



1 910

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO**  
**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL**  
**DE TUNJA**

**SENTENCIA RD-063-2017**

Tunja, catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**REFERENCIA:** REPARACIÓN DIRECTA  
**DEMANDANTE:** JHON EDWARD MEDINA CONTRERAS, LIGIA BELEN CONTRERAS SERRANO, AGAPITO MEDINA TRIVIÑO y BRANDON ALEXANDER MEDINA CONTRERAS.  
**DEMANDADO:** E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ- CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ORIENTE.  
**RADICADO:** 54001333170420120009700

Procede el Despacho a dictar sentencia en primera instancia, dentro de la acción de Reparación Directa, promovido por JHON EDWARD MEDINA CONTRERAS, LIGIA BELEN CONTRERAS SERRANO, AGAPITO MEDINA TRIVIÑO y BRANDON ALEXANDER MEDINA CONTRERAS contra la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ- CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ORIENTE, de conformidad con lo establecido en el **Acuerdo No.CSJBOYA18-155**, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura de Boyacá y Casanare.

**I. LA DEMANDA**

• **PRETENSIONES**

Los señores **JHON EDWARD MEDINA CONTRERAS, LIGIA BELEN CONTRERAS SERRANO, AGAPITO MEDINA TRIVIÑO y BRANDON ALEXANDER MEDINA CONTRERAS** actuando en nombre propio, a través de apoderado judicial, solicita se declare que la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta y la Caja de Compensación Familiar del Oriente Colombiano – COMFAORIENTE son administrativamente responsables de las graves lesiones que presenta el joven JHON EDWARD MEDINA CONTRERAS, ocurridas con ocasión de la negligente y deficiente atención médica asistencial ocurrida durante el procedimiento quirúrgico realizado el día 9 de marzo de 2010 en la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz.

Como consecuencia de lo anterior, condenar a los demandados a pagar el valor de 200 SMMLV a cada uno de los demandantes por los perjuicios morales sufridos con motivo de las graves lesiones que presenta el joven **Jhon Edward Medina** Contreras; el pago a Jhon Edward Medina Contreras por el valor de los perjuicios materiales, consistente en la disminución de la capacidad laboral (calculada en un 40%) que presenta en la actualidad (lucro cesante) equivalente a \$94.583.248 incluido el 25% por concepto de prestaciones sociales que ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, valores sobre los cuales pide su actualización en la sentencia respectiva; el pago a Jhon Edward Medina Contreras por el daño a la salud (antes: alteración de las condiciones de existencia) equivalente a 400 SMMLV.

Que en la regulación de los perjuicios materiales se distingan dos periodos de indemnización: la debida hasta la fecha probable del fallo y la futura; que se actualicen los valores de conformidad con el IPC, artículo 178 del C.C.A.; pago de intereses moratorios sobre las cantidades que resulten en favor de los citados a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago correspondiente, artículo 177 del C.C.A.; que en caso de no establecerse el valor de los perjuicios en la sentencia se ordene el trámite incidental para su liquidación y que se dé

cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

• **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Se indicó en el escrito de la demanda que en el mes de octubre de 2009, luego de varias semanas de sangrado rectal al señor Jhon Edward Medina se le realizó una colonoscopia que arrojó como resultado múltiples lesiones ulcerativas con bordes bien definidos de 10 cms de longitud a 10 cms del margen anal; que como se encontraba afiliado a la ARS Comfaorient- Caja de Compensación Familiar del Oriente Colombiano, hoy EPS-S, fue remitido a la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz a fin de que fuera atendido en dicho centro asistencial, por lo que el 4 de diciembre es hospitalizado y el 07 de diciembre de 2009 fue valorado por el Comité de Tumores de Cirugía del Hospital Universitario Erasmo Meoz, decidiéndose iniciar el tratamiento de quimioterapia y radioterapia con diagnóstico de tumor maligno del recto.

Refirió que fue sometido a 28 sesiones de radioterapia y dos sesiones de quimioterapia y el 8 de marzo de 2010 fue internado nuevamente en el Hospital Universitario Erasmo Meoz para realizarle cirugía de resección anterior de recto, a fin de extraer el tumor, señalando que el médico ordenó este procedimiento a través de la sutura mecánica, la cual fue efectuada el 09 de marzo de 2010, pero en el practicado al señor Medina se utilizó sutura manual, situación que desencadenó el 15 de marzo de 2010, la dehiscencia de sutura, separación de los bordes de la herida y la peritonitis seropurulenta, tal como se puede advertir en la historia clínica.

Relató que posteriormente el señor Medina fue intervenido en diversas oportunidades generándole una lesión grave en ano y recto, requiriendo de una colostomía permanente para poder evacuar, aduciendo que con la sutura mecánica existe menos posibilidad de complicaciones y en esa medida el paciente Medina Contreras perdió la oportunidad de obtener una recuperación idónea que le permitiera tener mayores opciones de quedar totalmente recuperado de su dolencia inicial. Añadió que el Hospital Universitario Erasmo Meoz no le informó de esta situación antes de adelantar el procedimiento el día 9 de marzo de 2010, es decir, no otorgó el consentimiento informado, desconociendo el riesgo que podría traer la sutura manual utilizada en la resección anterior del recto. Igualmente, se anotó que el señor Medina Contreras se encuentra en espera de cirugía para posible cierre de colostomía y así llevar una vida normal, pues esta situación le ha impedido inclusive tener una vida sexual activa.

Narró que en la actualidad el señor Medina tiene una incapacidad laboral de por lo menos el 40%, que para el 9 de marzo contaba con 27 años de edad y vivía con sus padres Ligia Belén Contreras Serrano y Agapito Medina Triviño, además de sus hermanos Brandon Alexander Medina Contreras y Daniel José Medina Contreras; que trabajaba como sastre devengando una asignación mensual de \$1.500.000.

• **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Inicialmente, se incluirán hechos que en realidad corresponden a fundamentos de orden jurídico. En esa medida, se encuentra que en la demanda se indicó que por las circunstancias referidas se generan perjuicios de orden moral tanto en el lesionado como en sus padres y hermanos por el vínculo de parentesco y las relaciones de afecto, alianza y solidaridad que existen en todo el grupo familiar. Adicionalmente que al señor Medina Contreras se le causó el perjuicio por el daño a la salud lo cual conlleva un perjuicio inmaterial debido a las lesiones físicas que presenta, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Citó como fundamentos para las pretensiones indemnizatorias los artículos 1, 2, 4, 6, 11, 13, 29, 31, 42 y 90 constitucionales. Adicionalmente, los artículos 86, 132, 136, 137, 139, 142, 168, 169, 172, 174, 176, 178 y 206 del C.C.A.; artículos 1.613, 1.614, 1.615, 2.341, 2.342 y 2.356. Además de los artículos 175, 187, 219, 220, 221, 222, 223, 224 al 228 y 248 C.P.C., Finalmente, los artículos 10 y 16 de la Ley 446 de 1998.

Hizo referencia a sentencias del Consejo de Estado<sup>1</sup> a fin de argumentar la Responsabilidad del Estado por daños ocasionados en la prestación del servicio médico asistencial u omisión cuando éste ha sido requerido y existía el deber de prestarlo. Adicionalmente, hace referencia a la carga dinámica de la prueba y para ello cita la sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 15201. Rad. 15.201., en lo referente al Consentimiento Informado transcribió apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado. Igualmente, citó sentencias de esa alta Corporación para ilustrar el daño a la salud, la pérdida de oportunidad en el servicio médico asistencial y el principio de iura novit curia.

## II. CONTESTACIÓN

• **ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ (fls. 283-310)** se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento jurídico que las respalde debido a la inexistencia de nexo causal necesario para establecer la falla del servicio. Igualmente, solicitó condenar en costas al demandante. Refirió que los médicos que atendieron al señor Jhon Edwar Medina Contreras estuvieron ceñidos al principio *lex artis ad hoc*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 al 12 de la Ley 23 de 1981, es decir, que la actuación de los médicos se realizó bajo las premisas de la diligencia y la prudencia. Adicionalmente, que los actos médicos de diagnóstico, tratamientos y atención hospitalaria se llevó a cabo colocando todos los medios que estaban a su alcance como son las mejores prácticas médicas y asistencia con fundamento en diagnósticos acertados.

Relató que el señor Medina fue valorado el 04 de diciembre de 2009 por el personal médico especialista en razón a las impresiones diagnosticas iniciales, lo cual arrojó el diagnóstico de tumor maligno de recto adenocarcinoma mucosecretor de recto alto, ordenándose como plan la presentación en junta de tumores y en ésta última se determina seguir tratamiento con quimioterapia y radioterapia de forma ambulatoria y se le da salida. Adicionalmente que en el ingreso del 08 de marzo de 2010 se programó inmediatamente para la realización de procedimiento quirúrgico de recesión anterior de recto-anastomosis colon rectal la cual se llevó a cabo el 09 de marzo de 2010. Finalmente, que para el 15 de marzo de 2010 se llevó a cabo procedimiento quirúrgico de laparotomía, drenaje y lavado de cavidad abdominal como resultado de la peritonitis pos-operatoria.

Refirió que la peritonitis presentada a los seis días del pos-operatorio es un riesgo propio de la recesión del tumor, resaltando como causas probables la práctica de la quimioterapia y radioterapia, el tumor de cáncer avanzado y la desnutrición del paciente. Aclaró a que hace referencia el término de anastomosis, el procedimiento quirúrgico de recesión de recto y la sutura mecánica o dehiscencia mecánica resaltando que luego de las intervenciones señaladas el paciente se encuentra en tratamiento en otras entidades hospitalarias por tratarse de una patología cancerígena, por ello no puede afirmarse que la ausencia de sutura mecánica le haya restado oportunidad de mejorar al 100% su estado de salud pues allí le practicaron un procedimiento que no tiene nada que ver con su estado actual, por el contrario, de acuerdo con la información aportada por los actores se tienen conocimiento que se le está practicando o se le practicó nuevamente el mismo procedimiento quirúrgico e igualmente que ha presentado otras manifestaciones patológicas propias de la ubicación del cáncer.

De otro lado, enfatizó que no se presentó dehiscencia de la anastomosis de conformidad con lo consignado en la histórica clínica y el análisis efectuado por los miembros de su comité técnico-científico. Asimismo que la peritonitis posterior al procedimiento quirúrgico no fue resultante de la apertura de la herida por no haberla realizado mecánicamente pues medicamente no existe diferencia significativa en el uso de una técnica mecánica o manual en términos de mejoría del paciente sino que la decisión de utilizar una u otra depende del sitio del organismo donde se

<sup>1</sup> C.E. Sección Tercera. Exp. 16.700. Actor: Germán Riveros Zarate, Demandado: Instituto del Seguro Social- Seccional Meta, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. 28 de enero de 2009, C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992. Expediente 6754. Actor: Henry Enrique Saltaín Monroy sentencia del 30 de julio de 1992; C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, expediente 14.421. Actor: Ramón Fredy Millán y Otros.

practica el procedimiento y es autonomía del médico tratante definir qué conducta o método utilizar dentro del procedimiento, además que el paciente estaba plenamente informado del procedimiento quirúrgico que se le realizaría y que la decisión de usar sutura manual o mecánica se toma durante el procedimiento quirúrgico pues depende de la complejidad del caso.

Como excepciones propuso: **1. Inexistencia de la obligación de indemnizar por no configurarse la mala praxis médica:** arguye que de la actividad médica y administrativa de la ESE no es posible atribuir una responsabilidad por los daños materiales y morales reclamados por los demandantes en los hechos esbozados y presuntamente causados a John Eduar Medina, que la actividad médica es de medios y no de resultados, que se le prestó la atención integral y de calidad porque nunca se le denegaron la prestación de los servicios de salud desde el instante de su ingreso, siguiendo el rito protocolario para esta clase de actuaciones, siendo inexistente el nexo causal entre el daño sufrido y el efecto de su reparación.

**• PROGRAMA DE EPS-S DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ORIENTE COLOMBIANO COMFAORIENTE EPS-S en liquidación (fls.314-327)** Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y derecho. Arguyó que el señor Jhon Edwar padece de un cáncer de recto catalogado como una enfermedad catastrófica según lo señalado en la Resolución 5261 de 1994, "Por la cual se establece el Manual de Actividades, intervenciones y Procedimiento del POS", expedido por el Ministerio de Salud y los acuerdos 029 y 008 de 2011, expedidos por la Comisión de Regulación en Salud- CRES y reiterado por la Corte Constitucional en sentencia T-326 de 2010. En esa medida, refirió que ha cumplido como asegurador de los servicios de salud del actor para lo cual ha venido autorizando cada uno de los procedimientos médicos que ha recibido desde que se conoció el diagnóstico de cáncer de colon hasta tanto no se realice el traslado por circunstancias excepcionales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del acuerdo 415 de 2009, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, resaltando que las lesiones físicas presentadas por el señor Medina como daño a la salud son en realidad una consecuencia propia de la enfermedad que padece.

Ahora, en lo que hace referencia a la no utilización de la sutura mecánica en el procedimiento quirúrgico que le fue practicado el actor manifestó que no existe certeza de cuál sería el resultado final de haberse usado ese tipo de sutura, circunstancia que concuerda con lo aducido por el doctor Javier Pereira Corredor en informe de auditoría del 21 de noviembre de 2012, resaltando que es el médico en el acto quirúrgico quien decide cómo realizar el cierre o sutura de la anastomosis por lo que no es aceptable el argumento del actor al indicar que la falla en el servicio consistió en la omisión del deber de informar y por lo tanto es preciso que esta se valore teniendo en cuenta los señalamientos de la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 1994. Argumentó que no existe responsabilidad solidaria por cuanto esta solo puede tener origen legal o contractual los cuales no se configuran en el caso que nos ocupa. Adicionalmente que según las funciones de las EPS-S dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud no son responsables de diagnósticos, procedimientos o rehabilitación de sus afiliados toda vez que las mismas están en cabeza de las IPS, que la obligación de la EPS-S es la de mantener la red de prestadores de los servicios de salud contratando con entidades habilitadas como lo adelantaron ellos.

Como excepciones propuso: **1. Inexistencia de responsabilidad civil contractual a cargo de la demandada:** porque no ha celebrado ningún contrato con Jhon Edward Medina Contreras razón por la cual no existe ninguna relación jurídica contractual con el accionante. **2. Inexistencia de responsabilidad civil extracontractual a cargo de Comfaorient EPS-S en liquidación:** en la medida que ningún hecho que le sea imputable a la EPS-S produjo un daño a la salud en la persona de Jhon Edward Medina. **3. Inexistencia de una obligación contractual a cargo de la demandada:** en razón a que no existe obligación contractual a cargo de Comfaorient EPS-S en liquidación pues ningún hecho imputable a esa corporación produjo un perjuicio por daño a la salud y materiales al señor Medina. **4. Inexistencia de una obligación extracontractual a cargo de la demandada:** ninguna actuación de la EPS-S generó daño en la salud del señor Medina porque el cáncer de colon que padece es una enfermedad catastrófica con un alto costo social que implica en la mayoría de los casos la limitación en la vida social de quien la padece, es decir, inexistencia del

nexo causal. **5. Inexistencia de la relación de causalidad entre las actuaciones de Comfaorienté EPS-S en liquidación:** porque ha autorizado oportunamente todas y cada una de las intervenciones médicas que ha requerido Jhon Edward y que han sido ordenadas por el médico tratante. **6. Responsabilidad exclusiva de un tercero sin relación con Comfaorienté EPS-S en liquidación- Causa extraña:** toda vez que no interviene en las decisiones del médico cirujano tratante quien al momento de practicar la cirugía decidió utilizar la sutura manual y no la mecánica, además que lo referido como daño a la salud es en realidad una consecuencia propia de la enfermedad que padece el actor. **7. Inexistencia de daño a la salud:** reiterando los argumentos aducidos en la excepción anterior.

• **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (fls.507-523)**

Manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones por falta de fundamentos fácticos y jurídicos que respalden las pretensiones incoadas y en especial por presentarse causales que exoneran de responsabilidad al Hospital Universitario Erasmo Meoz, coadyuvando lo manifestado por éste último.

Como excepciones propuso: **1. Falta de cobertura para el hecho que da base al llamamiento en garantía efectuado por la ESE Hospital Erasmo Meoz a la Previsora S.A. con cargo a las pólizas 10052132 y 1000061:** porque la ESE efectuó el llamamiento en garantía con cargo a la póliza de responsabilidad civil clínicas y hospitales No. 1005132 y a la póliza Multirriesgo Hospitalaria 1000061. Respecto a la primera de ellas, resalta las condiciones de la misma y que fue pactada para el periodo comprendido entre el 02 de julio de 2009 y el 02 de julio de 2010, dentro del cual se podía hacer la reclamación, pero como éste se hizo el 09 de abril de 2012 (presentación de la demanda) ésta ya había expirado y en esa medida se les debe liberar de toda responsabilidad frente al compromiso adquirido por la aseguradora. Citando la condición vigésima quinta, literales a y h. Ahora, respecto a la póliza No.1000061, señaló que si bien la misma estaba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, lo cierto es que dicho evento no está amparado en la póliza referida de conformidad con lo dispuesto en la Sección II- Responsabilidad Civil Extracontractual de las cláusulas generales. Condición primera- amparos y exclusiones (Código de la forma PVH-001-1. **2. Inexistencia de la obligación de la Previsora S.A conforme con el alcance de los L contrato de seguro de RC médica 1005132 y la póliza previhospital No, 1000061 objeto del llamamiento en garantía:** argumentando que se debe determinar inicialmente la responsabilidad de la ESE para posteriormente mirar si la aseguradora debe responder y no se encuentre dentro de las exclusiones establecidas. **3. Operatividad de exclusiones consignadas en las condiciones generales frente a los amparos otorgados:** exonerar a la Previsora S.A., frente al asegurado en términos del Contrato de Seguros por operar las exclusiones señaladas en la primera página de las condiciones generales de la póliza. **4. Exclusión de responsabilidad de la Previsora frente a la responsabilidad individual de los médicos al servicio de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz Póliza de responsabilidad civil médica 1005132:** toda vez que la póliza va orientada a amparar la responsabilidad civil profesional médica de la institución y no de la correspondiente a los médicos al servicio de la entidad. **5. Cumplimiento de la condición segunda de las cláusulas generales denominada garantías del asegurado en la póliza 1005132:** es decir, cumplir lo dispuesto en el artículo 1061 del Código de Comercio en caso de que no se cumplan los compromisos adquiridos con la aseguradora. **6. Cumplimiento de la condición séptima de las condiciones generales.-obligaciones del asegurado en caso de un acontecimiento adverso, póliza 1005132:** transcribe lo dispuesto en esta condición para resaltar la aplicación del artículo 1061 C. Co por incumplimiento de este compromiso.

De otro lado, propuso excepciones para modular su responsabilidad frente a las pólizas objeto de llamamiento así: **1. Excepción de límite máximo de valor asegurado:** porque se debe tener en cuenta la cifra máxima por la cual el asegurador será responsable por todo concepto de indemnización de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1079 y 1103 del C.Co. **2. Excepción sobre el sub-límite de valor asegurado para daños morales:** se cubrirá hasta el sub-límite establecido en la carátula de la póliza y en la hoja anexa No.1 que hace parte integral de la Póliza RC 1005132 y que para la póliza 1000061 es la suma de \$500.000.000. **3. Deducible pactado en**

la póliza de responsabilidad civil extracontractual 1005132 y 1000061: bajo el entendido que se debe aplicar el deducible pactado de conformidad con lo señalado en el título IV, libro V del C. Co.

**4. Excepción de disponibilidad del valor asegurado:** la suma asegurada va disminuyendo a medida que la compañía va pagando los siniestros y agotada esta ya no tiene ninguna obligación contractual con el llamante en garantía en los términos dispuestos en el artículo 1111 del C. Co.

**5. Obligatoriedad del reembolso de la Previsora S.A. Frente a la ESE HUEM de Cúcuta en virtud del contrato de seguro:** refiriendo al respecto los argumentos expuestos en las excepciones anteriores.

Adicionalmente, como excepciones frente a la demanda argumentó:

**1. Caducidad de la acción de reparación directa:** argumenta que esta se presenta en atención a que los hechos tuvieron lugar el 19/01/2010 y la demanda fue presentada el 19/04/2012. Advierte que si bien la solicitud de conciliación prejudicial suspende los términos lo cierto es que ésta fue presentada el 29/11/2011 y según constancia de Procuraduría la diligencia se realizó el 27 de 2012, por ello tenía como plazo máximo para presentar la demanda hasta el 16 de abril de 2012 y como ésta fue radicada el 19/04/2012, la misma está caducada.

**2. Inexistente de la obligación a cargo del Hospital Universitario Erasmo Meoz:** Señaló que de la historia clínica se puede deducir que la atención médica se ajustó a los lineamientos, protocolos y prácticas usuales en el desarrollo de este tipo de procedimientos y en esa medida no se configura la responsabilidad por falla en el servicio.

**3. Ausencia de dolo o culpa grave del Hospital Universitario Erasmo Meoz:** en razón a que del actuar médico no se desprende ningún tipo de delito y los cargos no tienen sustento médico-científico sobre el cual se pueda derivar la mala práctica de la falla en la prestación del servicio médico por parte de la Institución.

**4. Exclusión de responsabilidad de la Previsora frente a la responsabilidad individual de los médicos al servicio de la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz:** en consideración a que esta ampara sólo la responsabilidad de la entidad y no la de los médicos.

**5. Ausencia de nexo causal entre los hechos y la conducta de la ESE Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta:** en consideración a que no hay prueba que evidencie esta situación.

**6. Exceso en el pedimento de perjuicios morales, materiales, a la salud-Ausencia de prueba para reclamar:** no existe prueba que respalde la cuantía solicitada.

### III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (fls. 857-869)** reiteró los argumentos, las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía, solicitando la ESE HUEM sea exonerada de toda responsabilidad y en el evento contrario, se exima a la Fiduprevisora S.A conforme a los argumentos y excepciones propuestas.

**LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ (fls.870-884)** llevó a cabo un resumen de lo actuado en el proceso, resaltando que respecto de la peritonitis sufrida por el señor Edward el 15 de marzo de 2010 no se especificó el foco de su origen, denotándose claramente que su presencia no se dio como resultado de alguna infiltración a dehiscencia de la sutura manual realizada durante el procedimiento quirúrgico adelantado anteriormente. Igualmente, adujo que como manejo post quirúrgico de la segunda intervención se realiza una colostomía con el fin de permitir la recuperación plena de los tejidos en lo que respecta al tráfico intestinal pues sus antecedentes como quimioterapia, radioterapia y mala nutrición ya habían surtido efecto lo cual conllevó a una nueva intervención el 01/04/2010 la cual culminó sin ningún tipo de complicaciones.

Resaltó que al efectuarse la segunda intervención quedó demostrado que no existía dehiscencia de la sutura anastomotica, por ello el evento que presentó fue producto del cuadro cancerígeno avanzado que presentaba, solicitando en esa medida negar las pretensiones de la parte actora. En virtud de lo anterior, concluyó que no existió falta, irregularidad o prestación deficiente en el tratamiento aplicado al paciente ya que los actos médicos practicados cumplieron con la Lex Artis, narrando que el señor Medina consultó el 04 de diciembre de 2009 por padecer una masa a nivel del recto la cual fue diagnosticada en otra institución fuera del país (Venezuela) la cual

9/16

posteriormente se clasificó como un tumor maligno de recto – adenocarcinoma muco secretor de recto alto. Adicionalmente, hizo referencia a lo consignado en la historia clínica y testimonios de los médicos con gran trayectoria en el manejo de este tipo de pacientes con patologías abdominales para comprobar la debida diligencia con que actuaron los profesionales en la atención médica. Arguyó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 superior es necesario que los médicos actuaron con dolo o culpa grave, situación que no fue demostrada a lo largo del proceso, solicitando en consecuencia se les absuelva y denegar las pretensiones.

**LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE (fls. 885-895)** adujo que está acreditado el parentesco entre el grupo familiar demandante, que de conformidad con la historia clínica el 09 de marzo de 2010 se le practicó al señor Medina resección anterior de recto y que dicha cirugía se programó con anastomosis mecánica- sutura mecánica, que el 15 de marzo de 2010 el accionante presentó dehiscencia de sutura que le desencadenó peritonitis. Asimismo, que con el dictamen rendido por la Asociación Colombiana de Cirugía se demostró que no hubo consentimiento informado pues los formatos se firmaron en blanco, además que la cirugía se había programado con sutura mecánica y que ésta no se usó sino la manual.

De otro lado, manifestó que con los testimonios de los cirujanos se demostró que al paciente no se le informó de los riesgos que tenía la cirugía practicada el 09 de marzo de 2010 que no hubo consentimiento informado y que los formatos firmados en blanco no fueron anexados de forma completa en la historia clínica. Igualmente que con los testimonio de Jessica Reinalda Villamizar Ortega, Cristóbal Jiménez Serrano y Leonardo Mantilla Peñuela se demostró el vínculo de afecto existente entre los demandantes, que con el dictamen médico legal de la Junta Regional de Norte de Santander se probó la disminución de la capacidad laboral definitiva que tiene el señor Medina Contreras como consecuencia de la dehiscencia presentada el 15 de marzo y que con la certificación de la habilitación de los servicios de salud del Hospital Erasmo Meoz queda demostrado que para el servicio "Gastroenterología" dicha institución tenía autorizado el grado de complejidad Media.

Finalmente, referenció la normativa y jurisprudencia aplicable al consentimiento informado, destacando la negligencia de las demandadas, lo cual en su parecer ocasionó el grave daño al señor Medina por lo que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

**LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL ORIENTE COLOMBIANO – COMFAORIENTE EPS-S EN LIQUIDACIÓN (fls. 896-907)** reiterando lo aducido en la contestación e indicó que el Programa de esta EPS-S con Nit. 890.500.675-6 se encuentra liquidado a la fecha como resultado del proceso de liquidación ordenado mediante Resolución 1869 del 4 de julio de 2012, que con Resolución 000024 del 24 de octubre de 2016 el Agente Especial Liquidador del Programa de Entidad Promotora de Salud EPS-S hoy liquidado de la Caja de Compensación Familiar del Oriente Colombiano COMFAORIENTE ordenó el cierre del citado programa. Adicionalmente, que para la fecha de los hechos, autorizó de manera oportuna, todas las consultas médicas, los medicamentos, los exámenes diagnósticos, los dispositivos médicos y los procedimientos quirúrgicos que fueron requeridos por el señor Medina Contreras, durante el tiempo en que ha estado afiliado a esa EPS-S, dijo que en la demanda no se adujo de manera explícita el presunto daño causado por la EPS-S, así como tampoco se demostró el nexo de causalidad entre los presuntos hechos causantes del daño y el accionar de la demandada inobservando lo dispuesto en el artículo 140 del C.P.A.C.A., y en consecuencia no prospera la obligación del resarcimiento deprecado en el proceso.

Citó una sentencia del Consejo de Estado<sup>2</sup> sobre las causales eximentes de responsabilidad del demandado, para establecer que en el caso de la referencia se configuran como causales eximentes de responsabilidad: la irresistibilidad, la imprevisibilidad y la exterioridad de la causa extraña. Ahora, refirió que el señor Medina Contreras no cumplía para la época de los hechos en

<sup>2</sup> C.E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Bogotá, D.C., 24 de marzo de 2011, radicación No. 66001-23-31-000-1998-00409-01 (19067).

discusión con los requisitos para estar afiliado al SGSSS en el régimen subsidiado a través de COMFAORIENTE EPS-S hoy liquidado, pues contaba en ese periodo con ingresos y capacidad de pago suficiente para cubrir la cotización en el régimen contributivo, pues devengaba \$1.500.000 como el mismo lo manifiesta, además de no estar en las circunstancias particulares descritas en el numeral 2, literal A, artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

Relató que el demandante requirió atención médica posterior y la realización de un nuevo procedimiento quirúrgico efectuado en la Fundación Santafé de Bogotá, todos autorizados por la EPS-S demandada, en la cual se cerró la Colostomía que tenía e hicieron la unión de la zona del recto que había sido operada inicialmente lo que en ningún caso corresponde a la corrección de un error procedimental sino a la intención de regresar al paciente a su estado natural previo a la cirugía inicial, solicitando declarar probadas las excepciones propuestas.

#### IV. CONSIDERACIONES

##### 1. Problema y tesis jurídica.

El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente caso se configura la responsabilidad civil extracontractual de LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ y la EPS-S DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ORIENTE COLOMBIANO COMFAORIENTE EPS-S en liquidación por los perjuicios presuntamente ocasionados a **los demandantes** con la pérdida de oportunidad para obtener una recuperación idónea del señor **Jhon Edward Medina Contreras** generada en la omisión de utilizar sutura mecánica dentro de la intervención que se le practicó el día 09 de marzo de 2010.

Tesis del Despacho. Se negarán en el presente caso las pretensiones de la demanda por no encontrar probados todos los elementos fundamentales para que se configure la responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas ni los presupuestos establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la aplicación de la pérdida de oportunidad como daño autónomo.

##### 2. De las excepciones propuestas.

**LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ**, propone como excepciones de mérito; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR NO CONFIGURARSE LA MALA PRAXIS MÉDICA, cuyos argumentos no corresponden a una exceptiva como tal tendiente a contrarrestar las pretensiones de la demanda sino que constituyen expresiones de defensa que serán tomadas como tal para resolver el fondo del asunto.

**LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ORIENTE COLOMBIANO COMFAORIENTE EPS-S en liquidación**, propone como excepciones de mérito; INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL A CARGO DE COMFAORIENTE EPS-S EN LIQUIDACIÓN, INEXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL A CARGO DE LA DEMANDADA, INEXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN EXTRA CONTRACTUAL A CARGO DE LA DEMANDADA, INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LAS ACTUACIONES DE COMFAORIENTE EPS-S EN LIQUIDACIÓN, RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE UN TERCERO SIN RELACIÓN CON COMFAORIENTE EPS-S EN LIQUIDACIÓN- CAUSA EXTRAÑA, INEXISTENCIA DE DAÑO A LA SALUD, cuyos argumentos no corresponden a una exceptiva como tal tendiente a contrarrestar las pretensiones de la demanda sino que constituyen expresiones de defensa que serán tomadas como tal para resolver el fondo del asunto.

Ahora, respecto de la excepción de **INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL A CARGO DE LA DEMANDADA**, fundada en que no ha celebrado ningún contrato con Jhon Edward Medina Contreras razón por la cual no existe ninguna relación jurídica contractual con el accionante, el Despacho considera que la **excepción no está llamada a prosperar** en razón a que lo discutido en el proceso es la posible responsabilidad extracontractual derivada de la atención médica en donde la EPS-S es la encargada es organizar y garantizar a sus

afiliados la prestación de los servicios en el plan obligatorio de salud, ya sea directamente o a través de contratos con terceros. En consecuencia, **se niega la excepción propuesta.**

**LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, propone como excepciones de mérito; FALTA DE COBERTURA PARA EL HECHO QUE DA BASE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EFECTUADO POR LA ESE HOSPITAL ERASMO MEOZ A LA PREVISORA S.A. CON CARGO A LAS PÓLIZAS 10052132 Y 1000061, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA PREVISORA S.A. CONFORME CON EL ALCANCE DE LOS L CONTRATO DE SEGURO DE RC MÉDICA 1005132 Y LA PÓLIZA PREVIHOSPITAL NO, 1000061 OBJETO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA, OPERATIVIDAD DE EXCLUSIONES CONSIGNADAS EN LAS CONDICIONES GENERALES FRENTE A LOS AMPAROS OTORGADOS, EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PREVISORA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS MÉDICOS AL SERVICIO DE LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA 1005132, CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN SEGUNDA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DENOMINADA GARANTÍAS DEL ASEGURADO EN LA PÓLIZA 1005132, CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN SÉPTIMA DE LAS CONDICIONES GENERALES.-OBLIGACIONES DEL ASEGURADO EN CASO DE UN ACONTECIMIENTO ADVERSO, PÓLIZA 1005132, EXCEPCIÓN DE LÍMITE MÁXIMO DE VALOR ASEGURADO, EXCEPCIÓN SOBRE EL SUB-LÍMITE DE VALOR ASEGURADO PARA DAÑOS MORALES, DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL 1005132 Y 1000061, EXCEPCIÓN DE OBLIGATORIEDAD DEL REEMBOLSO DE LA PREVISORA S.A. FRENTE A LA ESE HUEM DE CÚCUTA EN VIRTUD DEL CONTRATO DE SEGURO, INEXISTENTE DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, AUSENCIA DE DOLO O CULPA GRAVE DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PREVISORA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS MÉDICOS AL SERVICIO DE LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LOS HECHOS Y LA CONDUCTA DE LA ESE HOSPITAL ERASMO MEOZ DE CÚCUTA, EXCESO EN EL PEDIMENTO DE PERJUICIOS MORALES, MATERIALES, A LA SALUD-AUSENCIA DE PRUEBA PARA RECLAMAR, cuyos argumentos no corresponden a una exceptiva como tal tendiente a contrarrestar las pretensiones de la demanda sino que unas constituyen expresiones de defensa que serán tomadas como tal para resolver el fondo del asunto y otras que dependen de la eventual prosperidad de las pretensiones.

En lo que respecta a la excepción de **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA propuesta por la Previsora**, fundada en que esta se presenta porque los hechos tuvieron lugar el 19/01/2010 y la demanda fue presentada el 19/04/2012. Advierte que si bien la solicitud de conciliación prejudicial suspende los términos, lo cierto es que ésta fue presentada el 29/11/2011 y según constancia de Procuraduría la diligencia se realizó el 27 de 2012, por ello tenía como plazo máximo para presentar la demanda hasta el 16 de abril de 2012 y como ésta fue radicada el 19/04/2012, la misma está caducada, el Despacho considera que **no tiene vocación de prosperidad** en razón a lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A., dispone:

**Artículo 136. Caducidad de las Acciones**

(...)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

*<Inciso adicionado por el artículo 7 de la Ley 589 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.*

(...)

Así mismo, debe atenderse a lo regulado por la Ley 640 de 2001 en su artículo 21, respecto de la suspensión de la caducidad:

*“SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”*

Igualmente, se anota que de conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>3</sup> si bien en materia médico-sanitaria la regla general señalada en el artículo 136 del C.C.A 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.

Conforme a lo antes citado y lo manifestado en el escrito de demanda, se evidencia que si bien la cirugía de resección anterior de recto se efectuó el 09 de marzo de 2010, lo cierto es que era poco factible que el actor conociera la magnitud o consecuencia del daño y fue sólo hasta **el 15 de marzo de 2010** (fl. 7) cuando presentó la peritonitis que se concretó el daño que decidió reclamar, por lo que el término de caducidad se empezaría a contar desde el día siguiente, es decir, desde el 16 de marzo de 2010 siendo interrumpido dicho término con la solicitud de conciliación presentada ante la procuraduría 98 Judicial I para asuntos administrativos desde el día 09 de marzo de 2012 hasta el 09 de abril de 2012 (de conformidad con lo establecido en la ley 640 de 2001) día en que fue expedida la constancia de conciliación, por lo que a partir del 10 de abril se reanudó el término de caducidad, al cual le faltaban 6 días al momento de interrumpirse, por lo que el término de caducidad vencía el **15 de abril de 2012**.

En consecuencia, se niega la excepción de **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN propuesta por la Previsora**, como quiera que su presentación fue oportuna.

### 3. Argumentación Jurídica.

- **La cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado.**

La cláusula general de responsabilidad del Estado consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, parte del concepto de **daño antijurídico** imputable al Estado a causa de una acción u omisión de las autoridades públicas. Este elemento esencial del daño corresponde a la concepción del Estado Social de Derecho como servidor y garante de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual las autoridades de la república están para garantizar y proteger dichos derechos (Art. 2 C), por ello responden no sólo por el incumplimiento de la ley sino por acción, omisión o extralimitación en su funciones (Art. 6 y 122 CP).

El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 2011, radicado número: 05001-23-26-000-1996-01596-01(20132), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sobre el tema de la responsabilidad como una garantía de los derechos dijo:

*Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. Como bien se sostiene en la doctrina,*

<sup>3</sup> Sentencia de 25 de marzo de 2011, Consejero Ponente, doctor Enrique Gil Botero, Expediente núm. 1996-02181-01 (20.836).

*“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”.*

- **Los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado.**

Desde la anterior perspectiva toda responsabilidad patrimonial del Estado debe partir, en primer lugar, por examinar la **existencia del daño antijurídico**, “entendido como la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que los demandantes no están obligados a soportar”<sup>4</sup>. Es decir, los ciudadanos tienen derecho al disfrute pacífico y pleno de sus derechos fundamentales y sólo pueden ser limitados o restringidos, por medio de la ley debidamente validada constitucionalmente, lo cual implica que el ciudadano tiene el deber de tolerar éstas limitaciones (Art. 95 CP). Ahora, toda intervención del Estado en los derechos de los ciudadanos de manera injustificada, por lo general, deben ser reparados.

El otro elemento de la responsabilidad es la **imputación**, con el fin de establecer si el daño antijurídico es atribuible a alguna autoridad pública y específicamente a la entidad demandada, o si por el contrario fue producto de la actuación de un tercero. La imputación del daño antijurídico es la posibilidad de atribuir el resultado o hecho objeto del proceso al obrar de un sujeto llamado autoridad pública, y lo será siempre que ésta lo haya producido por acción u omisión. Téngase en cuenta que la imputación es un juicio relacional entre el resultado (daño) y una conducta atribuida al Estado como sujeto jurídico-político de derechos y obligaciones. Como dice el profesor Pedro Aberastury, “el problema no subyace en la imputación de la conducta al Estado sino en cuál será la valoración de la relación causal para poder atribuir al Estado el deber de indemnizar y en qué extensión. Esta atribución se realiza, en forma más estricta, si la existencia del daño tiene por origen un normal funcionamiento del servicio”<sup>5</sup>.

El Consejo de Estado, ha dicho que “en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el **ámbito fáctico**, y; b) la **imputación jurídica**, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional)”.<sup>6</sup> Es importante señalar, como lo establece el Consejo de Estado<sup>7</sup>, que la “tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la **imputación objetiva** implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>8</sup>.

La responsabilidad es el llamado nexo causal que, como ha aclarado el Consejo de Estado<sup>9</sup>, “debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sección tercera, expediente: 500012331000199904688 01, radicación interna no.: 17.994 del 26 de marzo de 2009, cp. Enrique Gil Botero.

<sup>5</sup> Aberastury, Pedro. La Relación de causalidad en la responsabilidad del Estado. pp. 221-237. En, Juan Carlos Cassagne y otros. Responsabilidad del Estado. Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires-Rubinzal-Culzoni-Editores. 2011

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 2011, radicado número: 05001-23-26-000-1996-01596-01(20132), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>7</sup> *Ibidem*

<sup>8</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, *ob., cit.*, p.7.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

*"No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política<sup>10</sup>."*

En el ámbito jurídico la atribución de una consecuencia jurídica (sanción) supone que haya habido una vulneración de una proposición jurídica que imponía un deber u obligación, por lo tanto resulta evidente que el concepto de causalidad es insuficiente atribuir un resultado dado que "es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante)<sup>11</sup>. El concepto de causalidad tiene una relación material en la conducta de un sujeto pero la imputación es la atribución de un resultado en cabeza de un sujeto que ha "incumplido normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser."

• **Del servicio de salud - falla en el servicio médico.**

En la prestación del servicio de salud por parte del Estado debe empezarse diferenciando entre el subsistema administrativo que ofrece las condiciones logísticas, de organización y materiales, del subsistema del acto médico propiamente dicho. La anterior diferencia nos permite plantear de manera adecuada el problema y afrontarlo con las herramientas o presupuestos probatorios pertinentes. Desde la anterior perspectiva, entonces, la falla del servicio médico puede darse por omisión, negligencia o inoportunidad en la realización de las gestiones administrativas o asistenciales para que el acto médico pueda llevarse a cabo o cumplirse de manera adecuada<sup>12</sup>.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha utilizado varios criterios para la determinación de la falla del servicio de salud, en una primera etapa se aplicó la falla probada plena (hasta 1992), lo cual implicaba que el demandante debía probar la falla, el daño y el nexo de causalidad. Al mismo tiempo se aplicó este régimen en dos niveles: i) Para evaluar las deficiencias de funcionamiento administrativo o logístico de los servicios médicos; ii) Para evaluar el acto médico propiamente dicho.

En una segunda etapa (después de 1992) se aplicó la falla probada restringido a lo administrativo, es decir, el demandante debía probar las deficientes condiciones de funcionamiento administrativo o logísticas de los servicios médicos; y con respecto al acto médico se aplicó la falla del servicio presunto y al demandante sólo se le exigía probar el daño y el nexo causal, mientras que la entidad demandada podía exonerarse si: i) Acreditaba la actuación oportuna, prudente, diligencia,

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, citada en *ibidem*

<sup>11</sup> "En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos" (Se resalta) Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente número 17.733 (R-0079), CP. Enrique Gil Botero. "Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la *lex artis* y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea.

con pericia, ii) Romper el nexo causal por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

En una tercera etapa (después del 2000), se aplicó la carga dinámica de la prueba plena que consistió en que también el paciente o demandante podrían estar en mejores condiciones de probar los hechos y no solamente la entidad demandada, sin embargo, el nexo causal debe estar acreditado (probado o por lo menos inferido) porque no puede presumirse, admite prueba indiciaria (casi siempre por la dificultad probatoria), es decir, se aplica la teoría de la causa probable del daño. En 2006, la Jurisprudencia del Consejo de Estado vuelve a asumir la posición de que en los casos de responsabilidad médica se debe aplicar la falla probada del servicio, advirtiendo que en estos casos deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, advirtiendo eso sí que para probar dichos elementos “ (...)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. (...)”<sup>13</sup>

En los casos en que la falla en el servicio médico tienen su origen en el error en el diagnóstico, se ha señalado que esta falla es propia del acto médico propiamente dicho, siendo uno de los principales aspectos de la actividad médica en tanto de sus resultados se construye lo que corresponde al tratamiento médico, relacionándose comúnmente la falla en este tipo de actividad a la “(...)indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto (...)”<sup>14</sup>, razón por la que se puede afirmar que existe falla del servicio cuando “(...)no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente (...)”<sup>15</sup>, en virtud de un diagnóstico no conclusivo cuando los síntomas presentados pueden asociarse a distintas patologías.

• **Pérdida de Oportunidad**

De otra parte, la jurisprudencia ha hecho hincapié en la pérdida de oportunidad como una modalidad de daño a reparar en donde existe por una parte incertidumbre toda vez que no se tiene como cierto que el paciente se habría recuperado de haber recibido el tratamiento adecuado en el momento oportuno, sin embargo, hay otro elemento que es de certeza, consistente en que la falla que le arrebató la posibilidad de participar en esas probabilidades:

*“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.*

*“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacios. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente No. 15772

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacios. Sentencia del 27 de abril de 2011. Expediente No. 19846

<sup>15</sup> *Ibidem.*

mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

*“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación<sup>16</sup> (...) (Negrilla fuera del texto).*

Igualmente, ha considerado como elementos esenciales para su configuración que haya i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado<sup>17</sup>.

En esa medida la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estimado que la pérdida de oportunidad constituye un daño de naturaleza autónoma, al considerar que se ubica en el campo del daño- sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, - la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo<sup>18</sup>.

Respecto a la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa ha dicho:

#### **“5.- Indemnización de perjuicios.**

*“Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998<sup>19</sup>— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual **se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.***

#### **“5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.**

*“(…), la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo”<sup>20</sup> (Resaltado fuera del texto)*

Por consiguiente, la jurisprudencia ha dado posibilidad de dar aplicación al concepto de pérdida de oportunidad no solo como perjuicio autónomo, sino como elemento de imputación en aquellos

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.646.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., Primero (1) De Octubre De Dos Mil Dieciocho (2018). Radicación Número: 13001-23-31-000-2005-00944-01(46375). Actor: Roger Martínez Rodríguez y Otros. Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias - Departamento Administrativo de Salud Distrital de Cartagena de Indias - Dadis.

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> Original de la cita: *“Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: ‘Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’”.*

<sup>20</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

casos en que no es posible determinar que la causa del daño fue consecuencia del servicio; y que por el contrario existió una pérdida de probabilidades para el paciente de estar en una mejor situación, esto es de mejorar en su estado de salud o de sobrevivir.

#### 4. Del caso concreto y lo probado

Corresponde ahora al despacho hacer el estudio del caso en concreto determinando si se encuentra acreditada la falla en el servicio, para lo cual será necesario comprobar si existe el daño, se presentó una falla (acción u omisión) en la administración y si el daño se ha producido como consecuencia de la conducta de la entidad accionada (nexo causal); razón por la cual, se debe analizar uno a uno los mentados requisitos para declarar la responsabilidad de la demandada, en caso que ello no sea así se procederá a determinar si en el presente caso existió una pérdida de oportunidad por no haberse utilizado los materiales quirúrgicos que requería.

##### 4.1. El Daño:

De los documentos allegados como pruebas se tiene a folio 200 (cuaderno No.1. fl.624) la programación de la cirugía denominada "resección anterior de recto- anastomosis colorectal" para el 09 de marzo de 2010 y al señor John Edward Medina en el Hospital Universitario Erasmo Meoz-Cúcuta con la observación de sutura mecánica de recto.

Adicionalmente, se advierte en la transcripción de la historia clínica efectuada en el dictamen rendido por la Asociación Colombiana de Cirugía (fls. 838 y 839 cuaderno principal N°4), lo siguiente:

08/03/2010 (C2. Pag 49) Historia Clínica de Ingreso al HUEM para "drenaje de absceso pélvico"... (C2. Pag 51) Historia Clínica de ingreso al HUEM **"Programado para realizar resección anterior baja de recto+ anastomosis colo rectal mecánica" por Ca de Recto** (Ambas historias de ingreso están firmadas por el mismo médico cirujano, en ingreso por urgencias). En la pag.60 del segundo bloque aparece una nota de evolución de "Cirugía: Comité de tumores. Ca de Recto a 10 cms, con trayecto de 10(?) cms. Posquimioterapia y E/terapia... **Plan: Resección anterior de Recto baja (9/iii/10)**". **En el reverso de la hoja 102(2) hay una nota de "cirugía general" en la que con fecha 08/iii/2010 dice "Paciente masculino de 27 años de edad que asiste a cirugía programada para mañana: resección anterior de recto bajo anastomosis colo-rectal (aparece la mención de "mecánica" sobrepuesta) por Dx de Ca de Recto diagnosticado hace 5 meses, recibió 28 sesiones de radioterapia y 2 sesiones de quimioterapia, última radioterapia hace 15 días aprox... Conducta: iniciar preparación de colon..."** 8/mar/2010 (C2. Pag 56) **"Reporte de Patología: con dx clínico Carcinoma de Recto para Revisión e IQM. Comentario: se trata de una biopsia rectal en un paciente con antecedente de carcinoma mucoproduccion pobremente diferenciado manejado con quimioterapia y radioterapia. En el material examinado sólo hay componente de moco residual sin presencia de células tumorales. Diagnóstico:... Presencia de moco acelular a nivel submucoso"**

09/03/2010 En notas de enfermería (segundo bloque de documentos, pag 89/2) se lee que el paciente ingresa a salas con HC completa, "orden autorizada firmada, con reserva de sangre, trae placas de rx". (C2.Pag 88: Registro Individual de Atención Procedimientos Quirúrgicos): Con Dx pre y postoperatorio de Ca de Recto Medio **se realiza Resección anterior de recto. Anastomosis colo-rectal. (Laparotomía, revisión cavidad, disección del retroperitoneo y liberación de recto y sigmoide,... sección de recto y sigmoide...Anastomosis en dos planos Vicryl 3/10...)**. (C2.Pag 87) Hoja de Gastos de Cx.

(...) El 15/03/2010 (C2. Pag 84) "RIA de Procedimientos Quirúrgicos": "Dx preoperatorio: Abdomen Agudo quirúrgico en POP. Dx PO: Idem. Peritonitis seropurulenta inframesocólica ¿Dehiscencia de sutura anastomótica? Procedimiento: Laparotomía-Drenaje-Lavado-transversostomía en asa. Drenes de sump vecinos a la anastomosis. En el primer bloque (CV2, pag 89) Nota operatoria: Bajo anestesia general se practicó laparotomía, **drenaje + lavado de cavidad abdominal y transversostomía en asa. Dx PO: abdomen agudo quirúrgico en posoperatorio, peritonitis fibrinopurulenta inframesocólica, dehiscencia de sutura (¿?).** En el segundo bloque de documentos, notas de enfermería, página 95/8 se anota que el paciente ingresa a unidad quirúrgica con "autorización de cirugía firmada". IV/01/2010 (C2. Pag 78) "Drenaje de absceso pélvico". Debridamiento necrosis. Cateter central. Lavado pared abdominal en cirugía. Hallazgos: colección purulenta fétida en piel...Hemovac.

08/03/2010 a 22/04/2010 (C2.Pag 92-las páginas siguientes hasta la 107 corresponden a las evoluciones de hospitalización sin orden cronológico estricto). Evolución resume el caso como PO tardío de resección anterior de recto quien en el PO **presenta peritonitis y sospecha de dehiscencia de anastomosis**

**colorectal por lo que requirió lavado, drenaje y transversostomía derivativa.** Tras el manejo PO el paciente evoluciona satisfactoriamente, afebril la semana previa, **estudios que descartan colecciones y RSC que evidencia dehiscencia de la anastomosis parcial, amplia y contenida en área presacra,** tolerando vía oral y con colostomía funcionando bien, por lo que se dan salida con control por Consulta Externa y junta de tumores con resultado de patología. (negrilla del Despacho).

Igualmente, en el dictamen se señala que el procedimiento quirúrgico efectuado al señor Jhon Edward Gómez el 15 de marzo de 2010, consistió en: "...la revisión del abdomen, lavaron la contaminación del mismo evidenciada como una peritonitis inframesocólica, revisaron la anastomosis realizada previamente sin tener evidencia confirmada de que hubiera una dehiscencia de la misma, pero ante la fuerte sospecha de que esa fuera la causa de la peritonitis colocaron drenajes y realizaron una colostomía en el colon transverso. Este último procedimiento se utiliza en estos casos para derivar la materia fecal y evitar que continúe la contaminación de la cavidad y la peritonitis resultante".

De las pruebas documentales se infiere que **i)** el señor Jhon Edward Medina padecía de adenocarcinoma pobremente diferenciado o de recto medio diagnosticado por biopsia 29 de octubre de 2009, con colonoscopia previa que muestra lesión ulcerada a 10 cms del margen anal que estrecha en el calibre donde se toma biopsia, sintomatología desde agosto de 2009 con dolor que se irradia a región rectal **ii)** que presentó complicaciones de la cirugía de resección anterior de recto, efectuada el 09 de marzo de 2010 en el Hospital Meoz como tratamiento del cáncer de recto que padecía, las cuales fueron tratadas a través de procedimiento quirúrgico el 15 de marzo de 2010 en la misma institución hospitalaria.

De los anteriores elementos se concluye que existe efectivamente un daño, representado en la dehiscencia a la anastomosis parcial, es decir, complicación de la cirugía efectuada el 09 de marzo de 2010 en el Hospital Universitario Erasmo Meoz, consistente en que la herida se separa o se abre repentinamente.

**4.2 De la relación causal entre la omisión y el daño.**

Sobre la prueba del nexo causal la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>21</sup> ha expresado:

**"Para que surja el deber de indemnizar con fundamento en el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 90 constitucional, bajo el título de falla, no es suficiente que el demandante haya sufrido un daño cierto, determinado o determinable y antijurídico y que contra quien se dirige la imputación haya incurrido en alguna conducta de irregularidad constitutiva de falla de aquellas alegadas por el actor, porque es necesario además que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de la falla de la Administración, nexo causal que para efectos de esta declaratoria no debe ser visto desde el punto de vista de la causalidad física perteneciente al mundo de los fenómenos naturales, sino desde el punto de vista jurídico, entendido como el estudio de la eficiencia de la conducta estatal en la acusación de un daño desde el deber ser que prevé la norma para el Estado en relación con el administrado".** (Negrillas del Despacho)

Ahora bien, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, está probado lo siguiente:

- Que el señor Jhon Edward Medina tenía un tumor maligno de recto, diagnosticado en Venezuela el 29 de octubre de 2009, de conformidad con lo referido en la historia clínica del Hospital Erasmo Meoz fl.251 (Cuaderno No.1 fl.624) y la transcripción efectuada en el dictamen fl. 836 (Cuaderno principal No.4). Igualmente, que el diagnóstico claramente confirmado por estudio endoscópico y biopsia fue un Adenocarcinoma pobremente diferenciado mucosecretante de Recto, con colonoscopia del 29/10/2009 que muestra lesión ulcerada de 10cms del margen anal que estrecha en el calibre de donde tomaron las biopsias con estudios de extensión negativos, lo definieron a partir de los estudios de extensión realizados con un Ca de Recto estadio II/II y en Comité de Tumores decidieron como plan de tratamiento realizar **"tratamiento coadyuvante con quimio y radioterapia para posterior intervención quirúrgica** fl.844 (Cuaderno principal No.4).

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de Junio de 2004. Radicación Número 1996-0825-01 (15183). Consejera Ponente, Dra. María Elena Giraldo.

- Que al señor Jhon Edward Medina se le realizó resección anterior de recto con Anastomosis colo-rectal el 09 de marzo de 2010, el cual consiste en un abordaje transabdominal para reseccionar en bloque el colon sigmoide y el mesorecto incluyendo la vasculatura y los linfáticos asociados, el tejido graso y la fascia mesorectal **preservando los nervios autonómicos para el tratamiento quirúrgico del cáncer de recto con preservación de los esfínteres**. Esta resección se acompaña de una anastomosis colorectal o coloanal según la gastrointestinal tras la resección y que en los tumores del recto medio o el recto superior se recomienda dejar un margen de 4-5 cm por debajo del borde del tumor y realizar una anastomosis colo rectal (cuando esta no es posible se recomienda realizar una colostomía), fl. 845 (Cuaderno principal No.4).

- Que de conformidad con el documento denominado programación de cirugía "resección anterior de recto- anastomosis colorectal" visto a folio 200 (cuaderno No.1. fl.624) en ésta se iba a utilizar la **sutura mecánica de recto**, pero la efectivamente usada fue la **anastomosis manual** de acuerdo a la transcripción efectuada en el dictamen e igualmente que recibió 28 sesiones de radioterapia y 2 sesiones de quimioterapia, siendo la última radioterapia 15 días antes aproximadamente fl. 842 (Cuaderno principal No.4).

Sin embargo, del dictamen rendido por la Asociación Colombiana de se encuentra que: *la dehiscencia de la anstomosis colorrectal (no de la colostomía) es una complicación grave de la cirugía colo-rectal reconocida ampliamente en la literatura científica e inherente al procedimiento quirúrgico. Se han identificado en múltiples estudios varios factores de riesgo para esta complicación, como: el género masculino, la obesidad, el tabaquismo, la duración de la cirugía, la experiencia del grupo quirúrgico (por el tiempo de cirugía o aspectos técnicos como la isquemia en los bordes anastomóticos o la realización de suturas con tensión), el requerimiento de transfusiones sanguíneas, la clasificación del ASA (riesgo anestésico), la distancia del tumor al borde anal y el uso de quimioradioterapia previa a la cirugía. No se ha demostrado científicamente que haya diferencias en el resultado de la cirugía (complicaciones como fistulas, sangrado, estenosis, etc. o mortalidad) determinado por el uso de suturas mecánicas o manuales para la anastomosis colorectal. Como se puede concluir a partir de la literatura científica, existen múltiples factores de riesgo para que ocurra ésta complicación (el paciente presentaba entre ellos el género masculino y la quimioradioterapia previa), y resulta imposible determinar con exactitud la causa de la dehiscencia en éste caso. En particular no se puede atribuir al tipo de sutura empleado,* folio 848 (Cuaderno principal No.4).

En conclusión, el Despacho considera que si bien se logró demostrar la existencia del daño, el mismo no puede ser imputable a las demandadas, pues no se logró probar el nexo causal entre los hechos y la falla del servicio de las entidades demandadas, pues no fue posible determinar que el cambio de sutura mecánica por manual en la cirugía resección anterior de recto-anastomosis colorectal efectuada el 09 de marzo de 2010 representara la pérdida de oportunidad para obtener una recuperación idónea del señor Jhon Edward Medina Contreras y a la postre evitara la dehiscencia de la anastomosis colo-rectal.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con lo señalado en el dictamen referido; ésta última es inherente al procedimiento adelantado y puede estar asociado a múltiples factores como: *el género masculino, la obesidad, el tabaquismo, la duración de la cirugía, la experiencia del grupo quirúrgico (por el tiempo de cirugía o aspectos técnicos como la isquemia en los bordes anastomóticos o la realización de suturas con tensión), el requerimiento de transfusiones sanguíneas, la clasificación del ASA (riesgo anestésico), la distancia del tumor al borde anal y el uso de quimioradioterapia previa a la cirugía, presentado en este caso el paciente los factores de: género masculino y la quimioterapia previa. Adicionalmente, consultada la literatura médica<sup>22</sup> al respecto se advierte que las pruebas encontradas no son suficientes para demostrar que la técnica de sutura de la anastomosis colorectal con grapas tiene alguna superioridad sobre la manual, independientemente del sitio donde se realiza la anastomosis.*

<sup>22</sup> <https://www.cochrane.org/es/CD003144/el-uso-de-grapas-frente-la-sutura-manual-para-la-anastomosis-en-la-cirugia-colorectal>

azx

Para el despacho es claro que las consecuencias dañosas no tuvieron causa en la atención que se le dispensó al señor **Jhon Edward Medina** por parte de las demandadas, sino que se debieron a las especiales circunstancias de la naturaleza de la patología que padece y a los riesgos inherentes a un procedimiento quirúrgico complejo. Asimismo, en este caso no se cumple con los elementos esenciales establecidos por la jurisprudencia para que se configure del daño autónomo por pérdida de oportunidad en razón a que **i)** no existe certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, seria verídica, real y actual en la medida que no está demostrado científicamente que haya diferencias en el resultado de la resección anterior de recto-anastomosis colorectal por el uso de una sutura manual o mecánica, por ello, **ii)** existe una imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento, pues el daño sufrido hace parte las complicaciones inherentes al procedimiento quirúrgico y al tratamiento médico y **iii)** el señor Jhon Edward Medina no se encontraba en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado, toda vez que su padecimiento presentaba mayores factores de riesgo que lo podían llevar a sufrir las complicaciones propias de esta intervención quirúrgica como ampliamente se ha referido.

Adicionalmente, se observa el Hospital Erasmo Meoz adelantó todos los procedimientos necesarios para restablecer la salud del señor Jhon Edward Medina, tal como da cuenta el dictamen efectuado por la Asociación Colombiana de Cirugía folio 847 (Cuaderno Principal No.4) en donde se refiere que:

*...si se juzgan las condiciones de vida del paciente al terminar su atención en el HUEM en Junio 20 de 2011 (momento hasta el cual se cuenta con información de la HC del HUEM pues en esa fecha el Comité de Tumores del HUEM recomienda remitir el paciente para continuar con el tratamiento altamente especializado) se pueden emitir dos opiniones. **La primera es que la patología tumoral maligna por la que le paciente consultó a la institución había sido ya tratada según las recomendaciones basadas en la evidencia científica, propósito tanto del paciente como de los médicos tratantes que intervinieron en su manejo.** La segunda, es que como secuela de complicaciones inherentes al tratamiento médico (quimioradioterapia) y quirúrgico (fístula de la anastomosis colorectal y estenosis rectal secundaria a la cicatrización y eventualmente a la radioterapia) emprendido para erradicar su enfermedad, hubo necesidad de derivar el tránsito gastrointestinal mediante una Colostomía (asa colon transversa abocada a la pared abdominal para derivar la materia fecal antes de su llegada al Recto, que en principio se considera como un recurso temporal para el tratamiento de la complicación). Por razones obvias ésta condición implica un deterioro para la calidad de vida del paciente, máxime teniendo en cuenta su edad.*

**Cabe igualmente anotar que para superar ésta condición el paciente fue remitido por los médicos tratantes del HUEM a un centro más especializado, y existe información disponible entre los documentos revisados que permite deducir que para ello fue sometido a dos intervenciones en la FSFB, de las que no se conocen los resultados en los documentos disponibles.**

Así las cosas, ante la falta de configuración de los elementos de la responsabilidad y de la pérdida de oportunidad, que se le endilga a los demandados, se negarán las pretensiones de la demanda.

## **5. Costas y agencias en derecho**

De conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se condenará en costas, puesto que no se observa temeridad en la actuación de las partes.

## **VI. DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO.- Negar** las pretensiones de la demanda instaurada por los señores **JHON EDWARD MEDINA CONTRERAS, LIGIA BELEN CONTRERAS SERRANO, AGAPITO MEDINA TRIVIÑO y BRANDON ALEXANDER MEDINA CONTRERAS** contra la **ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO**

**ERASMO MEOZ** y la **EPS-S DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL ORIENTE COLOMBIANO COMFAORIENTE EPS-S** en liquidación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.**- No hay lugar a condena en costas.

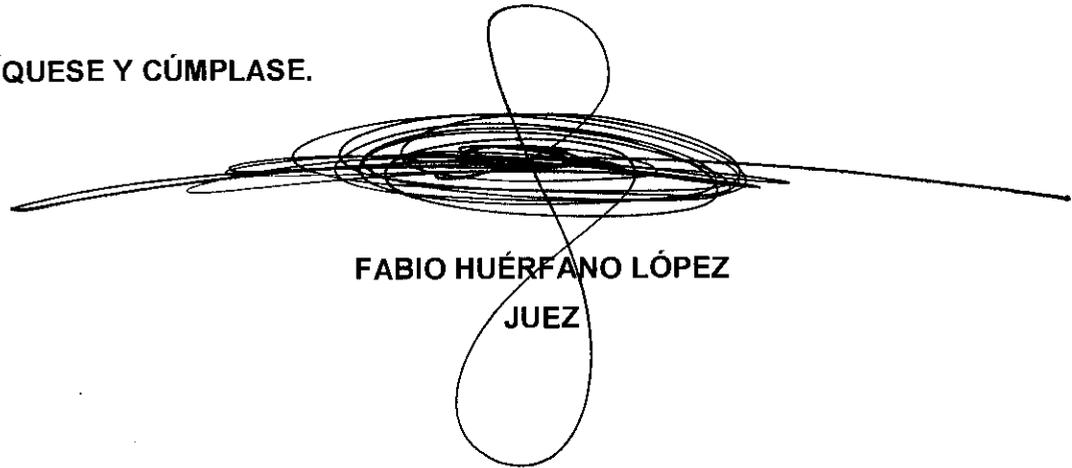
**TERCERO.** Notifíquese esta providencia **a través de la secretaría del juzgado de origen** en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A.

**CUARTO.** Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta providencia, por secretaría del juzgado de origen, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el sistema único de información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

**QUINTO.** Por secretaría de este despacho y a través del Centro de Servicios envíese el expediente al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta.

Se conserva registro del original de esta providencia, en la ubicación compartida de almacenamiento virtual de este Despacho.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

A large, complex handwritten signature in black ink, consisting of multiple overlapping loops and horizontal strokes, positioned above the printed name and title.

**FABIO HUÉRFANO LÓPEZ**  
**JUEZ**