|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420140060700** |
| DEMANDANTE | **ROCIO RODRIGUEZ OSORIO en nombre propio y en representación de JANETH GONZALEZ RODRIGUEZ, VIVIANA GONZALEZ RODRIGUEZ, REYNEL GONZALEZ RODRIGUEZ, KAREN SOFIA GONZALEZ RODRIGUEZ - HERNAN GONZALEZ CAPERA** |
| DEMANDADO | **HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACION DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de **REPARACION DIRECTA** iniciado por **ROCIO RODRIGUEZ OSORIO** en nombre propio y en representación de **JANETH GONZALEZ RODRIGUEZ, VIVIANA GONZALEZ RODRIGUEZ, REYNEL GONZALEZ RODRIGUEZ, KAREN SOFIA GONZALEZ RODRIGUEZ - HERNAN GONZALEZ CAPERA** contra **HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE.**

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **La DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES**

*“(…)* ***Primera.*** *Declarar que el* ***HOSPITAL EL TUNAL*** *de la ciudad de Bogotá D.C., representado legalmente por su* ***GERENTE****, o quien haga sus veces, ES administrativa y patrimonialmente responsables de los graves perjuicios causados a los demandantes con motivo de que al momento de practicarle una Cesárea con liga de trampas de Falopio, se le dejó en Mucosa de canal vaginal una AGUJA DE COSER, causándole sangrado menstrual, dolor tipo punzada, y grave infección por los 107 de días que estuvo dentro de su cuerpo ese cuerpo extraño, esto es desde el día 14 de Octubre de 2012 hasta el día 31 de Enero de 2012, día que se enteró que tenía dentro de su cuerpo una AGUJA DE COSER, y la cual fue extraída en el* ***HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA****.*

***Segunda.*** *Condenar en consecuencia, al* ***HOSPITAL EL TUNAL E.S.E*** *de la ciudad de Bogotá D.C., en cabeza de su director, o quien haga sus veces, como reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden moral objetivados y subjetivados, actuales y futuros, los cuales estimo como mínimo en la suma de:*

***JURAMENTO ESTIMATORIO.*** *Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, bajo juramento estimo el monto de las indemnizaciones así:*

*DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($276.750.000) M/CTE., a la fecha.*

* *A la señora* ***ROCIO RODRÍGUEZ OSORIO****, en calidad de victima directa, el valor de los PERJUICIOS MORALES, equivalente a NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.*
* *A la señora* ***ROCIO RODRÍGUEZ OSORIO****, en calidad de victima directa, por concepto de Alteración grave de las condiciones de existencia, equivalente a NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.*
* *Al señor* ***HERNÁN GONZALEZ CAPERA****, en calidad de cónyuge de la señora ROCIO RODRÍGUEZ OSORIO, valor de los PERJUICIOS MORALES, equivalente a CUARENTA Y CINCO (45) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.*
* *Al señor* ***HERNÁN GONZALEZ CAPERA****, en calidad de Cónyuge de la señora ROCIO RODRÍGUEZ OSORIO, por concepto de Alteración grave de las condiciones de existencia, equivalente a CUARENTA Y CINCO (45) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.*
* *A* ***JANETH GONZALEZ RODRIGUEZ, DE CATORCE (14) AÑOS, VIVIANA GONZALEZ RODRIGUEZ Y REYNEL GONZALEZ RODRIGUEZ, MELLIZOS DE OCHO (8) AÑOS DE EDAD, Y KAREN SOFIA GONZALEZ RODRIGUEZ, JANETH GONZALEZ RODRIGUEZ****, de DOS (2) AÑOS, en calidad de hijos de la víctima directa, por valor de los PERJUICIOS MORALES, equivalente a CUARENTA Y CINCO (45) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, PARA CADA UNO DE ELLOS.*
* *Los intereses moratorios sobre las cantidades que resulten a favor de los solicitantes, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia de acuerdo lo estipulado en el artículo 192 CPACA.*
* *Para determinar el valor de los perjuicios morales deberá tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, relativa a la regulación de dichos perjuicios.*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***DEMANDANTES*** | ***PERJUICIOS***  ***MORALES*** | ***PERJUICIOS***  ***MATERIALES*** | ***DAÑO A LA***  ***VIDA EN RELACIÓN*** |
| *ROCIO RODRIGUEZ OSORIO* | *90 SMLMV* |  | *90 SMLMV* |
| *HERNAN GONZALEZ CAPERA* | *45SMLMV* |  | *45 SMLMV* |
| *JANETH GONZALEZ RODRIGUEZ* | *45 SMLMV* |  |  |
| *VIVIANA GONZALEZ RODRIGUEZ* | *45 SMLMV* |  |  |
| *REYNEL GONZALEZ RODRIGUEZ* | *45 SMLMV* |  |  |
| *KAREN SOFIA GONZALEZ RODRIGUEZ* | *45 SMLMV* |  |  |

***TOTAL: 450 SMLV (…)”***

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes
       1. La señora **ROCIO RODRÍGUEZ OSORIO**, nació el 30 de noviembre de 1983.
       2. La señora **ROCIO RODRÍGUEZ OSORIO** estableció unión marital de hecho con el señor **HERNÁN GONZALEZ CAPERA** desde hace aproximadamente 15 años.
       3. De la relación anteriormente mencionada nacieron Janeth González Rodríguez, de 14 años, Viviana González Rodríguez y Reynel González Rodríguez, mellizos en la actualidad cuentan con 8 años de edad, y Karen Sofía González Rodríguez, Janeth González Rodríguez, de 2 años.
       4. La menor de ellos es Karen Sofía González Rodríguez, y antes de nacer decidieron que 4 hijos son un número aceptable en su grupo familiar y que **ROCIO RODRIGUEZ** no tuviera más hijos, ya que el primer parto se dio de manera normal y el segundo se le practicó cesárea por ser embarazo múltiple mellizos; y por tal razón, le aconsejaron en Profamilia, que se hiciera la operación de ligadura de trompas (pomeroy) fue así que el mismo día que le practicaron cesárea en el **HOSPITAL EL TUNAL** esto es el día 14 de Octubre de 2011 se le practico en dicho Hospital una Ligadura de Trompa de Falopio o POMEROY.
       5. La señora **ROCIO RODRÍGUEZ OSORIO** durante los primeros 3 días posteriores a la cirugía, tuvo mucho dolor y se empezó a inflamar su abdomen. A los 8 días le retiraron los puntos de la cirugía, pero el dolor persistía, por lo que le informó a la jefe de enfermeras del Hospital, manifestándole que le dolía y que sentía picadas internamente, recibiendo como respuesta de la enfermera jefe, que esa dolencia era normal, porque hacía solo 8 días se le había practicado una cirugía y la ligadura de trompas de Falopio o Pomeroy y que debía tener los cuidados respectivos, lo cual así se hizo, guardando reposo porque seguía muy delicada.
       6. El día 20 de noviembre de 2011 viajaron hacia la ciudad de Arauca-Arauca, debido a proyecto de trabajo por parte de su esposo el señor **HERNÁN GONZALEZ CAPERA**; el estado de salud de la señora ROCÍO cada día empeoraba hasta presentar hemorragias, se dirigió al Hospital San Vicente de Arauca, donde solo le ordenaron algunos analgésicos y que volviera si persistía el dolor.
       7. Después de varios días seguía con los dolores, en el mes de diciembre empezó con sangrado, fue nuevamente al Hospital donde le remitieron a que se tomara una radiografía para diagnosticar exactamente lo que pasaba; pasó el mes de diciembre y en el Hospital no le tomaron dicha radiografía sino hasta el día 31 de enero de 2012.
       8. En dicho examen se evidencia una AGUJA DE COSER EN MUCOSA VAGINAL, la cual se le extrae ese mismo día, ES DECIR, EL 31 DE ENERO DE 2012. El procedimiento fue realizado por el galeno **EFREN FAJARDO** en el **HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA**; con espéculo lograron extraer el instrumento quirúrgico. Hasta ese día se enteró que portaba una AGUJA en su interior desde el día 14 de octubre de 2011.
       9. Después de dicho procedimiento continúo enferma, a pesar de tomar los medicamentos recetados, como lo demuestran la multiplicidad de fórmulas y consultas médicas posteriores a la extracción, esta situación obedeció según conceptos médicos la aguja permaneció por muchos días (3 meses y 17 días) en su abdomen, y le produjo infección.
  1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
     1. El apoderado del **HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda en los siguientes términos: ”(…) *Como representante judicial de la entidad demandada me opongo a cada una y a la totalidad de las pretensiones propuestas por el demandante, y a los perjuicios materiales como morales, reclamados por la actora (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | |
| ***FALTA DE LEGITIMIDAD DE LA CAUSA POR PASIVA*** | *El HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE, no es el llamado a demandarse, por cuanto no es responsable de ninguna forma en falla del servicio, en virtud a que la atención médica que le ofreció a la señora ROCIO RODRIGUEZ OSORIO, fue eficiente y oportuna, pues la intervención quirúrgica que se le practicó no tuvo complicación alguna.*  *De otra parte no existe evidencia que la usuaria haya solicitado, una nueva cita médica en el hospital El Tunal, por los quebrantos de salud que dice la aquejaban, mas sin embargo según lo manifestado en el numeral 1.4, el día 20 de noviembre del año 2011, viajo a la cuidad de Arauca, lo que indica que su estado de salud era bueno, por lo tanto no existió falla en el servicio en la prestación de los servicios de salud, aunado a lo anterior lo manifestado por el demandante en el numeral 1.9. "Después de dicho procedimiento mi poderdante continuo enferma, a pesar de tomar los medicamentos recetados, como lo demuestran la multiplicidad de fórmulas y consultas médicas posteriores a la extracción esta situación obedeció según conceptos médicos la aguja permaneció por muchos días (3 meses y 17 días) en su abdomen y le produjo infección.", lo anterior no guarda relación alguna con el procedimiento que manifiesta el demandante se le practico a la paciente en el año 2011.* |
| ***AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD*** | *No se encuentra probada la presunta responsabilidad o negligencia por parte del Hospital Tunal, en razón a que la atención dada se prestó dentro de la oportunidad y pertinencia igualmente las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado, por lo tanto y en gracia de discusión si la usuaria sufrió un daño durante el procedimiento de cesaría y ligadura de trompas no se ha demostrado la participación negligente y descuidada de los médicos que adelantaron el procedimiento quirúrgico.*  *Por tanto los sucesos narrados y el supuesto origen del deterioro en la salud de la paciente no obedecen a un mal procedimiento o falla del servicio.* |
| ***AUSENCIA NEXO CAUSAL ENTRE LA ATENCION DADA POR EL HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE Y EL DAÑO OCASIONADO A LA PACIENTE.*** | *Como bien es sabido y de acuerdo los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales del Consejo de Estado, para que se configure la responsabilidad del Estado debe cumplirse tres elementos estructurales; Hecho culposo, daño sufrido y nexo Causal entre ambos, presupuestos que no se configuran en la demanda y las pruebas presentadas, por cuanto como ya se dijo con anterioridad el Hospital presto sus servicios debidamente en razón a que la atención dada se prestó dentro de la oportunidad y pertinencia igualmente las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado, por lo tanto y en gracia de discusión si la usuaria sufrió un daño durante el procedimiento de cesaría y ligadura de trompas no se ha demostrado la participación negligente y descuidada de los médicos que adelantaron el procedimiento quirúrgico.* |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. El apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** no presentó alegatos de conclusión.

* + 1. La apoderada de lademandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** manifestó: *“(…) En tal contexto, se determina que la responsabilidad Estatal requiere para su estructuración dogmática los siguientes presupuestos:*

*1. Daño antijurídico*

*2. Falla (acción u omisión)*

*3. Nexo causal*

*Resulta entonces conveniente, hacer un análisis de cada uno de estos presupuestos dogmáticos a partir del análisis integral de la causa petendi de la demanda.*

***DAÑO ANTIJURIDICO.*** *El daño cuya indemnización se pretende se fundamenta en el sangrado menstrual, dolor tipo punzada y grave infección que presuntamente sufrió la usuaria por los 107 de días que estuvo dentro de su cuerpo el cuerpo extraño.*

***FALLA*** *(acción u omisión). Establecida así la causa del daño antijurídico, debemos entonces cuestionarnos si la atención brindada por mi poderdante resulta omisiva, generándose con ello una falla del servicio.*

*En tal contexto, debemos trasladarnos a la historia clínica de la usuaria específicamente al Registro de Intervención Quirúrgica donde se anota:*

*"Descripción de hallazgos operatorios, procedimientos y complicaciones (...) recuento completo de compresas y material quirúrgico informado por el personal encargadof...)"*

*Es del caso precisar que el recuento quirúrgico se realiza durante el procedimiento en voz alta y efectuando el chequeo de gasas y demás instrumental utilizado durante la intervención, por ello, una vez se culmina este proceso por los profesionales que intervinieron, se realiza el registro en la historia clínica.*

*En este caso, la historia clínica de la paciente evidencia que durante la intervención se realizó el recuento en mención y se registro como completo, ello implica que las compresas y material quirúrgico empleado al inicio fue coincidente con el que resulto al finalizar el intervención.*

*Es necesario recordar que como lo han dicho las altas Cortes la historia clínica es un documento en el que consta una relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos acerca de los aspectos físicos, psíquicos y sociales del paciente. En ella, además, deben obrar no sólo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la actividad médica relativa a su salud, todos los actos de diagnóstico, estudios, tratamientos quirúrgicos y terapéuticos, entre otros. El artículo 34 de la Ley 23 de 1981 define la historia clínica como:"(...) el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley". (Subrayado fuera de texto original).*

*En el mismo sentido, el artículo 1 de la Resolución número 1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Salud, consagra: "La historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que \^ interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley". (Subrayado fuera de original).*

*Así las cosas, se resalta el valor probatorio de la historia clínica, como el documento que por excelencia demuestra todos los aspectos relacionados con los actos de diagnóstico, estudios, tratamientos quirúrgicos y terapéuticos realizados a los pacientes.*

*En virtud de tal premisa, es claro que tal y como esta consignado en el Registro de Intervención Quirúrgica, existió un recuento completo de compresas y material quirúrgico informado por el personal encargado, lo que a su vez implica que las agujas utilizadas al inicio, fueron en cantidad las mismas contadas al final de la cirugía por lo que no es factible que ninguna de ellas quedara dentro de la cavidad "abdominal" de la paciente (…)*

*Ahora bien, es necesario acotar que el procedimiento al que fue sometido la usuaria cesárea + sección y/o ligadura de trompas de Falopio (POMEROY), implica que el segmento corporal en el que se intervino se circunscribe a la cavidad abdominal (…)*

*Es decir, no existió manipulación de la cavidad vaginal.*

*Ahora bien, trasladándonos al dictamen pericial que reposa en el expediente, se advierte que es probable e infrecuente que una aguja quirúrgica dejada durante los procedimientos de cesárea y pomeroy migre en sentido caudal hasta alojarse en la mucosa del canal vaginal, por ello, es necesario que se evalúe el caso en integridad, máxime cuando el concepto en referencia admite que el cuerpo extraño pudo ser introducido externamente ingresado por el canal vaginal.*

*Así las cosas, debido a que no existen elementos probatorios que sean conclusivos de la presunta omisión aludida por la demandante en cuanto a dejar un cuerpo extraño durante el procedimiento al que fue sometido la usuaria cesárea + sección y/o ligadura de trompas de Falopio (POMEROY), se solicita dar aplicación al principio "in dubio pro" absolviendo cualquier tipo de duda en favor de mi poderdante, máxime cuando del análisis del caso se evidencian los siguientes aspectos:*

*1. La historia clínica de la paciente es prueba irrefutable del conteo del material quirúrgico, es decir, al culminar la cesárea + sección y/o ligadura de trompas de Falopio (POMEROY), el cuerpo médico y de enfermería encontró coincidencia numérica entre los insumos empelados al inicio de la intervención, con aquellos que resultaron al finalizar la misma.*

*2. Durante el post operatorio la paciente no refirió dolor ni distensión abdominal.*

*3. Al egreso hospitalario a la paciente se le indicaron los signos y síntomas de alarma, sin embargo, nunca reconsultó pese a que en la demanda se indica que desde el tercer (3) día de post operatorio la usuaria presuntamente presentó intensos dolores.*

*4. Transcurrieron poco mas de tres meses antes que la usuaria asistiera a un centro hospitalario aludiendo dolor.*

*5. No existe evidencia clínica a partir de la cual sea posible determinar con grado de certeza que la aguja de coser encontrada en la cavidad de la paciente pertenezca a las empleadas durante el procedimiento cesárea + sección y/o ligadura de trompas de Falopio (POMEROY).*

*6. El dictamen proferido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses admite que el cuerpo extraño pudo ser introducido externamente ingresado por el canal vaginal, es decir, la ubicación de la aguja no deriva exclusivamente de un procedimiento quirúrgico, por el contrario, esta pudo ser introducida externamente como se precisa en el concepto en referencia.*

*Aunado a lo anterior, durante la sustentación del dictamen la profesional precisó: "pero hay algo que llama la atención y es que le tomaron la ecografía y en esa ecografía no observaron cuerpo extraño, no reportan el hallazgo de cuerpo extraño"4. Posterior a ello, la paciente se traslada a Arauca y es allí donde se observa el hallazgo del cuerpo extraño durante la especuloscopia encontrando la aguja en el canal cervical.*

*Adicíonalmente debe tenerse en consideración y sin admitir ningún tipo de responsabilidad, que el cuerpo extraño no le ocasionó daños a la usuaria y el dolor y hemorragias que hoy le aquejan son causa del DIU empleado como método de planificación familiar.*

*7. La ecografía aportada para estudio no contiene el reporte el radiólogo.*

*8. La usuaria no curso por procesos infecciosos y el medicamento ordenado tras la especuloscopia tenia como fin regular el periodo menstrual de la usuaria.*

***NEXO CAUSAL***

*A partir del análisis que precede se colige, no solo que existió un actuar diligente por parte de mi poderdante, sino además que no está probado el nexo causal entre el hallazgo del cuerpo extraño encontrado en su cuerpo y el procedimiento cesárea + sección y/o ligadura de trompas de Falopio (POMEROY).*

*Teniendo en cuenta el análisis hasta aquí realizado, se concluye que debido a que no esta probatoriamente acreditado el nexo de causalidad entre el hallazgo del cuerpo extraño encontrado en su cuerpo y el procedimiento cesárea + sección y/o ligadura de trompas de Falopio (POMEROY), no es posible pregonar responsabilidad extracontractual del estado derivada del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, máxime cuando no existió negligencia, imprudencia o impericia en el actuar de los médicos tratantes. (…)”*

* + 1. **El MINISTERIO PUBLICO** representada por la **PROCURADURIA JUDICIAL 82-1** no conceptuó.

* 1. **CONSIDERACIONES**
  2. **LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:**
     1. Frente a la **FALTA DE LEGITIMIDAD DE LA CAUSA POR PASIVA** propuesta por la demandada, el despacho se remite a lo decidido en la audiencia inicial en el acápite correspondiente.
     2. En cuanto a la **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD y AUSENCIA NEXO CAUSAL ENTRE LA ATENCION DADA POR EL HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE Y EL DAÑO OCASIONADO A LA PACIENTE** formuladas también por la demandada, no gozan de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de las mismas, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.
  3. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, su causa busca establecer si la demandada HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUB RED SUR debe responder por los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la presunta falla en la prestación del servicio médico a la señora ROCIO RODRIGUEZ OSORIO, al haber dejado una aguja de coser en la mucosa del canal vaginal al momento de practicarle una cesárea y un pomeroy.

Surgen entonces los siguientes problemas jurídicos:

***¿Existió una falla o falta en la atención medica prestada a la señora ROCIO RODRIGUEZ OSORIO por parte de la aquí demandada?***

Para dar respuesta a estos interrogantes deben tenerse en cuenta estos puntos:

Con relación a la responsabilidad por falla médica, el Consejo de Estado ha propendido por la adopción de la teoría de la carga dinámica de la prueba de manera adecuada, es decir, analizando en cada caso en particular cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte, puesto que la manera como ha venido aplicándose la falla presunta ataca el fundamento mismo de la teoría de las cargas dinámicas.

Así las cosas, la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil *-que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-*, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.

La carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil[[1]](#footnote-1), el cual dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

En desarrollo de la norma procesal antes citada, tenemos en principio que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad (daño y nexo causal entre daño y culpa), si quiere que sus pretensiones sean acogidas.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que 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.

En conclusión, siguiendo la más reciente posición de la jurisprudencia, es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

1. Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “*excesivamente difícil o prácticamente imposible*” hacerlo;
2. Corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”;
3. En la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño;
4. La valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y
5. el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio[[2]](#footnote-2).

Quiere decir lo anterior, que cuando se demanda buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponde al interesado probar los extremos de tal responsabilidad (la existencia del daño y su imputabilidad a la parte demandada, la falla en el servicio médico y el nexo causal entre el daño causado y el servicio prestado).

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
     1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* En la epicrisis No. 20037 de la Historia Clínica de la señora ROCIO RODIRGUEZ OSORIO en el Hospital El Tunal EPS se anotó: *“(…) MD: NIEGA, QX: CESAREA X GEMELAR, APENDICECTOMIA, TOX/ALERG: NIEGA, G/O: G3P3C1A0 (GEMELAR 1) FUR: 20/1/11?, C: IRREGULARES, PLANIFICACION: POMEROY, CPN:6, MUCOSA ORAL HUMEDA, C/P: NO AGREGADOS, ABD: UTERO GRAVIDO, AU: 33 CM, FCF: 140 X MIN, TV: CUELLO POSTERIOR, LARGO, PERMEABLE 1 DEDO, MEMBRANAS INTEGRAS, E-2, FLUJO VAGINAL NO FETIDO*

*SE DX: G3P3C1 + CESAREA ANTERIOR + PARIDAD SATISFECHA + EMBARAZO DE 38 SEMANAS*

*SE HOSPITALIZA PARA CESAREA + POMEROY*

*14/10/11 (11+15H) SE LLEVA PACIENTE A SALAS DE CIRUGIA SE REALIZA PROCEDIMIENTO QUIRURGICO,*

*HALLAZGOS: CICATRIZ MEDIANA INFRAUMBILICAL CON QUELOIDE, FASCIA CON FIBROSIS MODERADA, ESCASO TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO, SEGMENTO DELGADO, CAVIDAD EUTERMICA LIQUIDO AMNIOTICO CLARO,* ***RECIEN NACIDO FEMENINO,*** *CEFALICO, CON CIRCULAR LAXA DEL CORDON AL CUELLO, P:2980GR, T:49CM, APGAR: 8/9/10,* ***TROMPAS CON DEFECTO DE CONTINUIDAD BILATERAL PERO RECANALIZADAS CON MESOSALPINX, OVARIOS NORMALES. SE RELIZA POMEROY SE ENVÍAN FRAGMENTOS DE TROMPAS UTERINA A PATOLOGIA****.*

*15/10/11 PACIENTE ESTABLE SIN SRIS, ASINTOMATICA PARA VASOESPASMO, SENOS SECRETATNES, UTERO TOONICOP INFRAUMBILICAL, LIQUIDOS ESCASOS NO FETIDOS, SE DECIDE SALIDA CON CONTROL POR CONSULTA EXTERNA DE GINECOLOGIA CON REPORTE DE PATOLOGIA, CON FORMULA DE ACETAMINOFEN+ SULFATO FERROSO + IBUPROFENO, SE DAN SIGNOS DE ALARMA Y RECOMENDACIONES (FIEBRE, DOLOR, SANGRADO, INFECCIÓN), SE EXPLICA PATOLOGIA Y DICE ENTENDER.(…)”[[3]](#footnote-3)*

* En el Registro Intervención Quirúrgica de fecha 14 de octubre de 2011 se anotó: *“(…) DESCRIPCION DE HALLAZGOS OPERATORIOS, PROCEDIMIENTO Y COMPLICACIONES “HALLAZGOS: CICATRIZ MEDIANA INFRAUMBILICAL CON QUELOIDE. FASCIA CON FIBROSIS MODERADA. ESCASO TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO. SEGMENTO DELGADO. CAVIDAD UTERINA EUTERMICA LÍQUIDO AMNIÓTICO CLARO. RECIÉN NACIDO VIVO SEXO FEMENINO EN CEFÁLICO CON CIRCULAR LAXA DEL CORDÓN AL CUELLO. PESO 1980GR, TALLA 49 CM, APGAR 8-9-10. HORA DE NACIMIENTO: 11+21. TROMPA CON DEFECTO DE CONTINUIDAD BILATERALMENTE PERO RECANALIZADAS POR MESOSALPINX. OVARIOS NORMALES.*

*PROCEDIMIENTO: ASEPSIA Y ANTRISEPSIA, COLOCACIÓN DE CAMPOS QUIRÚRGICOS, INCISIÓN MEDIANA EN PIEL SOBRE CICATRIZ ANTIGUA. DISECCIÓN POR PLANOS HASTA INGRESAR A CAVIDAD. HISTEROTOMÍA SEGMENTARIA ARCIFORME TRANSPERITONEAL. EXTRACCIÓN DE RECIÉN NACIDO VIVO DESCRITO. PINZAMIENTO HABITUAL DEL CORDON UMBILICAL, TOMA DE MUESTRAS SANGUÍNEAS PARA TSH Y HEMOCLASIFICACIÓN. ALUMBRAMIENTO MANUAL ACTIVO DE PLACENTA. LIMPIEZA DE CAVIDAD CON COMPRESA ESTERIL. HISTERORRAFIA CON CROMADO 1 -0 EN DOS PLANOS, CONTINUO CRUZADO E INVAGINANTE CON PERITONIFICACIÓN . REVISIÓN DE HEMOSTASIA LA CUAL ES ADECUADA. LIMPIEZXA DE GOTERAS PARIETOCOLICAS CON COMPRESA ESTERIL. IDNETPIEL CON PROLENE 2-0.* ***RECUENTO COMPLETO DE COMPRESAS Y MATERIAL QUIRÚRGICO INFORMADO POR PERSONAL ENCARGADO****. NO COMPLICACIONES. SANGRADO ESTIMADO 4000 CC. (…)”* [[4]](#footnote-4)

* En la Hoja de recuento de fecha 14 de octubre de 2011 se indicó que había un recuento completo[[5]](#footnote-5)
* En las notas de enfermería no aparecen anotaciones donde se indicara que la paciente se haya quejado de algún dolor fuera de lo normal pues no era una primerisa ya había tenido embarazos anteriores[[6]](#footnote-6)
* En el reporte de atención triage Hospital San Vicente de Arauca se indicó: *“(…) paciente con cuadro de 4 días de evolución consistente en sangrado menstrual abundante, refiere que además sensación de dolor tipo punzada,* ***al examen físico se evidencia aguja de coser en mucosa de canal vaginal, se extrae, se realiza especuloscopia*** *se observa escaso sangrado no fétido, se da orden de acetato de medroxiprogesterona, recomendaciones y signos de alarma (…)”[[7]](#footnote-7)*
* En el testimonio de la señora ROMELIA CAPERA DE GONZALEZ, suegra de la víctima, manifestó que su nuera tuvo una gravedad de su parto porque ella siguió muy enferma de ess parto, de la cesárea y de la ligadura de trompas; estuvo con ella hasta el 20 de noviembre que se fueron para Arauca. Ella tiene una niña Yaneth de 18 años, los mellizos de 12 años y Karen Sofía de 6; su hijo se llama Hernán González Capera, llevan 20 años de relación. Ella vivía por temporadas con ellos, los últimos tiempos estaba muy enferma, en el Tunal le formularon medicamentos, no le servían y entonces dijeron que tocaba hacerle la cesárea. Con los otros niños había tenido cesárea también. Esos días posteriores tenía mucho dolor bajito y hemorragia, manchando a cada rato. En el Tunal cuando fueron a sacar los puntos le dijeron al médico de los dolores. Señala que se fueron para Arauca y ella continuó con lo dolores y que allá le habían dicho que estaba infectada y que tenía un cuerpo extraño, eso fue el 31 de enero de 2012.
* En el informe técnico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de fecha 9 de noviembre de 2017 se anotó: *“(…)ANALISIS*

*Con base en la anamnesis, el examen físico y la Información contenida en la historia clínica, especialmente la correspondiente a la descripción del procedimiento de extracción del cuerpo extraño de la mucosa vaginal mediante especuloscopia, realizado el día 31 de enero de 2012 en el hospital San Vicente Arauca, podemos establecer que se trataba de una aguja de coser que por las características observadas en la ecografía transvaginal tomada el día 30 de enero de 2012 corresponde a una aguja quirúrgica curva, como las que se utilizan para suturar el útero, la aponeurosis y los demás tejidos blandos profundos, subyacentes a la piel, la cual generalmente se sutura con aguja recta.*

*La literatura reporta muchos casos en los que se olvidan en el paciente gasas o instrumental, el cuerpo extraño es removido y el paciente se recupera. Sin embargo, los oblitos pueden dar lugar a severas complicaciones que en ocasiones puede llegar incluso a la muerte. En cuanto a la ubicación de los oblitos quirúrgicos (olvidos quirúrgicos) la literatura reporta que en el 54% de los casos ocurren en el abdomen o en la pelvis.*

*Idealmente se deberían contar todos los elementos que ingresan en el campo quirúrgico. Pese a su gran importancia, el recuento del material como medida aislada está lejos de ser suficiente; en casi el 90% de las cirugías en que se retuvo algún cuerpo extraño y se realizó el recuento, el mismo fue informado como correcto. Se recomienda que el cirujano, como rutina, al final de la cirugía, antes del cierre de la cavidad, reexplore la cavidad e incluso haga un control radiológico hallándose el paciente aún en la sala de cirugía. Los rayos X evidencian la presencia de agujas, gasas, vidrios, tijeras, etc.*

*Es de anotar que en la historia clínica aportada NO SE OBSERVA UN PROTOCOLO DE SEGURIDAD donde se debe registrar un recuento o checking de los elementos que van a ser utilizados durante la cirugía Vs el conteo y verificación de dichos elementos al final de la misma. En el caso que nos ocupa, al final de la descripción quirúrgica solo se lee "Recuento completo de compresas y material quirúrgico/Informado por personal encargado"*

***Llama la atención que en la ecografía tomada el día 11 de enero de 2012 y registrada en la Historia Clínica por el médico tratante le día 18 de enero de 2012, no se observó el cuerpo extraño****.*

*CONCLUSIÓN*

*Nos hallamos frente el hallazgo de una aguja quirúrgica en la mucosa vaginal; hallazgo que puede corresponder a un "oblito quirúrgico" (olvido quirúrgico) en cuyo caso estaríamos hablando de lo que corresponde a una falla en la atención médica.*

*SI es posible que se haya dejado una aguja quirúrgica en la cavidad pélvica durante los procedimientos de Cesárea y Pomeroy y que ésta haya migrado en sentido caudal, es decir hacia abajo, hasta insertarse en la mucosa del canal vaginal. Con unos Rx de Abdomen se habría podido evidenciar la aguja pero ante la persistencia de dolor y sangrado postquirúrgico de la paciente no se sospechó el cuerpo extraño por lo cual no se tomaron los Rx.*

***No obstante, el mencionado cuerpo extraño, igualmente pudo ser introducido externamente ingresando al canal vaginal.*** *(…)”*[[8]](#footnote-8)

* + 1. Respondamos ahora nuestros interrogantes ***¿Existió una falla o falta en la atención medica prestada a la señora ROCIO RODRIGUEZ OSORIO por parte de la aquí demandada?***

Aduce la parte demandante que la conducta que se le imputa al Hospital El Tunal ESE es que al momento de practicarle una cesárea con ligadura de trompas de Falopio, se le dejó en mucosa de canal vaginal una aguja de coser, causándole sangrado menstrual, dolor tipo punzada y grave infección por los 107 días que estuvo dentro de su cuerpo ese cuerpo extraño, esto es, desde el día 14 de octubre de 2011 hasta el día 31 de enero de 2012, día en que se enteró de los que tenía dentro de su cuerpo. La aguja de coser fue extraída en el Hospital San Vicente de Arauca.

Revisado el material probatorio, observa el despacho que si bien es cierto se encuentra demostrado el **daño** pues efectivamente en el Hospital San Vicente de Arauca le extrajeron una aguja de coser del canal vaginal de la señora Rocío Rodríguez Osorio, no se logró demostrar que ésta haya sido dejada por el personal médico que atendió su parto y le realizó el pomeroy el 14 de octubre de 2011 en el Hospital El Tunal, es decir, la **falla en el servicio médico.**

En efecto, si bien es cierto en el informe técnico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de fecha 9 de noviembre de 2017, se dijo que la aguja que tenía la señora RODRIGUEZ en el canal vaginal correspondía a una aguja quirúrgica curva, como las que se utilizan para suturar el útero y los demás tejidos blandos profundos, y también se indicó que si era posible que se hubiera dejado una aguja quirúrgica en la cavidad pélvica durante los procedimientos de cesárea y pomeroy y que ésta haya migrado en sentido caudal, es decir, hacia abajo hasta insertarse en la mucosa del canal vaginal, lo cierto es que también señaló que el mencionado cuerpo extraño, igualmente pudo ser introducido externamente ingresando al canal vaginal.

Además, también indicó que llamaba la atención que en la ecografía tomada el día 11 de enero de 2012 y registrada en la historia clínica por el médico tratante el día 18 de enero de 2012, no se haya observado el cuerpo extraño.

Y en la descripción quirúrgica del Hospital El Tunal se lee *“(…) Recuento completo de compresas y material quirúrgico informado por personal encargado (…)”*, es decir, que no se logró demostrar la falla en el servicio.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no se demostró la presunta falla en que incurrió la demandada Hospital El Tunal, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, las pretensiones deberán negarse.

* 1. Citando la posición del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “C” No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación," situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense no probadas** las excepciones propuesta por la demandada Hospital El Tunal, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE

**SEGUNDO:** **Niéguense** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

MSGB

1. Artículo 167 del CGP. “(…) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

   No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

   Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

   Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (…)”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Nota de Relatoría: Sentencia del 22 de abril de 2004, exp.: 14.212 efectuada en providencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005). Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786). Actor: DALILA DUICA DE PEREIRA Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA - HOSPITAL CENTRAL JULIO MENDEZ BARRENECHE [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 41 y 42 del c2 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 51 del c2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 53 del c2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 77 y 78 del c2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 196 del c2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 164 a 167 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-8)