresponda, en cumplimiento de las medidas de descongestión dispuestas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA15-10385 de 2015. En el proceso de la referencia remitido por descongestión por el Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Luz Dary Poveda Sánchez[1] a través de apoderado judicial promovió el medio de control de reparación directa contra la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional y el Hospital Central**,** dirigido a que se declaren administrativa y patrimonialmente responsables por el daño ocasionado a Yesid Fernando Viana Astaiza, debido a un procedimiento quirúrgico tardío en su rodilla izquierda que se practicó el 19 de junio de 2013.

En consecuencia, solicitó lo siguiente[2]:

> *1. Que se declare administrativa y patrimonialmente a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICIA NACIONAL, por los daños causados con ocasión de las lesiones que presenta en su rodilla izquierda el señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA como consecuencia de un procedimiento quirúrgico tardío que se le realizó en el Hospital Central de la Policía Nacional, en el que se pretendía la*

[1] El grupo demandante está integrado por: Luz Dary Poveda Sánchez, compañera permanente del señor Yesid Fernando Viana Astaiza y respecto de aquel, sus hijos: María Fernanda Viana Poveda, Laura Alejandra Viana Poveda y William Felipe Viana Erazo.
[2] Folios 232 a 234 c.1.

reconstrucción del ligamento cruzado posterior de su pierna izquierda; pero al término de la intervención quedaron en su organismo dos pedazos de brocas que causan dolor y limitan su movilidad; en hechos sucedidos el día 5 de septiembre de 2013[3].

2.Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICIA NACIONAL al pago de indemnización por LUCRO CESANTE debido y futuro para la víctima, señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, según liquidación correspondiente a sus ingresos del año 2013, es decir. $835.483,00, lo que corresponde a una liquidación total de indemnización del Lucro cesante: debida y futura de TREINTA MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS CON SESENTA Y OCHO ($30.296.571,68).

3. Que se condene a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL al pago de indemnización por concepto de DAÑOS MORALES por la preocupación, dolor y sufrimiento de la víctima, señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, en la suma equivalente a CUARENTA (40) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

4. Que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL al pago de indemnización por concepto de DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN, por las limitaciones funcionales y de movilidad que tendrá que sufrir de por vida la víctima, señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, en la suma equivalente a CIENTO (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

5. Que se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL al pago de indemnización por concepto de DAÑOS MORALES por la preocupación, sufrimiento y congoja que se causó a la señora LUZ DARY POVEDA SANCHEZ, compañera permanente del señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, en la suma equivalente a CUARENTA (40) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

6. Que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL concilie el pago por indemnización de DAÑOS MORALES por la preocupación, sufrimiento y congoja que se causó al señor WILLIAM FELIPE VIANA ERAZO, hijo del señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, en la suma equivalente a CUARENTA (40) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

7. Que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL concilie el pago por indemnización de DAÑOS MORALES por la preocupación, sufrimiento y congoja que se causó a la menor MARIA FERNANDA VIANA POVEDA, hija del señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, en la suma equivalente a CUARENTA (40) Salarios Mínimos Mensuales

[3] Según los documentos obrantes en el expediente, se corroboró que el procedimiento que la parte demandante enuncia, efectivamente se realizo el 19 de junio de 2013.

Legales Vigentes.

8. Que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL concilie el pago por indemnización de DAÑOS MORALES por la preocupación, sufrimiento y congoja que se causó a la menor LAURA ALEJANDRA VIANA POVEDA, hija del señor YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA, en la suma equivalente a CUARENTA (40) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

9. Que los reconocimientos que se hagan sean actualizados de acuerdo a lo previsto en el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta en la respectiva liquidación, la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor (IPC), desde la fecha en que se presentaron los hechos hasta aquella en la cual quede ejecutoriado el fallo definitivo.

2. HECHOS

El apoderado de la parte demandante narró los hechos que fueron objeto de debate en la audiencia inicial 060D-LM- 2017, realizada el de 18 de octubre de 2017, en la que participaron los apoderados de las partes procesales, tal como consta en el acta suscrita en esa misma fecha[4].

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

Internacionales: Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Constitucionales: Artículos 1,2,48, 49,90 y 366.

Legales:

- -Código Civil: Artículos 2341 y 2356.
- Ley 100 de 1993: Artículo 4.
- Ley 446 de 1998: Artículo 16.
- Ley 23 de 1981: Artículo 3,15,16.
- Ley 1438 de 2011: Artículos 94 y 95.

Reglamentarios:

- Decreto 1011 de 2006: Artículos 1,2 y 6.
- Decreto 1795 de 2000: Artículos 6,21,27,48.
- Acuerdo 002 de 2001: Artículo 12 y 13.

Jurisprudenciales:

[4] Folios 533 a 537 c.2.

Citó jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, en la que se ha establecido el derecho a la salud con carácter autónomo, y cuya garantía materializa los Derechos Humanos.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD.

La defensa judicial de la entidad por medio de escrito visible a folios 294 a 298 c.1 contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y solicitó la condena en costas procesales a la parte demandante.

Sustentó su tesis en los argumentos que se describirán en el acápite denominado caso concreto de esta providencia.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante, en oportunidad, mediante escrito visible a folios 629 a 632 c.2 alegó de conclusión. Reiteró que se configuró una falla médica por parte del Hospital Central de la Policía Nacional.

Destacó lo que dijo el perito Dr. Omar Roberto Peña Días, experto en ortopedia y traumatología.

Enfatizó que, posterior al procedimiento del 19 de junio de 2013 el demandante presenta las brocas en su rodilla, riesgos que no le fueron informados al paciente, violentando con ello, su dignidad, respecto a la posibilidad de elegir.

Agregó que, el Consejo de Estado ha establecido que la falta de consentimiento informado constituye un daño autónomo e independiente que debe ser indemnizado.

Afirmó que, la demandada no probó la condición de preparación académica, experiencia y reconocimiento del Dr. Carreño, quién operó a su representado.

Afirmó que, sí el procedimiento se hubiera practicado según la *lex artis,* el médico debió haber notado las brocas en la rodilla del señor Astaiza, y registrado este evento en la historia clínica. Sobre el tema, dijo que el médico no realizó el procedimiento con la debida diligencia, ya que dejó elementos extraños en el cuerpo del señor Astaiza.

Añadió que, posterior a la cirugía y desde el 27 de octubre de 2013 no le fue garantizado al señor Astaiza, el servicio médico que requería.

5.2. LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD.

La defensa judicial de la entidad mediante escrito visible a folios 633 a 635 c.2, alegó de conclusión.

Reiteró lo enunciado en el escrito de contestación de la demanda respecto a los hechos que narró la parte actora.

Enfatizó que, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional a través del Hospital Central, garantizó al demandante la prestación de los servicios médicos que requirió en las áreas de ortopedia, medicina general y terapia física.

Resaltó que según la experticia que rindió el médico Omar Roberto Peña Díaz del Hospital Universitario de la Samaritana E.S.E, el tratamiento que se suministró al demandante fue el adecuado.

II. EL PROCESO

1. LAS PARTES

A. Entidad demandada: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional-Hospital Central.

B. El grupo demandante está integrado por: Luz Dary Poveda Sánchez, compañera permanente del señor Yesid Fernando Viana Astaiza y respecto de aquel, sus hijos: María Fernanda Viana Poveda, Laura Alejandra Viana Poveda y William Felipe Viana Erazo.

2. ACTUACIÓN PROCESAL DEL DESPACHO

El Juzgado 31 Administrativo Oral de Bogotá- Sección Tercera, por medio de auto interlocutorio No. 1354 de 14 de octubre de 2015, admitió la demanda y ordenó su notificación (folios 269 a 271 c.1).

Este Estrado Judicial por intermedio de proveído fechado el 10 de noviembre de 2015, avocó conocimiento del medio de control de reparación directa, en atención al Acuerdo No: PSAA15-10385 del 23 de septiembre de 2015 y ordenó a la parte demandante consignar la suma de gastos procesales (folio 274 c.1).

Por medio de autos de 9 de febrero y 19 de agosto de 2016, se requirió al Juzgado 31 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, a efectos del traslado de los gastos procesales (folios 278 y 281 c.1).

Agotado este trámite procesal, el Despacho, por medio de auto de 7 de marzo de 2017 fijo fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (folios 506 a 507 c.2).

La audiencia inicial No. 0014D-LM-2017 que se instaló el 30 de marzo de 2017, fue suspendida por inasistencia de las partes (folios 511 a 512 c.2). Mediante auto de 2 de agosto de 2017, la diligencia fue programada de nuevo (folio 519 c.2).

A través de proveído de 12 de septiembre de 2017, la audiencia inicial fue reprogramada, ya que la fecha coincidía con otras diligencias pendientes de la juez encargada (folio 528 c.2).

En audiencia inicial No. 060D- LM- 2017, que se celebró el 18 de octubre de 2017, se surtieron las etapas de saneamiento, excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y pruebas, entre las que se decretó un dictamen pericial (folios 533 a 537 c.2).

En lo que tiene que ver al dictamen pericial se profirieron varias decisiones tendientes a su practica efectiva visibles a folios 543, 551 y 552, 563, 568, 577, 587, 595 y 602 del cuaderno 2.

La audiencia de pruebas se celebró 2 de septiembre de 2019. Diligencia en la que el apoderado de la parte demandante desistió de los testimonios de los Dres. Fernando Carreño y Daniel Francisco Piñeros Ramírez, solicitud que fue aceptada. Se surtió la contradicción del dictamen pericial que rindió el Dr. Omar Roberto Peña Díaz, y se estableció que los honorarios del perito serían sufragados por la parte demandante (folios 608 a 610c.2).

Por medio de auto S 1102 de 17 de septiembre de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 del C.P.A.C.A, se concedió a las partes el término común de 10 días para alegar de conclusión (folio 621 c.2), etapa procesal en la cual descorrieron traslado en oportunidad.

3. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN DENTRO DEL PROCESO

Obran en el expediente los siguientes medios de prueba:

3.1 DOCUMENTALES

- Copia de registros civiles de los demandantes, folios 3, 57 y 8 c.1.

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Yesid Fernando Viana Astaiza, folio 4, de William Felipe Viana Erazo, folio 6 y de la señora Luz Dary Poveda Sánchez, folio 9 del cuaderno 1, quiénes componen la parte demandante de este medio de control.

- Extracto de hoja de vida del señor Yesid Fernando Viana Astaiza, folios 10 a 12 c.1.

- Certificado expedido por la Policía Nacional en el que se indica que para el mes de mayo de 2013, el señor Yesid Fernando Viana Astaiza, se desempeñaba en el almacén de vehículos y devengaba un salario de 1.969.683.43 pesos, folio 13 c.1.

- Copia de la historia clínica No. 10549427 expedida por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en la que aparece como paciente el señor Fernando Viana Astaiza, folios 15 a 219 c.1 y 306 a 401 c.1 y continua en folios 403 a 504 c.2.

- Solicitud de autorización de procedimientos e insumos no pos de 11 de abril de 2014, emitida por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en la que se identifica como paciente el señor Yesid Fernando Viana Astaiza, folios 220 a 221 c.1.

- Junta medico laboral de 3 de febrero de 2014 en la que se evaluó la condición médica del señor Yesid Fernando Viana Astaiza. Se le fijó la

disminución de la capacidad laboral en un 15.00 % y se determinó que no era apto para reubicación laboral, (folios 222 a 224 c.1.)

- Radiografías de rodilla del señor Yesid Fernando Viana Astaiza, folios 227 a 229 c.1.

- Dictamen pericial que rindió el Dr. Omar Roberto Peña Díaz, subdirector de ortopedia del Hospital Universitario de la Samaritana E.S.E, en el que afirmó que el procedimiento que se realizó al señor Viana Astaiza, se efectuó de acuerdo a la lex artis, (folios 598 a 599 c.2).

- Contradicción al dictamen pericial que rindió el Dr. Omar Roberto Peña Díaz, que se surtió en la audiencia de pruebas D 021 de 2 de septiembre de 2019, consignado en el CD visible a folio 611 c.2.

No se observa causal de nulidad que pudiere invalidar el proceso y, en consecuencia, procede el Despacho a proferir decisión de fondo, previas las siguientes:

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. FIJACIÓN DEL LITIGIO

En audiencia inicial No. 060D- LM- 2017, que se celebró el 18 de octubre de 2017, en atención a lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 180 del C.P.A.C.A, se procedió a fijar el litigio y el problema jurídico. Se establecieron treinta y siete (37) hechos, consignados en el acta[5] de suscrita la misma fecha.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial No. 060D- LM- 2017, que se celebró el 18 de octubre de 2017, se dispuso que la controversia del presente medio de control gira en torno a:

> *Determinar si se encuentran demostrados los elementos de la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado, en cabeza del HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL-, para condenarlo por los perjiuicios que reclaman los demandantes, por la falla en el servicio médico prestado al agente de la Policía Nacional YESID FERNANDO VIANA ASTAIZA identificado con la C.C. No. 10.549.427, de Popayán, como consecuencia de la intervención quirúrgica de reconstrucción de ligamento cruzado posterior por artroscopia más reconstrucción de esquina postero- lateral, llevada a cabo el día 19 de junio de 2013.*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad del Estado.

[5] Folios 533 a 537 c.2.

El artículo 90 constitucional estableció que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, que se expresa en la configuración de un daño que no se tiene el deber jurídico de soportar. El principio de igualdad entre las cargas públicas exige que el daño antijurídico imputable al Estado deba resarcirse integralmente de forma proporcional al detrimento sufrido.

Al resolver los procesos de reparación directa en los que se debate la responsabilidad administrativa de sus agentes bien sea por acción o por omisión, es indispensable abordar lo relativo a la existencia del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico. Agotado ese análisis, se deberá identificar si el daño es atribuible o no al Estado de acuerdo a los títulos de imputación que existen. En caso afirmativo, se estudiará una eventual condena por perjuicios.

3.2 Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud.

El Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha determinado que el título de imputación en el que se estudia una falla médica es el que denomina *falla probada del servicio*, que requiere probar el daño y el nexo de causalidad entre la falla médica y su consecución. En términos de la Corporación:

> *La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación. En este sentido, en aplicación del principio iura novit curia, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. En relación con la responsabilidad del Estado por daños causados por agentes a su servicio, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que para atribuirle dicho daño, solo es posible cuando este ha tenido vínculo con el servicio, es decir, que las actuaciones de los funcionarios solo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público, toda vez que la simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente a la Administración, habida cuenta de que dicho funcionario puede actuar dentro su ámbito privado, separado por completo de toda actividad pública.* ***No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo***

causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva[6].

Negrillas fuera del texto original.

Ahora bien, según la jurisprudencia de la Corporación, para que pueda predicarse la existencia de una falla médica, se requiere:

(…)

se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso[7]. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance[8].

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que en el despliegue del servicio público médico, las obligaciones que surgen son de medio y no de resultado, en los siguientes términos[9]:

*En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud**, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos,** para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra 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 ocasionado[10], ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa.*

(…)

*Para ello, debe tenerse en cuenta que, según la posición jurisprudencial reiterada por la Corporación, **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*

---

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. (14 de junio de 2019) Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00626-01(49912). Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Actor: Carlos Albeiro Maldonado y otros. Demandado: Nación – Ministerio De Defensa- Policía Nacional – Metrosalud.

[7] Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 17149, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[8] Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2015, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

[9] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 28 de septiembre de 2017, NI. 43316

[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 16.775.

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"[11]

Negrillas fuera del texto original.

En lo que respecta a la carga de la prueba, el Consejo de Estado, ha estimado que recae en la parte demandante:

(…)

De modo que el éxito del juicio de responsabilidad que se lanza en contra de quien presta el servicio de asistencia sanitaria en todos sus niveles depende de la eficacia de la prueba acerca del quebrantamiento de sus obligaciones legales como prestador del servicio y, por supuesto, la disonancia evidente entre la prestación esperada, de acuerdo con las posibilidades del caso con apego en la lex artis y, finalmente, el resultado observado que debe representar, por ese mismo hecho, un error respecto de los medios con los que se contaba, lo que descarta, de manera obvia, la responsabilidad por el simple resultado.

Por tanto, resulta evidente que el demandante tiene el onus probandi de la falla del servicio, para cuyo efecto podrá apegarse de cualquiera de los medios probatorios permitidos dentro del sistema jurídico (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil), pero claro, sin que se esté abogando por una tarifa probatoria, resultan adecuados especialmente los dictámenes periciales y los testimonios técnicos.

(…)

Bajo estos postulados entonces, desde la perspectiva de quien formula la pretensión, su deber se asienta en entregar la mayor cantidad de datos suasorios racionales que apoyen su teoría, para así dotar al juez de una verdad probable, la que ponderada frente a la tesis de la contraparte y sus pruebas debe prevalecer, pero no a través de la intuición judicial, sino de un proceso lógico reconstructivo, que es en últimas el vehículo de la persuasión"[12]

(Negrillas fuera del texto original)

En atención a la línea jurisprudencial que ha establecido el Consejo de Estado, en el presente asunto, se evaluará la responsabilidad del Estado según el título de imputación de falla probada en el servicio, que requiere probar por parte del demandante el daño, la falla en el acto médico, y el nexo causal entre ambos elementos.

4. CASO CONCRETO

[11] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011 (expediente 18947).
[12] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, NI.38804

4.1 Tesis de la parte demandante.

El apoderado del demandante sostuvo que el Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Hospital Central, incurrieron en una falla del servicio médico, por las siguientes razones:

- Demora en la práctica de los procedimientos médicos que se llevaron a cabo 41 meses después de que el caso fue sometido a comité.

- En el caso del señor Astaiza, al encontrarse vinculado a la Policía Nacional, el garante del servicio médico es el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía. En la historia clínica se registró que no existía disponibilidad de *aloinjertos*, ni materiales requeridos para la cirugía, los cuales deberían ser cubiertos por el prestador del servicio médico de manera continua e integral, según el artículo 21 del Decreto 1795 de 2000.

- Dijo que hubo *falta de oportunidad en el tratamiento médico*, ya que pese a que el señor Astaiza fue diagnosticado, no se lo operó a tiempo, lo que impidió que la cirugía fuera exitosa.

- Señaló que al señor Astaiza, posterior a la cirugía de *reconstrucción de ligamento cruzado* que se realizó en su rodilla, le quedaron elementos extraños situación que no fue incorporada en la historia clínica, contrario a la Resolución 1995 de 1999 que dispone la obligatoriedad de registrar el estado del paciente y los procedimientos que se efectúen, entre otros.

  Adicionó que el Consejo de Estado en eventos de responsabilidad médica, ha determinado que en caso de no obtener las pruebas pertinentes, será posible apelar a la prueba indiciaria para demostrar un hecho.

- Afirmó que al señor Astaiza no le informaron los riesgos y complicaciones de manera previa a realizar la *reconstrucción de ligamento cruzado,* ya que de haberlos conocido, no se hubiera sometido al procedimiento.

- Aseveró que el personal médico fue negligente, le faltó pericia, vigilancia y control al realizar la *reconstrucción de ligamento cruzado* al señor Astaiza*,* ya que se le dejó dos brocas en su cuerpo.

  Situación que lo situó en un riesgo mayor al permitido en los procedimientos médicos, lo que es contrario a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 23 de 1981, en razón a que no siguió las normas de cuidado. Sumado a la falta de vigilancia que presumió del procedimiento, en desconocimiento del numeral 3 del artículo 3 del Decreto 1011 de 2006.

  Agregó que, la recuperación en este tipo de operaciones con fisioterapia es de 2 a 6 meses. Sin embargo, pese al paso del tiempo el señor Astaiza no ha mejorado, debido a la errónea práctica de la cirugía.

Dijo que, la falla en el servicio médico en el presente asunto, vulneró los derechos a la salud, vida, integridad física y dignidad del señor Astaiza, en razón a que le impide en la actualidad desarrollar su plan de vida en condiciones de normalidad, situación que lo ha afectado psicológicamente, y se ha extendido a sus relaciones familiares.

Dijo que, si bien la prestación de servicios médicos es de medio y no de resultado, se debe brindar al paciente todos los medios de cuidado que requiera según el estado de la ciencia, no hacerlo implica su desconocimiento.

Enunció que los elementos de la responsabilidad de Estado se encuentra acreditados, así[13]:

> *(…)*
>
> *a) Hecho generador: La tardanza, por gestiones administrativas, con que se llevó a cabo el procedimiento quirúrgico ordenado (41 meses desde que la junta médica de rodilla la sugirió) permitió que la lesión que padecía el señor FERNANDO VIANA ASTAIZA, se agravara más y se hiciera mucho más difícil tratarla; y la impericia del personal del Hospital Central al no realizar en debida forma el procedimiento quirúrgico y permitir que quedaran en el organismo del paciente elementos extraños, sin que se le hubiera alertado previamente sobre esa posibilidad, ni se le haya informado con posterioridad al procedimiento, se constituyen en los hechos generadores del daño que lo aqueja.*
>
> *b) Daño cierto: La falta de recuperación oportuna y adecuada del paciente, la existencia de elementos extraños (pedazos de brocas) en su organismo, y las complicaciones de salud y movilidad que se reportan en la historia clínica del paciente son evidencias que implican la lesión del bien jurídico de su salud e integridad física, protegidos y tutelados por el derecho.*
>
> *c) Relación de causalidad: Inequívocamente, la falta de continuidad e integralidad de los servicios médicos prestados al señor FERNANDO VIANA ASTAIZA permitieron que se acentuara la lesión que padecía haciendo más difícil su tratamiento y recuperación; la infracción de las normas de precaución o cautela en que se incurrió al haber permitido que quedaran partes del instrumental quirúrgico en su organismo se constituyen en una violación a la lex artis y la falta de obtención del consentimiento informado son hechos que se constituyen en causa eficiente del daño sufrido; en el fondo, lo que se evidencia es el incumplimiento de las obligaciones que la ley le señala al personal hospitalario como parte de sus funciones; en términos jurídicos se predica la violación a un contenido obligacional.*
>
> *(…)*

4.2 Tesis de la parte demandada.

Según lo que se encuentra consignado en la historia clínica, describió los procedimientos médicos a los que fue sometido el señor Astaiza. Resaltó que, hubo períodos en los cuáles no se prestó el servicio de salud, ya que el demandante no presentó síntomas.

Dijo que, el demandante no demostró el daño, motivo por el cual no procede la condena al Estado y el reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

Aseveró que, la obligación de prestación del servicio médico es de medio y no de resultado, tal como lo ha comprendido el Consejo de Estado. La obligación radica

[13] Folio 251 c.1.

en la prestación eficiente y oportuna del servicio médico, según los medios presupuestales, técnicos y profesionales al alcance, los cuales fueron garantizados por la entidad a cabalidad.

Manifestó que el 28 de mayo de 2013 el demandante otorgó el consentimiento informado para el procedimiento de *reconstrucción de ligamento cruzado,* tal como se observa en la historia clínica. En ese momento se manifestó al paciente que durante la cirugía se podrían presentar situaciones imprevistas que requerirían tratamiento adicional y, se le dijo que posterior a ella, podría presentar complicaciones, específicamente dolor crónico, la necesidad de una nueva intervención, e incluso la muerte.

Citó doctrina a efectos de describir las complicaciones que se pueden presentar posterior a una cirugía, tales como dolor, lesión nervio peroneo común, laxitud residual, artrofibrosis, pérdida de movilidad e infección, trombosis venosa profunda, complicaciones de la herida, fracturas de la cabeza el peroné, antropatía degenerativa y distrofia simpática refleja.

Aseveró que la ruptura de las brocas en la rodilla del señor Astaiza, no es atribuible al Dr. Carreño, ya que él cuenta con los títulos académicos que refrendan sus conocimientos, además de experiencia y reconocimiento nacional en el área de ortopedia.

Dijo que, para el tratamiento de fracturas, lesiones de ligamentos, artrosis, entre otros, se requiere como tratamiento dejar en el hueso insertadas brocas, tal como lo requirió el señor Astaiza en su rodilla.

Manifestó que, el injerto requerido para la cirugía del demandante debe extraerse de un cadáver, motivo por el cual se encuentra sujeto a disponibilidad y al cumplimiento de la normatividad que gobierna los injertos y trasplantes de tejidos, entre los que se incluye huesos y tendones.

Referenció jurisprudencia emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual se determina que la prestación del servicio médico en sí mismo, no genera el deber de reparar.

La falla médica se configura si se demuestra que esta ocurrió por la deficiencia en la prestación del servicio, y que fue la causa constitutiva del daño. No existirá daño, si la administración intervino en su causa, pero no lo ocasionó, ya que este se generó por un efecto no previsible o inevitable de la misma enfermedad que sufría el paciente o otra causa diferente.

Referenció otro aparte de jurisprudencia emitido por la misma Corporación, en el que se enuncia que si una persona, pese a aplicarse el tratamiento recomendado mundialmente, padece incapacidad física, mental, o incluso, muere, tal resultado no es atribuible a la administración, si el daño no obedece efectivamente a la falta de diligencia y observación de la *lex artis* en el procedimiento operatorio.

De manera previa a realizar el análisis de los elementos probatorios obrantes en el plenario a efectos de determinar si se configura la responsabilidad del Estado, precisa el Despacho que en la oportunidad procesal prevista para el efecto, esto es la audiencia inicial No. 060D- LM- 2017[14], que se celebró el 18 de octubre de

[14] Folios 533 a 537 c2.

2017, se incorporó al expediente la documental visible a folios 1 a 230, 299 a 401 c.1 y 403 a 504 c.2, sin objeciones de las partes.

La audiencia de pruebas se celebró 2 de septiembre de 2019[15], el apoderado de la parte demandante desistió de los testimonios de los Dres. Fernando Carreño y Daniel Francisco Piñeros Ramírez, solicitud que fue aceptada en la misma diligencia. Se surtió la contradicción del dictamen pericial que rindió el Dr. Omar Roberto Peña Díaz, y se estableció que sus honorarios serían sufragados por la parte demandante.

En la misma audiencia, se surtió la contradicción y complementación al dictamen pericial que rindió el Dr. Omar Roberto Peña Díaz[16].

Así las cosas, las pruebas allegadas tienen pleno valor probatorio y podrán ser valoradas a efectos de determinar la veracidad de los hechos materia de litigio y establecer si existe lugar a declarar la responsabilidad del Estado atribuible al Ministerio de Defensa Policía Nacional- Hospital Central.

4.3 Hechos probados

En este acápite se transcribirá los hechos probados que se relacionan con el procedimiento médico que se efectuó en la rodilla al señor Viana Astaiza, y no se indicara, todo lo que incluye la historia clínica, ya que existen tratamientos que se llevaron a cabo por otras causas.
La parte demandante planteó varios motivos por los cuales estima, se configuró en este asunto una falla médica. El Despacho observa que se dirigen a cuestionar la actuación de la demandada antes de la cirugía, y otros, de manera posterior a esta, por lo que así serán clasificados y abordados para mayor comprensión y orden respecto a los hechos probados.

El Despacho reitera las razones de inconformidad de la parte demandante que se sitúan antes del procedimiento médico, así:

1) Demora en la práctica de los procedimientos médicos que se llevaron a cabo 41 meses después de que el caso fue sometido a comité.

2) En la historia clínica se registró que no existía disponibilidad de *aloinjertos*, ni materiales requeridos para la cirugía, los cuales deberían ser cubiertos por el prestador del servicio médico de manera continua e integral, según el artículo 21 del Decreto 1795 de 2000. En el caso del señor Astaiza, al encontrarse vinculado a la Policía Nacional, el prestador es el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía.

3) Dijo que hubo *falta de oportunidad en el tratamiento médico*, ya que pese a que el señor Astaiza fue diagnosticado, no se lo operó a tiempo, lo que impidió que la cirugía fuera exitosa.

En el expediente se encuentra la copia de la historia clínica del señor Viana Astaiza que permite observar los motivos por los cuáles acudió a consulta médica, y los procedimientos que le fueron realizados, así:

[15] Folios 608 a 610 c.2.
[16] Actuación que obra en su totalidad en la grabación contenida en el CD a folio 611 c.2.

- El 20 de mayo de 2005 acudió al servicio médico de la Policía Nacional. En la valoración del examen físico, en observación de miembros inferiores se transcribió: *"Dolor a la movilización de rodillas, sin inflamación".* En la casilla denominada anamnesis- enfermedad actual, se describió*: "opte con dislipidemia, no ha comenzado el tto, refiere dolor en rodilla izquierda, inestabilidad funcional asociada. Antecedentes de cirugía rodilla derecha hace 3 años, dolor ha persistido, diuresis normal, deposición normal",* folio 17 c.1.

- En el evento 7 de 15 de septiembre de 2005 se escribió en la casilla de indicaciones: *"Se le explica al paciente requiere tto qx, reconstrucción lca y posible condroplastia, se envía a terapia para manejo de esguince se dan recomendaciones, el paciente decide operarse",* folio 18 c.1 vuelto.

- En el evento 28 de 21 de noviembre de 2005 en la casilla de anamnesis- enfermedad actual, se escribió: *"39 años, quién refiere dolor de rodilla izq con esfuerzo físico al realizar una flexión forzada con taquido, no ha hecho t física, no aines, bloqueo -+, inflamación + inestabilidad"* , folio 23 c.1. Este día fue la primera cita por medicina especializada, folio 23 vuelto c.1.

- El 5,6,7 y 9 de diciembre de 2006 se practicó fisioterapia al demandante, folios 24 y 25 c.1.

- El 31 de enero de 2006, acudió a cita de control de seguimiento de medicina especializada, y en la casilla *anamnesis- enfermedad actual, se citó: "Trauma rotacional en rodilla izq, hace 6 meses, con posterior dolor y limitación funcional no tto"* folio 27 c.1.

- Acudió a nueve citas de fisioterapia, en el período de marzo hasta mayo de 2006, folios 27 a 30 c.1.

- En consulta de 30 de mayo de 2006 en la casilla de anamnesis- enfermedad actual, se anotó: *"Tiene lesión lig esperando cirugía",* y en la de indicaciones, se expuso: *"Esta pendiente que se determine la licitación para la compra del aloinjerto de t de Aquiles, se da una incapacidad provisional y parcial puesto que la rodilla es muy inestable",* folio 30 c.1 vuelto.

- En mayo de 2006 acudió a servicio médico por presentar dolor de rodilla izquierda, folios 31 vuelto y 32 c.1.

- En la casilla de indicaciones del evento de 18 de julio de 2006, se dijo: *"Asegurado cupo para cirugía artroscópica el 1 de noviembre se cita para octubre para dar los papeles",* folio 33 c.1.

- El 1 de noviembre de 2006, en la casilla *anamnesis motivo de consulta*, se expresó: *"Procedente de salas de cirugía por artroscopia de rodilla",* y en la de anamnesis- enfermedad actual: *"Pte con antecedente de dolor de rodilla izquierda, valorado por Dr. Lara lesión meniscal y programo menisectomía. Hoy se realizó artroscopia, encontrando lesión meniscal y realizando menisectomía por artroscopia, ingresa a piso para manejo pop",* folio 34 vuelto c.1.

- El 11 de noviembre de 2006, se realizó cita de control de la artroscopia al demandante, y se reportó evolución positiva folio 36 vuelto, y 37 c.1.

- En el período de enero hasta mayo de 2007, el demandante asistió a citas de control y fisioterapia, folios 38 a 46 c.1.

- En consulta de 19 de junio de 2007, en la casilla de anamnesis- enfermedad actual, se reportó: "*Refiere masa dolorosa genera molestias y limitación física ocasional. Se programa para cirugía en septiembre resección de osteocondroma",* y en la casilla de indicaciones, se manifestó*: "se cita para programación de cirugía para octubre de 2007",* folio 47 c.1.

- En el evento 108 de 4 de abril de 2008 en la casilla de descripción se anotó: *"Procedimiento no realizado por decisión del paciente x otras razones"*, folio 57 vuelto c.1.

- El 15 de septiembre de 2009, en el evento 126, en la casilla de anamnesis motivo de consulta: *"refiere dolor en la rodilla izquierda",* y en la casilla de enfermedad actual: *"cuadro de 3 meses de dolor y sensación de inestabilidad en rodilla izquierda. Tiene antecedentes de osteocondroma en fémur izquierdo. Tiene reconstrucción de la LCA derecho hace 6 años",* folio 65 vuelto y 66 c.1.

- El señor Viana Astaiza recibió terapia física entre los periodos de: octubre de 2009 y hasta 21 de diciembre de 2009, febrero y abril de 2010, como se registra en los eventos a folios 66 a 85 c.1.

- En los eventos 190 y 191 de la historia clínica, se observa que el demandante manifestó que el dolor en rodilla persistía, folios 84 vuelto, 85 c.1.

- En el evento 195 de 30 de septiembre de 2010, se observa tratamiento por fisioterapia desde el 4 de octubre hasta 29 de octubre de 2010, folio 88 c.1.

- En el evento 197 de 5 de octubre de 2010 se indica en la casilla de anamnesis- enfermedad actual: *"Refiere persistencia inestabilidad, hay dolor ocasional quiere operarse el bostezo medal a 30 grados cajona anterior pivot shift + se explica al paciente que es una cx programada y en la que requiere aloinjerto en el momento no hay convenio",* folio 88 vuelto c.1.

- En el mes de octubre de 2010, el demandante asistió a fisioterapia, como se revela en los folios 89 a 95 c.1.

- El 11 de noviembre de 2010, en el evento 222, se registra en la casilla anamnesis- enfermedad actual: *"se venció incapacidad 5 de nov, refiere persiste sensación de inestabilidad, en espera de aloinjerto para programar se da prórroga",* y se incapacitó al demandante desde el 6 de noviembre hasta el 5 de diciembre de 2010, folio 96 c.1.

- En el evento 223 de 19 de enero de 2011,en la casilla de anamnesis- enfermedad actual, se consignó: *"Paciente con lesión de la esquina posterolateral en rodilla izquierda ef cajón posterior, varo, bostezo lateral, giii, pivot shift reverso positivo se programa para remodelación de lcp y esquina posterolateral",* folio 98 vuelto c.1.

- En el evento 223 de 19 de enero de 2011, se registró en la casilla de tipo de orden: *cirugía*, cuyo procedimiento se describió así: *"reconstrucción de*

ligamento cruzado posterior con injerto autologo o con aloinjerto por artroscopia", folio 97 c.1.

- En el evento 225 de 16 de febrero de 2011, se indicó en la casilla de anamnesis- motivo de consula: *"paciente con lesión de la esquina posterolateral en rodilla izquierda, se programo para remodelación de lcp y esquina pero no hubo injerto",* folio 98 c.1.

- En varios eventos se registra fisioterapia, folios 98 a 103 c.1.

- En el evento 244 de 13 de abril de 2011, se registro en la casilla anamnesis- enfermedad actual: *"no ha sido posible ser operado por falta de injerto por* ***problemas de índole familiar desea intervención a finales de junio.*** *Se da incapacidad parcial y fisioterapia",* folio 103 c.1.

- De 11 de mayo de 2011 hasta aproximadamente 26 de julio del mismo año, el demandante asistió a fisioterapia, tal como se registra en los folios 103 a 110 de la historia clínica.

- En el evento 263 de 6 de septiembre de 2011 en la casilla de anamnesis- enfermedad actual, se registró: *"Refiere persistencia de inestabilidad, dolor al ef pruebas inestabilidad + se da orden de programación para 18 de noviembre explico nuevamente procedimiento y posibles complicaciones",* folio 110 vuelto c.1.

- El demandante recibió fisioterapia desde el 23 de septiembre de 2011, hasta el 18 de octubre del mismo año, folios 112 a 116 c.1.

- En el evento 278 de 26 de octubre de 2011, en la casilla de anamnesis- enfermedad actual, se registró: ***"Refiere que persiste síntomas esta programado en tres semanas. Pendiente cirugía 18 de noviembre pero argumento que esposa con peritonitis y quizás aplace procedimiento qx. Se da excusa parcial TF casera"*****,** folio 116 vuelto c.1.

- En el evento 282 de 21 de enero de 2012, en la casilla de anamnesis- motivo de consulta, se consignó: "*paciente con lesión de la esquina posterolateral de en rodilla izquierda",* y en la casilla de anamnesis- enfermedad actual, se dijo: ***"estuvo programado hace un par de meses pero por problema familiar cancelo procedimiento se programa para 13 de abril se explican nuevamente riesgos y posibles complicaciones",*** folio 118 vuelto.

- El 13 de abril de 2012 en el evento 285, en la casilla de anamnesis motivo de consulta se registró: *"cita extra paciente con inestabilidad crónica de rodilla izda"*, y en la de anamnesis- enfermedad actual: ***"estaba programado para reconstrucción LCP y EPL, pero en el momento no hay disponibilidad de aloinjertos y materiales queda en lista de espera. Se da prórroga de incapacidad"***, folio 120 vuelto c.1.

- El demandante tuvo varias citas por urología, medicina general, y ortopedia y traumatología, en el período de abril hasta octubre de 2012, en diversas fechas, como se registra en los eventos contenidos en folios 120 a 127 c.1 de la historia clínica.

- En el evento 297 de 21 de marzo de 2013 se expidió orden de cirugía de reconstrucción de ligamento cruzado posterior, folio 127 c.1.

- En el evento 301 de 21 de mayo de 2013, en la casilla de anamnesis-enfermedad actual, se transcribió: *"asiste a programación de reconstrucción de ligamento cruzado posterior requiere aloinjerto de tendón de Aquiles y tendón tibial posterior. Se explica patología y opciones de manejo.* ***No hay disponibilidad de aloinjertos esta en espera en cupo de salas de cirugía. Incapacidad parcial rp o 30 días desde el 21 de mayo de 2013",*** folio 130 vuelto c.1.

- En el evento 305 de 11 de junio de 2013, se realizó valoración anestésica al demandante, en la cual se explicó los posibles riesgos y complicaciones, folio 132 vuelto c.1.

- En el evento 306 de 19 de junio de 2013, en la casilla denominada subjetivo, se indicó: *"paciente programado para rclc post corrección ligamentos rodilla izquierda* ***trae consentimiento anestésico informado",*** folio 133 c.1.

- En el evento 306 de 19 de junio de 2013, en la casilla denominada subjetivo, se transcribió: *"nota operatoria. DX preqx: lesión de lcp y esquina posterolateral rodilla izquierda. DX postqx: Idem. Procedimiento: Reconstrucción de lcp por artroscopia más reconstrucción de esquina posterolateral. Cirujano: Dr. Fernando CARREÑO. Ayudante: Dr. Ramírez. Anastesia regional: Guerrero. Complicaciones: Ninguna. Plan: Hospitalizar para manejo analgésico ab"*, folio 134 c.1.

Según la descripción quirúrgica, visible a folio 308 c.1, el 19 de junio de 2013 el señor Viana Astaiza, fue intervenido y se le practicó: *"Reconstrucción de ligamento cruzado posterior con injerto autológico o con aloinjerto por artroscopia",* que de aquí en adelante será referido como el procedimiento.

Ahora bien, el conjunto de material probatorio analizado permite observar que el señor Viana Astaiza presenta complicaciones en su rodilla izquierda desde el año 2005. El 1 de noviembre de 2006, le fue practicado el procedimiento de artroscopia de rodilla, según se observa en la historia clínica en el folio 34 vuelto c.1.

El procedimiento de *resección de osteocondroma (fl 47 c.1)*, fue aplazado por decisión propia del paciente, según se consignó en el evento 108 de 4 de abril de 2008 de la historia clínica (fl 57 vuelto c.1). Entre septiembre de 2008 y julio de 2009, asistió a servicio médico por causas distintas al dolor de rodilla (fls 57 a 67 c.1) y no se registran más atenciones médicas.

El 15 de septiembre de 2009, el señor Viana Astaiza, asistió a servicio médico por dolor de rodilla, posterior a lo cual, asistió a terapia física entre los períodos de octubre a diciembre del mismo año.

En el evento 197 de 5 de octubre de 2010 de la historia clínica, se enunció que no había convenio para aloinjerto (fl 88 vuelto c.1).

El 5 de noviembre de 2010, se enuncia en la historia clínica que el procedimiento se encuentra en espera de aloinjerto, folio 96 c.1. En el evento 223 de 19 de enero

de 2011, se ordenó el procedimiento, folio 97 c.1. El 16 de febrero de 2011, se registró en la historia clínica que no hubo injerto, folio 98 c.1.

En el evento 244 de la historia clínica de 13 de abril de 2011, se registró falta de injerto y que el señor Viana Astaiza, por problemas familiares prefería ser intervenido a finales de junio, folio 103 c.1. Entre el período de 11 de mayo y julio de 2011, asistió a fisioterapia, tal como se registra en los eventos contenidos a folios 103 a 110 de la historia clínica.

En el evento 263 de 6 de septiembre de 2011, se ordenó el procedimiento y se explicó complicaciones.

Entre septiembre y octubre de 2011, el señor Viana Astaiza, asistió a fisioterapia, folios 112 a 116 c.1.

En el evento 278 de 26 de octubre de 2010 de la historia clínica, se describió que se aplazó el procedimiento del señor Viana Astaiza por peritonitis de su esposa, folio 116 vuelto c.1.

En el evento 282 de 21 de enero de 2012, se programó la cirugía para abril de 2012. El 13 de abril de 2012, la misma fue reprogramada por falta de aloinjerto y materiales, y se dejó en lista de espera, folio 120 vuelto c.1.

Entre abril y octubre de 2012, el señor Viana Astaiza, asistió a ortopedia y traumatología, tal como se registra en los eventos contenidos en los folios 120 a 127 del expediente.

En el evento 297 de 21 de marzo de 2013, se expidió orden de cirugía, folio 127 c.1. En el evento 301 de 21 de mayo de 2013, se indicó que no había disponibilidad de aloinjertos, folio 130 vuelto c.1.

En el evento 306 de 19 de junio de 2013, se registró la realización de la operación.

Se evidencia del recuento de los hechos, que pese a que se ordenó la intervención reconstructiva desde el 19 de enero de 2011 (fl 97 c.1), esta no pudo efectuarse y se programó varias veces, por tres razones, la primera fue por solicitud propia del señor Viana Astaiza en dos oportunidades, el 13 de abril (fl 103 c.1) y el 26 de octubre de 2011 (fl), la segunda, por falta de disponibilidad de materiales, y la tercera por no contar con el aloinjerto.

Se aprecia que la suspensión de la intervención quirúrgica, no fue solo atribuible a la demandada, ya que el señor Viana Astaiza, la solicitó en dos oportunidades.

En este punto, se transcribirán algunos apartes de la contradicción al dictamen pericial que rindió el Dr. Omar Roberto Peña Díaz, en audiencia de pruebas D 021 de 2 de septiembre de 2019[17], quién para ese entonces ostentaba la calidad de profesional especializado en ortopedia y traumatología y se desempeñaba como Subdirector del servicio de ortopedia y traumatología hace 11 años.

Posterior a enunciar algunas ideas generales respecto al procedimiento quirúrgico que se efectuó al señor Viana Astaiza, se concedió la palabra al apoderado de la parte demandante, quién interrogó al perito, en los siguientes términos:

[17] Cuya acta reposa a folios 608 a 610 del c.2 del expediente y la grabación que contiene la totalidad de la diligencia, se encuentra en el CD, a folio 611 c.2.

(…)

Apoderado parte demandante: Dr. Peña ubíquese en la historia clínica en el evento 306.

Ya ubicado en la historia clínica, en el evento 306, evolución 3 se nota un registro de una nota operatoria, diagnóstico pre quirúrgico lesión de ligamento cruzado esquina posterolateral rodilla izquierda, diagnóstico postquirúrgico idéntico procedimiento reconstrucción de ligamento cruzado por artroscopia…

Apoderado de la parte demandante: ¿Esa anotación que reposa allí es el registro de un procedimiento quirúrgico que se le realizó al paciente, considera usted, de acuerdo a su saber?

Respuesta Dr. Peña: Por supuesto es la nota operatoria, de hecho dentro de los elementos que me enviaron para revisar, no solo la nota, sino la descripción quirúrgica ya se revisó también, eso si fue dentro de los documentos que me enviaron y donde está detallado paso a paso lo que el cirujano realizó en el procedimiento.

Apoderado parte demandante: Usted sería tan gentil de hacer una descripción de cómo se realiza ese procedimiento para la corrección de ese ligamento cruzado.

Dr. Peña Nieto: La reconstrucción de ligamento cruzado posterior, hay varias técnicas, pero la que realizó el cirujano es una técnica artroscopia de una parte donde con aloinjertos, ósea injertos tomados de cadáver se reconstruyen los ligamentos. *En este caso se hizo la reconstrucción de ligamento cruzado posterior para la inestabilidad anteroposterior y además se hizo abierto porque así toca la parte de la esquina posterolateral, que es otro componente de los ligamentos que dan estabilidad a la rodilla que se hizo también con aloinjertos.*

Según lo que enunció el Dr. Peña, el procedimiento de ligamento cruzado posterior que se realizó al señor Viana Astaiza, fue según la técnica de artroscopia, que requiere para la reconstrucción de los ligamentos, injertos tomados de un cadáver.

El Decreto 2493 de 2004 *"Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, en relación con los componentes anatómicos",* en el artículo 2 define qué es un aloinjerto, así*:*

Aloinjerto. *Es el reemplazo de componentes anatómicos de una persona por otros provenientes de otro cuerpo humano.*

Entonces, el aloinjerto no es de fácil obtención, ya que es un componente anatómico debe extraerse de un cadáver, razón que al parecer sería el motivo por el cual, la demandada aplazó el procedimiento, al no tener el aloinjerto, ni los materiales necesarios, situación que para este Estrado Judicial, no resulta desproporcionada o irrazonable. Además, se reitera, el señor Viana Astaiza, solicitó aplazar el procedimiento en dos oportunidades, situación que también extendió la práctica de la cirugía.

Respecto a la demora en la práctica de procedimientos médicos, la Corte Constitucional[18] ha pronunciado en su jurisprudencia:

> *2.8. En síntesis, cuando por razones de carácter administrativo **diferentes a las razonables de una gestión diligente,** una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos.*

El Despacho también observa que, en el período de espera del procedimiento quirúrgico, el señor Viana Astaiza, fue beneficiario de muchas secciones de fisioterapia.

Si bien es cierto, el procedimiento no se llevó a cabo en el tiempo previsto inicialmente, el Despacho estima que existe una razón que justifica que ello fuera así, y es que el aloinjerto debe extraerse de un cadáver, además, durante todo ese tiempo, tal como se dijo, el señor Astaiza, recibió la atención médica que requirió, lo que demuestra actuación diligente de la entidad, y la prestación del servicio de manera continua e integral.

En lo que tiene que ver a que la parte demandante argumento, relacionado a la falta de oportunidad de la cirugía, ya que esta, en su criterio, no se practicó a tiempo y por ello no fue exitosa, el Despacho estima que es una apreciación subjetiva que no resultó probada en el expediente. De hecho el Dr. Omar Roberto Peña Díaz, en audiencia de pruebas D 021 de 2 de septiembre de 2019[19], dijo al respecto:

> (…)
>
> *Con relación al dictamen del análisis del caso se revisó la historia clínica que se anexó hasta la fecha de abril de 2014, con base en la cual podemos analizar y responder someramente.*
>
> *Se trata con paciente con inestabilidad multiligamenratia de la rodilla derecha crónica al cual se le realizó una reconstrucción del ligamento cruzado posterior y una reconstrucción de la esquina posterolateral el día 19 de junio de 2013.*
>
> *También se revisó una nota de un concepto del 11 de abril de 2014 del Instituto de Ortopedia infantil Roosevelt donde el cirujano de rodilla consideró modificar el esquema de rehabilitación y que si los síntomas persistían realizar tratamiento quirúrgico para extracción de material de osteosíntesis en la tibia y posible aumentación del ligamento cruzado posterior. **En conclusión, con base en lo anterior el manejo de este paciente fue de acuerdo con la lex artis**. NO tengo más información clínica, ni estudios manejenológicos para revisar, tampoco tenemos*

[18] Corte Constitucional, Sala tercera de revisión. (18 de abril de 2013) Sentencia T- 243 de 2012.. [MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

[19] Cuya acta reposa a folios 608 a 610 del c.2 del expediente y la grabación que contiene la totalidad de la diligencia, se encuentra en el CD, a folio 611 c.2.

conocimiento del estado actual del paciente. Las notas de sanidad fueron hasta el 2013 que fueron las que pude revisar.

Según el Dr. Peña, el procedimiento se realizó de acuerdo a la *lex artis,* situación que si bien, no indica que el mismo fuera exitoso, si evidencia que se practicó de la manera adecuada, a la luz de la ciencia médica y que la demandada no incurrió en omisión de contenido obligacional.

A partir de este momento se abordarán los argumentos que esbozó la parte demandante, que a juicio del Despacho, se relacionan a las presuntas inconformidades que se presentaron después del procedimiento de 19 de junio de 2013, que se reiteran para una mayor comprensión:

- Señaló que al señor Astaiza, posterior a la cirugía de *reconstrucción de ligamento cruzado* que se realizó en su rodilla, le quedaron elementos extraños situación que no fue incorporada en la historia clínica, contrario a la Resolución 1995 de 1999 que dispone la obligatoriedad de registrar el estado del paciente y los procedimientos que se efectúen, entre otros.

  Adicionó que el Consejo de Estado en eventos de responsabilidad médica, ha determinado que en caso de no obtener las pruebas pertinentes, será posible apelar a la prueba indiciaria para demostrar un hecho.

- Afirmó que al señor Astaiza no le informaron los riesgos y complicaciones de manera previa a realizar la *reconstrucción de ligamento cruzado,* ya que de haberlos conocido, no se hubiera sometido al procedimiento.

- Aseveró que el personal médico fue negligente, le faltó pericia, vigilancia y control al realizar la *reconstrucción de ligamento cruzado al señor Astaiza,* ya que se le dejó dos brocas en su cuerpo. Situación que lo situó en un riesgo mayor al permitido en los procedimientos médicos, lo que es contrario a lo previsto en el artículo 16 de la Ley 23 de 1981, en razón a que no siguió las normas de cuidado. Sumado a la falta de vigilancia que presumió del procedimiento, en desconocimiento del numeral 3 del artículo 3 del Decreto 1011 de 2006.

  Agregó que, la recuperación en este tipo de operaciones con fisioterapia es de 2 a 6 meses. Sin embargo, pese al paso del tiempo el señor Astaiza no ha mejorado, debido a la errónea práctica de la cirugía.

Los medios probatorios que obran en el expediente, reflejan la siguiente realidad:

- En el documento denominado descripción quirúrgica, expedido por la Dirección de Sanidad, se describe el procedimiento que se efectuó al demandante el 19 de junio de 2013, así, folio 164[20] vuelto y 308 vuelto c.1:

  (…)

  Descripción Procedimiento ASEPSIA, ANTISEPSIA, ANESTESIA REGIONAL. PORTA INFEROMEDIAL E INFEROLATERAL, SE EVIDENCIAN HALLAZGOS DESCRITOS, SE REALIZA REMODELACION MENISCAL POR ARTROSCOPIA MENISCO LATERLA CON SHAVER Y PINZAS, DEJANDO BORDE ESTABLE HOMOGINEO, SE REALIZA

[20] Se transcribe literalmente, puede presentar errores.

POSTERIOR CONDROPLASTIA DE ABRASION DE CONDILO FERMOAL POR ARTROSCOPIA. SE REALIZA RESECCION DE REMANENTE DE LCP SE REALIZA PORTAL POSTEROMEDIAL, SE LIMPIA ZONA DE INSERCIÓN DE HUELLA TIBIAL, TUNEL CON GUIA 50 GRADO DE 9 MMS, SE REALIZA PASO DE SUTURA TRANSPORTADOREA, SE REALIZA TUNEL FEMORAL A LAS 11 HORARIO DE 9 MM, SE REALIZO PASO DE ALOINJERTO DE CUADRICEPS CON PREVIA PREPARACIÓN Y SUTURAS DE REPARO. SE REALIZA FIJACION FEMORAL CON ***TORNILLOS*** *DE INTRERFERENCIA BIO. NO SE FIJA TIBIA HASTA FINAL DE LA CIRUGIA. SE LIBERA TORNIQUETE SE REA IDENTIFICA Y REALIZA ISICIRN LATERAL DE RODILLA, SE IDENTICICA Y REALIZA NEUROLISIS DE CIATICO POPLITEO EXTERNO PARA PROYECCIÓN, SE IDENTIIFICA CABEZA DE PERON CON PASO DE ANTERIOR A POSTERIOR TUNEL DE 7MM. SE IDENTIFICA TUNEL FEMORAL DE COLATERAL LATERAL EN CONDILO, TUNEL DE 30 MM DE PROFUNDIDAD POR 9, SE DEJA SUTURA DE REPARO, SE REALIZA RECONSTRUCCION DE POPLITEO CON TUNEL DE ANTERIOR A POSTERIOR EN TIBIA PROXIMAL MARGINBNA SE REALIZA 7 MM. SE REALIZA TUNEL DEL POPLITEO EN FEMUR ZONA ANATOMICA ANTERIOR YN DISTAL A CONDILO FEMORAL EN FOSA DEL POPLITEO,* ***SE REALIZA PASO DE ALOINJERTO DE TENDON PERONEO FIJÁNDOLO EN FEMUR, TORNILLOS DE BIO DE 7MMS.*** *SE PASA POR DETRÁS DE FASCIA LATA Y DE BICEPS FEMORAL Y ENTRA EN TUNEL TIBIAL DE POSTERIOR A ANTERIOR. SE PASA ALOINJERTO DE TENDON DE PERONEO NUMERO 2. SE PASA DE ANTERIOR A POSTERIOR. POR PERONE PROXIMAL Y LUEGO AMBOS CABOS ENTRAN EN EL TUNEL FEMORAL. SE UTILIZA TORNIQUETE POR 35 MIN NUEVAMENTE Y SE REALIZA POSTERIOR POSICIÓN DE 90 GRADOS DE FLEXION Y SE REDUCE CAJON ANTERIOR LA TIBIA* ***CON FIJACION ALOINJERTO EN TUNEL TIBIAL TORNILLOS BIO DE 11 X 35*** *CORRECION NORMAL 1 CM ANTGERIO BORDE INTERNO DE TIBIA A FEMUR PROXIMAL. SE REALIZA POSICION DE 30 GRADOS DE FLEXION DE RODILLA CON VALGO Y LIGERA ROTACION INTERNA SE TENSA ALOINJERTO Y SE PASA TORNILLO TUNEL FEEMORAL DE 7 MMS. SE COLOCA RODILLA 10 GRADOS DE EXTENSION Y SE FIJA ALOINJERTO PARA RECONSTRUCCIRN DE POPLITEO CON TORNILLO DE 8 MMS TUNEL FEMORAL DE ANTE A POST., SE LIBER TORNIQUETE PERFUSION DISTAL ADECUADA, SE LAVA CON SSN., CIERRE POR PLANOS, FERULA INGUINOMALEOLAR POSTERIOR* ***NO COMPLICACIONES****.*

Hallazgos Operatorios RUPTURA DE.LCP CON FIBRAS REMANENTES DELONGADOAS. CAJON POSTERIOR GRADO III RUPTURA DE MENISCO LATERAL EN CUERPO Y CUERNO POSTERIOR RADIAL Y DEGENERATIVA, RUPTURA DE ESQUINA POSTEROLATERAL VOSTEZO EN VARO A O Y 30 DE FLEXION GRADO II-III, LESION CONDRAL DE 1,5 CMS EN DONCILO DEMORAL MEDIAL.

Negrillas fuera del texto original.

- El demandante asistió a control de cirugía, según eventos 307 y 308 de la historia clínica, en los cuales se registró evaluación positiva, se concedió incapacidad y control en un mes en ortopedia folio 137 vuelto y 138 c.1.

- En agosto, septiembre y octubre de 2013 el demandante asistió a fisioterapia tal como se registra en los eventos a folios 139 vuelto a 159 c.1.

- En el evento 372 de 5 de noviembre de 2013, en la casilla de anamnesis-motivo de consulta: "dolor rodilla izquierda", folio 159 c.1.

- En el evento 374 de 6 de noviembre de 2013, en la casilla de anamnesis-enfermedad actual, se consignó: *"Paciente en pop recontrucción ligamentos y meniscos hace 4 meses. Paciente acude por vencimiento de excusa total. Actualmente en fisioterapia, con leve mejoría, visto el día de ayer por ortopedista pero por no ser especialidad de rodilla no genera incapacidad".* Se concedió al demandante cinco días de incapacidad, folio 159 vuelto y 160 c.1

- En noviembre de 2013, el demandante recibió fisioterapia, tal como se registra en los eventos 375, 376, 377, folios 160 vuelto y 161 c.1.

- En el evento 378 de 21 de noviembre de 2013, el demandante acudió a medicina general a efectos de que fuera prorrogada la incapacidad, folio 161 y 162 c.1.

- En los eventos 379, 380 y 381, se registra cita de medicina general y fisioterapia, folio 162 c.1.

- A folios 164 a 219 y 369 a 401 c.1 y 403 a 426 c.2, reposan los documentos que contienen la descripción quirúrgica, notas de enfermería y control de medicamentos, respecto del demandante.

- En la nota de enfermería del procedimiento de 19 de junio de 2013, en la casilla que registra la hora 10:50, se transcribió: ***"lista de chequeo-consentimiento informado firmado- de anestesia y de procedimiento quirúrgico firmados ambos por el paciente"*** folio 166 y 377 c.1. Luego en la nota de hora 11:05, se consignó: ***"Nota aclaratoria por error de digitación las notas de las 10:50 no pertenecen a esa hora sino a las 09:50 gracias",*** folio 167 y 378 c.1.

- En la nota de enfermería de 19 de junio de 2013, en la casilla de la hora 12:30, se transcribió: *"Entrego paciente en procedimiento quirúrgico sin complicaciones a la hora, Dr. Carreño y Dr. Ramírez, anastesia regional por Dr. Guerrero, lev permeables, historia clínica en físico completa, sin cambios a la hora",* folio 170 y 379 c.1.

- En la nota de enfermería de 19 de junio de 2013, en la casilla de la hora 14:00 y 15:00, se escribió: ***"Termina intervención quirúrgica sin complicaciones*** *Dr. Carreño cirujano de turno quien se retira del quirófano continua con cierre el residente de ortopedia", "Termina procedimiento quirúrgico sin complicaciones heridas quirúrgicas con puntos cubiertas con gasa impregnada en alcohol, vendajes de algodón y elásticos, más férula de yeso",* folio 171 y 380 c.1.

- Reposan en el expediente copia de las incapacidades que se han conferido al demandante en varias fechas a folios 182 a 219 c.1.

- El 11 de abril de 2014 el demandante acudió a cita de ortopedia en el Instituto de Ortopedia infantil Roosevelt (fls 220 a 221 c.1).

- En la Junta Médico Laboral de 3 de febrero de 2014, se determinó al demandante una disminución de la capacidad laboral del 15.00%, causada por causa y razón del servicio, y se estimó que no era apto para reubicación laboral, folios 222 a 224 c.1.

- Reposan en el expediente documentos relacionados a la evaluación de miembro inferior del demandante y audiología a folios 309 a 318 c.1, y resultados de exámenes de laboratorio y radiología y otros, folios 319 a 368 c.1.

- A folio 423 c.2, se aprecia que para el procedimiento de reconstrucción de ligamento cruzado posterior rodilla izquierda, el consentimiento antes de la administración de anestesia.

- A folio 433 se aprecia el formato de consentimiento informado para procedimiento anestésico, en el cual se observa la rúbrica del señor Yesid Fernando Viana, folios 433 a 434 c.2.

- El demandante fue intervenido quirúrgicamente por otras causas, distintas al procedimiento de 19 de junio de 2013, tal como se puede concluir de los documentos de la historia clínica a folios 435 a 504 c.2.

En síntesis, los elementos probatorios permiten identificar los siguientes hechos.

Se aprecia el formato de consentimiento informado para procedimiento anestésico, en el cual se observa la rúbrica del señor Yesid Fernando Viana, folios 433 a 434 c.2, del que se transcribe:

> *(…)*
>
> *1. Por la presente autorizo al Doctor FERNANDO CARREÑO a realizar en mi o en el paciente la siguiente intervención quirúrgica o procedimiento especial. Procedimiento: RECONSTRUCCIÓN DE LCP Y ESQUINA POSTEROLATERAL IZQ.*
>
> ***1) El doctor me ha explicado la naturaleza y propósitos de la intervención quirúrgica o procedimiento especial. También me ha informado de las ventajas y complicaciones, entre otras: INFECCION, DOLOR CRÓNICO, LESIÓN NEUROVASCULAR, ARTROSIS, DÉFICIT NEUROLÓGICO, DEBILIDAD RESIDUAL, TROMBOSIS VENSO PROFUNDA TROMBOEMBOLISMO PULMONAR, REINTERVENCIÓN, MUERTE.***
>
> *Así como las posibles alternativas al tratamiento propuesto. Se me ha dado la oportunidad de hacer preguntas y todas mis preguntas han sido contestadas satisfactoriamente.*
>
> *2) Entiendo que el curso de la intervención quirúrgica o procedimiento especial pueden presentarse situaciones imprevistas que requieran procedimientos adicionales. Por tanto autorizo la realización de estos procedimientos si el médico arriba mencionado o a los asistentes los juzgan necesario.*
>
> ***3) Reconozco que no me han garantizado los resultados que se esperan de la intervención quirúrgica o procedimiento especial.***

4) *Certifico que he leído y comprendo perfectamente lo anterior y que todos los espacios en blanco han sido completados antes de mi firma y que me encuentro en capacidad de expresar mi libre albedrío.*

(…)

Negrillas fuera del texto original.

En la nota de enfermería del procedimiento de 19 de junio de 2013, en la casilla que registra la hora 10:50, se transcribió: *"lista de chequeo- consentimiento informado firmado- de anestesia y de procedimiento quirúrgico firmados ambos por el paciente"* folio 166 y 377 c.1. Luego en la nota de hora 11:05, se consignó: *"Nota aclaratoria por error de digitación las notas de las 10:50 no pertenecen a esa hora sino a las 09:50 gracias", folio 167 y 378 c.1*

El Despacho concluye que, en el procedimiento de 19 de junio de 2013 que se realizó al señor Viana Astaiza, se utilizaron tornillos.

El mismo no tuvo complicaciones, según la descripción que obra a folio 308 del expediente y de acuerdo a las notas de enfermería de 12:30, en la que se transcribió:

> *"Entrego paciente en procedimiento quirúrgico sin complicaciones a la hora, Dr. Carreño y Dr. Ramírez, anastesia regional por Dr. Guerrero lev permeables, historia clínica en físico completa, sin cambios a la hora"*(fls 170 y 379 c.1).

Y las de las horas 14:00 y 15:00, en las que se refirió*:*

> *"Termina intervención quirúrgica sin complicaciones Dr. Carreño cirujano de turno quien se retira del quirófano continua con cierre el residente de ortopedia", "Termina procedimiento quirúrgico sin complicaciones heridas quirúrgicas con puntos cubiertas con gasa impregnada en alcohol, vendajes de algodón y elásticos, más férula de yeso"* (folio 171 y 380 c.1).

Posterior a este evento, acudió a control, en el que se registró evaluación positiva (fl 137 vuelto y 138 c.1.) y fisioterapia entre los meses de agosto, septiembre y octubre de 2013 (139 vuelto a 159 c.1.)

Hasta el 5 de noviembre de 2013, se registra según el evento 372 de la historia clínica, que el señor Viana Astaiza, acudió por dolor en rodilla izquierda (fl 159 c.1).

Asistió al servicio médico a efectos de renovar la incapacidad y también se registra tratamiento de fisioterapia (folio 159 vuelto y 160, 161 y 162 c.1)

Así las cosas, el Despacho observa de manera palmaria, que contrario a lo que enunció el apoderado de la parte demandante, el procedimiento de 19 de junio de 2013, que se practicó al señor Astaiza, fue descrito e incorporado en su totalidad en la historia clínica, por lo que no existe omisión de contenido obligacional por la demandada en este aspecto.

Si bien, el extremo activo, estimó que no se describió en la historia clínica que en el cuerpo del señor Viana Astaiza, quedaron dos elementos extraños, ello no

debía ser así, ya que de la descripción del procedimiento, es claro que este requería de la presencia de tornillos, que no son ajenos a este, sino parte del mismo.

En el interrogatorio que absolvió el perito Dr. Omar Roberto Peña Díaz:, en la audiencia de pruebas D 021 de 2 de septiembre de 2019[21], se manifestó:

(…)

Apoderado parte demandante: Pero como se realiza ese procedimiento ¿Cómo se aborda al paciente? ¿Qué tipo de heridas quirúrgicas se le realizan? ¿Qué elementos se utilizan dentro de ese procedimiento?

Doctor Peña: Eso se hace artroscópico que es una técnica primero que se hacen dos o tres orificios de un centímetro en la parte de adelante y en la parte posterior de la rodilla, por medio de los cuales uno trabaja. Hace toda la preparación del sitio de los ligamentos que ya no están, que están rotos, y a través de ellos pues se hacen digamos como unos túneles que son en la posición anatómica en donde esta el ligamento cruzado posterior y a través de esos túneles, ***pues se pasan unos injertos de cadáver y se fijan generalmente con tornillos de titanio o biodegradables y se fijan en varias posiciones.***

Otra parte de la cirugía es hacer abierto con una incisión lateral que puede ser de 10, 15 o 20 centímetros para abordar la esquina posterolateral y a través de eso también se hacen unas fijaciones unos orificios en unos sitios anatómicos y esos injertos se pasan por esos túneles, y se hace al final de la cirugía una fijación de todos los injertos con los ***tornillos*** *qué explicaba al principio, verificando la estabilidad, verificando la prueba.*

En la descripción quirúrgica detallada, todos los pasos están ahí resaltados y no hay ninguna anomalía dentro de lo que uno pueda revisar.

Apoderado demandante: ¿Cómo se realizan esos túneles?

Dr. peña: Tal cual como en la mecánica, para hacer un túnel pues se necesita una broca, y para brocar pues se necesitan los elementos metálicos que hacen el túnel. Se hacen brocas grandes, también se usan guías o pines más delgados para pasar los injertos o para pasar las suturas o los hilos para poder jalar.

Apoderado demandante: Dijo también que al término del procedimiento se fijan unos tornillos. Esos tornillos ¿Cómo se instalan y en dónde se instalan? En el hueso, o ¿En qué parte?, y ¿Cómo se fijan?

Dr. Peña: En los túneles va un ligamento que es el injerto para por dentro del túnel queda un espacio, porque el ligamento no ocupa todo el espacio del túnel del diámetro del túnel. Los tornillos entran al lado del injerto y lo fijan pues dentro de esa pared y es lo que le da la estabilidad, esos es un principio de mecánica básico.

Apoderado demandante: ¿Cómo se fijan esos tornillos?

[21] Diligencia que reposa en su totalidad en la grabación contentiva e el CD a folio 611 c.2.

Dr. Peña: Girándolo, primero pues se hace una dilatación, digamos que hay varias técnicas depende de qué tipo de tornillos se usen. Pero en general se hace un camino o una dilatación a lado del injerto y con un atornillador pasa uno a través de una guía pasa el tornillo.

Apoderado demandante: El atornillador que menciona usted: ¿Es manual? ¿ Es Eléctrico?

Dr. Peña: Cada casa ortopédica tiene. Generalmente los atornilladores son manuales pero hay unos que tienen un torque que le determinan a uno cuando tiene un sonido en qué momento terminar el ajuste, para darle presión, una presión determinada. Pero en general puede hacerse con un atornillo adaptado para esa especie de tornillos.

Apoderado demandante: Para realizar este tipo de procedimientos como ortopedistas: ¿Se deben tener unos exámenes previos para determinar cuál es la lesión o el procedimiento que se va a llevar a cabo?

Dr. Peña: Si, el diagnostico de una inestabilidad multiligamentaria de la rodilla, se hace con el examen el clínico de los pacientes, la evaluación de los pacientes, y se complementa casi siempre con radiologías convencionales. Pero el estudio que uno más usa es una resonancia de rodilla, con lo cual evalúa todas las estructuras intra articulares y con lo cual puede hacer una planeación del paciente, y una planeación quirúrgica.

Apoderado demandante: Ese tipo de exámenes, bien la radiografía, o la resonancia. ¿Arrojan digamos cualquier tipo de anormalidad que tenga el paciente previa a la realización del procedimiento?

Dr. Peña: En principio la mayoría de las cosas se detectan con eso. Y, después, pues finalmente, dentro del acto quirúrgico uno realiza una artroscopia donde revisa toda la rodilla, todas las estructuras intra articulares.

(…)

Se aprecia que el Dr. Peña, describió que el procedimiento de 19 de junio de 2013, requería la presencia de tornillos, sin que, estos, puedan ser considerados como elementos extraños que fueron dejados en el cuerpo del señor Viana Astaiza, sin razón aparente, o por negligencia médica.

Respecto al consentimiento informado, es claro para el Despacho que este fue concedido por el demandante de manera previa a que se realizara el procedimiento de 19 de junio de 2013, tal como se aprecia del documento visible a folio 433 a 434 c.2, en el que se observan las ventajas y complicaciones que incluyen dolor crónico, entre otros, y la **NO** garantía de los resultados que se esperan.

Entonces, no es cierto que la demandada efectuara el procedimiento sin aquiescencia del señor Viana Astaiza, ya que él firmó el consentimiento informado, tal como se describió y se aprecia en el expediente.

Sumado a lo anterior, en el documento se dice que no se garantiza el resultado del procedimiento y que puede presentar complicaciones, los que fueron conocidos

por el señor Viana Astaiza, contrario a lo que firmó el apoderado de la parte demandante.

Finalmente, en lo que tiene que ver a la presuntas falta de pericia, vigilancia y control en el procedimiento, lo cual constituyó una actuación negligente del personal médico al dejar brocas en el cuerpo del señor Astaiza, el Despacho encuentra pertinente enunciar el dictamen pericial que el Dr. Peña, rindió, respecto a la forma en la cuál se realizó el procedimiento, en el que afirmó que fue de acuerdo a la *lex artis*, folios 598 a 599 c.2.

De igual forma, lo anunció en la audiencia de pruebas D 021 de 2 de septiembre de 2019[22]:

> (…)
>
> *Con relación al dictamen del análisis del caso se revisó la historia clínica que se anexó hasta la fecha de abril de 2014, con base en la cual podemos analizar y responder someramente.*
>
> *Se trata con paciente con inestabilidad multiligamentaria de la rodilla derecha crónica al cual se le realizó una reconstrucción del ligamento cruzado posterior y una reconstrucción de la esquina posterolateral el día 19 de junio de 2013.*
>
> *También se revisó una nota de un concepto del 11 de abril de 2014 del Instituto de Ortopedia infantil Roosevelt donde el cirujano de rodilla consideró modificar el esquema de rehabilitación y que si los síntomas persistían realizar tratamiento quirúrgico para extracción de material de osteosíntesis en la tibia y posible aumentación del ligamento cruzado posterior.* ***En conclusión, con base en lo anterior el manejo de este paciente fue de acuerdo con la lex artis.*** *NO tengo más información clínica, ni estudios manejenológicos para revisar, tampoco tenemos conocimiento del estado actual del paciente. Las notas de sanidad fueron hasta el 2013 que fueron las que pude revisar.*
>
> *(…)*
>
> ***Apoderado entidad demandada:*** *Sólo una pregunta con respecto a la conclusión que usted dio, con relación a que la atención se ajustó a la lex artis. ¿Cuáles son los criterios que tiene el señor perito para llegar a esta conclusión?*
>
> ***Dr. Peña:*** *Pues la atención dentro de los soportes que nos anexaron a la institución están todas las atenciones que fueron, pues adecuadas, y una descripción quirúrgica, que es en lo que nos podemos basar como peritos donde hacen detalladamente lo que acabamos de describir anteriormente. El paso a paso de la cirugía donde se hizo acorde a lo que se hace , hay muchas técnicas en las que uno puede reconstruir ligamentariamente una lesión múltiple de la rodilla, pero todas conducen a lo mismo a dar estabilidad a la rodilla y a buscar la posición más anatómica de los injertos para que el paciente funcione.*

22

Apoderado demandante: *Cuando se hacen los túneles: ¿Qué tipo de aviso se le hace al paciente? Se le indica qué tipo de procedimiento se le va a realizar se le hace saber el riesgo, las complicaciones que pueden llevar este tipo de cirugía.*

Dr. Peña: *Si, yo creo que la normatividad está bastante clara hoy en día con el consentimiento informado. El consentimiento informado donde soporta los procedimientos que se le van a hacer la paciente y las potenciales complicaciones, pero para eso también está la historia clínica que legalmente en donde uno debe consignar esa parte.*

Yo si quiero aclarar un punto de la nota que revise por algo con relación inclusive a la descripción que hicieron en el Instituto Roosevelt otro colega especialista de rodilla, en el 2014, que de pronto puede aclarar algo para que no haya confusiones, con relación a que hay unos elementos metálicos que están partidos y que estaban originando dolor.

Claramente en cualquier actividad médica o mecánica, eso es frecuente que se le parta a uno una broca o una guía. Los elementos metálicos que pueden quedar ahí, se pueden quedar intra óseos, así como uno coloca tornillos, y en la nota que está, porque yo jamás he visto al paciente, del Instituto Roosevelt, decía que le molestaba un poco la rodilla, alguna molestia de tipo mecánico superficial.

Entonces, digamos asumir que eso pueda ser la causa que de que haya fallado un ligamento o no porque no tengo ni idea qué haya pasado con el paciente, no va específicamente a la esencia de la cirugía que es la reconstrucción multiligamentaria, entonces, es más si fuera por eso cualquier fragmento que quede, si uno lo puede retirar, después lo retira, el fragmento metálico, y el paciente no tiene ningún problema. De hecho, pues los pacientes quedan con metal dentro de las articulaciones con tornillos o cosas. Es llamativo ese concepto que tenía ahí el Dr. Jaime Mariño Delgado del Instituto Roosevelt es con relación a algo, un dolor residual, una molestia residual cuando el lo evaluó.

De acuerdo a lo dicho por el perito, el procedimiento se realizó de acuerdo a la *lex artis.*

Además aclaró que el concepto emitido por el Instituto Roosevelt de 2014, esto es el visible a folios 220 a 221 c.1 del expediente, podía generar confusiones, ya que en el se describió en la casilla se de diagnostico y plan, folio 221 vuelto c.1:

"Paciente con antecedente de reconstrucción de ligamento cruzado posterior y esquina postero externa hace 9 meses en la rodilla izquierda, quien ha tenido dificultades para los controles y seguimiento médico en la actualidad con dolor severo en el aspecto anterior e infrapatelar durante la marcha y asociado a inestabilidad depende de la muleta para caminar y actividad diaria. El examen evidencia cajón posterior GII. La esquina es estable. ***Tiene RX que evidencia la presencia de dos brocas partidas y localizadas en la metafisis tibia, una de ellas parece estar por fuera de la cortical anterior a nivel del tendón patelar. Este material puede explicar el dolor anterior que refiere, pero el paciente tiene inestabilidad por la inadecuada función del cuádriceps y falta de***

balance muscular en la rodilla y en la cintura pélvica. *Adicionalmente utiliza en forma permanente una rodillera que ha generado más atrofia muscular y dependencia razón por la que si no la utiliza la sensación d3 inestabilidad aumenta.*

Considero pertinente modificar el esquema de rehabilitación y si los síntomas persisten realizar tratamiento quirúrgico para extracción de material de osteosíntesis en la tibia y posible aumentación o revisión del ligamento cruzado posterior.

Negrillas fuera del texto original.

Respecto a este concepto, el Dr. Peña en la audiencia de pruebas citada, enunció que la presencia de brocas es de tipo superficial, es una situación normal la presencia de tornillos u otros elementos en la cirugía posterior a su practica, que pueden retirarse, sin embargo, afirmó que esta no es la causa de la falla del ligamento, ni repercute en la esencia de la cirugía.

En tal escenario, el Despacho concluye que la parte demandante no demostró una falla probada en el servicio médico. Si bien, el procedimiento se demoró en su práctica, esto atendió a la especialidad del mismo y la necesidad del aloinjerto, motivos de envergadura. Además, el señor Viana Astaiza, lo aplazó en dos oportunidades, como ya se reseñó.

No se observa negligencia o irregularidad en el procedimiento, y según el concepto del perito, este se practicó según la *lex artis,* lo cual no excluye la presencia de complicaciones o efectos secundarios molestos en los pacientes posterior a ello, ya que la obligación de prestación del servicio médico es de medio y no de resultado.

En ese entendido, no se acreditó un daño antijurídico, ya que si el señor Viana Astaiza, desafortunadamente presenta complicaciones en su rodilla izquierda, estas son consecuencia del procedimiento que se le realizó, derivado de la prestación del servicio médico que no garantiza su efectividad, y que no puede ser considerado como un daño en sí mismo.

El daño es el primer elemento de la responsabilidad, y al encontrarse que en este asunto no se acreditó por la parte demandante, no surge en la demandada deber de reparar.

Bajo ese contexto, este Estrado Judicial encuentra prosperidad en los argumentos planteados por la entidad demandada al enunciar que la prestación del servicio médico no constituye en sí mismo el deber de reparar, así mismo, al afirmar que la obligación médica es de medio y no de resultado, y que el señor Viana Astaiza, firmó el consentimiento informado para el procedimiento.

En consecuencia, se niegan las pretensiones de la acción de Reparación de la referencia .

5. CONCLUSIÓN FINAL

Teniendo en cuenta todas las anotaciones verificadas por el despacho, dentro del presente asunto se negarán todas las pretensiones de la presente demanda.

6. CONDENA EN COSTAS

El Despacho no impondrá condena en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto por el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso[23], pues no encuentra que su conducta en este proceso amerite tal decreto, en tanto, se trató de su legítimo ejercicio de acción, sin trámite dilatorio.

Lo anterior, teniendo en cuenta que no existe decisión de unificación sobre este tema en el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y por el contrario, se conoce de pronunciamientos[24], en el sentido que tal condena no es automática en el nuevo ordenamiento procesal administrativo y de lo contencioso administrativo, pues el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, contiene un verbo facultativo – "*dispondrá*" –. Máxime cuando no existe prueba de la causación de gastos que funden esa condena en el caso concreto.

En mérito de lo expuesto, **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTA – SECCIÓN PRIMERA,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la instancia de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría Liquídese la cuenta de gastos del proceso y devuélvanse los remanentes (si existieren) a la parte actora.

CUARTO: ARCHÍVESE el expediente previa ejecutoria de esta sentencia.

QUINTO: Esta decisión se notifica de conformidad al artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MYRIAM ESPEJO RODRÍGUEZ
Jueza

DSJG

[23] "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".
[24] Ver Sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "B", C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, del 27 de agosto de 2015, radicado 25000234200020130193 6-01 NI. 2806-14; y del 27 de enero de 2017, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicado 15001-23-33-000-2013-000872-01 NI 2462-14

Firmado Por:

LUZ MYRIAM ESPEJO RODRIGUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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

Código de verificación:
2061bc6a1716979d1825bd1e754243b6b6e24e9508dcaa7483dfaac80d3f88aa
Documento generado en 02/07/2020 03:20:54 PM