

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 172

Santiago de Cali, octubre veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control	Reparación Directa
Radicación	76001333300520130006000
Demandante	HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO Y OTROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial, por los señores HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO, ALBA MILENA OCAMPO OSPINA, DANNY JANIER LÓPEZ OCAMPO, YEISON HERNÁN LÓPEZ OCAMPO y GISELLE LÓPEZ OCAMPO, en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar que la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, es administrativamente responsable de los perjuicios morales causados a los demandantes, a raíz de la falla médica que causó la invalidez del miembro superior derecho del señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la entidad demandada a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

1.2.1. Perjuicios Inmateriales en la modalidad de morales:

- HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO (víctima): El equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

- ALBA MILENA OCAMPO OSPINA (esposa): El equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales.

- DANNY JANIER LÓPEZ OCAMPO (hijo): El equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales.

- YEISON HERNÁN LÓPEZ OCAMPO (hijo): El equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales.
- GISELLE LÓPEZ OCAMPO (hija): El equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales.

1.2.2. Perjuicios Inmateriales –Daño a la vida de relación (hoy daño a la salud):

- HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO (víctima): El equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.
- ALBA MILENA OCAMPO OSPINA (esposa): El equivalente a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.
- DANNY JANIER LÓPEZ OCAMPO (hijo): El equivalente a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.
- YEISON HERNÁN LÓPEZ OCAMPO (hijo): El equivalente a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.
- GISELLE LÓPEZ OCAMPO (hija): El equivalente a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

1.3. Condenar a la demandada al pago de las costas del proceso.

1.4. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. HECHOS

2.1. El señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO sufrió un accidente el 29 de diciembre de 2010 al caer de una escalera, recibiendo el impacto sobre el hombro derecho.

2.2. Inicialmente fue atendido en la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, en donde el médico de turno, luego de tomarle un RX, le indicó que tenía desencajado el hombro y procedió a intentar encajarlo de nuevo sin éxito. Posteriormente le fue tomado otro RX que fue revisado por otro médico, quien molesto, le dijo a su colega que si leyó bien los RX *“pues mire lo que le hizo al paciente”*.

- 2.3. Como consecuencia del procedimiento antes mentado, el señor LÓPEZ HIDALGO se encuentra con una lesión que le causó pérdida de capacidad laboral del 30%, certificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, ya que su miembro superior derecho quedó lesionado de por vida; lo cual le impide laborar y, por tanto, proveer para su familia el sustento, por cuanto laboraba en el campo en oficios varios, además se ve impedido para desarrollar las actividades cotidianas como: comer, vestirse, bañarse, trabajar, saludar y asir cosas con la mano.
- 2.4. El señor HERNÁN DARÍO es cabeza de familia y su núcleo familiar se encuentra compuesto por su esposa ALBA MILENA OCAMPO OSPINA, DANNY JANIER LÓPEZ OCAMPO, YEISON HERNÁN LÓPEZ OCAMPO y GISELLE LÓPEZ OCAMPO.
- 2.5. Refiere que la demandada, tiene la obligación legal de acatar y observar los protocolos médicos para la atención de esta clase de urgencias médicas.
- 2.6. El señor HERNÁN DARÍO, a pesar de la caída, nunca perdió la movilidad de sus dedos y de su mano, ni el conocimiento; esta situación de invalidez se dio luego del procedimiento en la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA.
- 2.7. Indica que la responsabilidad de la entidad demandada, se estructura sobre los siguientes elementos:
- **Falta o falla en el servicio:** Por cuanto el procedimiento médico de tratar de encajar el hombre del señor HERNÁN DARÍO, sin verificar adecuadamente los RX, denota falta de pericia y negligencia, por cuanto el ejercicio de la medicina implica probidad, pericia, cuidado, responsabilidad y un esfuerzo profesional acorde con la lex artis, en donde se procure el mejor resultado para el paciente.
 - **Nexo causal:** Este elemento se evidencia por cuanto a raíz del procedimiento en comento, se infligió un daño mayor dejándolo inválido de su miembro superior derecho.

- **Daño antijurídico:** Consiste en la lesión que padeció el señor LÓPEZ HIDALGO con el procedimiento médico, la cual le generó una pérdida de capacidad laboral del 30% dictaminada por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez del Valle del Cauca; daño que no está en el deber jurídico de soportar.

- 2.8. La falla médica que se le endilga al hospital demandado, causó al señor LÓPEZ HIDALGO la lesión y la secuela en comento que le generan sufrimiento y pena.
- 2.9. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la esposa y los hijos de la víctima, son acreedores de indemnización por el perjuicio moral causado.
- 2.10. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, a los demandantes se les debe indemnizar por el daño a la vida de relación, puesto que es evidente que con la lesión y la secuela sufridas por el señor HERNÁN DARÍO, se alteró su vida con las demás personas y especialmente con el mundo exterior. Requiere un esfuerzo mucho mayor para realizar actividades rutinarias, pues era un hombre acostumbrado a trabajar en el campo y en oficios varios y a jalonar todo lo relacionado con el sostenimiento de su familia. Actividades básicas como vestirse, comer, saludar de mano y agarrar le son imposibles. Esta situación afecta de contera a sus hijos y a su esposa.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Enuncia como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 5 y 90 de la Constitución Política; artículos 140, 155, 159 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo; Leyes 640 de 2001 y 1285 de 2009; y Decreto 1716 de 2009.

4. RAZONES DE DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inexistencia de nexo causal que demuestre la responsabilidad del

Municipio de Pradera y de la E.S.E. Hospital San Roque de Pradera en los hechos materia de demanda.

Respecto de esta excepción aduce que no se cuenta en el proceso con prueba clara y cierta de lo sucedido durante la prestación del servicio médico en la E.S.E. Hospital San Roque de Pradera, que demuestre que la atención dada por la entidad no fue la adecuada y que como consecuencia de ello el señor LÓPEZ HIDALGO hubiera quedado con las secuelas que hoy día sufre.

Refiere que en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, se señala que cuando se pretenda obtener una indemnización de perjuicios por presunta falla en la prestación del servicio médico, la carga probatoria radica en cabeza de quien pretende dicho reconocimiento. Asimismo ha dicho la alta Corporación que cuando en el procedimiento realizado a un paciente se han cumplido los protocolos médicos – como se puede presumir de este caso al no existir prueba que demuestre lo contrario -, no hay lugar a endilgar responsabilidad a cargo del Estado.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante:

El apoderado de la parte demandante luego de efectuar un resumen de los hechos de la demanda, indica que el Despacho debe tener en cuenta la Historia Clínica aportada con la demanda, en la que se observa que el 29 de diciembre de 2010, a partir de las 12:21, el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO fue tratado inicialmente por el doctor AURELIO GALEANO PEÑARANDA y luego por el médico VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, lo cual corrobora la versión tanto del paciente como la de su esposa en los hechos de la demanda, lo que no permite dudar de su manifestación en el sentido que el primer médico realizó el procedimiento de encajar el hombro, procedimiento que dio al traste con el daño impetrado al señor LÓPEZ HIDALGO.

Agrega que los mencionados galenos, luego de haber revisado las radiografías, dieron diagnósticos y tratamientos diferentes; en el primer caso el doctor GALEANO PEÑARANDA diagnosticó “LUXACIÓN DEL HOMBRO”, procediendo a encajar el hombro del paciente sin éxito y ocasionándole la secuela; por otra parte, el doctor MARTÍNEZ SÁNCHEZ indica “FRACTURA DEL HOMBRO Y DE BRAZO NO ESPECIFICADA – LUXACIÓN DE LA ARTICULACIÓN DEL HOMBRO” y procedió a remitir al paciente a valoración por ortopedia.

Menciona que en la historia clínica aportada por el Hospital demandado, “(...) en el punto VII. Examen físico, “Osteo artromuscular Normal (...)”, lo que indica que en la valoración inicial no se observó fractura o en su defecto fue mal realizado el procedimiento de atención del señor López Hidalgo, pues no podía considerarse con el accidente que estuviera normal este ítem.

Refiere que de lo expresado por el doctor VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ en la audiencia de pruebas, se puede determinar que ninguno de los dos médicos que atendieron al paciente, eran especialista en ortopedia o traumatología, ni tampoco en radiología o lectura de radiografías, por el contrario el doctor GALEANO PEÑARANDA realizaba el año rural, que es la práctica para optar por el título de médico, lo que sumado a la mala calidad de las radiografías iniciales y su falta de experiencia, conllevaron a realizar el procedimiento mencionado.

Asimismo, dice, que el galeno MARTÍNEZ SÁNCHEZ no niega que se haya realizado el procedimiento de encajar el hombro al señor LÓPEZ HIDALGO, porque no estuvo presente en el momento que el doctor GALEANO PEÑARANDA lo realizó. Lo que si refiere es que su colega diagnosticó “LUXACIÓN DE HOMBRO” y en ningún momento fractura.

Argumenta que el dictamen rendido por el doctor LUIS ALBERTO DELGADO, director de Ortopedia del Hospital Universitario del Valle, es contundente en afirmar que las primeras radiografías tomadas al señor Hidalgo son de mala calidad, que no se puede observar prácticamente nada; lo que desvirtúa la tesis de la demandada de que la atención fue acertada, en la medida que las radiografías son parte del procedimiento de atención.

Que refirió dicho perito que solo cuando se leen las segundas radiografías, es posible señalar la existencia de fractura de húmero y luxación de la articulación, lo que no concuerda con lo afirmado por el doctor GALEANO PEÑARANDA quien señaló sólo luxación de hombro, y con el diagnóstico del doctor MARTÍNEZ SÁNCHEZ, de fractura de hombro y de brazo no especificada – Luxación de la articulación del hombro.

Aduce que según la jurisprudencia y la doctrina, la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, debió demostrar que el procedimiento llevado a cabo correspondió a las mejores prácticas médicas, lo cual no se cumplió en este caso, pues las primeras radiografías fueron de mala calidad y por ello, el doctor GALEANO PEÑARANDA

determinó un diagnóstico impreciso y, por ende, aplicó un procedimiento indebido. Igualmente el doctor MARTÍNEZ SÁNCHEZ, quien revisó al paciente por segunda vez, al revisar las radiografías fue impreciso en su diagnóstico porque señaló fractura de hombro y brazo, lo cual se aleja del dictamen del perito quien indicó fractura de húmero y luxación de la articulación.

5.2. Parte demandada: No presentó alegatos de conclusión.

5.3. Agente del Ministerio Público: No conceptuó.

6. CONSIDERACIONES

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar, si es responsable administrativa y extracontractualmente la entidad demandada, por el presunto daño causado a los demandantes, con ocasión a la atención médica recibida por el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO el 29 de diciembre de 2010, a causa del tratamiento inadecuado desde el punto de vista médico dado al trauma sufrido en el miembro superior derecho, como consecuencia de una caída desde una escalera.

6.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- 6.3.1.** Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;
- 6.3.2.** Plasmar consideraciones sobre el régimen de responsabilidad aplicable en los casos en los que se alega una falla en la prestación del servicio médico;
- 6.3.3.** Efectuar un análisis del acervo probatorio; y,
- 6.3.4.** Con base en éste, determinar si en el **caso concreto**, a los demandantes les asiste o no el derecho reclamado.

6.3.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURÍDICO E IMPUTABILIDAD

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

Sobra mencionar, que cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y que cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de daño especial y riesgo.

El régimen subjetivo, es aquel en el cual si es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad por parte del agente estatal bajo el título de falla en el servicio.

Ahora bien, sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado¹:

“(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...)” (Se resalta por el Juzgado).

En este orden de ideas, de conformidad con el acontecer fáctico y la jurisprudencia reseñada, considera el Despacho que el título de imputación que resulta aplicable al presente asunto es el de falla en el servicio, siendo este el título de imputación preferente, aunado a que la parte actora pretende el resarcimiento del daño presuntamente ocasionado por conducta reprochable y negligente en la que incurrió la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA al brindar un mal servicio médico al señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO; situación que a su vez presuntamente conllevó al empeoramiento de la lesión que presentaba en su miembro superior derecho, lo que a la postre le dejó una secuela consistente en pérdida de capacidad laboral del 30%.

De otra parte, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la Administración; siendo el daño el primero de ellos, es necesario aclarar que este debe tener el carácter de antijurídico, sobre este tema, el Consejo de Estado ha discurrido bajo el siguiente temperamento²:

“(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así las cosas, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”³ (...)

“(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)” (Se resalta por el Juzgado).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó que:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero. **Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).**

³ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

"(...) La antijuridicidad⁴ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es "contrario a derecho"⁵, "es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad"⁶, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño⁷.

En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero⁸, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, "la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos^{9/10}" (...).

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- i) Tiene el carácter de antijurídico;
- ii) Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento,
- iii) Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

Así las cosas, existe responsabilidad estatal cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado, o en el caso concreto, a la entidad demandada.

⁴ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

⁵ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

⁶ Nota del original: "Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>". BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

⁷ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: "En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como "el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo."

"Gschnitzer entiende por antijuridicidad "una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores".

"En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad -injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico."

⁸ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

⁹ Nota del original: "así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106."

¹⁰ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

6.3.2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE PARA SITUACIONES EN LAS CUALES SE DEBATE LA FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO

En tratándose de procesos en los cuales se ventila la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el régimen de responsabilidad aplicable inicialmente había sido el subjetivo a título de falla probada del servicio por encontrarse acorde con las ritualidades procesales existentes sobre la carga de la prueba; no obstante, este tipo de conflictos pasaron a ser estudiados bajo la égida de la falla presunta del servicio, en virtud a la excesiva dificultad probatoria en que, generalmente, se encontraba la parte demandante, principalmente cuando el debate giraba en torno a pruebas de carácter técnico – científicas.

Posteriormente se dispuso dar aplicación a la carga dinámica de la prueba en donde el Juez debía establecer qué parte se encontraba en mejor condición de probar la falla, para así trasladarle la carga probatoria.

Finalmente, se retomó el régimen común de responsabilidad por falla probada del servicio, advirtiéndose que, para efectos de aligerar la carga probatoria del actor, cobra particular importancia la prueba indiciaria¹¹ que pueda construirse con

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera – C.P. Ramiro Saavedra Becerra - Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil seis (2006) - Radicación número: 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400) -Actor: LINO ANTONIO AMORTEGUI GUZMAN Específicamente sobre el tema de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud a cargo de la Administración Pública, se observa que el mismo ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años, puesto que inicialmente, se manejó con fundamento en el régimen de la falla probada tanto el daño proveniente del deficiente funcionamiento de los servicios médico asistenciales como el causado por actos médicos propiamente dichos, hasta que en 1992 la jurisprudencia de la Sala consideró que no podía dárseles el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos. Por esta razón, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, que exige acreditar los tres elementos constitutivos de la misma, cuando se tratara de establecer una responsabilidad médica, o sea aquella en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, la jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento “falla”, presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexos con el servicio; acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexos causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero; este fue el régimen conocido como de la falla del servicio presunta. En sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente 11.878, la Sala consideró que la aplicación en términos tan definitivos del principio de las cargas probatorias dinámicas, tal y como se venía manejando por la jurisprudencia, podía conducir a desvirtuar su propio fundamento, porque existían casos en los cuales “...los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente...” no tenían implicaciones técnicas o científicas, estando el paciente en mejores condiciones para probarlos, por lo cual lo procedente era que él lo hiciera y no que también en estos casos se invirtiera la carga de la prueba, porque precisamente en eso era que consistía la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas. Con relación al nexos causal entre el daño y la actividad de la Administración, también ha reiterado la Sala que el mismo debe aparecer debidamente acreditado puesto que el mismo no se presume, aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello “...que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias

fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso. Para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño, en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado, al reiterar su jurisprudencia expresó lo siguiente¹²:

“(...) Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

“En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

“Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

“La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

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

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

“Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

“Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

“Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

“Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de

del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de junio de 2015, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. **Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00637-01 (29572).**

ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

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

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

“En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. **Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario,** establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico¹³.” (Se resalta).

Del aparte jurisprudencial transcrito, se colige que el presente asunto debe resolverse bajo el título de imputación de falla probada del servicio, y si dentro del plenario existe ausencia de prueba directa de la falla o del nexo casual, será la prueba indiciaria el medio eficaz para establecer la misma, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso, la parte actora tiene la carga de la prueba, por lo que debe acreditar los supuestos de hecho de sus afirmaciones.

6.3.3. ANÁLISIS DEL ACERVO PROBATORIO

De cara a las pruebas allegadas al proceso, es menester indicar que fueron decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso, entre el 01 de julio de 2014¹⁴ y el 24 de 2016¹⁵; por consiguiente, deben ser valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental y no bajo los causes del Código de Procedimiento Civil.

¹³ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

¹⁴ Fecha en la que se decretaron las pruebas en audiencia inicial (f. 109 a 112 c. 1).

¹⁵ Fecha de celebración de la última sesión de audiencia de pruebas (f. 147 ib.).

Ello, teniendo en cuenta que con relación a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto de 25 de junio de 2014¹⁶, unificó su jurisprudencia,

“(...) para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (...), las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (...)”.

Luego, en auto de fecha agosto 6 de 2014, proferido por la misma Corporación – Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera –Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, Radicación: 88001-23-33-000-2014-00003-01 (50.408), precisó que:

“(...) i) aquellas situaciones procesales surtidas con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del CPACA, en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 25 de junio de 2014, se tendrán como situaciones jurídicas consolidadas y en consecuencia, se regirán hasta su terminación por las normas con base en las cuales fueron adelantadas, según las reglas establecidas en el artículo 624 del C.G.P. (...)”

De acuerdo con lo mencionado líneas arriba, *en el sub lite* las pruebas fueron decretadas y practicadas con posterioridad a junio 25 de 2014; en consecuencia, las mismas deben valorarse conforme a los parámetros establecidos en el Código General del Proceso, que empezó a regir en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desde enero 1 de 2014.

Así las cosas, el Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, el Juzgado reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, en cuanto surtida las etapa de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes. Tal argumentación está acorde con los planteamientos realizados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de **sentencia de Unificación** de agosto 28 de 2013, con ponencia del Consejero: ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación N° 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)¹⁷.

¹⁶ Consejo Ponente: Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), número interno: 49.299, demandante: Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., y demandado: Nación –Ministerio de Salud y de la Protección Social.

¹⁷ “Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos

Por lo anterior, los documentos aportados con la demanda, así como la historia clínica que aportó la entidad demandada con la contestación de la demanda, documentos que casi su totalidad reposan en copia simple en el expediente, prestan el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo.

Finalmente, se dará valor probatorio al testimonio recepcionado en el presente asunto a solicitud de la parte demandado, lo mismo que al dictamen pericial rendido por el doctor LUIS ALBERTO DELGADO.

i. Prueba documental:

Del material probatorio documental en comento, se puede establecer que en el presente asunto se encuentra acreditado lo siguiente:

- De acuerdo con la Historia Clínica¹⁸ el 29 de diciembre de 2010, a las 12 horas y 21 minutos, el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO recibió atención médica en la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, por trauma sufrido al caer de una escalera, de una altura de cinco (5) metros. La atención fue dispensada por el médico general AURELIO GALEANO PEÑARANDA, quien en el ítem VIII diagnosticó:

“T07X TRAUMATISMOS MÚLTIPLES, NO ESPECIFICADOS”¹⁹.

En el *“Plan de Manejo”* consignó:

“(...) PACIENTE QUIEN SUFRE CAIDA DE PAROXIAMADAMNE (sic) 5 METRSO SSIN (sic) PERDIDA DEL CONOCIMIENTO EXAMEN FDFISICO (sic) ES NORMAL , PACIENTE CON CLINICA SUGESTIVA DE LUXACION DDE (sic) HOMBROE (sic) SIN EMBARGO DAD (sic) LA ALTURA DE LA CQUE (sic) CARE (sic) EL PACIETEN (sic) SE CONSIDERA PRUDENTE , EVALUAR CON RX DE HOMBRO LESINADO (sic) , SE DEJA PACIETNE OPOR (sic) LO PRONTO EN OBRSERVACION (sic) EN EL SERVICIO SE ORDENA ANALAGESIA (...)”²⁰.

de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.”

¹⁸ Folios 2, 3, 69 al 71 Cuaderno No. 1

¹⁹ Folio 2 y 70 Cuaderno No. 1.

²⁰ Ibídem

- En el ítem de “*DATOS DE EVOLUCION*” de la historia clínica en mención, a las 13:57:14 horas del mismo 29 de diciembre de 2010, el médico VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, escribió la siguiente “*NOTA ADICIONAL*”:

“(…) CON DEFORMIDAD EN HOMBRO DERECHO LLEGA RX LA CUAL SE EVIDENCIA LUXACION EN ARTICULACION DE HOMBRO Y FRACTURA EN CABEZA DE HUMERO SS VALORACION POR ORTOPEDIA DE FORMA AMBULATORIA COMO UNA URGENCIA DIFERIDA (…)”²¹.

- En el acápite de “*Diagnosticos de Evolucion*” aparece lo siguiente:

“S429 FRACTURA DEL HOMBRO Y DEL BRAZO, PARTE NO ESPECIFICADA

“S430 LUXACION DE LA ARTICULACION DEL HOMBRO

“Ordenes de Servicio Medicas de la Evolucion

“CONSULTA DE CONTROL O SEGUIMIENTO DE PROGRAMA POR Cant: 1”.

- En la parte final de la historia de la atención médica de diciembre 29 de 2010 aparece:

“Orden No. 25309 Fecha: 29/12/2010 Hora: 12 : 28 Dr. GALEANO PEÑARANDA AURELIO
INMOBILIZAR MIEMBRO SUPERIOR DERECHO
DICLOFENACO AMP X 75 MG IM DOSIS UNICA
JERINGA 5 CC
DIPIRONA AMO X 2.5 GR IM DOSI UNICA”.²²

- Obra Historia Clínica de la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE PALMIRA, signada por el traumatólogo y ortopedista RAMIRO CUCALÓN HERRERA²³ en la que se registra atención en salud brindada al señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO de diciembre 29 de 2010, con hora de ingreso a las 03:37:17 p.m. y de egreso a las 4:00 p.m. del mismo día. Destaca el documento la realización del procedimiento reducción cerrada más inmovilización, indicándose además:

“(…) Afección Principal de Egreso”: “Luxación hombro Der –Escapulo Humero (…)”

En la Factura de Venta HSVP0001398547 de 29/12/2010, expedida por el citado Hospital con destino a EMSSANAR ESS, se precisó que el procedimiento realizado se denomina:

“REDUCCIÓN CERRADA LUXACIÓN DE HOMBRO”²⁴

- Con fecha diciembre 30 de 2010, la EPS EMSSANAR autorizó al señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO, el procedimiento de:

²¹ Ibídem.

²² Ibídem.

²³ Folio 4 cuaderno 1.

²⁴ Folio 7 y 8 cuaderno 1.

“(...) REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA SUBCAPITAL DE HUMERO CON FIJACIÓN INTERNA (DISPOSITIVO DE FIJACIÓN U OSTEOSINTESIS) (...)”

El prestador ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE PALMIRA, igualmente autorizó valoración por anestesiólogo, electrocardiograma y exámenes prequirúrgicos²⁵.

- La parte demandante allegó copia de dictamen No. 79431211, de 26/12/2011, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, en el que se le determinó al señor LÓPEZ HIGALDO una pérdida de capacidad laboral del 30,88% con fecha de estructuración 18/11/2011²⁶.

ii. Prueba testimonial:

En audiencia de pruebas de julio 22 de 2014²⁷, se recaudó el testimonio del médico VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, quien en la diligencia depuso:

“(...) Recibo turno a la una de la tarde, encuentro un paciente con deformidad en hombro, me ciño a los datos de historia clínica por lo de sesgo de memoria, pues por causas del tiempo, veo una fractura en cabeza de húmero por lo cual decido remitir ante las dificultades que hay en un pueblo como Pradera para remitir a un paciente de forma inmediata, viendo que no hay peligro de vida en el paciente decido dar orden de remisión para que sea valorado en el servicio de ortopedia en Palmira. Hasta allí va mi atención y esa fue mi conducta. [PREGUNTADO POR EL DESPACHO] En la misma fecha y por el mismo evento, previo a la valoración que usted nos indica al paciente, este ya había sido valorado por otro profesional de la salud? Responda si lo conoce y en caso afirmativo de acuerdo con la historia clínica cuál fue el concepto emitido por el galeno y el plan de manejo indicado por éste? [CONTESTO] Según la historia clínica fue valorado antes que yo por el doctor AURELIO GALEANO quien determina que hay signos que indican deformidad o posible luxación en hombro y ordena una radiografía de hombro la cual valoro yo y con la cual decido determinar una conducta que era ser valorado por ortopedia. [PREGUNTADO] Realizó usted alguna observación respecto de la valoración o plan de manejo que hizo el médico que lo precedió en la valoración del señor LÓPEZ. [CONTESTO] No. [PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA ENTIDAD DEMANDADA QUIEN PIDIO LA PRUEBA]: Quiero preguntarle al médico VICTOR HUGO MARTÍNEZ y con respecto a la pregunta que antecedió este interrogatorio formulado por la señora Juez con respecto al tratamiento previo realizado por el médico AURELIO GALEANO PEÑARANDA y quien según los hechos narrados en la demanda por la parte actora, usted hizo una aseveración “pues mira lo que le hizo al paciente”, esa aseveración fue realizada por usted? [CONTESTO] No. [PREGUNTADO] Hubo algún tipo de procedimiento fuera del ya señalado por usted en el que se haya maniobrado o tratado de reducir la fractura o posible lesión que tuviera el paciente por parte del señor AURELIO GALEANO PEÑARANDA, médico que lo precedió, o por usted? [CONTESTO] No se si esto caiga, pues como procedimiento o como lo estén asumiendo, pero lo que se hace por protocolo es inmovilizar el hombro, se intenta llevar la articulación a un estado neutro que es colocando el antebrazo sobre el tórax para tener el hombro quieto y que no se mueva si hay una fractura. Cuando llegué a consulta es lo que se había hecho y se había dado analgesia con Diclofenaco y Dipirona que son los medicamentos que tenemos a disposición en nivel uno, el único procedimiento que se hizo fue inmovilizar, no se hizo más nada. [PREGUNTADO] Según su respuesta anterior, entonces puede manifestarle al Despacho si al señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIGALDO, paciente atendido en la ESE SAN ROQUE DE PRADERA, se le intentó, abro comillas, “la expresión encajar el hombro”. [CONTESTO] No, por protocolo no lo hacemos, precisamente por eso, no sabemos si hay fractura o una simple luxación, no. [PREGUNTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE] Usted inicialmente

²⁵ Folio 5 Cuaderno No. 1

²⁶ Folios 23-27 Cuaderno No. 1

²⁷ Folios 118 al 121 Cuaderno No. 1

nos dijo que había observado una fractura, me supongo que para observar esta fractura tuvo que usted haber tenido un contacto con el paciente, haber mirado el hombro ¿cómo fue el procedimiento para usted observar de que el paciente tenía una fractura? [CONTESTO] Es imposible determinar una fractura viendo el paciente, la fractura la determino viendo la radiografía que previamente el doctor GALEANO había solicitado. Es imposible determinar si un paciente está fracturado a simple vista, precisamente por eso no se puede reducir una luxación si no hay una radiografía previamente. [PREGUNTADO] Entonces como nos acaba de confirmar de que hubo una fractura, usted también nos podría o verificó que solamente en el paciente presentaba una fractura u presentaba otra lesión en su hombro. [CONTESTO] Me ciño a los datos de la historia clínica, solo hay reporte de fractura de cabeza de húmero. Cuando se fracturan puede haber luxación, pueden haber las dos cosas: una luxación y una fractura, sí, pero allí la prioridad es la fractura. [PREGUNTADO] Usted solo observó las radiografías o tuvo algún diálogo con el médico GALEANO. [CONTESTO] Si la remisión la hice yo no estaba el doctor GALEANO de turno en ese momento, entonces pues por lógica no creo que hubiese tenido contacto con el doctor, no se, tal vez estaba almorzando, estaba en su hora, no se, pero si él lo recibió y valora el paciente y ordena manejo, pero soy yo quien termina remitiéndolo es porque él no estaba de turno, vuelvo y lo digo por cosa de sesgo de memoria por el tiempo de evolución no recuerdo haber tenido un contacto con el doctor GALEANO en cuanto a este paciente. [PREGUNTADO] Usted tiene alguna especialización en lo que tiene que ver con lectura de radiografías? [CONTESTO] No soy especialista en lectura de radiografías, pero desde el pregrado, más o menos desde el quinto semestre, empezamos a aprender a leer radiografías básicas, como son radiografías de huesos largos y de tórax, precisamente porque en nuestro medio los radiólogos no abundan, entonces el diagnóstico lo hacemos los médicos generales y más en la periferia como es Pradera. [PREGUNTADO] Entonces usted me podría decir que si no es especialista en la lectura de radiografías, usted podría haber dado un dictamen exacto si hubo fractura o no? [CONTESTO] Con respecto a si hubo o fractura o no, sí. [PREGUNTADO] Usted conoce, le consta o sabe si el doctor GALEANO tiene alguna especialización en lectura de radiografías o en lo que tiene que ver con fracturas, es especialista o es médico general. [CONTESTO] Actualmente no sé qué esté haciendo el doctor GALEANO, en ese momento era médico rural y como todos los médicos en Colombia tenemos un entrenamiento estandarizado, entonces me imagino que sabía leer radiografías igual que los médicos que estamos en la periferia (...) [CONTESTO] Entonces el doctor Galeano debe llevar más o menos cuatro años como médico general, porque eso fue cuando estaba haciendo rural si y uno hace rural inmediatamente se gradúa, o sea que debe llevar cuatro años como médico general, yo llevé seis años como médico general, de los cuales llevo siete meses como residente, me estoy especializando. [PREGUNTADO] O sea que el médico GALEANO en el año 2012, el 29 de diciembre estaba haciendo, era médico rural, se había acabado de graduar. [CONTESTO] Sí. [PREGUNTADO] Y para esa época usted exactamente cuánto llevaba de graduado. [CONTESTO] Llevaba ejerciendo dos años. (...) [CONTESTO] Especialización como tal no, pero sí entrenamiento. [PREGUNTADO] Usted tuvo algún contacto verbal con algún familiar del paciente, habló algo, le preguntó el paciente o los familiares del paciente, tuvo algún contacto verbal con ellos? [CONTESTO] Por respeto al paciente tuve que haberme dirigido a él para explicarle que lo iba a remitir, pues no, la conducta la tomo yo y tengo que informársela al paciente. (...) [CONTESTO] Simplemente di la información de la conducta que había tomado, solamente le expliqué que lo iba a remitir y no más. [PREGUNTADO] O sea que su respuesta es negativa, que no tuvo ningún contacto ni con el médico GALEANO ni con ningún familiar del paciente. [CONTESTO] No. (...) Conocí a GALEANO en el Hospital en el año que estuvo de rural y no más, no sé qué más pasó con él, antes no lo conocía y después de eso tampoco he estado en contacto con él y no sé nada de él. (...) Como lo dije en el inicio, yo hago turnos en Pradera de forma esporádica entre semana, voy una vez a la semana a urgencias y el doctor GALEANO no va al Hospital, no trabaja en el Hospital San Roque. (...) Para determinar una fractura la única forma que se puede hacer y confirmarlo es con una radiografía, no hay ningún otro medio. (...) Como lo dije, por protocolo, independiente de que haya una radiografía o no, se debe inmovilizar la articulación y luego, posterior a que se haga el diagnóstico con radiografía, se determina la conducta definitiva. Si tiene que haber un contacto con el paciente, haya o no radiografía porque la articulación se tiene que inmovilizar. [PREGUNTADO] Usted podría decirnos si como consecuencia de la inmovilización de esa fractura se podría causar un daño u otro tipo de lesión al paciente. [CONTESTO] Con todo el debido respeto esa respuesta no me queda a mí, no soy el competente, el competente es un ortopedista versus un fisiatra que son las especialidades que se encargan de las articulaciones y de sus secuelas; pero vuelvo e insisto, por protocolo, independiente de que haya o no una fractura se debe inmovilizar la articulación y dentro de lo que llevó en los años de experiencia como médico y como estudiante de medicina no considero que haya una secuela después de una inmovilización, todo lo contrario no inmovilizarlo puede producir secuelas. [PREGUNTADO] Las secuelas de las que usted nos habla, tiene que ver con la pérdida de movilidad del paciente, de un miembro. [CONTESTO] No soy el médico competente para determinar estos tipos de secuelas, no podría decirlo. [PREGUNTADO] Usted cree que el doctor GALEANO era el competente para determinarlo, para determinar si al paciente debía tomársele la radiografía o debía tener contacto para mirar si tenía alguna fractura. [CONTESTO] Pues creo que el doctor GALEANO como médico graduado de la Universidad del Valle tenía todas las facultades tanto teóricas como prácticas para hacer un diagnóstico del paciente y tanto es así que su actuar lo demuestra, yo veo, según la historia clínica,

hace contacto con el paciente, hace manejo del dolor, inmoviliza la articulación y pide radiografía que es el protocolo estándar que se debe hacer. (...) [PREGUNTADO] O sea, si como consecuencia del protocolo usted nos puede determinar si como consecuencia de la fractura que él sufrió es posible que esa fractura haya ocasionado la lesión que en la actualidad el señor posee. [CONTESTO] La fractura como tal trae consecuencias independientemente de lo que se le haya hecho, así lo haya operado el mejor especialista de hombro, la fractura como tal trae consecuencias, creo que sí, la fractura como tal, fractura como tal de la cabeza de húmero, trae consecuencias, no se, ni soy el médico correspondiente para determinar qué grado de consecuencia o secuela o de inmovilidad pueda traerle para el hombro, no para la mano, si tiene alguna secuela en mano no es por la fractura de hombro. [PREGUNTADO] Pero en todo caso una discapacidad de movilidad no sería posible? [CONTESTO] Repito, la fractura de hombro como fractura de hombro en si propiamente dicha puede traer secuelas, es muy posible que la secuela que tenga él, vuelvo y se lo digo, no soy quien para determinarlo, sea secundario a la fractura de hombro, pero no por ningún procedimiento, independiente del procedimiento que se haga, si el procedimiento está súper bien hecho con todos los estándares de rutina y de calidad la fractura en si como fractura deja secuela en el paciente. (...)²⁸

Se aclara finalmente que aunque inicialmente se señaló la posibilidad de recepcionar testimonio a la señora ALBA MILENA OCAMPO OSPINA, lo cierto es que como también actuaba como parte demandante, se consideró no podía ser testigo de la causa petendi, situación corroborada en decisión de marzo 3 de 2016, proferida por parte del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca²⁹.

iii. Prueba pericial:

En dictamen radicado con fecha diciembre 5 de 2014, el doctor LUIS ALBERTO DELGADO señala que el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ sufrió lesión y fractura desplazada subcapital del húmero derecho cuya reducción y tratamiento es exclusivo de médico ortopedista, no obstante su diagnóstico se puede realizar con radiografía, inmovilización y remisión del paciente posterior³⁰. En sesión de audiencia de pruebas de diciembre 11 de 2014³¹, el doctor LUIS ALBERTO DELGADO, sustentó el dictamen encomendado a solicitud de la parte demandante, el cual se resume de la siguiente manera:

" (...) La inquietud de que solicitan en este documento dice básicamente, realizar la lectura de cinco radiografías que aquí traigo y proceder a señalar si el procedimiento a seguir por el médico tratante era el de tratar de encajar el hombro del señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO. En ese sentido manifiesto, así como lo digo en el documento que envié la semana pasada, que en realidad este es un procedimiento exclusivamente del médico especialista, de tal manera que el médico general que atendió a este paciente HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO solamente podía limitarse a hacer el diagnóstico radiológico, inmovilizar al paciente en un cabestrillo y remitirlo para el cirujano ortopedista, ya que este procedimiento solamente lo puede realizar el especialista y este específicamente solamente por cirugía abierta, en ningún caso es posible realizar este procedimiento por cirugía cerrada. (...) Este es un caso complejo, se trata de una persona que tuvo un trauma de alta energía, que presentó además de una fractura del humero proximal, se luxó la articulación, es decir el hombro se salió de su sitio, se denomina una luxofractura, estas luxofracturas se acompañan en un porcentaje más o menos elevado de lesiones neurológicas, lesiones neurológicas asociadas al trauma, lo digo así porque en uno de los apartes que me enviaron,

²⁸ Acta de audiencia y disco compacto que contiene grabación en audio y video de la audiencia de pruebas, visibles a folios 118-121 Cuaderno No. 1

²⁹ Folios 25 al 26 Cuaderno de segunda instancia

³⁰ Folio 5 Cuaderno No. 2

³¹ Folios 137 al 139 Cuaderno No. 1

porque la historia es un poco incompleta, veo que a este paciente lo han venido estudiando desde el punto de vista de electromiografías, para estudiar, parece que tiene un déficit neurológico, ya, tiene un déficit neurológico en la mano pero es consecuencia de la lesión, el 40% de estos pacientes no se recupera, el otro 40% se recupera completamente y el 20% parcialmente; aquellos pacientes que no se recuperan, los tratamientos que hacen de tipo reconstructivo por la mano paralizada son de muy mal pronóstico, básicamente es eso. (...) [PREGUNTA EL APORADO DE LA PARTE ACTORA] Lo que aquí, pues, queremos entender es si la lesión que sufrió el señor al caerse de la escalera, con esa lesión él pudo, le daba para perder la movilidad de los brazos, de los dedos, como en la actualidad lo tiene el señor HIDALGO. [CONTESTO]: Pues mire, lo que pasa es que este tipo de lesión, que no es muy frecuente, sí, es muy frecuente la fractura aislada de las cuales muchas de esas ni si quiera son desplazadas está fractura del hombro, pero la fractura no está desplazada, desplazada es que no existe contacto adecuado de los fragmentos, esa es una fractura relativamente frecuente, en general se maneja con un cabestrillo y eso generalmente evoluciona favorablemente. Esta lesión, en el cual no solo la fractura se desplazó sino que además se salió del hombro, significa que el señor tuvo que haber tenido un trauma muy fuerte, muy fuerte y el trauma en sí, el trauma que tuvo que haber recibido en la parte probablemente lateral, cierto, que saca el hombro comprime el plexo braquial y el plexo braquial sale de la columna, son los nervios que van para la mano, esa lesión muchas veces, una vez que se trata por el especialista es recuperable, se recuperan los nervios, pero como lo acabe de mencionar un porcentaje elevado nunca se recupera, ya, y hay varios tipos, el plexo braquial se divide en una, si tenemos la clavícula, se divide en una porción supraclavicular, o sea proximal a la clavícula, por encima de clavícula y por debajo de la clavícula, ya, en un porcentaje importante de pacientes la lesión es tanto de arriba como de abajo y estuve mirando la electromiografía que le hicieron en el Centro Médico Imbanaco, el doctor TELLEZ, creo que es, y menciona una cantidad de lesiones muy bizarras, lo cual quiere decir que fue un trauma muy serio, es verdad, no está ocasionado por el tratamiento en urgencias, es el trauma que lo origina. [PREGUNTA]: Por eso doctora, para mí era de vital importancia el testimonio de la señora ALBA MILENA OCAMPO OSPINA, que es la esposa del señor HIDALGO, porque ella nos comentaba que el médico estuvo tratando de encajarle el brazo al señor durante dos horas, que incluso la señora tuvo que decirle no más, por favor déjelo así que el señor se va a desmayar, por favor, no le, sí. Entonces lo que nosotros tratamos de establecer aquí es si fue, la incapacidad del señor que tiene ahora de forma permanente en los dedos fue ocasionada por el médico al tratar de encajarle durante dos horas el brazo o fue producto de la caída, que fue una caída de una escalera que ella me dice que esa escalera, no fue alto, el señor no fue de una altura no muy alta, entonces uno podría decir que de pronto el trauma no era tan grave (...). [CONTESTO] Bueno doctora, en realidad en las radiografías primeras que le tomaron a este paciente son de muy mala calidad, pero en la siguiente radiografía, en la siguiente radiografía, que es tomada en la misma fecha se observa muy claramente, es una radiografía digital, en la cual se observa claramente que el hombro está luxado pero también está fracturado y se puede evidenciar claramente como esta cabeza debería estar en este sitio [Explica con la radiografía en la mano], o sea que esta cabeza que ustedes ven acá debería estar en frente de la escápula, o sea debería estar ocupando este sitio, pero si ustedes pueden observar acá, hay una gran fractura acá, una gran fractura acá que evidente está totalmente desplazada, está así y afuera, es muy difícil encajar esto por métodos cerrados; **pero quiero decir que en la historia clínica que me enviaron no encontré ningún momento en el cual en la historia de urgencias hubiera habido un registro de procedimiento hecho por los médicos en el servicio de urgencias del hospital de Pradera, Pradera es no, de manera que de acuerdo a lo, yo me atengo básicamente en lo que hay en la historia clínica, ya, en el sentido que el médico observó la radiografía, inmovilizó al paciente y lo remitió y eso es lo que se tiene que hacer.** (...) [PREGUNTADO] El dilema aquí era que inicialmente el médico al revisar la radiografías primeras el médico dijo que no era fractura y como no era una fractura él trató de encajarse el hombro. [CONTESTO] Sí doctor, pero, quiero decirle que en esta radiografías casi ni siquiera se ve la fractura, pésimas, pésimas ya, uno ve una mancha y si ve que está luxado el hombro, ni siquiera ve la fractura, si, entonces si yo tengo una radiografía de pésima calidad no puedo determinar el diagnóstico, sin embargo le tomaron otra y esta sí se ve claramente, se ve claramente la lesión, es todo lo que puedo decir. [PREGUNTA] Lo que pasa es que según cuenta, pues, la esposa del señor HIDALGO quien fue que lo acompañó en el servicio de urgencias, las primeras radiografías que se tomaron fue cuando él llegó y después, después del señor, de que el médico trató de encajarle durante este tiempo, después de eso él le tomó unas segunda radiografías, sí, entonces pues lastimosamente usted doctor dice que no se pueden leer las primeras. [CONTESTO] Uno como ortopedista, yo llevé 25 años en esto (...) Las radiografías iniciales son muy malas y cuando le toman las segundas radiografías se hace evidente la lesión ya, entonces la primeras radiografías puede a uno confundirlo, como médico, aún a un especialista, pero yo aquí la veo, veo la luxación y la fractura, de mala calidad pero se ve, es posible que un médico general no la haya visto, pero al menos en la historia clínica lo que está evidenciado es que ellos inmediatamente anotan claramente que tiene una fractura y una luxación, eso es todo doctor³² (...)”

³² Acta de audiencia y disco compacto que contiene grabación en audio y video de la audiencia de pruebas, visibles a folios 137-139 cuaderno 1.

De la prueba documental, testimonial y pericial antes descrita se puede colegir que:

- Con fecha diciembre 29 de 2010, a las 12:21 p.m., el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO recibió atención médica en el Servicio de Urgencias de la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, por parte del médico general AURELIO GALEANO PAÑARANDA, por lesión sufrida al caer de una escalera, de una altura aproximada de cinco (5) metros. Este galeno, de acuerdo con los signos observados, determinó la posible existencia de una luxación de hombro derecho, procediendo a ordenar una radiografía de dicho hombro y analgesia (medicamentos para el dolor); Igualmente ordenó inmovilización del miembro afectado³³.
- En la misma fecha, pero a las 13:57:14 horas, el señor LÓPEZ HIDALGO fue valorado por el médico general VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, quien con fundamento en la radiografía ordenada por el doctor GALEANO PEÑARANDA diagnóstico luxación en la articulación del hombro derecho y fractura en cabeza del húmero, por lo que dispuso su valoración por ortopedia de forma ambulatoria como una urgencia diferida³⁴.
- En la aludida fecha, con hora de ingreso a las 03:37:17 p.m. y de egreso a las 4:00 p.m., en el HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE PALMIRA, el traumatólogo y ortopedista RAMIRO CUCALÓN HERRERA le realizó el procedimiento REDUCCIÓN CERRADA DE LUXACIÓN DE HOMBRO DERECHO MÁS INMOVILIZACIÓN³⁵.
- Aunque existe evidencia que con fecha diciembre 30 de 2010, la EPS EMSSANAR autorizó al señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO, el procedimiento *"REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA SUBCAPITAL DE HUMERO CON FIJACIÓN INTERNA (DISPOSITIVO DE FIJACIÓN U OSTEOSINTESIS)"*, para ser realizado por el prestador ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE PALMIRA, igualmente autorizó valoración por anestesiólogo, electrocardiograma y exámenes prequirúrgicos³⁶; no se allegó Historia

³³ Folio 2 y 70 c.1.

³⁴ Ibídem.

³⁵ Folio 4 cuaderno 1.

³⁶ Folio 5 cuaderno 1.

Clínica en la que conste la materialización de tales acciones relacionadas con la salud del paciente.

- El anterior resumen de Historia Clínica coincide con la versión dada por el médico VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ en la declaración descrita líneas arriba, respecto del servicio médico brindado al paciente en el servicio de urgencias de la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADRA.
- Del dictamen rendido por el doctor LUIS ALBERTO DELGADO, Director del Servicio de Ortopedia del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCÍA”, se infiere que:
 - i) Los médicos generales AURELIO GALEANO PEÑARANDA y VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ del HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA no podían tratar de encajar el hombro luxado del señor HERNÁN DARÍO, es decir, no podían reducir esa luxación; por protocolo, sólo debían hacer el diagnóstico radiológico, inmovilizar al paciente en un cabestrillo y remitirlo al cirujano ortopedista, pues este especialista es el competente para llevar a cabo un procedimiento de esa índole mediante cirugía abierta;
 - ii) El diagnóstico de la lesión es fractura del húmero proximal y luxación de la articulación del hombro derecho –luxo fractura-;
 - iii) La lesión se acompaña en un porcentaje más o menos elevado de lesiones neurológicas, porque al salirse el hombro se comprime el plexo braquial, que son nervios que salen de la columna y van para la mano;
 - iv) El señor LÓPEZ HIDALGO tiene un déficit neurológico en la mano como consecuencia de la lesión padecida, no posible por el tratamiento dado en urgencias;
 - v) En la Historia Clínica allegada no se encuentra registro del procedimiento que refiere la parte demandante realizó el médico AURELIO GALEANO PEÑARANDA, esto es, tratar de encajar el hombro luxado del paciente. Por el contrario, del contenido de dicho documento se percibe que el galeno observó la radiografía, inmovilizó al paciente y lo remitió, como es lo debido;

- vi) Aunque la primera radiografía que se le tomó al paciente es de mala calidad, sin embargo se puede apreciar claramente la luxación y por ello se dispuso el traslado del paciente a valoración por ortopedista y no resulta lógico que se ordene la radiografía después de ordenar determinado procedimiento.
- vii) En la nueva valoración médica por parte del especialista adscrito al Hospital SAN VICENTE DE PAUL de PALMIRA, ante nuevas radiografías, inmediatamente se dedujo el diagnóstico grave y eventualmente generador de secuelas derivadas de la existencia de una fractura del húmero derecho y una luxación, capaz de afectar el sistema nervioso.

7. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

De acuerdo con los hechos considerados probados, el 29 de diciembre de 2010 el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO sufrió caída de una escalera, desde una altura aproximada de cinco (5) metros, circunstancia por la cual a las 12:21 de la tarde de ese mismo día recibió atención médica en el servicio de urgencias de la ESE HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, por parte del médico general AURELIO GALEANO PAÑARANDA, quien determinó la posible existencia de una luxación de hombro derecho, procediendo a ordenar una radiografía de dicho hombro, medicamentos analgésicos e inmovilización del miembro afectado³⁷.

El médico que siguió en turno, Dr. VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, con fundamento en radiografía, diagnosticó luxación en la articulación del hombro derecho y fractura en cabeza del húmero, por lo que dispuso su valoración por ortopedia de forma ambulatoria como una urgencia diferida, valoración que fue realizada por médico traumatólogo y ortopedista del HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE PALMIRA en la misma data³⁸, donde se llevó a cabo el procedimiento denominado REDUCCIÓN CERRADA DE LUXACIÓN DE HOMBRO MÁS INMOVILIZACIÓN³⁹, además se le ordenó la realización del procedimiento *“REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA SUBCAPITAL DE HUMERO CON FIJACIÓN INTERNA (DISPOSITIVO DE FIJACIÓN U OSTEOSINTESIS)”*, así como valoración por anestesiólogo, la realización de un electrocardiograma y de exámenes prequirúrgicos⁴⁰.

³⁷ Folio 2 y 70 c.1.

³⁸ Ibídem.

³⁹ Folio 4 cuaderno 1.

⁴⁰ Folio 5 y 6 cuaderno 1.

La parte demandante refiere que el primer médico que atendió al señor HERNÁN DARÍO, luego de tomarle una radiografía intentó, sin éxito, encajar (reducir) el hombro luxado; procedimiento anómalo le generó al paciente una secuela permanente en el miembro superior derecho consistente en pérdida de la capacidad laboral del 30%, según dictamen proferido por la Juan Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca; por tanto, se señala, que tal situación le ocasionó diversos perjuicios tanto al paciente, como a su familia que pretende sean reparados a través del presente proceso.

Ahora, como en el presente asunto se debate una presunta actuación negligente e imprudente de la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, al realizar un mal manejo médico a la patología que presentaba el señor LÓPEZ HIDALGO, que, según la parte demandante, le generó una incapacidad permanente parcial; se reitera que el régimen de responsabilidad aplicable y que será objeto de estudio es el subjetivo a título de falla del servicio probada, en el cual deben los actores demostrar los elementos de la responsabilidad propios de este régimen, como son:

- i) La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido;
- ii) La existencia de un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo y,
- iii) El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

Según lo expuesto, deberá el Despacho analizar, uno a uno, los diferentes elementos integradores del régimen de responsabilidad a aplicar; advirtiendo desde ya, que en caso de no lograrse acreditar cualquiera de ellos, por parte de los demandantes, se denegarán las súplicas de la demanda, sin que se haga necesario continuar con el estudio de los restantes.

7.1. Daño Antijurídico

Como ya se explicó con anterioridad, el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, por lo tanto, no todos los daños son susceptibles de ser indemnizados y solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad.

En consecuencia, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

De conformidad con lo anterior, se considera que en el presente caso se configuró un daño antijurídico que se contrae a la incapacidad permanente parcial que sufrió el señor HERNÁN DARÍO, representada en pérdida de la capacidad laboral del 30%, secuela que fue determinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca mediante dictamen No. 79431211 realizado el 26 de diciembre de 2011⁴¹.

Dicho daño se traslada igualmente a sus familiares más próximos en razón al vínculo sentimental y afectivo que lleva consigo el dolor y el sufrimiento padecido por el paciente por los acontecimientos descritos.

Así las cosas, los demandantes sufrieron un daño antijurídico en los términos indicados, por cuanto no se encontraban en la obligación jurídica de soportar el mismo.

7.2. Hechos u omisiones constitutivas de falla del servicio

De las pruebas arrojadas al expediente, no se vislumbra que el Hospital demandado haya incurrido en una falla en la prestación del servicio médico requerido por el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ, ni mucho menos, que la pérdida de capacidad laboral del 30% dictaminada al mismo sea producto del actuar negligente, imprudente y reprochable del citado Hospital, según se pasa a explicar:

⁴¹ Folios 23 al 27 Cuaderno No. 1

Se acreditó de acuerdo con la Historia Clínica y con la declaración que rindió el médico VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, que el señor LÓPEZ HIDALGO ingresó al servicio de urgencias de la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA el 29 de diciembre de 2010, con trauma a causa de caída sufrida desde una escalera, a una altura aproximada de cinco (5) metros.

El médico de turno, Dr. AURELIO GALEANO PAÑARANDA, determinó una posible luxación de hombro derecho, procediendo a ordenar una radiografía de dicho hombro, medicamentos analgésicos e inmovilización del miembro afectado.

El médico que siguió en turno, Dr. VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, con fundamento en radiografía diagnosticó luxación en la articulación del hombro derecho y fractura en cabeza del húmero, por lo que dispuso su valoración por ortopedia de forma ambulatoria como una urgencia diferida⁴².

Con la Historia Clínica aportada con la demanda, se logró establecer que el mismo 29 de diciembre de 2010, el paciente fue valorado por médico traumatólogo y ortopedista del HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE PALMIRA, donde se llevó a cabo el procedimiento denominado REDUCCIÓN CERRADA DE LUXACIÓN DE HOMBRO MÁS INMOVILIZACIÓN⁴³, además se le ordenó la realización del procedimiento *“REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA SUBCAPITAL DE HUMERO CON FIJACIÓN INTERNA (DISPOSITIVO DE FIJACIÓN U OSTEOSINTESIS)”*, así como valoración por anestesiólogo, la realización de un electrocardiograma y de exámenes prequirúrgicos⁴⁴.

La parte demandante adujo en los hechos de la demanda que hubo un mal procedimiento por parte del médico AURELIO GALEANO PAÑARANDA por cuanto éste, luego de tomarle una radiografía al paciente, intentó, sin éxito, encajar el hombro luxado, es decir que trató de reducir la luxación por vía cerrada; y que esta conducta inadecuada le generó al señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ una incapacidad permanente parcial o pérdida de la capacidad laboral del 30%, que fue dictaminada por la Juan Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca.

En la sesión de audiencia de pruebas de diciembre 11 de 2015, más exactamente en la diligencia de contradicción del dictamen pericial rendido por el doctor LUIS ALBERTO DELGADO, el apoderado de la parte demandante en el interrogatorio

⁴² Folio 2, 70, 118 -121 c.1.

⁴³ Folio 4 cuaderno 1.

⁴⁴ Folio 5 y 6 cuaderno 1.

que le formuló al mismo, manifestó que de acuerdo con la versión de la esposa del señor LÓPEZ HIDALGO, señora ALBA MILENA OCAMPO OSPINA, quien lo acompañó en el servicio de urgencias, la maniobra de tratar de encajar el hombro la efectuó el médico GALEANO PEÑARANDA, quien después de leer la primera radiografía que le tomó a su esposo, por cuanto no observó fractura en esta.

Es decir, que la parte demandante infiere que hubo un mal diagnóstico radiológico por parte del mentado galeno, en tanto que con la radiografía sólo diagnosticó luxación, siendo que ésta indicaba luxación y fractura, y con fundamento en ese diagnóstico incompleto trató de encajar el hombro luxado.

Al respecto el Juzgado considera que la versión del apoderado de la parte demandante en el sentido de de que el doctor GALEANO PEÑARANDA trató de “*encajar el hombro*” (reducir la luxación) del paciente, no está demostrada en el proceso dado que de su ocurrencia sólo se tiene el dicho de los demandantes.

En efecto, en la Historia Clínica, no tachada de falsedad por la parte actora, y allegada tanto por la demandante como por la parte demandada, no se verifica tal acontecimiento⁴⁵.

Este documento da cuenta que el doctor GALEANO PEÑARANDA determinó una posible luxación de hombro derecho y que procedió a ordenar una radiografía, medicamentos analgésicos y la inmovilización del miembro afectado; que el manejo del paciente lo continuó el médico VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, quien apoyado en radiografía diagnosticó luxación en la articulación del hombro derecho y fractura en cabeza del húmero, disponiendo, por tanto, valoración por ortopedia de forma ambulatoria como una urgencia diferida⁴⁶.

Todo lo consignado en dicha Historia Clínica fue ratificado por el doctor MARTÍNEZ SÁNCHEZ en la declaración que ofreció dentro de este proceso. En esta diligencia aseveró que no hizo ninguna observación sobre el servicio médico que brindó el doctor GALEANO PEÑARANDA al señor HERNÁN DARÍO y que no es cierto, como se afirma en la demanda, que él le haya dicho a éste:

“(...) pues mire lo que le hizo al paciente (...)”

⁴⁵ Folios 2, 3 61 al 72 Cuaderno No. 1

⁴⁶ Folio 2, 70, 118 al 121 Cuaderno No. 1.

Lo anterior, en cuanto no recuerda haber tenido contacto con su colega respecto del tratamiento impartido a este paciente. Igualmente negó que en la atención de este paciente se haya tratado de *“encajar el hombro”*, porque por protocolo no lo pueden hacer en tanto se debe remitir el paciente a valoración del especialista.

Del dictamen emitido por doctor LUIS ALBERTO DELGADO, se establece que:

- (i) El diagnóstico de la lesión padecida por el señor HERNÁN DARÍO LÓPEZ HIDALGO, es fractura del húmero proximal y luxación de la articulación del hombro derecho - luxa fractura -;
- (ii) El protocolo médico en estos casos consiste en realizar el diagnóstico radiológico, inmovilizar al paciente en un cabestrillo y remitirlo al cirujano ortopeda, ya que este especialista es el competente para el manejo de la lesión;
- (iii) De conformidad con la Historia Clínica, los médicos del servicio de urgencias de la E.S.E. HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA cumplieron dicho protocolo y no existe registro de que el médico AURELIO GALEANO PEÑARANDA haya tratado de encajar (reducir) el hombro luxado del paciente;
- (iv) La primera radiografía que se le tomó al paciente aunque es de mala calidad, sin embargo se puede ver la luxación y la fractura, no obstante al margen de que exista la posibilidad de que el médico general no la haya visto, en la Historia Clínica está evidenciado que los médicos del HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA, inmediatamente y de manera clara anotaron que el paciente tenía una fractura y una luxación; y
- (v) El señor LÓPEZ HIDALGO tiene un déficit neurológico en la mano como consecuencia de la lesión padecida, no por el tratamiento en urgencias.

Por manera que la presunta falla en el servicio médico derivada de un mal procedimiento médico como lo es, tratar de reducir la luxación de la articulación del hombro derecho del señor HERNÁN DARÍO, no está probada en el expediente. Aunque de conformidad con lo manifestado en los hechos de la demanda, se afirma que en desarrollo de procedimiento médico que implicó movimiento del hombro afectado, en la Historia Clínica no consta tal hecho, aspecto que fue ratificado tanto por el médico VÍCTOR HUGO MARTÍNEZ

SÁNCHEZ en la declaración recepcionada, como por el doctor LUIS ALBERTO DELGADO en el dictamen rendido.

Contrario sensu, el dictamen pericial emitido por el Dr. DELGADO, es contundente en concluir que la secuela - déficit neurológico en la mano - que presenta el señor LÓPEZ HIDALGO, es consecuencia de la lesión sufrida por éste el 29 de diciembre de 2010 y no por el servicio médico que se le brindó en el HOSPITAL SAN ROQUE DE PRADERA en esa fecha⁴⁷, para con posterioridad ordenar la realización de “REDUCCIÓN ABIERTA DE FRACTURA SUBCAPITAL DE HÚMERO CON FIJACIÓN INTERNA”⁴⁸.

En suma, el daño de que fueron objeto los demandantes, del cual tratan los hechos de la demanda, y los perjuicios que por esa causa seguramente debieron soportar éstos, aunque comporta el carácter de antijurídico, no es imputable a la entidad demandada al no probarse la existencia de una falla en el servicio médico prestado a la paciente. Se denegarán por tanto las pretensiones de la demanda.

8. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.⁴⁹, entre otras cosas, establece que “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁵⁰:

*“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**”* (Se resalta).

⁴⁷ Folios 4, 7 y 8 Cuaderno No. 1

⁴⁸ Folios 5 y 6 Cuaderno No. 1

⁴⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

9. OTRA DECISIÓN

La doctora RUBY TABARES CALERO, en calidad de Secretaria Jurídica de la Alcaldía de Palmira⁵¹, otorgó poder especial, amplio y suficiente al abogado JUAN MARTÍN ARANGO MEDINA, para que asuma la defensa del Municipio de Palmira dentro del presente proceso, en su condición de sucesor procesal de la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paul de Palmira.

El Despacho se abstendrá de reconocer personería al doctor JUAN MARTÍN ARANGO MEDINA, para actuar dentro de este proceso, toda vez que la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Palmira (hoy liquidado) y el Municipio de Palmira no son sujetos procesales dentro de esta Litis, ni está acreditado que les asiste algún interés dentro del pleito.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito

⁵¹ Folios 156 al 165

Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de proveído.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

CUARTO: NO RECONOCER personería para actuar dentro de este proceso, al abogado JUAN MARTÍN ARANGO MEDINA, identificado con C.C. No. 1.053.801.712 de Manizales y tarjeta profesional No. 232.594 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme a la razón que se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez