



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

| | |
|--------------------|--|
| ACCIÓN: | REPARACIÓN DIRECTA |
| DEMANDANTE: | MARÍA JERÓNIMA AMAYA GÓMEZ |
| DEMANDADO: | NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO |
| RADICADO: | 73001-33-33-003-2013-00159-00 |
| ASUNTO: | Falla servicio médico |
| SENTENCIA: | 00144 |

I. ANTECEDENTES

Procede el despacho, a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro de la presente del presente medio de control de REPARACIÓN DIRECTA promovido por MARÍA JERÓNIMA AMAYA GÓMEZ en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y EL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – I.S.S., no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales.

1. PRETENSIONES

PRIMERO.- Que se declare a las entidades accionadas administrativa y patrimonialmente responsables de todos los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a la señora María Jerónima Amaya Gómez, en razón de la falla en la prestación del servicio médico asistencial.

SEGUNDO.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades accionadas a pagar a la señora María Jerónima Amaya Gómez las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de lucro cesante: Ciento cuarenta y un millones ciento ocho mil trescientos pesos (\$141.108.300).

- Por concepto de perjuicio moral: la suma equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Por concepto de daño a la vida de relación: la suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO.- Que se ordene a las entidades accionadas actualizar la condena impuesta de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO.- Que se ordene a las entidades accionadas dar cumplimiento a la sentencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO.- Que se condene a las entidades accionadas al pago de costas y agencias en derecho, en los términos establecidos en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, la accionante relacionó los hechos y omisiones que a continuación se sintetizan:

1. La señora María Jerónima Amaya Gómez se encontraba afiliada al Instituto de Los Seguros Sociales – I.S.S., a quien en el año 2004, después de realizados diversos exámenes diagnósticos, se le ordenó el procedimiento quirúrgico denominado histerectomía, a fin de extraer su útero.

2. La cirugía histerectomía fue practicada a la demandante María Jerónima Amaya Gómez el día 24 de enero del año 2005 por el médico Hermes Francisco Díaz Camacho, quien se encontraba vinculado al Instituto de los Seguros Sociales – I.S.S.

3. Con posterioridad a la cirugía, la señora María Jerónima Amaya Gómez presentó fuertes dolores abdominales, por esa razón, el día 02 de febrero de 2005 acudió al servicio de urgencias, siendo hospitalizada. Una vez le fueron practicados una serie de exámenes diagnósticos especializados, se encontró que el uréter del riñón izquierdo había sido lesionado.

4. El día 5 de febrero del año 2005, la señora María Jerónima Amaya Gómez fue intervenida quirúrgica por segunda vez, por parte del médico Mario Bonet Arciniegas, adscrito a la entidad demandada, quien realizó el reimplante de uréter izquierdo. La actora, refiere con posterioridad ha tenido que ser intervenida en tres ocasiones más, para reimplantar el uréter del riñón izquierdo.

5. Como consecuencia de lo anterior, la señora María Jerónima Amaya Gómez continuó presentando problemas de salud, dolores intensos, práctica de exámenes, toma excesiva de medicamentos, así como también le fue prescrito un largo periodo de incapacidad, no obstante, según el criterio y las opiniones de los médicos tratantes, relacionados con un pronóstico de recuperación favorable, la accionante siempre guardó la esperanza de mejorarse.

6. La accionante hizo énfasis en que en la fecha en que ingresó al servicio médico brindado por la entidad demandada cuando se practicó la histerectomía, no presentaba fallas renales, éstas las empezó a padecer con posterioridad a dicho procedimiento, el cual fue ordenado por una afección totalmente diferente a que actualmente padece.

7. La señora María Jerónima Amaya Gómez denunció ante la Fiscalía General de la Nación al médico Hermes Francisco Díaz Camacho por la comisión del delito de lesiones personales culposas, proceso que culminó con sentencia condenatoria en contra del galeno de fecha 21 de junio de 2012.

8. El 28 de febrero del año 2011 se practicó a la señora María Jerónima Amaya Gómez el examen denominado “renograma secuencial con filtración glomerular DTPA”, con la finalidad de establecer el estado del riñón izquierdo, que tuvo como resultado: “cambios de nefropatía crónica con hidroureteronefrosis izquierda de tipo obstructivo, pieloectasia derecha con mala respuesta al diurético”.

9. Con base en dicho examen y según el criterio de su médico tratante, el 16 de julio de 2011 la señora María Jerónima Amaya Gómez fue intervenida quirúrgicamente, en la que

se realizó el procedimiento ureterolitotomía, con el propósito de salvar la funcionalidad del riñón izquierdo, no obstante el objetivo no se logró. Por lo anterior, el especialista determinó que a la accionante debía extirparse su riñón izquierdo y a la fecha de presentación de la demanda de la referencia, está a la espera de la práctica de esa cirugía.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL¹

Mediante apoderada judicial, la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL contestó oportunamente la demanda de la referencia, mediante la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando respecto de los hechos que los mismos no le constan y que por tanto deben ser probados por la parte actora.

Como argumentos de la defensa de la entidad, la apoderada hizo referencia al concepto de descentralización administrativa y al marco normativo que regula las competencias de las entidades territoriales en el sector salud, de la que se resaltó, que una cosa es el sistema de protección social y otra muy distinta la prestación del servicio de salud, indicando que dicho sistema si bien hace parte el Ministerio, al cual se le asignaron funciones específicas, no tiene la competencia de prestar directamente servicios médicos asistenciales, así como tampoco de orientar los procedimientos médicos, obligación que recae en las IPS asignadas por las EPS.

Así mismo, señaló que la prestación del servicio de salud es un asunto de orden regional, departamental, distrital o municipal en el que no interviene el Ministerio, citando para el efecto, las normas contenidas en los artículos 298, 303, 314 de la Constitución Política, los Decretos 350, 356 y 526 de 1975, Ley 10 de 1990, Ley 60 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 715 de 2001, Ley 790 de 2002, Decreto 205 de 2003.

De la normatividad transcrita, la entidad accionada concluyó que el Ministerio de la Protección Social es el ente rector de las políticas públicas en materia de salud, trabajo y riesgos profesionales, pero no una entidad prestadora de servicios de salud, por lo tanto, queda claro que en el asunto objeto de este debate, no es posible endilgar responsabilidad administrativa y patrimonial en su contra.

Aunado a lo anterior, la entidad accionada señaló que para que la responsabilidad pueda ser atribuida, se requiere que el hecho que ocasiona el daño, se realice en función directa de las competencias que legalmente se le han asignado, o que, sin que le esté expresamente asignada, la haya asumido por su cuenta y riesgo, razón por la cual, en los eventos en que tales presupuestos no se configuran, no puede deducirse responsabilidad alguna en su contra, tal y como ocurre en el presente asunto.

Se refirió a los elementos constitutivos de la responsabilidad y posteriormente manifestó que en el caso concreto, respecto del Ministerio de Salud y Protección Social no se configuran, toda vez que la falla del servicio que alega la actora recae directamente en los entes encargados de la prestación del mismo, y agregó que de los hechos narrados por la parte actora, no puede predicarse función que le corresponda cumplir al Ministerio, pues si se leen cuidadosamente, en ninguno de ellos se afirma que la entidad hubiera incurrido en las omisiones alegadas por la demandante.

¹ fls. 170 – 177 del cuaderno principal del expediente.

Propuso como excepciones: falta de legitimación en la causa pasiva; caducidad de la acción de reparación directa; inexistencia del derecho; imposibilidad jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social de prestar servicios de salud; cobro de lo no debido.

3.2 INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – I.S.S. EN LIQUIDACIÓN²

Actuando por intermedio de apoderado judicial, la entidad demandada contestó oportunamente la demanda de la referencia, mediante la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora.

Señaló que la entidad que conformidad con lo establecido en el Decreto 1750 de 2003, mediante el cual se escindió del Instituto de los Seguros Sociales la prestación de los servicios de salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatorio, y se crearon las Empresas Sociales del Estado, corresponde a la E.S.E Policarpa Salavarrieta en donde fue atendida la accionante en el año 2005, según se desprende de su historia clínica, asumir la responsabilidad derivada de las presuntas fallas en la prestación del servicio de salud que se alegan a través del presente medio de control.

Propuso como excepciones: caducidad de la acción; falta de legitimación en la causa por pasiva; culpa exclusiva de un tercero.

3.3. ENTIDAD VINCULADA – FIDUPREVISORA S.A.³

La entidad vinculada FIDUCIARIA LA PREVISORA – PAR POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda de la referencia, mediante la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora.

Respecto de los hechos señalados por la demandante, la entidad indicó que no le constan y refirió que no es cierto que la entidad hospitalaria haya incurrido en la falla en la prestación del servicio médico asistencial, por el contrario, afirmó que la atención brindada a la paciente se caracterizó por la excelente calidad profesional y humana, aclarando que la liquidación de la entidad se ordenó por problemas de orden fiscal, más no por deficiencias asistenciales.

Se indicó que la entidad liquidadora de la E.S.E POLICARPA SALAVARRIETA, esto es FIDUAGRARIA S.A. suscribió contrato de fiducia mercantil No. 065 de 2008, que tuvo por objeto la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes denominado PAP – ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUID PAR, al cual se transfieren los recursos y procesos remanentes al concluir el proceso liquidatorio, en el que se pactó que la fiduciaria no está obligada a asumir con recursos propios cualquier erogación derivada del mencionado contrato.

Así mismo, señaló que el patrimonio autónomo de remanentes de la extinta E.S.E de la cual es vocera la FIDUPREVISORA S.A., no asumió la titularidad de los derechos y las obligaciones a su cargo, ni se constituyó como cesionario, sustituto o subrogatario en el ejercicio de estas, razón por la cual no es la entidad responsable de atender las pretensiones de la accionante.

² Fls. 190 - 198 del cuaderno principal del expediente.

³ Fls. 265 – 280 del cuaderno principal del expediente No. 1.2.

Con respecto del caso concreto, la entidad vinculada consideró que el nexo de causalidad entre el presunto daño y la atención médica brindada en la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA no está acreditada, razón por la cual no hay lugar a acceder a las pretensiones solicitadas por la parte demandante, teniendo en cuenta que no reúnen los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual, que han sido fijados por el órgano de cierre de esta jurisdicción.

Se afirmó que de la actividad médica desarrollada en el presente asunto se concluye que los procedimientos llevados a cabo por parte del profesional de salud de la época se ajustaron a los protocolos establecidos por la ciencia médica para tratar su patología, resaltando que las obligaciones del médico son de medio y no de resultado.

Formuló como excepciones las que denominó: “Falta de legitimación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta hoy en liquidación, en la causa por pasiva”; “caducidad de la acción”; “cobro de lo no debido” y “responsabilidad subjetiva en la prestación del servicio de salud”.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL⁴

La entidad accionada en el escrito por medio del cual presentó sus alegatos de conclusión, hizo referencia a la disolución y liquidación de la Empresa Social del Estado POLICARPA SALAVARRIETA, realizada por FIDUAGRARIA S.A., entidad que a su vez suscribió contrato de fiducia mercantil número 062 de 2008 con la fiduciaria LA PREVISORA S.A., el cual no implica la continuidad en la personería jurídica de la extinta E.S.E. Adicionalmente, precisó que FIDUPREVISORA S.A. no fue el liquidador de la mencionada entidad hospitalaria, su relación se limita a la constitución del patrimonio autónomo de remanentes, sin que se le hubiere otorgado la calidad de cesionaria o subrogataria de las obligaciones del fideicomitente.

Con respecto del caso concreto, reiteró los argumentos de defensa de la entidad contenidos en el escrito de contestación de la demanda, que hacen referencia a la ausencia de prueba del nexo de causalidad entre el daño padecido por la demandante y la actuación llevada a cabo por la entidad, circunstancia que hace improcedente la prosperidad de las pretensiones incoadas, máxime cuando el Ministerio demandado no fue la entidad que prestó el servicio de salud, toda vez que no hace parte de sus funciones y competencias.

Por último, reitera que al Ministerio de Salud y Protección Social no le asiste legitimación en la causa por pasiva en el proceso de la referencia.

4.2. PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – PAR ISS⁵

El apoderado judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto Instituto de los Seguros Sociales cuya vocera y administradora es FIDUAGRARIA S.A., en su escrito de alegatos de conclusión, nuevamente, hizo referencia a los antecedentes administrativos del proceso de liquidación y supresión de dicha entidad que finalizó el 31 de marzo de 2015.

⁴ Fls. 392 – 397 cuaderno principal del expediente No. 1.2

⁵ Fls. 398 – 400 cuaderno principal del expediente No. 1.2

Así mismo, se indicó que previo al cierre del proceso de liquidación, se suscribió contrato de fiducia mercantil no. 015 de 2015 por parte de Previsora S.A., con la entidad FIDUAGRARIA S.A. para la constitución del patrimonio autónomo de remanentes del Instituto de Seguros Sociales I.S.S., que, entre otras, adquirió la obligación de atender la defensa en los procesos judiciales, arbitrales y administrativos o de otro tipo que hayan sido iniciados en contra del Instituto con anterioridad al cierre del proceso de liquidación.

Conforme al mencionado contrato, se indicó que la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA no es sucesor procesal, razón por la cual no puede concurrir en el presente proceso de reparación directa en calidad de persona jurídica demandada, así como tampoco asumir con su patrimonio la posible condena que llegare a imponerse.

Respecto de lo anterior, concluyó que es obligación del Patrimonio Autónomo de Remanentes del I.S.S atender los procesos judiciales iniciados contra la entidad liquidada y notificados antes del 31 de marzo de 2015, sin que ello implique subrogación legal o sucesión procesal, toda vez que la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A.-FIDUAGRARIA, actúa única y exclusivamente como vocera y administradora de dicho Patrimonio Autónomo.

Sobre el caso particular, la entidad accionada reiteró que no hay lugar a endilgar responsabilidades al Instituto de los Seguros Sociales – I.S.S., teniendo en cuenta que la entidad que prestó el servicio de salud y brindó la atención médica a la paciente María Jerónima Amaya Gómez en el año 2004 y siguientes fue la E.S.E POLICARPA SALAVARRIETA, razón por la cual esta sería la llamada a responder por las supuestas omisiones y fallas en la prestación del servicio que aduce la demandante, en virtud del convenio interadministrativo suscrito entre las entidades cuyo objeto era prestar el servicio de salud a los afiliados, conforme al cual se brindó la atención de salud a la paciente, ajustándose en todo momento a los lineamientos normativos establecidos por la Ley 100 de 1993 y al contenido programático del Plan Obligatorio de Salud.

Por último, indicó que en el asunto de la referencia se configura el fenómeno jurídico de caducidad de la acción de reparación directa.

Por todo lo anterior, consideró que en el asunto de la referencia deben negarse las pretensiones de la demanda.

4.3. PARTE DEMANDANTE⁶

El apoderado judicial de la demandante mediante el escrito de alegatos de conclusión señaló que con los medios de prueba allegados al proceso, se logró demostrar la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, lo cual soporta la pretensión indemnizatoria incoada.

Explicó que está debidamente probado que a la señora María Jerónima Amaya el día 24 de enero de 2005 se le practicó la cirugía histerectomía, la cual fue ordenada por su médico tratante y que con ocasión de la misma sufrió una ligadura de uréter, razón por la cual, el día 5 de febrero de 2005 tuvo que ser intervenida quirúrgicamente de nuevo, para reimplantar el uréter del riñón izquierdo.

⁶ Fls. 402 – 404 cuaderno principal del expediente No. 1.2.

Afirmó que con la prueba allegada al plenario, específicamente las declaraciones y probanzas recaudadas en el curso de la investigación penal adelantada en contra del médico Hermes Francisco Camacho Díaz, especialmente, del testimonio rendido por el médico especialista Mario Bonet Arciniegas, se pudo verificar, que la complicación de índole renal, que presentó la paciente, no está dentro de las posibles complicaciones de la histerectomía.

Agregó que con la Historia Clínica que se encuentra en el expediente, se puede evidenciar que el "grave error" cometido por el agente de las demandadas en la intervención quirúrgica practicada, tuvo una nefasta repercusión en la salud de la demandante, quien desde ese momento debió ser intervenida quirúrgicamente en varias ocasiones, para reimplantar el uréter, ante las infecciones urinarias que la aquejaban constantemente, lo que en últimas le ha ocasionado la pérdida de funcionalidad del riñón.

De todo lo anterior, concluyó que en el presente caso se presentó una falla médica por una mala praxis, que se generó ante la ligadura del uréter izquierdo de la paciente.

Adicionalmente, señaló que las entidades demandadas no cumplieron con su carga probatoria, dado que no allegaron medios de prueba tendientes a desvirtuar la responsabilidad médica que se les endilga, máxime si se tiene en cuenta, que la Jurisprudencia ha enfatizado que tratándose de hechos que se ocasionen en la intimidad de un procedimiento quirúrgico, que por su rasgo técnico y especializado generen dificultad probatoria en los pacientes, se debe aplicar la teoría de la "*carga dinámica de la prueba*", que no resulta ser otra cosa, que la obligación de la parte demandada de probar los hechos sobre los que fundamente su exculpación, circunstancia que no ocurrió en el presente asunto.

De otra parte, afirmó que los perjuicios sufridos por la demandante con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico están acreditados, como puede evidenciarse en el caudal probatorio que reposa en el expediente, resaltando la pérdida de capacidad laboral de la accionante que se aproxima al grado de invalidez del 50%.

Por último, se manifestó que la entidad accionada Ministerio de Salud y Protección Social debe ser declarado responsable solidario de las condenas que se le impongan al I.S.S en Liquidación, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, debe vincularse a la cartera ministerial en el pago de las condenas impuestas al extinto instituto, por la calidad de entidad vinculada que tuvo éste, y la prevalencia de los principios de justicia y reparación, que no pueden ser desatendidos al imponer condena a una entidad que ya desapareció de la vida jurídica.

Por todo lo anterior, reiteró su solicitud de acceder a las súplicas de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO

Procede el despacho a determinar conforme se estableció en la audiencia inicial si ¿las demandadas son administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios causados a la señora MARÍA JERÓNIMA AMAYA GÓMEZ como consecuencia de los perjuicios ocasionados por la mala práctica de la histerectomía realizada, que devino en diferentes operaciones para reimplantar el uréter y consecuentemente la pérdida de funcionalidad de su riñón?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO

6.1 Tesis de la parte accionante

Debe declararse patrimonialmente responsable a la entidad accionada, en virtud de las falencias en el servicio médico que se le prestó a la señora María Jerónima Amaya Gómez en la cirugía denominada histerectomía practicada el 24 de enero de 2005, lo cual trajo como consecuencia la pérdida de funcionalidad de su riñón izquierdo, diagnosticada el 28 de febrero de 2011.

6.2. Tesis de la parte accionada

NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Considera que no es la entidad llamada a responder por la falla en la prestación del servicio médico que aduce la parte demandante, como quiera que la entidad si bien hace parte del sistema general de seguridad social en salud, dentro de sus funciones constitucionales y legales no se encuentra la de prestar directamente el servicio de salud.

PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES - PAR I.S.S. (Administrado por FIDUAGRARIA S.A.)

La entidad accionada considera que no le asiste legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto y por tanto no hay lugar a endilgar responsabilidades al Instituto de los Seguros Sociales – I.S.S., teniendo en cuenta que la entidad que prestó el servicio de salud y brindó la atención médica a la paciente María Jerónima Amaya Gómez en el año 2004 y siguientes fue la E.S.E POLICARPA SALAVARRIETA, razón por la cual esta sería la llamada a responder por las supuestas omisiones y fallas en la prestación del servicio que aduce la demandante.

6.3. Tesis de la entidad vinculada

FIDUCIARIA LA PREVISORA – PAR POLICARPA SALAVARRIETA

La entidad vinculada considera que deben negarse las pretensiones de la demanda de la referencia, como quiera que el nexo de causalidad entre el presunto daño y la atención médica brindada en la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA no está acreditada, por tanto, no se reúnen los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado que han sido fijados por Consejo de Estado, aunado a que la actividad médica desarrollada en el presente asunto y los procedimientos llevados a cabo por parte del profesional de salud de la época, se ajustaron a los protocolos establecidos por la ciencia médica para tratar la patología sufrida por la accionante.

6.4. Tesis del Despacho

Considera que deben negarse las pretensiones de la demanda, pues de acuerdo con las pruebas aportadas no es posible imputar responsabilidad a las entidades accionadas, como quiera que no existe prueba en torno a una presunta falta de precaución médica, toda vez que de los elementos allegados al proceso no reposa prueba científica que permita determinar que la pérdida de funcionalidad del riñón izquierdo de la señora María Jerónima Amaya Gómez hubiere sido consecuencia de la mala práctica médica en el procedimiento quirúrgico histerectomía abdominal ampliada.

7. DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS

Las entidades demandadas Ministerio de Salud y Protección Social, Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de los Seguros Sociales PAR – ISS y la entidad vinculada Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta propusieron la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa, argumentando que transcurrieron más de los dos (2) años establecidos en el literal i del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desde el acaecimiento del hecho que generó el daño que reclama la accionante, esto es, la práctica de la intervención quirúrgica histerectomía el 24 de enero de 2005 y la presentación de la demanda, el 06 de marzo de 2013, según acta individual de reparto obrante en el folio 1 del expediente.

En audiencia inicial celebrada el 21 de agosto del año 2014⁷ se ordenó diferir el estudio de esta excepción al momento de proferirse sentencia que resuelva el fondo del asunto, a lo que se procede.

Para efectos de resolver la excepción previa propuesta por las entidades accionadas, este despacho debe determinar el momento a partir del cual debe contabilizarse el término de caducidad en el medio de control de reparación directa en el asunto de la referencia y posteriormente realizar el cómputo para incoar la presente demanda.

La accionante argumenta que el daño que origina este proceso judicial consiste en la pérdida de funcionalidad del riñón izquierdo que se produjo como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico asistencial en que incurrieron las entidades accionadas al realizar la cirugía histerectomía abdominal ampliada el 24 de enero de 2005.

Así mismo, refiere que, si bien el procedimiento quirúrgico fue realizado en la mencionada fecha, no fue sino hasta el 28 de febrero de 2011 que tuvo conocimiento del diagnóstico que padece, consistente en nefropatía crónica con hidroureteronefrosis izquierda de tipo obstructiva, fecha en que se practicó el examen diagnóstico especializado denominado renograma secuencial con filtración glomerular (fls. 77 – 78 cuaderno principal del expediente).

Sobre el particular, se tiene que el término de caducidad del medio de control de reparación directa está regulado en el artículo 164 numeral 2, literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: (...)

*i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, **o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.** (...)”* (subrayado fuera del texto original).

La norma citada en precedencia, establece la regla general de caducidad para demandar ante esta jurisdicción a través del medio de control de reparación directa, no obstante, jurisprudencialmente el Consejo de Estado ha fijado las excepciones a esta regla, una de

⁷ Fls. 255- 257 cuaderno principal del expediente.

las cuales hace referencia a la presunta falla en la prestación del servicio médico asistencial, en los siguientes términos:

“La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.

*Y, si bien en materia médico - sanitaria la regla general se mantiene inalterable, esto es, que el cómputo del término inicia a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión u operación que desencadena el daño, lo cierto es que existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estos dos hipótesis son: i) hasta tanto la persona no tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y **ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación.***

En el segundo escenario el paciente tiene pleno conocimiento del daño, pero el servicio médico le brinda esperanzas de recuperación al someterlo a un tratamiento que se prolonga en el tiempo. En este tipo de circunstancias, el conteo de la caducidad no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente; entonces, si el paciente padece el daño y, por lo tanto, conoce el hecho o la omisión y el daño antijurídico, pero no ha sido expedido un diagnóstico concluyente, sino que, por el contrario es parcial o temporal, no es posible radicar en cabeza de la persona el deber de demandar o accionar puesto que no conoce, hasta el momento, las condiciones de la lesión, esto es, si es definitiva, temporal, parcial, total, reversible o irreversible, etc.

*Es necesario insistir que el matiz introducido sólo tiene aplicación sobre la base de que la demanda se relaciona con la responsabilidad extracontractual del servicio sanitario, salvedad que quedó contenida en la sentencia de 14 de abril de 2010 (...)
Como se aprecia, la excepción referida a la “valoración médica final” o de “diagnóstico definitivo”, sólo tiene la virtualidad de prolongar el cómputo de la caducidad en asuntos de responsabilidad médica - hospitalaria, es decir, cuando el daño se concretó en desarrollo del servicio de salud bien a través de un acto médico, paramédico o extramédico. (...)⁸ (subrayado fuera del texto original).*

De conformidad con la jurisprudencia citada y teniendo en cuenta que el daño que se pretende reparar a través del medio de control de reparación directa de la referencia, consiste en la pérdida de funcionalidad del riñón izquierdo de la señora María Jerónima Amaya Gómez, patología que fue diagnosticada el 28 de febrero del año 2011, según examen diagnóstico renograma secuencial practicado, este Juzgado tendrá en cuenta esa fecha, para efectos de realizar el cómputo del término de caducidad.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el daño que se pretende resarcir se estructuró el 28 de febrero de 2011, a partir del día 29 del mismo mes y año comienza a contabilizarse el término de dos (2) años establecido en la ley para promover el medio de control de reparación directa.

Es pertinente tener en cuenta que, el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, señala que el trámite de la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad, razón por la cual para contabilizar el término de caducidad de la acción, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 640 de 2001 y el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009⁹,

⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011. Consejero Ponente Doctor Enrique Gil Botero. Radicación: 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836).

⁹ “Suspensión del Término de Caducidad de la Acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio

entendiendo que dicho tiempo se suspende desde que se presenta la solicitud de conciliación y hasta que se expida la constancia de la audiencia o, hayan transcurrido 3 meses desde dicha fecha, lo que ocurra primero.

La parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el 11 de abril de 2012, interrumpiendo el término de caducidad de la acción faltando diez (10) meses y diecinueve (19) días para el vencimiento del mismo.

El 24 de mayo de 2012, la Procuraduría 163 Judicial II para Asuntos Administrativos declaró fallida la conciliación extrajudicial presentada por la accionante, con radicación 7683-2012¹⁰

Es decir que, a partir del 25 de mayo de 2012 se reanuda el conteo del término de caducidad del medio de control que se suspendió con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, esto es, los diez (10) meses y diecinueve (19) días restantes, por lo que el 14 de abril de 2013 era la fecha límite para interponer la demanda de reparación directa.

Teniendo en cuenta que la demanda de la referencia se presentó el 06 de marzo del año 2013, según acta individual de reparto expedida por la oficina judicial que obra en el folio 1 del expediente, se evidencia que la misma fue presentada dentro de la oportunidad legal. En consecuencia, se declarará NO PROBADA la excepción de caducidad de la acción propuesta por las entidades accionadas.

Con respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva que reiteran las entidades accionadas en sus escritos de alegatos de conclusión, corresponde al Despacho señalar que dicha excepción fue resuelta en la audiencia inicial celebrada el 18 de enero de 2016, diligencia en la que se declaró no probada esta excepción, motivo por el cual en esta instancia procesal no se hará pronunciamiento alguno frente a esta.

En el mismo sentido, corresponde señalar que la solicitud realizada por la apoderada de la Fiduciaria La Previsora S.A. obrante a folios 372 al 383 del cuaderno principal del expediente no. 1.2 debe estarse a lo resuelto en la audiencia inicial llevada a cabo el 18 de enero de 2016.

8. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

| HECHOS PROBADOS | MEDIO PROBATORIO |
|--|---|
| 1. Que la demandante María Jerónima Amaya Gómez fue intervenida quirúrgicamente el día 24 de enero del año 2005, en la que se practicó el procedimiento denominado histerectomía abdominal ampliada, por diagnóstico de neoplasia intraepitelial cervical grado 3 (NIC III). La paciente fue atendida por la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta del | Documental. Copia de la historia clínica de la paciente María Jerónima Amaya Gómez. (fls. 4 – 36 cuaderno principal del expediente). |

Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio o;

b) Se expide las constancias a que se refiere el artículo 2º de la Ley 640 de 2001 o;

***c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.”** (Subrayado y resaltado fuera de texto)*

¹⁰ Fl. 3 del cuaderno principal del expediente.

| | |
|--|---|
| <p>Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., en la Clínica Manuel Elkin Patarroyo de esta ciudad.</p> | |
| <p>2. Que la paciente acudió por el servicio urgencias a la clínica Manuel Elkin Patarroyo, en donde le fue practicado el examen denominado urografía excretora, en el que se halló:</p> <p><i>“retardo en la concentración y eliminación del medio de contraste del riñón izquierdo, observándose ectasia de su sistema colector secundaria a obstrucción distal. El sistema colector derecho es normal. Existe cálculo en el sistema calicial inferior renal izquierdo el cual no produce obstrucción. La vejiga se observa de bordes lobulados sin defectos de llenado, no hay residuo post micción”</i></p> <p>Así mismo, se practicó examen diagnóstico ecografía renal, que tuvo como resultado: <i>“Se aprecian ambos riñones en situación normal, son de tamaño y contornos normal, El riñón derecho es de ecogenicidad satisfactoria sin alteración pielocalicial. El riñón izquierdo muestra dilatación de uropatía obstructiva”</i></p> | <p>Documental. Copia de la historia clínica de la paciente María Jerónima Amaya Gómez. (fls. 33 cuaderno principal del expediente).</p> |
| <p>3. Que la paciente María Jerónima Amaya Gómez fue intervenida quirúrgicamente el 5 de febrero del año 2005, por la especialidad de urología, por diagnóstico de obstrucción uretral, procedimiento en el que se realizó reimplante vesicoureteral y colocación de catéter doble J.</p> <p>La mencionada cirugía se llevó a cabo por parte de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta del Instituto de los Seguros Sociales I.S.S.</p> | <p>Documental. Copia de la historia clínica de la paciente María Jerónima Amaya Gómez. (fls. 4 – 36 cuaderno principal del expediente).</p> |
| <p>4. Que la señora María Jerónima Amaya Gómez interpuso denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en contra del médico Hermes Francisco Díaz Camacho, por la presunta comisión del delito de lesiones personales culposas.</p> | <p>Documental. Copia de ampliación de denuncia de la señora Jerónima Amaya Gómez ante la Fiscalía General de la Nación (fls. 37 – 38 cuaderno principal del expediente).</p> |
| <p>5. Que la Fiscalía 57 de la Unidad Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Ibagué profirió resolución de acusación en contra del Doctor Hermes Francisco Díaz Camacho, como presunto autor accesorio de la conducta punible de lesiones culposas, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué.</p> | <p>Documental. Copia de la resolución de acusación de fecha 23 de marzo de 2007 por la Fiscalía 57 Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Ibagué. (Fls. 41 – 59 del cuaderno principal del expediente.); Auto proferido el 10 de julio de 2007 por la Fiscalía Sexta delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué (fls. 60 – 66 del cuaderno principal del expediente).</p> |
| <p>6. Que el Juzgado Trece Penal Municipal de Ibagué, en sentencia proferida el 21 de junio</p> | <p>Documental. Copia de la sentencia de fecha 21 de junio de 2012, proferida por</p> |

| | |
|--|---|
| <p>de 2012, declaró penalmente responsable al Doctor Hermes Francisco de la conducta punible de lesiones personales culposas de las que fue víctima la señora María Jerónima Amaya Gómez.</p> | <p>el Juzgado Trece Penal Municipal de Ibagué, en el proceso radicado 73001-40-04-009-2007-00352-00 (Fls. 83 – 111 cuaderno principal del expediente).</p> |
| <p>6. Que en el trámite de la investigación penal adelantada por la Fiscalía 57 Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Ibagué, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el 20 de junio del año 2006 realizó ampliación de informe técnico médico legal a la señora Jerónima Amaya Gómez, en el que se concluyó:</p> <p><i>“Haciendo la salvedad de que los daños sufridos por la señora Gerónima (sic) Amaya Gómez después de la intervención quirúrgica de que fue objeto, se enmarcan dentro de la actividad propia de la práctica médica, como consecuencia de una complicación “inconstante aunque previsible y en algunas ocasiones evitable” podemos establecer por la lesión ureteral una INCAPACIDAD MEDICOLEGAL DEFINITIVA DE TREINTA Y CINCO (35) DÍAS. (...)</i></p> <p><i>Debido a la sintomatología manifestada por la paciente y documentada por exámenes paraclínicos como originada en el daño producido, podemos establecer como secuela medicolegal de tipo funcional: PERTURBACIÓN FUNCIONAL DEL ÓRGANO DE LA EXCRECIÓN URINARIA DE CARÁCTER TRANSITORIO” (...)</i></p> <p><i>El reimplante ureteral es un procedimiento que se realiza sin afectar estructuras neuromusculares relacionadas con la región lumbar y las extremidades, por lo cual es harto improbable que por sí mismo pueda generar “dolor crónico en cintura y en pierna izquierda”. También es posible que se presente dolor lumbar por reflujo en pacientes sometidos a reimplante ureteral, situación que no se demuestra en el caso de la señora Gerónima Amaya (sic).</i></p> <p><i>El reimplante de uréter no genera incapacidad para trabajar diferente a la propia del procedimiento quirúrgico a menos que se presente complicaciones como por ejemplo infecciones crónicas.</i></p> <p><i>El procedimiento quirúrgico de reimplante ureteral se considera la solución definitiva y reparadora a la durante (sic) la histerectomía abdominal ampliada, consistente en obstrucción del uréter.”</i></p> | <p>Documental. Copia del informe técnico médico legal ampliación, con radicación interna: 2006C-08090303232 de fecha 20 de junio de 2006, realizado por Ramón Elias Sánchez Arango, Médico perito forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (fls. 67 – 68 cuaderno principal del expediente).</p> |

| | |
|--|---|
| <p>7. Que el 28 de febrero de 2011, a la señora María Jerónima Amaya Gómez se le practicó el examen diagnóstico denominado renograma secuencial con filtración glomerular DTPA, del que se obtuvo el siguiente hallazgo: <i>“Cambios de nefropatía crónica con hidroureteronefrosis izquierda de tipo obstructivo. Pieloectasia derecha con mala respuesta al diurético”</i></p> | <p>Documental. Copia del estudio #1101412 del 28 de febrero de 2011, consistente en renograma secuencial con filtración glomerular DTPA practicado a la señora María Jerónima Amaya Gómez, del Centro de Medicina Nuclear del Tolima Ltda. (fls. 77 – 78 cuaderno principal del expediente).</p> |
| <p>8. Que el 16 de julio del año 2011 se practicó a la demandante el procedimiento quirúrgico denominado ureterolitotomía, por diagnóstico de litiasis urinaria en esquistosomiasis.</p> | <p>Documental. Copia de la historia clínica de la paciente María Jerónima Amaya Gómez de la atención médica brindada en la Clínica de Ibagué S.A. (fls. 79 - 82 cuaderno principal del expediente).</p> |
| <p>9. Que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima determinó que la pérdida de capacidad laboral de la señora María Jerónima Amaya Gómez corresponde al 48.35%, por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 24 de enero de 2005.</p> | <p>Documental. Dictamen médico No. 31-008-2018 de fecha 16 de abril de 2018 elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima (fls. 4 – 17 cuaderno parte demandante prueba pericial).</p> |
| <p>10. Que en el dictamen realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, se registra anotación de atención médica de la señora María Jerónima Amaya Gómez, por la especialidad de urología, de fecha 01 de diciembre de 2016, en la que se indica:</p> <p><i>“Asiste a control con exámenes para concepto de función renal con Dx UROPATIA OBSTRUCTIVA DE RIÑÓN IZQUIERDO ASOCIADA A LIGADURA ACCIDENTAL POSTHISTERECTOMIA POR MIOMAS, Y QUE HA REQUERIDO TRES REIMPLANTES URETERALES POR ESTRECHEZ POR RECIDIVA DE ESTENOSIS + IVU RECURRENTES SECUNDARIAS. (...) Análisis: Paciente con función renal de ambos riñones, adecuada y normal para la edad, evidencia de una hidronefrosis no obstructiva en riñón izquierdo que ha permitido mantener la función renal diferencial en 45%, pero que el riñón derecho ha compensado favorablemente esto.</i></p> | <p>Documental. Dictamen médico No. 31-008-2018 de fecha 16 de abril de 2018 elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima (fls. 4 – 17 cuaderno parte demandante prueba pericial).</p> |
| <p>11. Que en el dictamen realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, se registra anotación de atención médica de la señora María Jerónima Amaya Gómez, por la especialidad de urología, de fecha 27 de enero de 2017, en la que se indica:</p> <p><i>“Paciente... Ligadura ureteral distal izquierda en cirugía ginecológica en 2005, con hidronefrosis, necesidad de reimplante ureterovesical y psos hitch extra</i></p> | <p>Documental. Dictamen médico No. 31-008-2018 de fecha 16 de abril de 2018 elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima (fls. 4 – 17 cuaderno parte demandante prueba pericial).</p> |

institucional, dejándose catéter ureteral izquierdo, remitida a esta institución por recidiva de estrechez a este nivel, donde se intentó inicialmente de forma endoscópica, manejo quirúrgico, pero ante imposibilidad y alteración de anatomía ureterovesical fue necesario re intervención izquierda abierta en esta institución en junio de 2015. Controles gamagraficos han demostrado no componente obstructivo posteriores, se ha mantenido sin dolor... Refiere que recientemente fue intervenida por cirugía general para colocación de malla de eventración, con dolor controlado, recomendaron faja por 3 meses (...) DX: Estrechez (reestrechez) ureterovesical izquierdo tratada. Hidronefrosis izquierda no obstructiva (tratada).

9. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: FALLA DEL SERVICIO MÉDICO

El artículo 90 de la Constitución Nacional establece la cláusula general de responsabilidad, la cual señala de manera taxativa: *“que el Estado debe responder por sus actuaciones u omisiones cuando estas causen un daño antijurídico; de modo que para que se configure esta situación debe reunirse elementos como el daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al demandado y el nexo de causalidad.”*

El Consejo de Estado ha señalado que los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son en esencia el daño antijurídico, esto es la lesión patrimonial o extra patrimonial sufrida por la víctima sin que tenga el deber de soportarla, y la imputación, como la atribución que de esa lesión se hace al Estado a partir de la acreditación de los títulos que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad.

En relación con la falla del servicio médico, en principio la jurisprudencia estableció un régimen de responsabilidad basado en el deber de probar a cargo del actor del proceso judicial, de suerte que, a quien le correspondía acreditar la totalidad de los elementos que integran la responsabilidad extracontractual era al accionante, y a su vez, la entidad hospitalaria debería demostrar que su conducta fue diligente o cuidadosa.

Sin embargo, en 1992 dicho criterio fue revaluado por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, dándose campo a un régimen de presunción de la falla, al estimarse que la prueba de la diligencia y el cuidado correspondía al demandado en atención a la capacidad en que se encuentran los profesionales de la salud de satisfacer los cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos¹¹, dado sus conocimientos técnicos. De suerte que se estableció en cabeza de la entidad una presunción de hecho, que en términos del Doctor Enrique Gil Botero suponía *“prima facie, en cada caso concreto, que el daño antijurídico en la atención médico – hospitalaria (...) derivaba de la ocurrencia de una falla del servicio (...).”*¹²

No obstante, la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y las lagunas conceptuales de la misma, permitieron la postulación de una teoría de la carga

¹¹ Sentencia del 30 de julio de 1992. Consejo de Estado - Sección Tercera, M.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 6897.

¹² GIL BOTERO ENRIQUE. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2013, pág. 549

dinámica de la prueba, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar.

En efecto, el Consejo de Estado¹³ señaló que las circunstancias relevantes para establecer la actuación debida o indebida de la administración tienen implicaciones técnicas y científicas, y en tal medida habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos, siendo entonces necesario el dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.

Empero, de forma reciente la jurisprudencia del Alto Tribunal cambió su postura, haciendo énfasis en que es al actor a quien corresponde asumir la carga de probar los elementos de la responsabilidad, regresando al régimen general de la falla probada, que señala la obligación de acreditarse en el proceso todos los elementos que la configuran, a través de todos los medios probatorios legalmente aceptados, destacándose entonces la utilidad de la prueba indiciaria construida con fundamento en las demás pruebas que obran en el proceso, para demostrar el nexo causal entre la actividad médica y el daño. En este sentido, consideró el órgano de cierre:

“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 mas (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.”¹⁴

De manera que el régimen por excelencia para comprometer la responsabilidad de la administración como consecuencia de la actividad médica es la falla probada, siendo obligación de quien la alega, comprobar la actuación contraria a los postulados de la *lex artis*, o el funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico¹⁵; siendo a cambio carga de la entidad, desvirtuar dichas imputaciones, a partir de la prueba de su ejercicio diligente y adecuado a las necesidades exigidas en cada caso.

Sobre el particular, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado:

*“La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.”¹⁶*

¹³ Sentencia del 10 de febrero de 2000. Sección Tercera, M.P. Alier Hernández Enríquez. Exp. 11878

¹⁴ Sentencia del 31 de agosto de 2006. Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 15772.

¹⁵ Ver. Sentencia del 28 de abril de 2010 Sección 3ª C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp 20087; Sentencia de 12 de mayo de 2011 Sección 3ª C.P. Hernán Andrade Rincón Exp. 19835

¹⁶ Sentencia de marzo 22 de 2012 Consejo de Estado - Sección 3ª. Subsección B, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 23132

En ese orden de ideas, el demandante con el fin de obtener un resultado favorable a sus pretensiones, debe acreditar que se presentó la referida irregularidad o falla en el servicio, esto es, que el mismo no se brindó con los estándares de calidad previstos por la ciencia médica vigente y no se prestó empleando todos los medios técnicos, científicos, farmacéuticos y humanos que el ente hospitalario tenga al alcance.

En efecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción señala que a la parte actora le corresponde demostrar que el servicio no fue prestado de manera adecuada, bien porque el médico omitió consultar al paciente o sus acompañantes sobre la sintomatología; no realizó el examen físico respectivo; no hizo uso de los recursos tecnológicos a su disposición; omitió efectuar el seguimiento a la enfermedad o sencillamente cometió errores inexcusables para un profesional de la medicina. Además, le corresponde demostrar el daño y el nexo causal entre este y la deficiente prestación del servicio médico, para lo cual puede hacer uso de todos los medios probatorios legalmente reconocidos.¹⁷

A su vez, el demandado tiene la posibilidad de exonerarse de cualquier responsabilidad demostrando que su actuación no constituyó un quebrantamiento del contenido obligacional que le era exigible, es decir, que actuó bajo los parámetros a los cuales estaba obligado, o acreditando que el nexo causal no le es imputable, probando que el resultado dañoso o perjudicial fue causado por fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero.

Por su parte, corresponde al operador judicial valorar en conjunto la prueba aportada en orden a establecer si se demostró o no una falla del servicio, teniendo en cuenta que la actividad médica conlleva una obligación de medios y no de resultados, es decir, que al demostrarse que en la actuación médica asistencial y hospitalaria se actuó conforme la *lex artis*, no se compromete la responsabilidad por el resultado obtenido, aun cuando este sea negativo para la salud del paciente.

Establecido el régimen de responsabilidad aplicable al asunto de la referencia, se procederá a efectuar el análisis probatorio respectivo, a fin de determinar si se encuentra acreditado el daño antijurídico alegado en la demanda, y si el mismo resulta imputable a las accionadas.

10. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

10.1. DAÑO

De las pruebas aportadas al plenario, se encuentra probado que a la señora María Jerónima Amaya Gómez el 28 de febrero de 2011 se le diagnosticó cambios de nefropatía crónica con hidroureteronefrosis izquierda de tipo obstructivo (fls. 77 – 78 del cuaderno principal del expediente), esto es, pérdida gradual de la funcionalidad del riñón izquierdo.

10.2. IMPUTACIÓN

Ha señalado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que en materia de responsabilidad médica, el elemento decisivo para determinar la imputabilidad del daño tiene que ver con el desbordamiento de la carga que el paciente está obligado a asumir; así pues, ha advertido que lo único que le corresponde soportar es la *“consecuencia directa y exclusiva de la vulnerabilidad y mortalidad propias de la condición humana, así*

¹⁷ Sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 76001-23-31-000-2004-01210-02(33492)

*como de la concreción de los riesgos previsibles, conocidos y consentidos del acto médico*¹⁸.

Por consiguiente, ha reiterado la misma Corporación que el paciente no se encuentra obligado a sufrir los efectos de una atención médica por debajo de los estándares éticos y científicos, como tampoco está en el deber de tolerar las consecuencias naturales de la progresión de la enfermedad evitable por la ciencia, pues ni siquiera tiene que asumir el riesgo propio del acto médico si el mismo no ha sido consentido.

En el presente asunto, valorada la prueba documental aportada al plenario como quedó establecido en el acápite de hechos probados jurídicamente relevantes, está acreditado que la señora MARÍA JERÓNIMA AMAYA GÓMEZ padecía la patología NIC III, en razón de lo cual le fue practicada la intervención quirúrgica denominada histerectomía abdominal ampliada el día 24 de enero de 2005, atención brindada por la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, en la clínica Manuel Elkin Patarroyo de esta ciudad.

Con posterioridad a la práctica de la cirugía, el día 2 de febrero de 2005 la paciente acudió al servicio de urgencias de la mencionada institución hospitalaria por presentar un fuerte dolor abdominal, atención en la que fue hospitalizada y una vez practicados los exámenes diagnósticos pertinentes se evidenció que la paciente presentaba ligadura de uréter izquierdo, por lo que, el día 5 del mismo mes y año, se le practicó cirugía consistente en reimplante vesico ureteral.

Igualmente, de la historia clínica que fue aportada al expediente, se advierte que la paciente desde la fecha y en adelante ha sido atendida por la especialidad de urología, quien ha sido objeto de varias intervenciones tendientes a reemplazar el uréter izquierdo, ha padecido de infección urinaria recurrente, sin embargo, presentaba evolución satisfactoria, según los controles médicos realizados.

El día 28 de febrero del año 2011, a la señora María Jerónima Amaya Gómez se le realizó el estudio especializado renograma secuencia con filtración glomerular DTPA en el Centro de Medicina Nuclear del Tolima, que tuvo como resultado cambios de nefropatía crónica con hidroureteronefrosis izquierda de tipo obstructivo, pieloectasia derecha con mala respuesta al diurético, que se constituye en la pérdida de funcionalidad del riñón izquierdo, que pretende que sea indemnizada a través del presente medio de control.

De conformidad con el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, la demandante padece un trastorno especificado del riñón y del uréter consistente en hidronefrosis izquierda con 45% de función diferencial de características no obstructivas, de origen común, con fecha de estructuración 24 de enero de 2005, que le generó una pérdida de capacidad laboral equivalente a 48,35%. (fls. 3 – 17 cuaderno parte demandante prueba pericial).

Sin embargo, del material probatorio que obra en el expediente, no es posible determinar que la lesión del tracto genitourinario que presentó la demandante sea consecuencia de error médico alguno, por el contrario, según lo indicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el informe técnico rendido en la investigación adelantada por la Fiscalía 57 Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Ibagué, con radicación interna número 2006C-08090303232, se colige que dicha lesión constituye

¹⁸ Sentencia del 01 de agosto de 2016. Sección Tercera – Subsección B. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01592-01(34578).

un riesgo inherente propio de esta clase de intervención quirúrgica. (fls. 67 – 68 cuaderno principal del expediente).

Así mismo, según la literatura científica¹⁹ una de las complicaciones peri operatorias en la histerectomía abdominal, propias e inherentes de dicho procedimiento, que pueden presentarse, son las lesiones de los órganos vecinos, que incluyen lesión vesical, lesiones del tracto urinario e infección, sin que su acaecimiento implique per se una mala praxis médica.

Sumado a lo anterior, se advierte que la parte accionante incumplió con la carga probatoria que le correspondía, toda vez que no acreditó que el actuar del personal médico de la institución prestadora del servicio demandado fue negligente, imprudente o descuidado, como tampoco se probó el incumplimiento de los estándares fijados por la *lex artis* establecidos para el tratamiento del cuadro clínico que presentaba la paciente, circunstancia que imposibilita la declaratoria de responsabilidad que se pretende.

Al respecto, en audiencia inicial celebrada el 18 de enero de 2016 se decretó a instancia de la parte demandante prueba pericial a cargo de un médico legista – nefrólogo, con la finalidad de que se estableciera el origen, evolución, procedimientos médicos efectuados y probabilidades de recuperación de la señora María Jerónima Amaya Gómez relacionado con la patología padecida en su riñón izquierdo.

Teniendo en cuenta que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no cuenta con médico especialista en nefrología y por solicitud de la parte demandante²⁰ se ordenó oficiar a la Facultad de Medicina de la Universidad del Tolima y a la Asociación Colombiana de Nefrología a fin de practicar la prueba pericial decretada.

Por su parte, la Asociación Colombiana de Nefrología e Hipertensión Arterial mediante memorial radicado el 29 de septiembre de 2016²¹ informó el costo de la pericia solicitada, información que mediante auto de fecha 5 de octubre de 2016²² se puso en conocimiento de la parte demandante, a quien se le otorgó un término de diez (10) días a se pronunciara respecto de esa documental o acreditara el pago de las expensas para dar trámite a esa prueba so pena de declararla desistida.

Vencido el término que se concedió en la providencia señalada en precedencia, sin que la parte actora se hubiere pronunciado al respecto o hubiere pagado el valor del dictamen pericial que fue decretado a su favor, mediante auto de fecha 23 de noviembre de 2016²³ se declaró el desistimiento de dicha prueba, providencia que quedó ejecutoriada sin recursos el día 29 del mismo mes y año.²⁴

Con respecto del incumplimiento de la carga probatoria que le asiste a la parte demandante, el Consejo de Estado ha señalado:

¹⁹ Ver American Accreditation HealthCare Commission (www.urac.org) - Versión en inglés revisada por: Sharon Roseanne Thompson, M.D., M.P.H., Department of Obstetrics & Gynecology, Brigham and Women's Hospital, Boston, MA. Review provided by VeriMed Healthcare Network. Traducción y localización realizada por: DrTango, Inc.; ver Revista Centroamericana de Obstetricia y Ginecología Vol. 15, número 2, abril junio 2010 *REVCOG 2010; 15:(2):40-49*.

²⁰ Fl. 346 del cuaderno principal del expediente.

²¹ F. 351 del cuaderno principal del expediente no. 1.2.

²² Fl. 352 del cuaderno principal del expediente no. 1.2.

²³ Fl. 353 del cuaderno principal del expediente no. 1.2.

²⁴ Reverso fl. 353 del cuaderno principal del expediente no. 1.2.

*En relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios.
(...)*

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. (...) ²⁵(subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, se reitera que en el presente asunto no fueron aportados los elementos de juicio que acrediten si quiera sumariamente, indicio de falla en la prestación del servicio médico asistencial, circunstancia que impide declarar responsabilidad en contra de las entidades accionadas.

En consecuencia, al no estar acreditado que las entidades demandadas hayan incurrido por acción u omisión en responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico asistencial, deben negarse las pretensiones incoadas por la señora María Jerónima Amaya Gómez.

11. RECAPITULACIÓN

En conclusión, y de acuerdo a lo señalado en precedencia, se negarán las pretensiones de la demanda, como quiera que no se acreditó la configuración de falla en el servicio médico imputable a las accionadas en relación con la atención brindada a la señora María Jerónima Amaya Gómez, como tampoco se probó el nexo de causalidad entre la histerectomía abdominal ampliada practicada y la pérdida de funcionalidad de su riñón izquierdo, teniendo en cuenta que del material probatorio aportado no se demostró que las entidades hayan actuado con desconocimiento de la *lex artis*, siendo imposible imputárseles responsabilidad alguna en el daño reclamado.

12. COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma equivalente a uno (1) SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

²⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, Rad.: 08001-23-31-000-1991-06344-01(22076), Consejero Ponente Dr. Ramiro Pazos Guerrero.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar NO PROBADA la excepción de caducidad propuesta por las entidades demandadas, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma de uno (1) SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia como agencias en derecho

CUARTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

SEXTO: Una vez en firme, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**LUIS MANUEL GUZMÁN
JUEZ
(ORIGINAL FIRMADO)**