

PRUEBAS - Fotografías. Valoración

La parte actora con la demanda aporta fotografías de la situación en que quedo Gloria Esperanza Salazar López, respecto de lo que cabe hacer varias consideraciones: i) para valorar su autenticidad la Sala tiene en cuenta lo previsto en el artículo 25 del decreto ley 2651 de 1991 (norma aplicable para la época de presentación de la demanda), a cuyo tenor se establecía que los “documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación”; ii) la presunción de autenticidad de las fotografías no ofrece el convencimiento suficiente, ni define las situaciones de tiempo, modo y lugar de lo que está representado en ellas, ya que se debe tener en cuenta que su fecha cierta, consideradas como documento privado, con relación a terceros se cuenta, conforme al artículo 280 de CPC, desde el momento en el que son aportadas al proceso, esto es, desde la presentación de la demanda (6 de septiembre de 1996), sin perjuicio de los demás criterios fijados por la misma norma mencionada; iii) la valoración, por lo tanto, de las fotografías se sujetará a su calidad de documentos, que en el marco del acervo probatorio, que serán apreciadas como medios auxiliares y en virtud de la libre crítica del juez, advirtiéndose que como su fecha cierta es el 6 de septiembre de 1996 se atiende a una condición del paciente que no refleja, propiamente, los hechos acaecidos en las fechas señaladas en la demanda, y de ahí que no ofrezca su valoración probatoria elementos acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, pero sí que puedan tenerse en cuenta respecto a las secuelas ocasionadas, limitado a su consideración en el universo de las pruebas que obran en el expediente, ya que operó su reconocimiento y cotejo en las declaraciones de los médicos Solís y Guzmán.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2651 DE 1991 - ARTICULO 25 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 280

NOTA DE RELATORIA: Con relación a la valoración probatoria de fotografías, ver la sentencia de 1 de febrero de 2012, exp. 22464.

PRUEBAS - Doctrina científica. Valoración probatoria

En cuanto a la doctrina científica aportada con la demanda la Sala encuentra que el juez no está llamado a emplear la literatura científica para tenerlo como medio probatorio alternativo. El artículo 174 del CPC, de manera enunciativa, establece los medios probatorios que puede hacerse valer en los procesos judiciales. A su vez, el artículo 187 del CPC regula las reglas y condiciones que debe observar todo juez en la apreciación de las pruebas. En ese marco, la jurisprudencia de la Sala indica que el daño antijurídico “constitutivo de la falla del servicio o causa del perjuicio que sufre el administrado, deberá probarse en la oportunidad señalada en la ley y por los medios que ésta autoriza y no previamente”. La valoración del acervo probatorio aportado al proceso debe hacerse dentro de los extremos que la prueba ofrece frente a los hechos y el caso concreto, no respecto a criterios generales, dimensiones abstractas o referencias genéricas que pueden alterar el verdadero alcance de la prueba allegada al proceso. (...) Por lo tanto, la literatura científica no representa tema probatorio, teniendo en cuenta que el objeto de la prueba judicial está radicado en los hechos, en la realidad fáctica.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 174 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 187

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver: sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. 2005-00993(AP).

DICTAMEN PERICIAL - Aclaración, complementación, adición. Objeción por error grave

La Sala valora coherente, conjunta y armónicamente el primer dictamen (de 2000), la aclaración (de 3 de agosto de 2001) y la respuesta a la objeción que por error grave se presentó por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima (12 de mayo de 2003). De dicha valoración, y aplicando el principio de la sana crítica, y lo consagrado por el artículo 241 del CPC, la Sala encuentra que el dictamen se realizó valorando un amplio acervo probatorio, contrastando la información ofrecida tanto en la historia clínica elaborada en la Clínica Tolima, como en el Hospital Universitario San Ignacio, y respondiendo a los interrogantes propuestos por las partes en las solicitudes de aclaración, adición y complementación cursadas respecto del primer dictamen. De su valoración se deduce: se cumplió con objetividad a lo encomendado; ofrece firmeza frente a los fundamentos científicos con base en los cuales llega a la conclusión que se produjo un daño a la paciente como consecuencia de un error en el diagnóstico intraoperatorio, que derivó en las complicaciones post-operatorias que padeció Gloria Esperanza Salazar López; cabe deducir precisión, en atención a que se rindió teniendo en cuenta la información de las historias clínicas, de la valoración a la paciente y del ejercicio de contraste de su propio trabajo, en las diferentes oportunidades; denota, además, cierta calidad en sus fundamentos, ya que fue rendido por un patólogo forense que reflejó su conocimiento en la materia, pero que no hace indiscutible, e incontrovertible lo que se señala allí, ya que el sustento científico en el que se apoya representa una línea de consenso, respecto de la que pueden existir divergencias y posturas diferentes a la forma en que debió procederse en la intervención quirúrgica practicada a Salazar López.

NOTA DE RELATORIA: Con relación al dictamen pericial ver: sentencia de 15 de abril de 2010, exp.18014. Puede verse acerca del significado del error grave en Corte Constitucional, sentencia C-830 de 2002. En cuanto a la prueba pericial: Corte Constitucional, sentencia C-990 de 2006 y a las características y valor de la prueba pericial: sentencia de 16 de abril de 2007, exp. 2002-00025. En relación con la objeción por error grave consultas las providencias: 17 de mayo de 2007, exp.2000-03341; 17 de mayo de 2007, exp.16850.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad

El artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver también: Corte Constitucional, sentencias C-037 de 2003 y C-864 de 2004.

DAÑO ANTIJURIDICO - Imputación / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Muerte de abogado defensor / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Noción / IMPUTACION - Ámbito fáctico. Imputación jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

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). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Responsabilidad por ausencia de seguimiento post-operatorio y manejo de las probables complicaciones / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Ausencia de seguimiento post-operatorio

La Sala encuentra que, (...) se materializó la falla por falta de seguimiento de las complicaciones presentadas por Gloria Esperanza Salazar López después de realizada la primera intervención quirúrgica en la Clínica Tolima y por el médico Germán Antonio Rengifo Alvis, debe decirse que, quien en sus notas operatorias encuentra como hallazgo intraoperatorio que la paciente presentaba problemas en las vías biliares, lo que lleva a la Sala a considerar que devino con cierta probabilidad de una lesión ocasionada en las mismas vías biliares durante el primer procedimiento quirúrgico, esto es, el realizado el 6 de diciembre de 1998. (...) Es inadmisibles, conforme a los medios probatorios valorados, que no se haya tenido en cuenta la complejidad y el riesgo adecuadamente que implicaba la intervención quirúrgica a la que fue sometido la paciente, ya que independientemente de la oportunidad en su atención en los centros médicos, lo determinante es que se actuó sin corresponderse con la amenaza irreversible e irremediable que representaba la intervención quirúrgica a la que fue sometida Gloria Esperanza Salazar López, partiendo del hallazgo intraoperatorio que exigía no sólo una prestación oportuna, sino que se contara con todos los medios humanos, técnicos y científicos que permitieran, en atención a la especialidad y complejidad de la patología, una prestación real y materialmente integral. Por lo tanto, es indiscutible que en el presente caso se configuró una falla en la prestación del servicio médico, radicaba no en la forma en que se dispuso la atención, sino en la manera en que los medios disponibles y la capacidad para realizar una intervención quirúrgica de tal complejidad y riesgo se llevó a cabo sin contar con el seguimiento post-operatorio y manejo de las probables complicaciones, que derivaron en la producción como secuela irrazonable de la primera intervención quirúrgica (de Gloria Esperanza Salazar López) como fue la necesidad de colocarle un tubo de silastic (sic), o sin fin, y someterla a posteriores intervenciones quirúrgicas, y a padecer una amenaza inminente de muerte, como fue considerado para proceder a conceder la prelación para dictar el presente fallo. (...) No sólo quedó demostrado que la actividad médica desplegada ante la complejidad y riesgo de la intervención a la que fue sometida Gloria Esperanza Salazar López fue omisiva, desde la perspectiva de lo inadecuado al no tenerse en cuenta debidamente las condiciones de la paciente al momento de la intervención quirúrgica, y no se trata de aquellas propias a las enfermedades de base, pues había una amenaza y riesgo de complicaciones posteriores, que derivó en la realización de intervenciones quirúrgicas posteriormente, y que llevara a adoptar todas medidas suficientes y necesarias que permitirán dotar de mayor garantía en la técnica menos gravosa para la salud del paciente, lo que no ocurrió y configuró la falla del servicio en cabeza de la demandada.

COSTAS - No condena

No habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su

imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no se demuestra y señala la temeridad de las partes.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 73001-23-31-000-1998-02312-01(31148)

Actor: GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala de Sub-sección C el recurso de apelación interpuesto por el denunciado de pleito contra de la sentencia de 16 de diciembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la que se dispuso:

- “1. Declarase (sic) la responsabilidad solidaria patrimonial del Instituto de Seguros Sociales, el denunciado del pleito Cooperativa de Trabajo Asociado PROSALUD y al llamado en garantía Doctor GERMAN RENGIFO por los daños ocasionados a GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ.*
- 2. En consecuencia, se condena solidariamente al Instituto de Seguros Sociales a la Cooperativa de Trabajo Asociado PROSALUD y al llamado en garantía Doctor GERMAN RENGIFO al pago de las siguientes sumas de dinero:*
 - A. Por concepto de perjuicios morales: En (sic) favor de GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ y WENCESLAO VILLA RIVERA, la suma equivalente a ochenta (80) Salarios (sic) Mínimos (sic) Legales (sic) Mensuales (sic), a JUAN MATEO Y (sic) ANDREA DEL MAR VILLA SALAZAR, en calidad de hijos, la suma equivalente a cincuenta (50) Salarios (sic) Mínimos Legales Mensuales, para cada uno.*
 - b. Por concepto de perjuicios por el daño a la vida de relación, la suma equivalente a ochenta (80) salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ y WENCESLADO VILLA RIVERA y a los menores JUAN MATEO Y (sic) ANDREA DEL MAR VILLA SALAZAR, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.*
- 3. Estas sumas se pagaran (sic) de acuerdo a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*
- 4. Niéguese las demás pretensiones de la demanda.*

5. Si la presente providencia no fuera apelada, envíese al Honorable Consejo de Estado para que surta el grado de consulta de conformidad al artículo 184 del C.C.A. Modificado Ley 446/98, art. 57" (fls.423 y 424 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda

1 Fue presentada el 7 de diciembre de 1998 por Gloria Esperanza Salazar López y Wenceslao Villa Rivera en su nombre y en representación de sus hijos menores Juan Mateo y Andrea del Mar Villa Salazar, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1o.- **QUE EL INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL**, es administrativamente responsables (sic) de los daños y perjuicios causados a GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ, A (sic) WENCESLAO VILLA RIVERA como personas naturales y de sus hijos JUAN MATEO Y (sic) ANDREA DEL MAR VILLA SALAZAR, como consecuencia de la FALLA DEL SERVICIO MEDICO Y EL DAÑO ANTIJURIDICO, ocurrido en la CLINICA TOLIMA, adonde (sic) fue remitida GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ, por orden de dicho Instituto, el 06 de Diciembre (sic) de 1996, para ser intervenida quirúrgicamente por problema de **colecistitis**, a través del convenio prosalud- ISS.

2o.- Que como consecuencia de la anterior declaración y a TITULO DE INDEMNIZACION, se condene AL (sic) INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL, a pagar (sic) mis mandantes, COMO MINIMO la suma de **CIENTO SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/C (107'863.885.00)**, correspondiente a los perjuicios de carácter MATERIAL Y MORAL, (el daño emergente y el lucro cesante y los daños morales que le causaron), **ADEMAS DEL DAÑO FISIOLÓGICO, EL QUE SE TASA COMO MINIMO (sic) en la suma de VEINTINUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS M/C (\$29'345.240.00)**, , (sic) que es el EQUIVALENTE a 2.000 gramos oro, sin que el señalamiento de la cuantía constituya limitación para que le sean reconocidos perjuicios de la naturaleza y cuantía que resulten probados dentro del proceso.

3o.- La condena respectiva, o sea el monto total de la indemnización será actualizada de conformidad con lo previsto en el art.178 del C.C.A., mediante la aplicación de los mecanismos, procedimientos y fórmulas adoptados (sic) por el H. (sic) Consejo de Estado (...) actualización que se hará con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los HECHOS (sic) dañosos (...) y hasta cuando se dé (sic) cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriada el fallo definitivo.

4o.- Se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada por tratarse ésta entidad de una empresa descentralizada del Estado, conforme lo dispuso el H. (sic) Consejo de Estado, en la consulta No.795 del 19 de Marzo (sic) de 1996 (...) y además por ser procedente de conformidad con el art.55 de la Ley 446/98.

5o.- Se servirán ordenar que la parte demandada le dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A." (fls.118 y 119 c1).

2 Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por la parte actora:

"(...) 2o.- El 06 de Diciembre (sic) de 1996 a las 6:00 p.m., por orden del ISS, fue hospitalizada GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ , en la Clínica Tolima, en

cumplimiento del convenio PROSALUD-ISS, para ser intervenida quirúrgicamente por problema de **colecistitis** (...)

3o.- Quien practica la cirugía fue el Doctor GERMAN RENGIFO, quien precisamente no actuó con la pericia, eficiencia y profesionalismo propio de la ciencia de la medicina, pues incurrió en una serie de errores (...)

(...)

Afirman que se encontró al operar una malformación del sístico (sic) en cañón de escopeta (...) lo que no se hizo por el médico del ISS, quien en forma apresurada y antitécnica procedió a cortar uno de los cañones, amputando el que no era, ocasionando la grave lesión posterior de mi mandante principal.

(...)

4o. La intervención se realizó hacia las 8:00 p.m., del día 06 de Diciembre (sic) de 1996. Al despertar GLORIA ESPERANZA SALAZAR de la anestesia, el dolor era intenso, por lo cual se recetaron calmantes, **ENTRE ELLOS MORFINA** (sic), pero el dolor no cedía, continuando durante toda la noche.

5o.- El día 07 de Diciembre/96 (sic), amaneció **ICTERICA**, color amarillo en la piel y los ojos y el dolor se agudizó, por lo cual el Médico GERMAN RENGIFO, reunió a la familia de GLORIA ESPERANZA, **Y EXPRESO QUE HUBO UN ERROR EN LA CIRUGIA Y QUE SE HACIA IMPERIOSO COMPROBARLO MEDIANTE UNA "GAMAGRAFIA"**, que fue traumatizante (cada hora se le hacía una prueba en un cuarto frío, donde nadie le prestaba la atención debida a mi mandante), (sic) para determinar si efectivamente había obstrucción de la vía biliar, **PRECISAMENTE POR HABER CORTADO EL CAÑÓN O CONDUCTO SIN CERCIORARSE DE SU FUNCION Y SIN TENER LA SEGURIDAD DE CUAL ERA LA TRAYECTORIA DEL MISMO.** Si existe una malformación., como lo sostuvo el médico cirujano (...) Se ordena igualmente el examen de BILIRRUBINAS TOTAL, cuyo resultado inicialmente es de 220, lo cual quiere decir que esta (sic) dos (2) veces por encima de la (sic) normal.

6o.- El mismo día 07 de Dc./96 (sic), se hace un nuevo control de BILIRRUBINA TOTAL y aparece en 398, es decir, se había casi duplicado en el transcurso de unas pocas horas. La GAMAGRAFIA demuestra **QUE HAY OBSTRUCCION TOTAL DE LA VIA BILIAR PRODUCTO DEL ERROR EN LA CIRUGIA.** Ante esta situación, el médico explica que se requiere de una nueva cirugía, la cual no es posible hacerla en Ibagué, por carencia de los aparatos y lentes especiales para su práctica, ya que es una micro-cirugía tendiente a reconstruir las vías taponadas, como consecuencia del ERROR DEL CIRUJANO, por su impericia, falta de idoneidad y carencia de profesionalismo.

7o.- Mi mandante es trasladada el mismo día 07 de Dic/96 (sic) en las horas de la noche a **URGENCIAS DEL ISS EN EL LIMONAR DE IBAGUE**, esa noche la atendió el Doctor RODRIGO GALINDO (...) Allí se limitaron a aplicar calmantes. Mi mandante llevaba catéter, para la inyección de líquidos (suero y calmantes endovenosos).

8o.- El día 08 – 12 – 96, mi mandante fue trasladada de URGENCIA vía aérea (previamente le habían llevado en ambulancia hasta el Aeropuerto Perales de Ibagué), a la ciudad de Santafé (sic) de Bogotá D.C., ingresando **AL** (sic) **HOSPITAL SAN IGNACIO POR EL SERVICIO DE URGENCIAS** (sic), la pasaron a piso, aplicaron calmantes y fue revisada por el médico de turno en URGENCIAS.

9o.- Los días 09 y 10 de Diciembre (sic) de 1996, se le realizaron a mi poderdante una serie de exámenes de laboratorio, destacando **EL DE COLEAGIOGRAFIA RETROGRADA VIA ENDOSCOPIA** (sic), en donde determinó exactamente donde era la lesión: **LESION VIA BILIAR POS-OPERATORIO COLECISTECTOMIA ABIERTA, LESION VIA BILIAR BISMUTH III.** Obviamente causada por el cirujano en ala (sic) operación practicada a mi mandante.

10o.- Se procedió entonces a hacer la **INTERVENCION QUIRURGICA RECONSTRUCTIVA** (...) Operaron los médicos CIRUJANOS (sic): Doctor FRANCISCO HENAO: PRIMER AYUDANTE: Doctor MAURICIO VANEGAS; SEGUNDO AYUDANTE: Doctor MAURO ARMANDO JIMENEZ CHAURA;

ANESTESIOLOGOS: Doctores GUATIVA Y (sic) POLANCO URUEÑA. Las intervenciones fueron las siguientes: **HEPATICOYEYUNOSTOMIA Y ROUX + ASA DE CHEN Y TUBO SIN FIN.**

(...)

11o.- Cuando despertó mi mandante de la anestesia, se encontró con sonda nasogástrica, sonda vesical, colostomía **Y UN TUBO SIN FIN CON UNA BOLSA EN CADA UNA DE SUS PUNTAS** (sic), retirándosele las bolsas a los dos días. El día 19 de Diciembre/96 (sic) sale del Hospital y regresa a la ciudad de Ibagué, con los aditamentos que se ven claramente en los registros fotográficos (...)

12o.- **EL TUBO SIN FIN** (sic), que aparece en las fotografías adjuntas, tenía al parecer la función de drenar la bilis del asa aferente por la alta probabilidad de estenosis de hepatoyeyunostomía, y se dejó el drenaje y el tubo sin fin, para en caso de necesidad de instrumentación por asa de chen en el evento de que se taponara nuevamente o estenuser, pudiéndose cambiar por una prótesis de titanio, sin que se le garantizara que no se podía volver a tapar.

(...)

Los TUBOS tenían agujeros por los cuales salía bilis **que quemaban la piel de mi mandante y manchaban su ropa. La bilis tenía un olor característico, que requería un control especial y estricto.**

Dicho tubo debió cambiarse los primeros días del mes de Junio (sic) de 1997 (por cuanto el mismo se va endureciendo) en la Clínica Tolima, cambio que debió efectuarse en cirugía ambulatoria.

El tubo que se cambió se envió a examen clínico, llamado CULTIVO DE PUNTA DE CATETER, lo cual dió (sic) como resultado SEUDOMONA ABUNDANTE, a lo cual el médico argumento que a pesar de requerirse antibióticos, éstos no se debían utilizar en forma prolongada, por la lesividad que éstos pueden causar en la salud, **entonces se recetó lavar en tubo con vinagre de cocina, lo que hizo mi mandante en el mes de Junio (sic) (...), inyectando sólo 2 c.c. de los 5 c.c. de vinagre recetado, cuando sintió opresión fuerte en el pecho con dolor intenso en las venas y arterias del cuello, dolor en el brazo izquierdo, palidez intensa, incapacidad para respirar y nauseas (sic), debiendo ser trasladada de URGENCIAS DEL CENTRO MEDICO JAVERIANO, mas (sic) o menos a las 9:30 p.m., en donde se le practicó un electrocardiograma, se destapó el tubo sin fin y se lavó con abundante solución salina o suero fisiológico, le aplicaron NUBALINE (que es analgésico-narcótico),** y los días siguientes padeció fiebre y dolor gástrico, (colangitis química), lo cual le hizo ausentarse del trabajo, y debió acudir nuevamente a URGENCIAS DEL ISS, donde debió ser hidratada y sometida a exámenes de laboratorio.

14o.- En el mes de Mayo (sic) de 1997, mi mandante debió acudir a control médico en Santafé (sic) de Bogotá, en donde el cirujano que le salvó la vida (...) le manifestó que generalmente los tubos debían permanecer en el cuerpo del paciente por un tiempo mínimo de **UN AÑO pero que el caso de ella, por la gravedad de la lesión le recomendaba UTILIZARLOS INDEFINIDAMENTE, pues podría MORIR si se le retiraban.** Le planteó ubicar dichos TUBOS SIN FIN de manera subcutánea, **PERO DEBIA PINCHARSE DIARIAMENTE PARA LAVARLOS.** De todas maneras dichos tubos debían lavarse diariamente con SUERO FISIOLÓGICO. Se planteó finalmente, colocar **UNA PROTESIS QUE DEBIA CAMBIARSE CADA CUATRO (4) MESES.**

15o.- Es de anotarse que **LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS DE VIAJE, MEDICINAS, CONSULTAS, INCAPACIDADES ETC... CORRIERON POR CUENTA DE MI MANDANTE Y DE SU ESPOSO DE SU PROPIO PECULIO, PUES EL SEGURO NO RESPONDIÓ POR SU NEGLIGENCIA NI POR LA FALLA MEDICA Y EL DAÑO ANTIJURIDICO.**

16o.- Durante los meses de agosto y septiembre de 1997, el dolor de espalda y de costillas del lado derecho de mi mandante principal, era insoportable, razón que la

obligó a consumir una serie de medicamentos recetados y asistir a terapia física donde la Doctora RAQUEL LUCIA KAIRUZ (...) debiendo además usar una **FAJA SACRO LUMBAR**, debiendo suspender dicha terapia, por falta de espacio de tiempo, para no perder el empleo en la Alcaldía de Ibagué, a pesar de que los intensos dolores continúan hoy en día.

17o.- Durante los meses de Enero (sic) y febrero de 1998, fueron nuevamente con incremento de dolor y los exámenes de laboratorio (bilirrubinas) demostraron que el TUBO SIN FIN estaba obstruido y la bilis se estaba devolviendo al hígado. Asistió mi mandante a consulta con el internista Doctor WILLIAM SANCHEZ (...), cirujano que es experto en vías biliares. Dicha consulta se efectuó en Santafé (sic) de Bogotá D.C. Mi mandante para esta fecha casi no podía caminar, menos conducir (es de anotar que mi poderdante vive en una Finca (sic) en la Vereda (sic) LA MONTAÑA, corregimiento del Totumo de Ibagué, y debe manejar su vehículo particular diariamente para llevar los niños al colegio e ir a su trabajo). **NO PODIA DORMIR ACOSTADA, SINO RECOSTADA EN UNA SILLA TODA LA NOCHE, LABORABA POR RATOS, PUES EL DOLOR ERA INSOPORTABLE, EL TUBO SE PARTIO Y SE CAYO UNA PARTE**, dicho médico, recomendó una nueva cirugía definitiva. Mi mandante propuso **que se le retirara el TUBO SIN FIN POR LO MENOS UN TIEMPO, PUES LA TENIA DESESPERADA, ESTRESADA, PORQUE SU ORGANISMO NO AGUANTABA MAS Y SU POSICION CORPORAL (pues por los dolores debía permaneces (sic) inclinada hacia adelante) SE HIZO MUY DEFECTUOSA.**

El médico, Doctor SANCHEZ le explicó que el conducto reconstruido podía irse cerrando progresivamente, y procedió a **RETIRAR EL TUBO Y DEBE ACUDIR A BOGOTA A CONTROL CADA TRES (3) MESES DURANTE CINCO (5) AÑOS** (...), **CANCELANDO LOS GASTOS QUE ELLO OCASIONABA.** Debe mi mandante mantener una dieta estricta de líquidos y alimentos, sin grasas, **ESTANDO PENDIENTE A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE UNA NUEVA CIRUGIA.**

Mi mandante por falta de recursos económicos, NO PUDO ASISTIR a consulta en el mes de septiembre/98 (sic), corriendo graves riesgos por cuenta de la irresponsabilidad de UN MEDICO ADSCRITO AL ISS, entidad que además se despreocupó totalmente de mi mandante (...)

18o.- En el mes de Noviembre (sic) de 1998, asistió mi mandante a urgencias del ISS, y el médico que la atendió le expresó que nada podían hacer por ella" (fls.119 a 127 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia

3 El Tribunal Administrativo del Tolima, admitió la demanda mediante providencia de 16 de diciembre de 1998. Antes de la notificación de la admisión de la demanda, el apoderado de la parte actora presentó escrito de adición y corrección de la demanda en cuanto a los siguientes aspectos:

"(...) 1o.- En los hechos y en el concepto de violación donde se lea que la hospitalización y la intervención quirúrgica fue a las 6 y 7 p.m. respectivamente, deberá leerse que fue a las 6 y 7 a.m., es decir en horas de la mañana y no en la tarde.

2o.- Con el objeto de acreditar parentesco y matrimonio, me permito adjuntar registro de matrimonio de WENCESLAO VILLA RIVERA con GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ y el registro de nacimiento de los hijos ANDREA DEL PILAR Y (sic) JUAN MATEO VILLA SALAZAR, se adjuntan en original y copia para los correspondientes traslados.

3o.- El acápite de las pruebas se adiciona con la certificación expedida por el cirujano que incurrió en el error médico, Dr. GERMAN RENGIFO de fecha julio 22 de 1997, donde consta la operación de reconstrucción que hubo que practicarsele por su culpa y fórmula médica del mismo Galeno (sic), sobre droga que debió tomar y costear de su propio peculio" (fl.172 c1).

4 El auto admisorio de la demanda fue notificado el 27 de mayo de 1999 al Director del Instituto de los Seguros Sociales por conducto del Director Seccional (fl.175 c1).

5 El Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Tolima, contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el que manifestó, en relación con los hechos señaló que algunos son ciertos, otros no y los demás debían probarse dentro del proceso. Así mismo, como argumentos de su defensa sostuvo:

"(...) Además no es cierto, que la intervención quirúrgica de COLELITIASIS no reviste mayor gravedad.

El Dr. GERMAN ANTONIO RENGIFO ALVIS (...) se entrevistó con la paciente GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ alas (sic) 7 a.m. de acuerdo a su HISTORIA CLINICA DE INGRESO, elaborada a cabalidad (...)

Al revisar la historia clínica se determinó que el **DR GERMAN RENGIFO** (...) avaluó (sic) el estado actual de salud de su paciente GLORIA ESPERANZA SALAZAR, con el objeto de identificar sus condiciones clínico patológicas establecidas como COLELITIASIS, Y (sic) COLECISTIS CRONICA, le explicó claramente la naturaleza y propósitos de la intervención quirúrgica que se le iba a practicar por su condición actual y el procedimiento denominado **COLECISTECTOMIA ABIERTA**.

El DR. GERMAN RENGIFO le manifestó a GLORIA ESPERANZA SALAZAR en el sentido de que la práctica de la intervención quirúrgica **compromete una actividad médica de medio, pero no de resultado**. De igual manera lé (sic) respondió a todos sus interrogantes planteados acerca de su condición. Por todo lo anterior GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ de profesión Psicóloga (sic) y como profesional de la salud en ejercicio, tuvo el suficiente juicio e información para dar su consentimiento y autorización para realizarle la intervención quirúrgica. (...)

El procedimiento quirúrgico, tal como aparece descrito en la historia clínica se realiza en la sala N° 2 de la institución Clínica Tolima, siendo partes del equipo quirúrgico, el **Dr. Gerardo Martínez Castillo**, especialista en Anestesiología (sic), el **Dr. GERMAN RENGIFO** especialista en Cirugía (sic) General (sic), el **Dr. JAIRO PEREZ** especialista en cirugía general que actuó como primer ayudante, Además (sic) el interno asignado a salas de cirugía **Dra. PATRICIA MALDONADO**, la instrumentadora, enfermera jefe de salas, dos auxiliares de enfermería de salas de cirugía y una circulante de salas.

(...)

Se realizó una (sic) **abordaje amplio y suficiente** por la línea media supraumbilical. Se realizó una **exploración completa** como en todos los pacientes, se consignaron en la historia clínica los datos positivos anormales encontrados durante la misma.

La **exposición del campo operatorio fue optima (sic)**, por una **incisión suficiente y amplia** por la ayuda de **retractor autosostenible**, y por la colaboración permanente de su **primer ayudante también especialista en Cirugía (sic) General (sic) Dr. JAIRO PEREZ**. Utilizamos la **técnica cístico-fúndica**, como lo muestra minuciosamente el **diagrama de los hallazgos con sus diámetros en milímetros en la DESCRIPCIÓN QUIRÚRGICA**.

Se realizó una **disección quirúrgica de forma tan minuciosa** que observamos la confluencia de los hepáticos derecho e izquierdo, el hepático común, la confluencia del conducto cístico descrita claramente como está en la gráfica como

en **doble sistema** (variante congénita poco frecuente en la cual el conducto cístico presenta una duplicación).

Se pudo ver y seguir claramente la desembocadura del doble sistema cístico al hepático común, tanto en su extremo aferente a la vesícula biliar como su extremo eferente a la vía biliar principal donde drenaba.

Durante el acto operatorio **no existió ninguna complicación de tipo hemorrágico** que dificultara la visualización, ya que el control vascular fue claro y preciso. Así mismo como **la exposición adecuada** dada por los dos ayudantes quirúrgicos.

El tiempo quirúrgico fueron 40 minutos. **No es cierto que se obró de forma apresurada ni antitécnica durante el procedimiento quirúrgico.**

(...)

(...) No es cierto que se le halla (sic) aplicado Morfina (sic) toda la noche del día 6 de diciembre de 1996 a la paciente, de habersele aplicado no hubiera tenido complicaciones de salud. Sólo recibió morfina al despertar, a las 10:15 y 11:45 am, en una dosis mínima en recuperación y que se utiliza para el manejo del dolor en la herida quirúrgica.

5. No es cierto, según la historia Clínica (sic) la paciente es valorada permanentemente por el **DR GERMAN RENGIFO**, el día viernes 6 de diciembre de 1996, se evidencia dolor en el Postoperatorio (sic) mediato, se reajustaron dosis de analgésicos, al no ceder dicho dolor a las ocho horas del procedimiento tal como aparece consignado en la HISTORIA CLINICA, el **DR GERMAN RENGIFO** con excelente juicio y criterio quirúrgico solicita, (sic) pruebas de función hepática, y pancreática, así como cuadro hemático (sic) las 5:30 p.m. del día 6-12-96.

Una vez reportadas las pruebas que evidenciaron una hiperbilirrubinemia leve a expensas de al (sic) bilirrubina directa de **1,43 mg-dl**, con una amilase normal. El DR GERMAN RENGIFO, le comunico (sic) inmediatamente a la paciente y a su esposo el señor WENCESLAO VILLA, la evolución anormal (...)

El DR GERMAN RENGIFO aumento (sic) el aporte de cristaloides, inició antibióticos terapéuticos, suplencia de vitamina k, y se reajustaron dosis de analgesia. Registrando todos estos hechos de una forma clara y precisa en la historia clínica (...)

El DR GERMAN RENGIFO con **excelente juicio y criterio quirúrgico SOLICITA**, una COLANGIO PANCREATO GRAFIA RETROGRADA ENDOSCOPICA **(C.P.R.E)**. El día viernes 6 de diciembre a las 10 p.m., tal como aparece registrado en la historia clínica. (sic) Se le informa la imposibilidad de realizar dicho examen al día siguiente.

El día sábado 7 de diciembre de 1996 a las 8 a.m. el DR GERMAN RENGIFO solicita una GAMAGRAFIA HEPATOBILIAR CON HIDA.

Durante dicho procedimiento siempre estuvo acompañada del DR GERMAN RENGIFO, el Bacteriólogo (sic) DIEGO FERNANDO RUIZ, y la DRA. CLAUDIA GUTIERREZ especialista en medicina nuclear por lo cual es **absolutamente falso**, que nadie le prestaba la atención debida a la paciente GLORIA ESPERANZA SALAZAR, necesariamente el cuarto donde se realiza el procedimiento tiene aire acondicionado y es frío para que los equipos médicos funcionen adecuadamente y dispone de una zona de aislamiento especial para cumplir las normas de bioseguridad mientras se manipula el material radioactivo.

Por lo tanto es falso que se reunió a la familia el día 7 de diciembre y mucho menos que se le expreso (sic) que hubo un error en la cirugía.

Es falso que el resultado de la (sic) bilirrubinas del día sábado 7 de diciembre es de **220**, como aparece en la HISTORIA CLINICA (...) el resultado de la bilirrubina total de control fue **3,98 mg-dl** con una bilirrubina directa de **2,9 mg-dl**. Reseñado con hora 1 p.m.

Además sería ilógico y no tiene asidero que el galeno vaya actuando por mala información que le permita ir amputando sin cerciorarse de la función que desempeñan los órganos amputados, habida cuenta que estas decisiones se toman en conjunto con el ayudante y demás equipo, mucho antes del procedimiento quirúrgico.

6. No es cierto, que la gamagrafía hepatobiliar con HIDA, demuestre un error en la cirugía, de acuerdo al reporte preliminar firmado por la DRA. GUTIERREZ, como aparece en la HISTORIA CLINICA (...) "**medicina nuclear, gamagrafía hepatobiliar, hígado en situación usual, concentra adecuadamente durante 90 minutos de seguimiento no hay evidencia de material en vía biliar ni intestino, se realizará imagen tardía en 5-6 horas**".

Luego aparece una nota del DR GERMAN RENGIFO "gamagrafía con HIDA, no se evidencia paso del medio al duodeno con los hallazgos descritos, como primera instancia se debe DESCARTAR una lesión 100% vía biliar posiblemente BISMUTH TIPO II por lo cual es imperioso realizar un mapeo y planear la reconstrucción con una HEPATICOYEYUNOSTOMIA EN Y DE ROUX. Por consiguiente se explica a la paciente a su esposo y a su familia la naturaleza de su enfermedad actual, como complicación postoperatoria y necesidad imperiosa para su traslado a Bogotá a un hospital de tercer nivel como SAN IGNACIO con amplia experiencia en reconstrucción de la vía biliar por (sic) una nueva intervención, ya que en Ibagué, no existen los recursos ni la infraestructura para tal intervención". Para tal fin el DR GERMAN RENGIFO se comunicó con el **DR FRANCISCO HENAO**, jefe del Departamento de CIRUGIA GENERAL, del HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN IGNACIO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, a quién (sic) se le comentó el caso de la paciente GLORIA ESPERANZA SALAZAR, quién (sic) accedió a recibir la paciente en dicha institución, por cuenta del Instituto de Los (sic) Seguros Sociales.

(...)

(...) a pesar de que no existía ninguna contraindicación de tipo médico para ser transportada por tierra en la ambulancia de la institución, la paciente y la familia se negaron a esta solicitud, y decidieron por su propia cuenta transportarse vía aérea. (sic) en un vuelo comercial de (sic) día domingo 8 de diciembre de 1996 en las horas de la mañana. Significa lo anterior que la paciente prefirió trasladarse en un vuelo comercial, amén de la comodidad que le ofrecía el ISS, facilitando la ambulancia, al punto que la traslado (sic) al aeropuerto perales.

Igualmente este procedimiento podía hacerse con posterioridad ya que no era urgente.

9. No es cierto que se (sic) la lesión de la vía biliar se halla (sic) detectado en Santafé (sic) de Bogotá a que se refiere en el hecho 9, ya que la misma Había (sic) sido detectada por el Dr. GERMAN RENGIFO, quién gestionó ante el Hospital San Ignacio el procedimiento quirúrgico, ya que allí existen los elementos, aparatos y lentes especiales para su práctica (sic).

(...)

12. Es absolutamente falso que la función del tubo sin fin sea la de drenar la bilis del asa aferente, ya que la bilis se produce es en el hígado y no en las asas intestinales.

No es cierto que se haya dejado drenaje y tubo sin fin (...)

(...)

Si como refiere el tubo sin fin le ocasionaba tantas molestias psíquico (sic)-físicas a GLORIA ESPERANZA SALAZAR, como dificultad para realizar determinados

movimientos, cambios en los hábitos de vida, limitaciones en la vida afectiva con respecto al esposo con afectación grave en sus relaciones sexuales, COMO NOS EXPLICA QUE EL **DIA 20 DE ENERO DE 1997**. (sic) LA SEÑORA GLORIA ESPERANZA SALAZAR PRESENTARA **UNA** PRUEBA DE EMBARAZO POSITIVA, prueba que fue solicitada por el DR GERMAN RENGIFO, ante la evidencia de amenorrea, galatorrea, actividad sexual sin planificación, como se lo manifestó la paciente dos días antes.

La gonadotrofina coriónica sub unidad beta, arrojó un valor de 25.0 mUI-ml. Compatible con UN EMBARAZO DE UNA SEMANA.

(...)

En cuanto a los tubos sinfín (sic) son internos y externamente es un sistema sellado hermético. Si hay fugas se debe consultar al médico. En cuanto al vinagre recetado no es vinagre de cocina es ácido acético diluido, que debería frotarse, sin embargo fue atendida en el centro medico (sic) javeriano en forma particular, mas (sic) no utilizó los servicios del seguro como era natural.

(...)

Si bien es cierto hubo inasistencia al trabajo, obedeció al criterio médico del Dr. GERMAN RENGIFO, quien en consulta particular expidió incapacidad por tres días, para su recuperación y no fue al ISS, por lo tanto esta EPS no les estaba limitando el servicio.

(...)

(...) los tubos es el resultado de la recuperaciónm los cuidados y el buen manejo que se hagan (sic) de ellos. Los tubos se lavan para evitar que restos alimenticios los obstruya, a si (sic) mismo se aclara que el retiro del tubo conlleva a la muerte, si no lo que ocurre es que a consecuencia de una obstrucción tan severa de la vía biliar, nuevamente puede taponarse a largo plazo y causar problemas y en caso severo hasta la muerte, la paciente no volvió a controles a San Ignacio de posquirurgico (sic) y prefirió controles particulares y curiosamente con el mismo galeno que según afirmaciones del apoderado de la actora era quien había causado lesiones.

(...)

(...) El cambio de tubo era recomendado cada 4 meses, porque no acato (sic) las recomendaciones y no volvió a Bogotá o al ISS.

(...) Las pruebas reportadas no indican un examen anormal, ni existe dentro del proceso la historia clínica referente a lo enunciado por el apoderado (...) sin embargo para esta fecha enero y febrero de 1998, la paciente por su libre albedrío y bajo su propia responsabilidad asistía a consultas particulares con EL DOCTOR WILLIAM SANCHEZ, de quien se ha tenido conocimiento, al contrario de lo afirmado por el apoderado del actor, no es experto en vías biliares, que lo demuestre, toda vez que se conoce su formación es en cirugía de cáncer.

(...) sin embargo el ISS asumió los gastos desde el principio de la intervención quirúrgica hasta el cambio del primer tubo y si de allí en adelante no proporciono (sic) cualquier gasto de debe a que la paciente no volvió a la entidad, a pesar de estar cotizando y tener acceso o posibilidad con el Dr. GERMAN RENGIFO o a través de PROSALUD" (fls.180 a 190 c1; subrayado fuera de texto).

La demandada propuso como excepciones la caducidad de la acción y la falta de fundamento que demuestre la irresponsabilidad del ISS. En cuanto a la primera se fundó en los siguientes argumentos:

"Se fundamenta esta excepción de conformidad con lo planteado por el autor en su demanda, en haber transcurrido mas (sic) de dos años (...) según el demandante la hospitalización se ordenó y se practicó el 6 de diciembre de 1.996, siendo el último acto el 10 de diciembre de 1.996, según el hecho 9º de la demanda principal.

Cuando la paciente es dada de alta y regresa a la ciudad de Ibagué, en plan de su recuperación o tratamiento postoperatorio en ningún momento tiene que ver con el supuesto daño causado. Es de anotar que la intervención practicada con

posterioridad al 10 de diciembre de 1.996, es recuperación de la intervención del Dr. GERMAN ANTONIO RENGIFO ALVIS.

La demanda fue admitida el día 16 del mes de diciembre de 1.998, lo que significa que han transcurrido mas (sic) de dos años (...) que se cuentan a partir del último hecho, es decir el 6 de diciembre de 1.996” (fls.190 y 191 c1).

6 El Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto de 30 de junio de 1999, admitió la adición a la demanda presentada, de la que se corrió el traslado correspondiente (fl.197 c1). Dicha adición fue notificada el 12 de agosto de 1999 al Director General del Instituto de los Seguros Sociales por conducto del Director Seccional (fl.200 c1). En su contestación, a la adición de la demanda, la entidad demandada manifestó que el primer hecho es cierto y el tercero no es cierto y debía probarse (fl.206 c1).

7 Por escrito que acompaña la contestación la apoderada de la entidad demandada formuló denuncia de pleito respecto Prosalud y el llamamiento en garantía del médico Germán Antonio Rengifo Alvis, con fundamento en los siguientes hechos:

“(…) 4. De acuerdo con los hechos de la demanda, el Dr GERMAN ANTONIO RENGIFO ALVIS, adscrito a PROSALUD, fue quien practicó la intervención quirúrgica a la hoy demandante, previa hospitalización en la Clínica Tolima. En cumplimiento del convenio PROSALUD – ISS, en cumplimiento del contrato número 1890 – 96 del 8 de noviembre de 1.996.

(…) Como es natural, el Dr. GERMAN RENGIFO, tiene que poseer los conocimientos científicos para ejercer la cirugía, tiene que poseer el profesionalismo indispensable y obrar con absoluta prudencia. Si no lo hizo, jurídicamente está obligado a responder por los perjuicios eventualmente resultaren reconocidos, pues no sería (sic) de justicia condenar al ISS, por los hechos que debe responder la Entidad (sic) PROSALUD, quien sería (sic) en última (sic) la que debe establecer los requisitos mínimos para contratar el personal a su servicio y no el ISS que de buena fe se rige por el contrato o convenio mencionado.

6. El especialista GERMAN RENGIFO, se encuentra adscrito a PROSALUD, Entidad (sic) que por convenio o contrato número 1890 – 96 de Noviembre (sic) 8 de 1996, vigente para la época de los hechos denunciados, esta (sic) obligado a prestar los servicios a los pacientes indicados por el ISS, en consecuencia son los llamados (sic) responder solidariamente de cualquier perjuicio que sea condenada la entidad que represento” (fls.1 y 2 c2).

8 El *a quo* mediante providencia de 30 de junio de 1999 aceptó la denuncia de pleito y el llamamiento en garantía formulado respecto de Prosalud y del médico Germán Antonio Rengifo Alvis (fl.4 c2). La denunciada de pleito fue notificada del auto admisorio de la demanda el 20 de septiembre de 1999 por conducto del médico Jairo Pérez (fl.6 c2). A su vez, el llamado en garantía fue notificado del mismo auto el 22 de septiembre de 1999 el médico Germán Antonio Rengifo Alvis (fl.7 c2).

9 La Cooperativa de Trabajo Asociado “Prosalud Ibagué”, dentro de la oportunidad procesal, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, en tanto que respecto de los hechos manifestó que algunos son ciertos, otros no y los demás no constan, argumentando:

“(…) Al 2o.: Es cierto parcialmente (...) No fue a las 6:00 P.M. sino a las 6:00 A.M. del día 6 de diciembre de 1996 cuando fue hospitalizada GLORIA ESPERANZA SALAZAR en la clínica hospital Tolima de Ibague (sic) según (sic) la historia clínica (sic) según (sic) el registro de ingreso e inscripción y fue trasladada inmediatamente a la habitación 304 de conformidad con las notas de enfermería

ya a las 6:15 A.M. para tratamiento quirúrgico del Doctor GERMAN RENGIFO, trayendo ecografía (sic) y Hematocrito (sic) y también (sic) Hemoglobina (sic), y según las anotaciones se le va a realizar Colectisectomia (sic) según (sic) información (sic) a los paramédicos (sic).

(...) personalmente entrevistado (sic) a la paciente con cuidado y diligencia evaluando su salud con el objeto de identificar sus condiciones clínico-patológicas (sic) que diagnóstico (sic) como COLELITIASIS y COLECISTITIS CRÓNICA explicándole (sic) a la misma que es también (sic) profesional más (sic) concretamente Psicóloga (sic) lo que significa que tiene formación (sic) cultural paramédica (sic) a quien explico (sic) la intervención (sic) quirúrgica (sic) respondiéndole (sic) sus interrogantes, por lo cual obtuvo el consentimiento y autorización para realizarle la intervención (sic) conocida.

(...)

(...) El procedimiento quirúrgico (sic) según (sic) la historia clínica (sic) con el equipo médico (sic) del Doctor GERARDO MARTINEZ CASTILLO anestesiólogo (sic) y el Dr. JAIRO PEREZ cirujano general como primer ayudante y el interno la Dra PATRICIA MALDONADO, y los demás (sic) paramédicos (sic) incluyendo la enfermera Jefe de salas, Instrumentadora (sic) y dos auxiliares de enfermería (sic) de salas de cirugía (sic) y una circulante de salas (...) denotan el cuidado, la prudencia, la pericia y la ausencia de negligencia en el acto quirúrgico (sic). (...)

(...)

Al 4o. : No es cierta la afirmación de que la intervención (sic) se realizó (sic) hacia las 8:00 p.m. del día (sic) 6 de diciembre. Fue a las 8:00 a.m. del mismo día (sic) aproximadamente.

Tampoco es cierto que se le aplicó (sic) morfina durante toda la noche, el día (sic) 6 de diciembre de 1996.

Al 5o. : Como existe constancia en la historia clínica (sic) la paciente es valorada permanentemente por el Dr. GERMAN RENGIFO quien determina en el posoperatorio inmediato que presenta dolor, lo que es normal en toda intervención (sic) quirúrgica (sic) y entonces acudió (sic) a dosis de analgésicos (sic) y luego al no ceder el dolor a las 8 horas del procedimiento, el galeno solicitó (sic) pruebas de función (sic) hepática (sic) y pancreática (sic) así (sic) como cuadro hemático (sic) a las 5:30 p.m. del 6 de diciembre, que reportadas evidenciaron una HIPERBILIRRUBINA leve a expensas de la bilirrubina directa de 1,43 mg-dl, con una amilasa normal.

La anterior situación (sic) la comunico (sic) inmediatamente a la paciente y a su esposo WENCESLAO VILLA, según (sic) las normas de ética (sic) médica (sic) como consta en la historia (sic) clínica (sic) y aumento (sic) el aporte de cristaloides, inicio antibióticos (sic) terapéuticos (sic), suplementación de vitamina K, y se reajustaron dosis de analgesia.

Además (sic) el Dr. GERMAN RENGIFO solicitó (sic) una COLANGIOPANCREATOGRÁFIA RETROGRADA ENDOSCÓPICA el mismo 6 de diciembre a las 10:00 p.m. como aparece reportado en la historia clínica (sic).

Ya al día siguiente 7 de diciembre a las 8:00 a.m. el Dr. GERMAN RENGIFO solicita una CAMAGRAFIA (sic) HEPATOBILIAR CON HIDA. Durante dicho procedimiento siempre estuvo acompañada del Dr. GERMAN RENGIFO, el Bacteriólogo (sic) DIEGO FERNANDO RUIZ, y la Dra. CLAUDIA GUTIERREZ especialista en medicina nuclear por lo cual es absolutamente falso, que nadie le prestaba la atención debida a la paciente GLORIA ESPERANZA SALAZAR, necesariamente el cuarto donde se realiza el procedimiento tiene aire acondicionado y es frío para que los equipos médicos (sic) funcionen adecuadamente y dispone de una zona de aislamiento especial para cumplir (sic) las normas de bioseguridad mientras se manipula el material radioactivo.

No es cierto como dice la demanda que se reunió (sic) la familia el 7 de diciembre para expresarle que HUBO UN ERRO EN LA CIRUGIA. Es una afirmación falaz (...) que el resultado de las bilirrubinas del día sábado (sic) 7 de diciembre es de 220. En la historia (sic) clínica (sic) (...) el resultado de la bilirrubina total de control

fue 3.98 mg-dl con una bilirrubina directa de 2.9 mg-dl. Reseñado con hora 1:00 p.m.

Al 6o. : No es cierto como dice la demanda que la gamagrafía (sic) hepatobiliar con HIDA, demuestre un error en la cirugía (sic), de acuerdo al reporte preliminar firmado por la Dra. GUTIERREZ como aparece en la HISTORIA CLINICA (...) **“medicina nuclear, gamagrafía hepatobiliar, hígado en situación usual, concentra adecuadamente durante 90 minutos de seguimiento no hay evidencia de material en vía biliar ni intestino, se realizará imagen tardía en 5-6 horas”**.

(...)

Como consecuencia de lo anterior apareció (sic) una nota del Dr. RENGIFO que dice textualmente: “gamagrafía con HIDA, no se evidencia paso del medio al duodeno con los hallazgos descritos, como primera instancia se debe DESCARTAR una lesión 100% vía biliar posiblemente BISMUTH TIPO II por lo cual es imperioso realizar un mapeo y planear la reconstrucción con una HEPATICOYEUUNOSTOMIA EN Y DE ROUX. Por consiguiente se explica a la paciente a su esposo y a su familia la naturaleza de su enfermedad actual, como complicación postoperatoria y necesidad imperiosa para su traslado a Bogotá a un hospital de tercer nivel como SAN IGNACIO con amplia experiencia en reconstrucción de la vía biliar por (sic) una nueva intervención, ya que en Ibagué, no existen los recursos ni la infraestructura para tal intervención”.

Con el fin anterior el Dr. RENGIFO se comunicó (sic) con el Dr FRANCISCO HENAO Jefe del Departamento de Cirugía (sic) General del Hospital Universitario de San Ignacio de la Universidad Javeriana, a quien le comentó (sic) el caso y a donde fue remitida definitivamente la paciente por cuenta del I.S.S.

(...)

Al 8o. : Como es usual y no existe contraindicación médica (sic) para transporte de pacientes por tierra en ambulancia, fue la familia que se negó (sic) a dicho transporte decidiendo por su cuenta y riesgo la vía (sic) aérea (sic) en un vuelo comercial el domingo 8 de diciembre de 1996 por la mañana.

Al 9o. : (...) Se le practicó (sic) fue una COLANGIOGRAFIA ENDOSCOPICA RETROGRADA, cuyo reporte aparece en la historia clínica (sic) del Hospital San Ignacio así (sic) “obstrucción (sic) completa de la vía (sic) biliar extrahepática (sic), que podría (sic) relacionarse, con el antecedente quirúrgico (sic)”. En ningún (sic) momento el resultado de la COLANGIOGRAFIA hace referencia a la clasificación de Bismuth ya que esta se realizó (sic) durante el procedimiento quirúrgico (sic).

Al 10o. : No es cierto como dice la demanda que la intervención (sic) quirúrgica (sic) iba encaminada a salvarle la vida, de lo que se trataba era de restablecer la función (sic) normal de la vía (sic) biliar (...)

Por lo tanto el acto médico (sic) del Dr. GERMAN RENGIFO estaba involucrado dentro de la técnica (sic) de las vías biliares.

(...)

Si como dice la demanda la paciente refiere que el tubo SIN FIN le ocasionaba molestias psíquico-físicas (sic), específicamente (sic) para realizar determinados movimientos y también (sic) cambios en los hábitos (sic) cotidianos y de vida y limitaciones afectivas, principalmente sexuales, como (sic) se explica que esta (sic) probado en el proceso que el 20 de enero de 1.997 la paciente estaba embarazada inmediatamente después (sic) de las intervenciones quirúrgicas (sic)? Eso significa que definitivamente no tenía (sic) ninguna limitación (sic) física (sic) no psíquica (sic).

Es totalmente falso que los tubos sin fin tengan agujeros externos que queman la piel, dichos agujeros se encuentran en el interior es decir permiten el paso de la bilis del hígado (sic) al intestino.

Respecto de los tubos, Si (sic) llegasen a existir fugas es apenas lógico (sic) que el médico (sic) es quien debe resolverlas.

Si el DR GERMAN RENGIFO (...) siempre ha actuado con impericia, falta de cuidado, diligencia, irresponsabilidad y falta de profesionalismo, por que (sic)

recurre (sic) permanentemente a su consulta particular, luego de regresar de su cirugía (sic) de reconstrucción (sic) de la vía (sic) biliar, y por que (sic) solicito (sic) de forma expedita nuevamente al DR GERMAN RENGIFO SEIS MESES DESPUES para que fuera el (sic) quien realizara el primer cambio del tubo de silastic, bajo anestesia general, que como consta en la HISTORIA CLINICA, se realizo (sic) en la clinica (sic) Tolima (sic), el 13 de junio de 1997.

Luego del cambio del catéter se le formulo (sic) BACTRIMF durante cinco dias (sic) mientras reportaban los cultivos del catéter que se habia (sic) retirado.

Los cultivos reportaron pseudomona por tal motivo el DR GERMAN RENGIFO nuevamente valoro (sic) a la paciente y le inicio (sic) CIPROFLOXACINA Y VITAMINA C para disminuir el ph de las secreciones y asi (sic) ayudar a erradicar la pseudomona, ademas (sic) le sugirio (sic) lavar el tubo de silastic externamente con una solucion (sic) diluida de acido acetico (sic) (5cc de vinagre blanco en 1000ml de solucion –sic- salina), desafortunadamente la paciente interpreto (sic) mal la recomendacion (sic) y al parecer. (sic) No nos consta, se aplico (sic) parte de la solucion (sic) intraluminal presentando malestar general, dolor opresivo retroesternal, cervical e irradiación, al brazo izquierdo, evento que le fue informado al DR RENGIFO QUIEN DE FORMA DILIGENTE Y OPORTUNA atendio (sic) y valoro (sic) en urgencias del centro medico (sic) javeriano, donde descarto (sic) la posibilidad de etiología cardiaca de su dolor, nunca se evidencio (sic) obstrucción (sic) del tubo de silastic y las pruebas de funcion (sic) hepatica (sic) se reportaron como normales de igual forma se lavo (sic) el tubo con abundante solucion (sic) salina para evitar la posibilidad de una colangitis quimica (sic) que nunca se pudo comprobar debido a que las pruebas hepaticas (sic) nunca se alteraron.

Los exámenes (sic) que se tomaron en la noche de la referencia y los dias (sic) siguientes – cuadro hematico (sic), fofatasa, electrocardiograma, bilirrubina, alcalina y amilasa – fueron definitivamente normales.

La inasistencia al trabajo de la paciente obedecio (sic) a un criterio del Dr. GERMAN RENGIFO quien dio incapacidad por 3 dias (sic), y no el I.S.S. lo que significa que la EPS en esta (sic) caso PROSALUD no le estaba limitando el servicio como equivocadamente pretende la demanda.

Tampoco es cierto que con el cambio de tubo y las pruebas realizadas y por ese aspecto se hubiese presentado a su vez un cambio en la función hepatica (sic) normal. Los (sic) simplemente mecanico (sic) no puede incidir en una funcion (sic) organica (sic).

Al 14o. : No es cierto. Los famosos tubos son el resultado en este caso de la recuperación de los cuidados y el buen manejo que se haga de ellos. Los tubos (sic) se lavan para evitar que restos alimenticios los obstruyan y se aclara que el retiro del tubo no es fatal es decir puede producir la muerte, y lo que si se puede suceder es el hecho de que a consecuencia de una obstrucción (sic) severa de la vía (sic) biliar, nuevamente pueda taponarse a largo plazo y causar problemas en el caso severo hasta la muerte.

En el caso que nos ocupa LA PACIENTE NO VOLVIO A CONTROLES AL HOSPITAL SAN IGNACIO A CONTROLES QUIRURGICOS, y acudio (sic) a controles particulares y al mismo galeno (...)

Al 15o. : No es cierto. Todos los costos fueron sufragados por el ISS a través (sic) de las instituciones adscritas como es el caso de PROSALUD, o por contrato con excepcion (sic) salvo el traslado a Bogota (sic) en avion (sic) por voluntad de los conocidos.

Se acudieron a consultas particulares lo hicieron bajo su propio riesgo pues tenian (sic) las condiciones de seguridad del ISS y de PROSALUD.

(...)

La paciente regresa a la ciudad de Ibagué (sic) y es permanentemente valorada por el dr GERMAN RENGIFO a solicitud expresa de la paciente, realizandole (sic) el primer cambio de tubo de silastic a través (sic) del convenio prosalud iss en la clinica (sic) tolina (sic) el dia (sic) 13 de junio de 1997, y la controla (sic) por ultima (sic) vez el dia (sic) 22 de julio de 1997, apartir (sic) de entonces la paciente me

(sic) manifesto (sic) al DR GERMAN RENGIFO que por orden expresa de su esposo le prohibia (sic) seguir en el control debido "a que el DR GERMAN RENGIFO TENIA UNA MALA ENERGIA CON ELLA"

ES IMPORTANTE ANOTAR QUE LA PACIENTE GLORIA ESPERANZA SALAZAR presentava (sic) previo a las cirugias (sic) de colecistectomia (sic) y reconstruccion (sic) de la via (sic) biliar y cambio del tubo de silastic un a (sic) alteracion (sic) severa de la columna toracica (sic) y lumbar que se demuestra claramente con el resultado de los rayos x simple de abdomen tomado en el hospital universitario de san Ignacio cuyo resultado es

"EXISTEN CAMBIOS ESPONDILOSICOS EN COLUMNA TORACICA INFERIOR Y LUMBAR" Dicha patologia (sic) es una causa frecuente de dolor lumbar severo no relacionado con los antecedentes quirurgicos (sic) (...)

Al 17o. : (...) Se reomendo (sic) el cambio de tubo cada 4 meses, pero la paciente no volvio (sic) ni a Bogota (sic), ni el (sic) ISS, ni a PROSALUD.

(...) No obstante para enero y febrero de 1.998 como sostiene la demanda acudio (sic) bajo su propia responsabilidad al consultorio del Dr. WILLIAM SANCHEZ de quien se demostrara no es especialista en vias (sic) biliares sino es (sic) cirugia (sic) de cancer (sic). Prueba evidente de ello fue el hecho de que si el galeno le explico (sic) que el conducto reconstruido (sic) caso de retirarsele (sic) el tubo podia (sic) cerrarse progresivamente como es que somete al paciente a este riesgo y no cambio en tubo por otro.

(...) La estructura y materiales del tubo hacen muy dificil (sic) que se rompa espontaneamente (sic), a no ser que se haga un mal manejo de ellos por parte del paciente. Por eso no se entiende que la demanda alegue (sic) que el Dr. WILLIAM SANCHEZ, procedio (sic) a retirarlo mas (sic) adelante.

(...) ya se sabe que el ISS cancelo (sic) los costos hasta el cambio del primer tubo y no lo hizo con posterioridad por cuanto que la paciente no volvio (sic) a la entidad no a PROSALUD" (fls.22 a 32 c2).

Así mismo, el denunciado de pleito propuso como excepciones: caducidad de la acción, y falta fundamento que demuestre la irresponsabilidad por la impericia, imprudencia y negligencia del médico Germán Antonio Rengifo Alvis (fl.21 c2).

10 El llamado en garantía, dentro de la oportunidad procesal, contestó la demanda oponiéndose a la todas las pretensiones, manifestando que algunos hechos son ciertos, otros no y los demás no le constaban y debían probarse. Se advierte que la argumentación del llamado en garantía es similar a la presentada por el denunciado de pleito (fls.210 a 220 c2). De igual manera, propuso como excepciones: caducidad de la acción, y falta fundamento que demuestre la irresponsabilidad por la impericia, imprudencia y negligencia del médico Germán Antonio Rengifo Alvis (fl.209 c2).

11 Agotado el período probatorio, al que se dio inicio por auto de 19 de noviembre de 1999 (fls.208 a 210 c1) y, sin haberse citado para audiencia de conciliación, el a quo mediante providencia del 14 de agosto de 2003 corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y, si fuera del caso se ordenaba el traslado especial al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.360 c1).

12 Del dictamen rendido por el médico patólogo forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima el 12 de septiembre de 2000, el a quo corrió traslado a las partes por auto de 26 de octubre de 2000 (fl.236 c1). Respecto de dicho dictamen tanto el apoderado de la parte actora (fls.330 a 343 c1), como el apoderado del denunciado de pleito y del llamado en garantía (fls.344 a 346 c1) presentaron solicitud aclaración, adición y complementación. El Tribunal por providencia de 16 de noviembre de 2000, ordenó aclarar, adicionar y complementar el dictamen rendido (fl.349 c1). El médico patólogo forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias

Forenses, Seccional Tolima, el 3 de agosto de 2001, presentó aclaración, adición y complementación al primer dictamen rendido (fls.64 a 77 c4), del que el *a quo* corrió traslado a las partes mediante auto de 13 de noviembre de 2001 (fl.78 c4). El 19 de noviembre de 2001 el apoderado del llamado en garantía presentó objeción por error grave contra el dictamen de 3 de agosto de 2001 (solicitando un nuevo dictamen), que aclaró, adicionó y complementó el rendido el 12 de septiembre de 2000, sustentando en los siguientes argumentos:

“(…) Se equivoco (sic) el forense pues ES IMPOSIBLE EXTRAER LA VESICULA BILIAR SIN LLEGAR AL CONDUCTO CISTICO, EN TERMINOS MEDICOS.

(…)

(…) en ningun (sic) momento se habla de cistico (sic) en cañon (sic) de escopeta y que el grafico (sic) donde se clarifica los hallazgos descritos desvirtuan (sic) la informacion (sic) del forense de que HUBO ERROR AL IDENTIFICAR LAS ESTRUCTURAS.

(…)

(…) A LA PACIENTE NUNCA SE LE COLOCO UN TUNO EN “T” COMO SE ANOTO EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y ADEMAS TODAS LAS CONCLUSIONES QUE EL FORENSE HACE AL RESPECTO DEL FAMOSO TUBO EN T NO EXISTEN EN LA DESCRIPCION QUIRURGICA PUES ESE NO FUE EL PROCEDIMIENTO.

(…)

SE EQUIVOCO EL FORENSE POR CUANTO SE HA DEMOSTRADO HASTA LA SACIEDAD QUE EL (sic) NOTA OPERATORIA Y EN LA DESCRIPCION QUIRURGICA SE HACE UNA DETALLADA DESCRIPCION DE LOS HALLAZGOS ANATOMICOS INCLUYENDO LA EVIDENCIA DE UN CONDUCTO CISTICO DUPLICADO QUE DENTRO DEL MISMO DICTAMEN EN (sic) PERITO A (sic) RECONOCIDO QUE APARECE DIBUJADA POR EL CIRUJANO EN ESTA (sic) CASO EL Dr. GERMAN ANTONIO RENGIFO DENTRO DEL PROCESO QUIRURGICO (…)

(…)

Lo unico (sic) que se encontro (sic) fue una ligadura del conducto hepatica (sic) comun (sic) mas (sic) no la seccion (sic) del mismo que es completamente diferente.

(…)

(…) LA EVIDENCIA MUESTRA COMO TAMBIEN LO ANOTA EL FORENSE QUE HUBO UNA ADECUADA IDENTIFICACION DE LAS ESTRUCTURAS DEL TRIANGULO COLECISTO (sic) – HEPATICO DENTRO DEL PROCESO QUIRURGICO COMO ESTA DESCRITO POR EL MISMO FORENSE.

(…)

LA CONCLUSION ES ERRONEA POR CUANTO QUE SE HA DEMOSTRADO QUE EL DIAGNOSTICO INTRAOPERATORIO FUE CORRECTO COMO HA RECONOCIDO EL MISMO FORENSE

(…)

(…) el forense niega la presencia de la duplicación del conducto cistico (sic) identificado por el cirujano en este caso el Dr. Rengifo en el primer acto quirurgico (sic), graficada y descrita en forma explicita (sic) por el anterior galeno y que no da lugar a confusion (sic)” (fls.1 a 9 c5).

13 El Tribunal mediante auto de 28 de febrero de 2002 se abstuvo de dar curso a la objeción presentada contra el dictamen rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, por el apoderado del llamado en garantía “por considerar que se trata de un informe técnico, respecto del cual solo procede aclaración y complementación, conforme al artículo 243 del C.P.C” (fl.10 c5). Contra la anterior providencia el apoderado del llamado en garantía interpuso el recurso de súplica, argumentando que se trataba de un dictamen pericial y que no dar curso a la objeción representaba la negación del

derecho a la defensa (fls.11 y 12 c5). El *a quo* mediante auto de 18 de abril de 2002 revocó la providencia de 28 de febrero de 2002 y ordenó dar curso a la objeción que por error grave presentó el apoderado del llamado en garantía (fls.14 y 15 c5). De la objeción por error grave el Tribunal, por providencia de 19 de julio de 2002, corrió traslado a las partes (fl.16 c5).

El apoderado del llamado en garantía por escrito de 25 de julio de 2002 solicitó se practicar “por MEDICINA FORENSE UN NUEVO EXPERTICIO A LA DAMA GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ PARA QUE SE DETERMINE SU ESTADO DE SALUD ACTUAL” (fl.17 c5).

El apoderado de la parte actora, mediante escrito, solicitó desestimar la objeción por error grave y la petición de un nuevo dictamen cursada por el apoderado del llamado en garantía (fls.37 a 45 c5).

Mediante auto de 5 de noviembre de 2002, el Tribunal negó la realización de un nuevo dictamen solicitado por el apoderado del llamado en garantía con ocasión de la objeción que por error grave presentó; ordenó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses valorar a Gloria Esperanza Salazar, nuevamente y “además de oficio se dictamine sobre su estado actual y posibles consecuencias”; tener como pruebas las allegadas con la objeción; ordenó al Instituto de Medicina Legal, sección de Psiquiatría Forense, la práctica de reconocimiento a la demandante para determinar secuelas “(Alteraciones en la esfera psicológica para el desarrollo normas de la actividad social, sexual normal y demás); se ordenó a la Sección de Ortopedia del mismo Instituto que “una vez llegadas las radiografías por especialistas de ortopedia, se sirva valorar sobre las secuelas por posibles cambios osteoarticulares (sic) degenerativos en la columna vertebral, como consecuencia de la posición que debió adoptar por los tubos sin fin de la cirugía reconstructiva realizada en Bogotá”; y, finalmente, se ordenó aclarar y complementar el dictamen teniendo en cuenta las consideraciones de la objeción (fls.79, 80 c4, 46, 47, 68 y 69 c5).

14 El apoderado del llamado en garantía, dentro de la oportunidad legal, presentó escrito de alegaciones finales en el que reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda y agregó,

“(…) La COLELITIASIS y COLECISTITIS CRONICA que mi poderdante diagnosticó (sic) a la paciente, con explicación (sic) previa y con consentimiento, como consta en la historia clínica, es un procedimiento normal y común (sic) que consiste en la extracción (sic) de una vesícula (sic) que en la mayoría (sic) de los casos contiene calculos (colelitiasis) o una inflamación (sic) crónica (sic).

(…)

En la historia clínica (sic) el médico (sic) dejó (sic) constancia de la técnica (sci) quirúrgica (sic) adoptada, con soporte científico (sic) y técnico (sic) pues hace la descripción (sic) quirúrgica (sic) e identifica elementos anatómicos (sic) en los que describe UNA TERMINACIÓN ANOMALA DEL CONDUCTO CISTICO. Fenómeno (sic) escaso pero de ocurrencia, como se dejó (sic) constancia expresa (…)

(…)

Si bien el cirujano dejó (sic) la constancia de la anomalía (sic) que encontró (sic), lo que se determina como doble conducto cístico (sic) – cañón (sic) de escopeta como lo dejó (sic) consignado” (fls.363 y 364 c1).

Cabe advertir, que el apoderado del llamado en garantía, dentro del término de traslado para alegatos de conclusión adicionó el mismo proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que el médico Germán Antonio Rengifo Alvis no era funcionario, ni empleado público para el 6 de diciembre de 1996, fecha de los hechos (fl.396 c1). Así mismo, señaló:

“(…) EL PERITASGO (sic) QUE SOLICITO MEDICINA AL DEPARTAMENTO DE CIRUGIA DE LA FUNDACION DE BOGOTA EN QUE SE SOLICITA EL

CONCEPTO DE LA POSIBILIDAD DE DUPLICACION DE VESICULA BILIARR (sic), NO ES EL DE LA PACIENTE GLORIA ESPERANZA SALAZAR, DE ESTA DEMANDA SINO DE IRMA ROJAS DE OTRO PROCESO EL NO. 8685 Y ENTONCES EL CONCEPTO DE MEDICINA LEGAL DE MAYO 12 DE 2.003 (...)" (fl.397 c1).

15 A su vez, la parte actora, dentro de la oportunidad legal, presentó alegatos de conclusión en los que reiteró lo expresado en la demanda y agregó:

"(...) No les asiste razón a los excepcionantes ya que, si el daño se produjo en la intervención quirúrgica realizada a mi mandante el día 6 de diciembre de 1996, como está suficientemente demostrado en el expediente, si la demanda fue presentada el 4 de diciembre de 1998, es obvio que no se había presentado el fenómeno jurídico de la caducidad de los dos años y un día (...) consecencialmente debe rechazarse por improcedente esta excepción.

(...)

En relación con la innominada del Art. 306 del C. de P.C., de igual manera solicitud (sic) su rechazo ya que existe en el expediente suficiente acervo probatorio de la falla del servicio médico, de la negligencia, el descuido, la impericia con que se actuó y, el daño antijurídico causado con los perjuicios materiales, morales y fisiológicos, no solo (sic) a mi mandante principal, sino a su cón yuge (sic) y a sus hijos menores.

(...)

Como consecuencia de la falla médica y de los daños causados a mi mandante, con posterioridad a la intervención quirúrgica inicial, ha debido ser intervenida quirúrgicamente en cuatro (4) ocasiones (...)

Efectivamente, el daño ocasionado por la impericia, negligencia en la primera intervención quirúrgica por el médico llamado en garantía se ha venido prolongando en el tiempo por los padecimientos y dolores físicos de mi mandante, incluso siete (7) años después de ocurrido el hecho, hasta el punto que el 22 de julio de 2003 se le practicó nueva operación quirúrgica en el Hospital Universitario de San Ignacio de la ciudad de Bogotá D.C. (...).

(...) posteriormente en la operación realizada el 13 de julio 2002, debió cargar durante un (1) año una bolsa, con los inconvenientes físicos, fisiológicos y morales que ello conlleva, ahora en la nueva operación por venir presentando episodios de colenagitis a repetición, se hizo necesario su nueva hospitalización para bilioplastia habiendo ingresado a cirugía con cicatriz de chevrón en abdomen y afebril anicétrica con diagnóstico de entrada de colangitis con procedimiento de diagnostico (sic) con prueba de función hepática con elevación de transaminasas y desfofatasa alcalina; colangio transparietohepaticoca con paso ayeyuno y pequeña muesca en conducto hepático común (que no es más que lesión hepática grave) quedando con un conducto abierto, por donde incluso parte de la comida que consumía era eyectado por él) (sic), haciéndose necesario la nueva intervención quirúrgica, realizándole cierre de fistulo (sic) de asa de shen y biblioplastia, habiendo evolucionado hasta la fecha en forma satisfactoria, pero llevando una calidad de vida absolutamente pésima desde hace siete (7) años en que se produjo la falla médica, hasta el punto de tener que restringirse a una dieta casi líquida, limitándose sus actividades físicas y fisiológicas casi en un ciento por ciento, incluso en la más natural de sus relaciones conyugales y, además de tener que soportar de por vida la gran cantidad de cicatrices que le atraviesan de lado a lado su abdomen y su tórax (...) debiendo continuar en control permanente con seguimiento clínico por tener signos de larama, lo cual le impedirá de por vida llevar una vida normal.

(...)

3.2.- De otro lado, salta a la vista la seriedad, idoneidad, el profesionalismo, el detenido análisis, y el rigor científico y técnico del estudio realizado, el cual no fue rendido por un solo profesional (sic)

(...)

3.10- Si bien el DIAGNOSTICO INTRAOPERATORIO pudo haber sido correcto en la descripción anatómica, ello no desvirtúa el error en el procedimiento quirúrgico, que fue el causante del daño, sin que ello sea causa de ERROR GRAVE en el dictamen objetado, ni causal de exculpación para el ente y el médico demandados.

3.11- Queda claro en el estudio que nos ocupa, que el daño ocasionado además **ERA PREVISIBLE Y EVITABLE, sin que esta contundente conclusión pueda ser motivo de exculpación**" (fls.300 a 306 c1).

" (fls.244 y 245 cp).

16 La entidad demandada, dentro de la oportunidad procesal, presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo manifestado al contestar la demanda y argumentando adicionalmente:

"(...) El procedimiento que le realizaron a la señora GLORIA ESPERANZA SALAZAR cirugía de vesícula, procedimiento que no es considerado de practica (sic) sencilla y que presenta índices de complicaciones, riesgo (sic) probables y aceptados médicamente, que el informe de medicina legal del 12 de septiembre de 2000, numeral 16 y 17, concordante con el segundo informe de Medicina Legal, Numeral (sic) 10 inciso b, d1, en el que da cuenta que la cirugía de vesícula **NO ES SENCILLA, y que EN TODO ACTO QUIRURGICO LA COLECISTECTOMÍA, ES UN PROCEDIMIENTO QUE TIENE SUS RIESGOS Y SU DESARROLLO OFRECE DIFICULTADES Y RETOS TECNICOS, AL CIRUJANO.**

(...)

La primera intervención trajo como consecuencias una complicación conocida como Bismuth tipo III, que tales complicaciones pueden presentarse en este tipo de intervenciones, es decir **la complicación se presentó durante el acto quirúrgico**, pero el manejo en ese momento a la paciente fue el adecuado, al sospechar la complicación por medio de paraclínicos (sic), se remite a una Institución de mayor complejidad, para brindarle el manejo de la complicación, en esta segunda institución, se realizó una reparación de vía biliar, por medio de una técnica llamada: EPATICOYEYUNOSTOMIA EN Y, y que según declaración del doctor FRANCISCO HENAO obrante en el expediente, la paciente tuvo una evolución satisfactoria, quedando plenamente establecido que la entidad que represento, puso a disposición de la paciente todos los medios logísticos, de cirugía, farmacia, exámenes, laboratorios, clínicos, paraclínicos (sic), humanos, etc (...)

(...) el resultado final dependió de la complicación presentada durante el acto quirúrgico por lo exótico de la patología y el diagnostico (sic) intraoperatorio, emitido por el doctor GERMAN RENGIFO (...)

Resulta claro en este caso, el riesgo que presentaba el tratamiento y que fue asumido por la paciente y que no puede ahora imputarse la complicación a un comportamiento irregular de la entidad prestadora, por cuanto y como así lo explicaron los médicos legistas, las variantes anatómicas presentadas por la paciente, fueron exóticas" (fls.392 a 394 c1).

17 El denunciado de pleito, dentro de la oportunidad procesal, presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo afirmado en la contestación y, agregó que proponía la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la que sustenta en los siguientes argumentos:

"(...) LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE IBAGUE, es una entidad de Derecho (sic) Privado (sic), como consta en autos.

Llamar a una persona jurídica privada como es la institución (sic) mencionada EN UN PROCESO DOMO (sic) EL DE REPARACION DIRECTA DE RALACIONES (sic) ENTRE ESTADO Y SUS AGENTES, con la figura DE DENUNCIA DEL PLEITO DE PROCESO ORDINARIO es una (sic) ANTIPROCESALISMO, por cuanto que en este proceso no se presenta la figura relacionada, y de contera, la

COOPERATIVA como tal es ajena a la actividad del profesional de la referencia” (fl.399 c1).

18 En la instancia de alegatos de conclusión el Ministerio Público guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

19 El Tribunal Administrativo del Tolima mediante la sentencia de 16 de diciembre de 2004 declaró la responsabilidad administrativa del Instituto de los Seguros Sociales, del denunciado del pleito Cooperativa de Trabajo Asociado “PROSALUD” y del llamado en garantía, médico Germán Antonio Rengifo Alvis, por los daños ocasionados a Gloria Esperanza Salazar López, y los condenó solidariamente al pago de la indemnización a los demandantes por concepto de perjuicios morales y por daño a la vida de relación (fls.423 y 424 cp). El *a quo* llega a declarar la responsabilidad de la entidad estatal, del denunciado de pleito y del llamado en garantía fundándose en los siguientes argumentos:

i) En cuanto a la excepción propuesta de caducidad de la acción sostuvo:

“(…) Está (sic) excepción no está llamada a prosperar, pues si bien se considera que existió falla en el servicio médico, con la intervención quirúrgica realizada a la señora GLORIA SALAZAR, el día seis (6) de diciembre de 1996, fue hasta el día 10 de diciembre del mismo año, en que se le practicaron los exámenes que arrojaron como resultado la lesión de la Vía (sic) Biliar (sic) pos-operatorio, es a partir de éste último hecho en que se debe contar los dos años de que trata la norma, para interponer la acción de reparación directa y como quiera que esta fuera presentada el cuatro de diciembre de 1998, se hizo dentro del término de caducidad.

(…)

En el presente caso el término de caducidad se debe contar a partir del día siguiente, en que se le diagnosticó a la paciente la lesión en la vía biliar pos operatoria, es decir, desde el 11 de diciembre de 1996, por lo tanto tenía derecho a interponer la acción hasta el día 11 de diciembre de 1998, por lo que se considera que fue interpuesta en tiempo, ya que la demanda fue presentada el día 4 de diciembre de 1998; igualmente es válido hacer la aclaración que se entiende interrumpida la caducidad con la presentación de la demanda y no con la admisión de ésta, de conformidad al artículo 148 del C.C.A” (fls.408 y 409 cp).

ii) Por lo que tiene que ver con la excepción de “falta de fundamento que demuestre la irresponsabilidad concretamente en la supuesta impericia, imprudencia y negligencia del galeno Dr. Germán Antonio Rengifo”, propuesta por el llamado en garantía y el denunciado de pleito, el *a quo* argumentó:

“(…) no se resolverán (sic), pues simplemente enuncia la excepción pero no se ocupa de argumentar y probar los hechos que dan lugar a la interposición de dicha excepción, por lo que se considerarán como no propuestas, sin que esto vulnere los derechos de los demandados, pues bien sabido que dentro del régimen de falla presunta, es a estos (sic) a quien (sic) corresponde probar esta clase de eximentes como la diligencia y cuidado” (fl.409 cp).

iii) Finalmente, con relación al fondo del asunto el *a quo* argumentó:

“(…) Como puede observar de todo lo anterior del experticio presentado el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses (sic), suscrito por el patólogo forense, código 095-03, Doctor NELSON TÉLLEZ RODRÍGUEZ, a la señora GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ, quien fuera la intervenida por cuenta del Instituto de Seguros Sociales, el 6 de diciembre de 1996, a quien el Médico (sic) GERMÁN RENGIFO práctica una “Colecistectomía Abierta”, y debido a un diagnóstico errado al confundir el conducto hepático común y el conducto cístico, con un conducto cístico doble, lo cual le produjo un daño como resultado de una

complicación sucedida durante la intervención quirúrgica, siendo dicho daño de acuerdo con la prueba pericial de carácter **“previsible y evitable”**, que consistió en la ligadura y sección del conducto hepático en el sitio de la confluencia, en lugar de la sección del conducto cístico, al ser considerado erróneamente por el médico como una “anomalía anatómica por duplicación”, denominada por dicho profesional como “cañón de escopeta”, denominación ésta que de acuerdo con el experticio no se encuentra en la bibliografía médica.

Dicho daño en la paciente le causó un trauma físico, psicológico, familiar, laboral y social, que requirió un largo tratamiento médico quirúrgico posterior en distintos centros clínicos, como aparece demostrado con el acervo probatorio que obra en el expediente, causándole a la demandante y a su familia problemas de toda índole, en su vida afectiva y social, en su desempeño laboral, y de orden psicológico y moral, en tanto que tuvo que soportar durante un largo tiempo una herida abierta con una sonda vesical, colostomía y un tubo sin fin con una bolsa en cada una de sus puntas, afectado (sic) con ello en forma indudable su vida de relación, hechos éstos que se encuentran debidamente probados (...)

(...)

Todo lo anterior lleva a ésta Sala a concluir que evidentemente con la actuación de la entidad demandada, estamos frente al fenómeno de responsabilidad denominado falla presunta en la actuación médica, donde se encuentra debidamente probado el hecho dañoso, la consecuencia o daño inferido a la paciente y a sus allegados, el nexo causal entre el hecho y el daño, sin que por otro lado se haya probado por la entidad demandada, a quien se denunció (sic) el pleito o por el llamado en garantía que se obró con la debida diligencia y cuidado, dando lugar a la responsabilidad solidaria de éstos frente a la paciente y sus familiares.

Se deduce la responsabilidad de PROSALUD por el convenio número 1890 de 1.996 suscrito entre esta entidad y el Instituto de Seguros Sociales, hecho este que a pesar de no obrar en el expediente es afirmado por el representante de ésta entidad y aceptado tácitamente por el denunciado del pleito al contestar la denuncia.

(...)

(...) En consecuencia, se condenará solidariamente al Instituto de Seguros Sociales, al denunciado del pleito y al llamado en garantía a pagar solidariamente a GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ y a WENCESLAO VILLA RIVERA, la suma equivalente a ochenta (80) Salarios (sic) Mínimos (sic) Legales (sic) Mensuales (sic), y a JUAN MATEO Y ANDREA DEL MAR VILLA SALAZAR, el equivalente a 50 Salarios (sic) Mínimos (sic) Legales (sic) Mensuales (sic), para cada uno.

2. En cambio, no se accederá a la condena al pago de los perjuicios materiales que reclaman, atendiendo la orientación jurisprudencial seguida hasta la fecha (...) según la cual, sin importar el grado de parentesco para su otorgamiento, los perjuicios materiales debe estar plenamente probados. En el asunto sub-lite es evidente el vacío por este aspecto (...)

(...)

(...) está plenamente demostrado el perjuicio extrapatrimonial sufrido por GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ, y núcleo familiar integrado por su compañero WENCESLAO VILLA RIVERA y sus hijos JUAN MATEO Y (sic) ANDREA DEL MAR VILLA SALAZAR, en su vida de relación. En efecto, las consecuencias de la lesión, que perfectamente podrían presumirse, con base en la prueba de ésta, son claramente descritas por los testigos y el dictamen de Medicina Legal, así las cosas, está demostrada la existencia del perjuicio extrapatrimonial en la vida exterior sufrido por la víctima, y está probado, además, que el mismo es de gravedad (...). En éste, con fundamento en lo expresado anteriormente, la Sala considera que debe condenarse solidariamente a la entidad demandada, al denunciado del pleito y al llamado en garantía a pagar a GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ y WENCESLAO VILLA RIVERA por este concepto, la suma de

dinero equivalente, a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales y a los menores JUAN MATEO Y (sic) ANDREA DEL MAR VILLA SALAZAR, la suma de cincuenta (50) Salarios (sic) Mínimos (sic) Legales (sic) Vigentes (sic)” (fls.415 a 418, 422 y 423 cp).

4. El recurso de apelación.

20 El 12 de enero de 2005 los apoderados del llamado en garantía y del denunciado de pleito interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, de 16 de diciembre de 2004 (fls.425, 426 y 434 cp).

21 El apoderado del llamado en garantía, por escrito de 18 de enero de 2005, sustentó el recurso de apelación interpuesto, solicitando revocar la sentencia del *a quo*, reiterando lo afirmado en la contestación y en los alegatos de conclusión en primera instancia, y fijando el objeto del recurso en los siguientes términos:

“(…) VULNERACION DEL DERECHO DE DEFENSA POR FALTA DE ANALISIS DE LA AMPLIACION Y OBJECION DEL DICTAMEN PERICAL (sic)

Equivocadamente el H. Tribunal (sic), negó en noviembre 5 de 2.002 (...) el nuevo concepto de Medicina Legal que solicité, argumentando que se trataba de un “.. informe técnico o científico (...)

Trató el H.TRIBUNAL (sic) de enmendar su error (sic), solicitándola de oficio. SE HIZO PERO SE ME NEGÓ LA OPORTUNIDAD DE OBJETARLA POR ERROR, QUE AUNQUE LO PRENDI CON EL ANALISIS EN AUTOS, NO SE ME CONSSTESTO (sic).

SE VULNERO EL DERECHO DE DEFENSA POR DOBLE ASPECTO: NO SE ANALIZARON LAS OTRAS EXCEPCIONES (sic) Y SE NEGÓ LA OBJECION AL DICTAMEN PERICIAL POR ERROR GRAVE INJURIDICAMENTE, ORDENANDO, PARA ENMENDAR EL ERROR, DE OFICIO, LA MISMA PRUEBA QUE NO SE ALALIZO (sic) CUANDO EL EXPERTICIO DE MEDICINA FORENSE AL CONTESTALA (sic), ERA FAVORABLE (sic).

Desestimo (sic) igualmente el H.Tribunal (sic) de primera instancia, las otras excepciones presentada.

(...)

Pero en la realidad procesal, como acontece en la diaria actividad procesal, se enuncia la EXCEPCION, como tal y luego en LA CONTESTACION DE LOS HECHOS SE ARGUMENTA Y SE DESESTIMAN COMO SE PRESENTAN POR LA DEMANDA, CON RPUEBAS (sic) QUE SE APORTAN O SE SOLICITAN, QUE FUE LO QUE ACONTENCIO EN ESTE EVENTO AL CONTESTAR CADA UNO DE ELLOS.

El Tribunal fundamentó la responsabilidad en el concepto de FALLA PRESUNTA, SIN EXPLICAR LA TEORIA AL RESPECTO (...)

(...)

Tan es así que el dictamen del 2 de septiembre de 2.00o (sic) de Medicina Forense es ampliamente favorable, y que la aclaración que solicité el 12 de septiembre de 2.000, se hizo para evitar suspicacias, y ante el nuevo concepto forense, solicité nueva aclaración, con tan buenos argumentos científicos, que el Forense (sic), confundido, cambió de criterio, y emitió un concepto DESFAVORABLE el 3 de Agosto (sic) de 2.001, que objeté por error grave el 20 de noviembre de 2.001, y que injurídicamente (sic) negó el Tribunal, en el auto cuya fecha cité, pero que, enmendado su error, lo ordenó como prueba de oficio, que luego analizó a su manera la instancia, sin la controversia que presenté.

(...)

(...) el H.Tribunal (sic) fundamenta la sentencia, en el concepto de FALLA PRESUNTA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MEDICA” (fls.429 a 432 cp).

22 El *a quo* mediante el auto de 9 de febrero de 2005 concedió el recurso de apelación, pero afirmando que fue interpuesto “por el apoderado de la parte demandada” (fl.439 cp). Por lo anterior, el apoderado del denunciado de pleito solicitó, por escrito de 16 de febrero de 2005, adicionar el auto de 9 de febrero de 2005 para que fuera incluido “como apelante y sustentador del recurso de apelación” (fl.440 cp). En atención a la solicitud del apoderado del denunciado de pleito, el *a quo* mediante providencia de 16 de marzo de 2005 adicionó “el auto de fecha febrero 9 de 2005, en el sentido de indicar que los recursos de apelación contra el fallo proferido el 16 de diciembre de 2004, fueron interpuestos por el doctor GUSTAVO SANCHEZ SALAZAR, apoderado del denunciado de pleito y por el doctor ALEJANDRO JOSE ARIZA, apoderado del Llamado (sic) en Garantía (sic) (fl.441 cp).

5. Actuación en segunda instancia

23 El Magistrado Ponente mediante auto de 24 de noviembre de 2005 admitió “el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del llamado en pleito y otórgase al llamado en garantía” el término para sustentar su recurso (fl.446 cp). Transcurrido el término para sustentar, el Magistrado Ponente por providencia de 13 de marzo de 2006 declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el llamado en garantía, y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y el traslado especial en caso de solicitarse por el Ministerio Público para emitir su concepto (fl.448 ambas caras cp).

24 La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, dentro del término de traslado especial, emitió el concepto 093 de 1996, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos: “(...) no existe duda en cuanto a la capacidad para ser parte, ni sobre el ejercicio oportuno de la acción, al haberse presentado la demanda el 4 de diciembre de 1998 (fl.163) y prestado la atención médica el 6 de diciembre de 1996. Por lo que se comparten los planteamientos del a-quo frente a la denegación de la excepción de caducidad.

(...)

En el proceso, los actores concretan el perjuicio en las graves afecciones que le fueron producidas a la señora GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ, como a las perturbaciones que le quedaron, como consecuencia del negligente proceder del médico tratante.

Como prueba de la existencia del daño, en el proceso quedó establecido, con la copia auténtica de la historia clínica, el dictamen del Instituto de Medicina legal (sic), la evidencia fotográfica y los demás medios probatorios allegados (...)

(...)

En el proceso el perjuicio se concreta en las graves afecciones que se le causaron a la señora GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ y en los inconvenientes, limitantes y secuelas que le quedaron con motivo de la intervención quirúrgica que le fue realizada por cuenta del I.S.S., las que devienen tanto del ligero y descuidado proceder médico, él (sic) que se traduce en la falta de diligencia y cuidado por parte de quienes intervinieron inicialmente a la paciente.

Ahora bien, se reitera como prueba de la existencia del daño se allegó al proceso por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses copia del estudio realizado por dicho ente sobre la atención médica prestada a la paciente GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ (...) además de los medios ya mencionados, de los cuales se puede inferir que la paciente al entrar al procedimiento quirúrgico inicial no tenía la lesión de la vía biliar, la que apareció como consecuencia de una complicación de dicho acto, complicación (sic) que se debió a un error de diagnóstico intraoperatorio al identificar equivocadamente las estructuras, debido a la interpretación incorrecta de la anatomía y “con un diagnóstico de conducto sistico (sic) duplicado”, se ligó en realidad el conducto hepático, lo que se traduce

en un evidente daño antijurídico, más cuando tal situación era evitable y previsible, y el que evidente (sic) le produjo a la paciente un trauma físico y psicológico que requirió un largo tratamiento médico, como quiera que tuvo que soportar por un lapso prolongado una herida abierta con una sonda vesical y un tubo sin fin con una bolsa en cada una de sus puntas, situación que se soporta además en la valoración psiquiátrica en la que indicó que padecía una (sic) transtorno desadaptivo crónico con síntomas ansiosos y depresivos reactivos como consecuencia de la secuela sufrida por una intervención quirúrgica, y que la misma corresponde a una perturbación psíquica (...)

Igualmente cabe destacar que el citado título de imputación cabe por la omisión del médico que intervenía a la paciente, al no prestar la atención debida para advertir que el procedimiento que estaba realizando era equivocado, con lo cual hubiese hecho cesar no sólo los padecimientos de la propia víctima sino de su familia.

Pues, si no hubiese sido ligero en tal procedimiento, se reitera, se hubiese evitado a los actores los sufrimientos, las incomodidades, los dolores, los padecimientos a la enferma y no los hubiera tenido avocados a los citados padecimientos.

Se tiene además, en forma incontrovertible, que la paciente cuando ingresó no presentaba dicha alteración, lo que se reitera, lleva a una clara e inadecuada atención y falta de cuidado del personal médico. Así las cosas, no cabe duda que hubo falla en el servicio por parte de la Administración, al obrar en forma grave y negligente en el procedimiento de diagnóstico advertido en el procedimiento quirúrgico. Se insiste entonces, en el obrar en forma ligera del médico, al no esclarecer su diagnóstico ni disponer en forma **inmediata** la evaluación pertinente para evitar el daño generado, que para aquel momento era previsible y diagnosticable.

Hechos que son atribuibles al Ente (sic) público demandado, y que también involucra tanto a la cooperativa convocado (sic) por la denuncia de pleito, como al médico que realizó en forma inidónea el diagnóstico (sic) y procedimiento quirúrgico.

(...)

En conclusión, la obligación de la Entidad (sic) prestadora del servicio de salud, y el actuar en concurso o en forma concomitante del persona médico, son los hechos que permiten inferir la responsabilidad de éstos, por un obrar omisivo y negligente, por el que deben responder” (fls.454, 455, 468 a 470 cp).

25 En esta instancia de alegatos en segunda instancia, las partes guardaron silencio.

26 El apoderado de la parte actora, mediante escrito radicado el 20 de abril de 2009, solicitó que se ordenara “oficiar al presidente (sic) del I.S.S. (...) para que certifique con destino a este proceso si dentro del pasivo de la entidad se incluyo (sic) la demanda de la referencia como contingencia judicial, en que (sic) monto se guardo (sic) la reserva” (fl.485 cp). El Magistrado Ponente por auto de 18 de agosto de 2009 negó la anterior solicitud del apoderado de la parte actora, argumentando que “el término para el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia venció a la ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 212 del C.C.A.” (fl.486 cp).

27 Nuevamente, el apoderado de la parte actora presentó escrito, radicado el 2 de febrero de 2011, con el objeto de solicitar la prelación para fallo del proceso invocando “el artículo 18 de la ley 446 de 1998; la ley 1285 de 2009, el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010” y **“teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad ante el peligro inminente de muerte de la demandante principal GLORIA ESPERANZA SALAZAR LÓPEZ”** (fl.490 cp). Acompañó su solicitud con los documentos (109 folios) “que prueban la asistencia de mi mandante principal a control y a manejo de aparición de síntomas, con

hospitalización, exámenes de monitoreo continuo y seguimiento a la razón de que dichos síntomas se presentan cada vez más frecuentemente, para probar la gravedad de la situación que padece mi poderdante principal, siendo necesarios estos chequeos y controles en forma permanente mientras viva, por tratarse de una situación que no tiene solución". Así mismo, se solicitaron dos testimonios (fls.499 a 611 cp).

28 La Directora Jurídica Nacional (E) del Instituto del Seguro Social, mediante escrito radicado el 10 de mayo de 2011, solicitó "fijar fecha y hora para llevar a cabo audiencia de conciliación dentro del proceso" (fl.613 cp).

29 La solicitud de prelación para el fallo fue reiterada por el apoderado de la parte actora mediante escrito radicado el 15 de septiembre de 2011, aportando una serie de documentos que evidencian el riesgo de muerte de Gloria Esperanza Salazar López (fls.615 a 619 cp).

30 El Magistrado Ponente por providencia de 23 de enero de 2012 fijó como fecha para celebrar la audiencia de conciliación el 8 de marzo de 2012 (fl.620 cp). La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado emitió el concepto de conciliación número 06 de 2012, considerando que era viable la conciliación, argumentando, específicamente, que "hubo falla en el servicio por parte de la Administración, por error evidente en el diagnóstico e intervención. Hecho atribuible al Ente (sic) público demandado, a la Cooperativa convocada con la denuncia de pleito y al médico que realizó el procedimiento quirúrgico" (fl.623 ambas caras cp). El 8 de marzo de 2012 se celebró la audiencia de conciliación a la que acudieron las partes y manifestaron que no había ánimo conciliatorio (fl.628 cp).

31 La Sala de Sub-sección C mediante auto de 14 de marzo de 2012 resolvió la solicitud de prelación presentada por el apoderado de la parte actora, concediéndola y argumentando:

"(...) Por otra parte, también debe la Sala precisar que además de las causales de prelación señaladas, tanto la jurisprudencia constitucional y de esta Corporación han precisado que si bien el derecho de turno, para decidir los respectivos procesos judiciales, es una manifestación del principio constitucional de igualdad que solo (sic) puede ser desconocida con fundamento en las causales legalmente instituidas, también es cierto que pueden converger circunstancias excepcionales que ordenen la aplicación de un trato diferenciado que garantice el acceso material a la administración de justicia en atención a la *debilidad manifiesta* que pueden presentar los actores en el proceso, por el precario estado de salud.

(...)

En este orden ideas, la Sala encuentra acreditado el grave estado de salud en que se encuentra la señora Gloria Esperanza Salazar López, en razón a la grave patología que padece, razón por la cual, satisfecho el requisito de debilidad manifiesta, esbozado anteriormente, se procederá a reconocer prelación para fallo al presente proceso" (fls.645 a 647 ambas caras cp).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el denunciado de pleito contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de 16 de diciembre de 2004, mediante la cual se declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial del Instituto de los Seguros Sociales, del denunciado de pleito Cooperativa de Trabajo Asociado "PROSALUD" y del

llamado en garantía médico Germán Antonio Rengifo Alvis y se le condenó a la indemnización de los perjuicios morales y el daño a la vida de relación ocasionados a los demandantes como consecuencia de la prestación médica.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios materiales, por concepto de lucro cesante¹, excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia, en aplicación del decreto 597 de 1988.

3 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por el denunciado de pleito en el recurso de apelación², específicamente en lo que tiene que ver con: a) la falta de análisis de la ampliación y objeción del dictamen pericial que podría haber derivado en exonerar de responsabilidad a "PROSALUD"; b) se desestimaron las excepciones propuestas sin argumentación; c) se fundamenta la decisión en la falla presunta como criterio de imputación.

2. Aspectos procesales previos

4 La Sala encuentra varios aspectos procesales previos respecto de los que debe pronunciarse: 2.1) valor probatorio de las fotografías aportadas con la demanda; 2.2) valor probatorio de la doctrina científica allegada con la demanda; 2.3) valoración del dictamen pericial, cuando ha sido objeto de aclaración, adición, complementación, y fue objetado por error grave; y, 2.4) caducidad de la acción.

2.1. Valor probatorio de las fotografías.

5 En primer lugar, la parte actora con la demanda aporta fotografías de la situación en que quedó Gloria Esperanza Salazar López, respecto de lo que cabe hacer varias consideraciones: i) para valorar su autenticidad la Sala tiene en cuenta lo previsto en el artículo 25 del decreto ley 2651 de 1991 (norma aplicable para la época de presentación de la demanda), a cuyo tenor se establecía que los "documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación"; ii) la presunción de autenticidad de las fotografías no ofrece el convencimiento suficiente, ni define las situaciones de tiempo, modo y lugar de lo que está representado en ellas, ya que se debe tener en cuenta que su fecha cierta, consideradas como documento privado, con relación a terceros se cuenta, conforme al artículo 280 de CPC, desde el momento en el que son aportadas al proceso, esto es, desde la presentación de la demanda (6 de septiembre de 1996), sin perjuicio de los demás criterios fijados por la misma norma mencionada; iii) la valoración, por lo tanto, de las fotografías se sujetará a su calidad de documentos, que en el marco del acervo probatorio, que serán apreciadas como medios auxiliares y en virtud de la libre crítica del juez³, advirtiéndose que como su fecha cierta es el 6 de septiembre de 1996 se atiende a una condición del paciente que no refleja, propiamente, los hechos acaecidos en las fechas señaladas en la demanda, y de ahí que no ofrezca su valoración probatoria elementos acerca de las circunstancias de

¹ En la demanda la pretensión por concepto de perjuicios morales ascendía, para la época de presentación de la demanda (7 de diciembre de 1998), a \$66.026.790.00, exigiéndose para ese momento como cuantía la suma de \$18.850.000.00, para que el proceso tuviera vocación de segunda instancia.

² Conforme a lo consagrado en el artículo 357 del CPC, "salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella".

³ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004. Exp.14688.

tiempo, modo y lugar⁴, pero sí que puedan tenerse en cuenta respecto a las secuelas ocasionadas, limitado a su consideración en el universo de las pruebas que obran en el expediente, ya que operó su reconocimiento y cotejo⁵ en las declaraciones de los médicos Solís y Guzmán.

2.2. Valor probatorio de la doctrina científica allegada con la demanda.

6 En segundo lugar, en cuanto a la doctrina científica aportada con la demanda la Sala encuentra que el juez no está llamado a emplear la literatura científica para tenerlo como medio probatorio alternativo. El artículo 174 del CPC, de manera enunciativa, establece los medios probatorios que puede hacerse valer en los procesos judiciales. A su vez, el artículo 187 del CPC regula las reglas y condiciones que debe observar todo juez en la apreciación de las pruebas. En ese marco, la jurisprudencia de la Sala indica que el daño antijurídico “constitutivo de la falla del servicio o causa del perjuicio que sufre el administrado, deberá probarse en la oportunidad señalada en la ley y por los medios que ésta autoriza y no previamente”⁶.

La valoración del acervo probatorio aportado al proceso debe hacerse dentro de los extremos que la prueba ofrece frente a los hechos y el caso concreto, no respecto a criterios generales, dimensiones abstractas o referencias genéricas que pueden alterar el verdadero alcance de la prueba allegada al proceso.

Por lo tanto, la literatura científica no representa tema probatorio, teniendo en cuenta que el objeto de la prueba judicial está radicado en los hechos, en la realidad fáctica, lo que en los términos de la jurisprudencia de la Sala implica: “... hechos de la naturaleza o con intervención del hombre, actos o conductas voluntarias o involuntarias del mismo, sucesos, acontecimientos, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron o se estén presentado o las motivaciones de la actuación, según el caso; de ahí que, en el proceso, impere aún el aforismo latino “da mihi factum ego tibi jus”: dame los hechos que yo te daré el derecho, o sea el imperativo para las partes de proporcionarle al juez los hechos y probarlos (artículo 177 del C. de P. Civil) y el correlativo del mismo de calificarlos para decir las consecuencias jurídicas y conceder el derecho en aras de

⁴ En este aspecto se da continuidad a la reciente jurisprudencia de la Sub-sección C, de la Sección Tercera, según la cual En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que, se se trata de documentos privados “pues la demanda es indicadora indirecta de que tienen origen en la propia parte que las allegó (art. 251 C. P. C.); de todas maneras tienen dicha calidad porque en ellos no consta el funcionario que las tomó o filmó. Para cuando se aportaron dichos elementos probatorios regía el artículo 25 del decreto ley 2.651 de 1991 según el cual “Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación ()” lo cierto es que la sola presunción de autenticidad de los mismos no define las situaciones de tiempo y modo de lo que ellas representan. Esto por cuanto la fecha cierta de un documento privado, respecto de terceros, se cuenta a partir de uno de los siguientes hechos: o por el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado al proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia (art. 280 C. P. C). Desde otro punto de vista, la doctrina se ha pronunciado sobre el valor probatorio de las fotografías como documentos representativos que son; dice que las fotografías de personas, cosas, predios, etc. sirve para probar el estado de hecho que existía al momento de haber sido tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez y que son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en ella o en ellas el lugar o la cosa que dice haber conocido. Por consiguiente y para el caso como la fecha cierta de las fotografías es la de presentación de la demanda, porque se aportaron con ésta, el 26 de julio de 1995, de nada sirve para la eficacia probatoria que se reputen auténticas.” (Sección Tercera, exps. 19630, 20498, 19901 y 18229). En ese orden y comoquiera que en el caso concreto los hechos ocurrieron, según lo afirma el demandante, el 19 de febrero de 1999 y que se reputa como fecha cierta de las fotografías la de la presentación de la demanda, esto es el 7 de abril de 1999, las mismas carecen de toda eficacia probatoria”. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 1 de febrero de 2012. Exp.22464.

⁵ Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp.18884.

⁶ Auto de 15 de diciembre de 1986. Exp.4950.

solucionar la controversia o conflicto que se le somete a su consideración, toda vez que él debe conocerlo, interpretarlo y aplicarlo en esos asuntos concretos objeto de su conocimiento, con el fin de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades que se aseguran por la Administración de Justicia”⁷.

Es más, dotar de valor probatorio a la literatura científica, sin las limitaciones debidas, no se corresponde, siquiera, con el principio de “valoración integral de la prueba”, que en el marco de la sana crítica está arbitrada por el artículo 187 del CPC indica:

“Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el merito (sic) que le merezca, luego de una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria”, e igualmente, en palabras del insigne tratadista en materia de pruebas y su valoración, profesor Döhring: “... El juez no está atado a la concepción del perito; su deber es someterla a un concienzudo examen y sólo deberá aceptarla si lo convence plenamente”⁸.

En gracia de discusión, sólo cabrá tener como medio de prueba, o como medio para alumbrar conceptos genéricos y abstractos que puede aprovechar el juez en el contraste con los demás medios probatorios, teniendo en cuenta que en la jurisprudencia de la Sala se sostiene que la:

“... tendencia moderna y ciertamente conveniente en materia procesal es la de conceder amplitud al juez en la aceptación de medios probatorios, para buscar y encontrar la verdad que será fundamento de su decisión. Por eso, en el Código de Procedimiento Civil se expresó que "sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez" y se agregó que éste puede practicar las no previstas en tal estatuto pero " de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio", y siempre, claro está, que las pruebas se ciñan al asunto debatido, que no estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se traten de manifestaciones superfluas (artículos 175 y 178).

En el proceso contencioso administrativo se impone el mismo criterio, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 167 de 1941 no contiene un régimen general probatorio y por ello hay que acudir al Código de Procedimiento Civil para aplicar sus normas en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y de las actuaciones correspondientes”⁹.

2.3. Valoración del dictamen pericial, cuando ha sido objeto de aclaración, adición, complementación, y fue objetado por error grave

7 La Sala advierte que respecto del dictamen pericial, de 3 de agosto de 2001, rendido por el patólogo forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, todas las partes en el presente proceso (demandante, demandado, llamado en garantía y denunciado de pleito) tuvieron las oportunidades procesales para solicitar su aclaración, adición y complementación, la que fue ordenada y cumplida por la mencionada institución, así como se dio curso a la objeción que por error grave solicitó el llamado en garantía, y que para los efectos del presente recurso de apelación es objeto de cuestionamiento.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007. Rad.2005-00993 AP.

⁸ Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2007. Exp.16098.

⁹ Sentencia de 8 de febrero de 1979. Exp.2400

8 En la jurisprudencia de la Sección Tercera se ha considerado:

“La finalidad del experticio como medio probatorio es la de verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos (artículo 233 del Código de Procedimiento Civil). De conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del C. de P. C., cualquiera de las partes de un proceso judicial –también ambas partes- puede hacer manifiesto su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales considera que el dictamen se equivocó de manera grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo. Se precisa que para que se configure el “error grave” en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla o dislate que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.; La Jurisprudencia de la Sala, desde tiempo atrás, se ha referido al tema de la objeción por error grave; se cita in extesum la Sentencia de la Sección Tercera de mayo 5 de 1973 -Radicación 1270, con ponencia del Magistrado Carlos Portocarrero Mutis- por cuanto efectúa un recuento importante acerca del significado de la objeción por error grave. A manera de conclusión puede afirmarse que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos. Los errores o equivocaciones bien pueden consistir en que se haya tomado como objeto de observación y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer el dictamen o que se hayan cambiado las cualidades o atributos propios del objeto examinado por otros que no posee, de una forma tal que de no haberse presentado tales errores las conclusiones del dictamen hubieren sido diferentes, como ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra “en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones”¹⁰.

9 Para el análisis, la Sala valora coherente, conjunta y armónicamente el primer dictamen (de 2000), la aclaración (de 3 de agosto de 2001) y la respuesta a la objeción que por error grave se presentó por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima (12 de mayo de 2003). De dicha valoración, y aplicando el principio de la sana crítica, y lo consagrado por el artículo 241 del CPC, la Sala encuentra que el dictamen se realizó valorando un amplio acervo probatorio, contrastando la información ofrecida tanto en la historia clínica elaborada en la Clínica Tolima, como en el Hospital Universitario San Ignacio, y respondiendo a los interrogantes propuestos por las partes en las solicitudes de alcaración, adición y complmentación cursadas respecto del primer dictamen. De su valoración se deduce: se cumplió con objetividad a lo encomendado; ofrece firmeza frente a los fundamentos científicos con base en los cuales llega a la conclusión que se produjo un daño a la paciente como consecuencia de un erro en el diagnóstico intraoperatorio, que derivó en las complicaciones post-operatorias que padeció Gloria Esperanza Salazar López; cabe deducir precisión, en atención a que se rindió teniendo en cuenta la información de las historias clínicas, de la valoración a la paciente y del ejercicio de contraste de su propio trabajo, en las diferentes oportunidades; denota, además, cierta calidad en sus fundamentos, ya que fue rendido por un patólogo forense que reflejó su conocimiento en la materia,

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010. Exp.18014. Puede verse acerca del significado el error grave en Corte Constitucional, sentencia C-830 de 2002; en cuanto a la prueba pericial: Corte Constitucional, sentencia C-990 de 2006; en cuanto a las características y valor de la prueba pericial: Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007. Exp.2002-00025; y acerca de la objeción por error grave: Sección Tercera, sentencias de 17 de mayo de 2007, Exp.2000-03341; de 17 de mayo de 2007. Exp.16850; Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009., Exp.2004-02049.

pero que no hace indiscutible, e incontrovertible lo que se señala allí, ya que el sustento científico en el que se apoya representa una línea de consenso, respecto de la que pueden existir divergencias y posturas diferentes a la forma en que debió procederse en la intervención quirúrgica practicada a Salazar López. Esto último, es precisamente lo que quiere hacer valer el apelante, esto es, que prime su criterio frente a la valoración del dictamen, su aclaración y la respuesta a la objeción, sin dar más elementos de juicio, y llamando la atención a lo manifestado por la Dirección del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en su respuesta a la objeción que por error grave se presentó contra el dictamen rendido el 3 de agosto de 2001 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, de 12 de mayo de 2003 (oficio 0289-2003 DST), del Director Seccional:

“(…) Debo antes que nada indicar que un dictamen no se emite en procura de ser favorable a ninguna de las partes, y es que nuestra obligación (sic) investigar lo favorable como lo desfavorable, y si el abogado se siente favorecido con el texto o no es apreciación personal de él y no corresponde en nada al espíritu del dictamen, y es un error el desmembrar un dictamen para indicar que un párrafo (sic) reemplace al todo por cuanto el dictamen es un elemento integral.

En consecuencia, utilizar un sistema como el empleado por el abogado Salazar donde pretende poner palabras como originales del perito cuando se trata de los elementos de transcripción de historia clínica al hacer el estudio juicioso, secuencial, temporal, etc. de los datos que trae un documento médico del cual no se considera que sea veraz o no sino que apenas es lo que se encuentra escrito en los documentos estudiados.

Es por ello que no es aceptable que el abogado pretenda desestimar el texto del dictamen desmembrándolo y utilizando apartes a su arbitrio con habilidad para sustentar sus apreciaciones, y fundando en ellas una supuesta objeción por error grave, donde además expone una serie de elementos que no corresponden sustancialmente a una determinación o apreciación forense sino que basa toda su argumentación en el hecho de que en algunos apartes de transcripciones de historia clínica diga algo como por ejemplo lo relacionado con la descripción quirúrgica, elemento tan importante en este caso en especial donde se mencionan aspectos de máxima importancia, y que lógicamente serán objeto de verificación por parte del forense como es su obligación, y deberá precisar si lo escrito corresponde la realidad determinada, por cuanto si ello no fuere así el sistema de análisis de prueba colparía y se quedaría una investigación en la elemental lectura del documento, y con ello debería aplicarse la justicia. Este sistema afortunadamente fue abandonado por la historia del derecho.

Sin embargo, como reposa en el expediente en cuestión, se ha efectuado posterior a la solicitud del presente oficio petitorio evaluaciones médicas a la afectada y se han hecho consultas a las mayores autoridades en el área de cirugía, quienes amablemente nos han indicado sobre lo solicitado” (fls.73, 74, 77 y 78 c5).

2.4. Caducidad de la acción.

10 Contrario a lo argumentado por el apelante, el *a quo* sí resolvió la excepción de “caducidad de la acción” manifestando que el cómputo para ejercer la misma debía realizarse a partir del 10 de diciembre de 1998, de manera que al momento de su presentación, 7 de diciembre de 1998, la acción no había caducado.

11 La caducidad como instituto procesal debe examinarse en el marco de su fundamento constitucional, que no es otro que el artículo 228 de la Constitución en el que se apoya la *ratio* de los términos procesales, los cuales deben responder al

principio de diligencia de todos los sujetos que actúan en el proceso. En cuanto a este primer argumento, el precedente jurisprudencial constitucional señala:

"... la Constitución no sólo pretende que los derechos de los ciudadanos se hagan efectivos, esto es, que se borre la consabida brecha entre normas válidas y normas eficaces, también pretende que los mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos ven garantizados sus derechos sean efectivos. De ahí el énfasis en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrada en el artículo 209 y la exigencia contemplada en el artículo 228 de que los términos procesales se observen con diligencia so pena de sanciones.

(...)

Dicho precepto legal, por lo demás, expresa nítidamente el interés general que todos los ciudadanos tienen en la buena y pronta marcha de la justicia.

... La constitucionalidad de la sanción en cuestión no puede ser vista desde la estrecha óptica de la relación individual de autoridad entre juez y parte. Ello, por cuanto su "justicia" es la resultante no de su conformidad con las expectativas - siempre cambiantes, variables e inciertas- de los individuos considerados como sujetos de una relación procesal, sino por su correspondencia con los valores que el propio Constituyente priorizó en la Carta de 1991, entre los cuales se cuenta el restablecimiento de la confianza ciudadana en la justicia, y su prestación recta y eficaz"¹¹.

Dicho fundamento constitucional orienta la aplicación de los términos procesales desde una perspectiva social, propia a la justicia distributiva [Rawls, Dworkin, Dobson], cuyo sustento se encuentra en la efectiva protección de los derechos y en la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social. Lo anterior ratifica el precedente jurisprudencial constitucional según el cual:

"Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros"¹².

Con base en estos presupuestos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que:

"Para nadie es desconocido que la sociedad entera tiene interés en que los procesos y controversias se cierren definitivamente, y que atendiendo ese propósito, se adoptan instituciones y mecanismos que pongan término a la posibilidad de realizar intemporal o indefinidamente actuaciones ante la administración de justicia, para que las partes actúen (sic) dentro de ciertos plazos y condiciones, desde luego, con observancia plena de las garantías constitucionales que aseguren amplias y plenas oportunidades de defensa y de contradicción del derecho en litigio"¹³.

Desde la perspectiva propiamente del instituto de la caducidad, su alcance, conforme al fundamento constitucional que se expresó, debe considerarse en los términos que la jurisprudencia constitucional ofrece:

"... la institución jurídica de la caducidad de la acción se fundamenta en que, como al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales -con plena observancia de las garantías constitucionales que integran el debido proceso y que aseguran plenas y amplias posibilidades de ejercitar el derecho de defensa-, constituye omisión en el

¹¹ Corte Constitucional, SC-165 de 1993.

¹² Corte Constitucional, SC-165 de 1993.

¹³ Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

cumplimiento de sus obligaciones de naturaleza constitucional y, por ende, acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar el ejercicio que le corresponde (sic).

De ahí que tampoco sea sostenible el argumento según el cual la caducidad frustra el derecho de acceso a la justicia pues, mal podría violarse este derecho respecto de quien gozando de la posibilidad de ejercerlo, opta por la vía de la inacción. Es imposible que pueda desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntaria dejación del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda¹⁴.

Y cabe resaltar, que el ejercicio de la acción de reparación directa dentro de los términos fijados por el artículo 136 numeral 8º del C.C.A., representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que la jurisprudencia constitucional considera que la caducidad se constituye en el:

“... límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado¹⁵.”

A lo que se agrega, siguiendo la jurisprudencia constitucional:

“La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso¹⁶.”

Los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica¹⁷ a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo.

En la más reciente jurisprudencia constitucional la caducidad de la acción se comprende, como figura procesal, “como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente¹⁸”. Lo anterior consolida la jurisprudencia según la cual la “caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la

¹⁴ Corte Constitucional, SC-351 de 1994.

¹⁵ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

¹⁶ Corte Constitucional, SC-832 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-1033 de 2006, C-410 de 2010.

¹⁷ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2011.

jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general¹⁹.

La Sala después de estudiar el material probatorio encuentra que la acción de reparación directa impetrada por los demandantes contra el Instituto de los Seguros Sociales, el llamado en garantía y el denunciado de pleito no se encuentra caducada y así se declarara, confirmando lo afirmado por el *a quo*.

12 En ese sentido, se acreditó que la Gloria Esperanza Salazar López le fue prestada una atención médica inicialmente, y se realizó un procedimiento quirúrgico el 6 de diciembre de 1998, pero sólo hasta el 10 de diciembre de 1998 pudo tener conocimiento de las complicaciones (secuelas o consecuencias) post-operatorias que llevaron a que tuviera que ser sometida a posteriores intervenciones quirúrgicas, que es lo que se está demandando por los actores. En este marco, la Sala debe analizar los anteriores extremos a la luz del numeral 8º del artículo 136 del C.C.A., en el que se establece que el término de caducidad de la acción de reparación directa es de dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento o conocimiento 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 cualquier otra causa. Luego de establecidas la fechas de los hechos y de la presentación de la demanda, encuentra la Sala que debe confirmarse la decisión del *a quo* de declarar que no prospera la excepción de caducidad planteada, toda vez que la misma no se concreta en el caso al haberse presentado la demanda dentro del término de ley fijado para el ejercicio de la acción de reparación directa.

3. Los medios probatorios.

13 Al expediente fue allegado oportunamente y cumpliendo las exigencias legales para tener valor probatorio los siguientes elementos:

- i) Partida del matrimonio celebrado entre Wenceslao Villa Rivera y Gloria Esperanza Salazar López el 30 de abril de 1989, de la Arquidiócesis de Ibagué (fl.4 c1). Se allegó, también el registro civil de matrimonio (fl.171 c1).
- ii) Copia del registro de nacimiento de Juan Mateo Villa Salazar, nacido el 20 de enero de 1989 e hijo de Gloria Esperanza Salazar López y Wenceslao Villa Rivera (fl.5 c1).
- iii) Copia del certificado de nacimiento, expedido por la Notaría Cuarta del Círculo de Ibagué, de Andrea del Mar Villa Salazar, nacida el 9 de noviembre de 1991 e hija de Gloria Esperanza Salazar López y Wenceslao Villa Rivera (fl.6). Así mismo, se allegó su registro de nacimiento (fl.170 c1).
- iv) Copia del registro de nacimiento de Juan Mateo Villa Salazar, nacido el 20 de enero de 1989 e hijo de Gloria Esperanza Salazar López y Wenceslao Villa Rivera (fl.168 c1).
- v) Copia de la historia clínica 0058087-2, que se elaboró en la Clínica Tolima a la paciente Gloria Esperanza Salazar López, la que fue remitida por el oficio de 27 de enero de 2000 por el Jefe Médico de la Clínica-Hospital Tolima (fl.40 c4), y compuesta por:
 - a) Hoja de inscripción (fls.7 y 23 c1).
 - b) Hoja de consentimiento (fls.9 c1 y 3 c4).
 - c) Hoja de evolución de 13 de junio de 1997 (fl.11 c1).
 - d) Nota operatoria de junio 13 de 1997

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-394 de 2002.

(fl.33 ambas caras c1).

e) Hoja de descripción médica, de 13 de junio de 1997 (fl.12 c1).

f) Hojas de anestesiología (fl.13 c1); de recuperación de 13 de junio de 1997 en la que se indicó como observaciones que se había procedido al cambio del tubo de silastic (fl.14 c1); de tratamientos (fl.15 c1); registro de fórmulas y delegados (fl.16 c1).

g) Resumen final de la historia clínica, elaborada por el médico Rengifo (fls.29 c1 y 4 c4).

h) Hoja de evaluación preanestésica (fl.18 c1).

i) Hoja de recuperación de 6 de diciembre de 1996 (fl.20 c1).

j) Hojas de reportes de exámenes de laboratorio de 6 y 7 de diciembre de 1996 (fls.21, 24, 27 y 28 c1 y 18 a 21 c4).

k) Hoja de descripción médica, de 6 de diciembre de 1996 (fls.33 a 41 c1 y 6 a 12 c4)

vi) Copia de la historia clínica número 655089 elaborada por el Hospital Universitario San Ignacio a la paciente Gloria Esperanza Salazar López (fls.42 ss c1).

vii) Dictamen número 021-2000-Respon.PAT, del Médico Patólogo Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, (fls.251 a 255 c1).

viii) Oficio 434-2001 SF DRO, de 3 de agosto de 2001, del Patólogo Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Oriente, Grupo de Servicios Forenses (fls.64 a 77 c4 y 54 a 65 c5).

ix) Respuesta a la objeción que por error grave se presentó contra el dictamen rendido el 3 de agosto de 2001 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, de 12 de mayo de 2003 (oficio 0289-2003 DST), del Director Seccional (fls.73, 74, 77 y 78 c5).

x) Oficio número 092-03 SF, de 7 de abril de 2003, del Psiquiatra Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Tolima, Sección Neuropsiquiatría, que contiene el examen psiquiátrico practicado a Gloria Esperanza Salazar López (fls.88 y 89 c4, 30 y 31 c6).

xi) Reconocimiento médico legal practicado a Gloria Esperanza Salazar López, por el médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Oriente-Seccional Tolima (fls.70 y 71 c5).

xii) Testimonio rendido por Lucy Salazar López (fls.41 a 44 c4).

xiii) Testimonio rendido por Luz Angela Villa Rivera (fls.46 a 48 c4).

xiv) Testimonio rendido por Jorge Alfonso Sánchez Romero (fls.52 y 53 c4).

xv) Testimonio rendido por Germán Orlando Rivera Céspedes (fl.55 c4).

xvi) Testimonio rendido por el médico Gerardo Martínez (fls.3 a 7 c6).

xvii) Testimonio rendido por el médico Francisco Javier Henao Pérez (fl.24 c6).

4. Problema jurídico.

14 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: ¿Cabe imputar también la responsabilidad administrativa y patrimonial al denunciado de pleito por el daño antijurídico ocasionado a Gloria Esperanza Salazar López, como consecuencia de la falla probada en la prestación del servicio médico?

5. Daño antijurídico.

15 El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual²⁰ y del Estado impone considerar aquello que

²⁰ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”²¹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

16 En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la:

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”²².

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“(...) que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”²³.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”²⁴.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la

²¹ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

²² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”²⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²⁶, anormal²⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²⁸.

17 Se trata de un daño Gloria Esperanza Salazar López, su esposo e hijos no estaban llamados a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho²⁹, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad³⁰.

18 Cuando se trata de actividad médica el daño antijurídico exige observar, “En cualquier actuación médica se puede plantear una situación en la que, por el estado anterior del enfermo, el daño sobrevenido como consecuencia de la intervención médica es más importante que el ordinario... Otra cosa distinta es que una enfermedad o lesión preexistente se haya agravado como consecuencia de una intervención médica en cuyo caso el problema será determinar en qué porcentaje la incapacidad o lesión final se debe a la intervención del médico”³¹.

19 El daño ocasionado a Gloria Esperanza Salazar López y a sus familiares es antijurídico porque no estaban llamados a soportarlo como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad personal y a la salud³², que es incuestionable en un Estado Social de Derecho³³.

²⁵ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

²⁶ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

²⁷ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

²⁸ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

²⁹ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

³⁰ Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que “se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303.

³¹ FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica. 5a ed. Granada, Comares, p.359.

³² “Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos contenía un precepto, el artículo 25.1 en el que se reflejaba entre otros contenidos el derecho a la Protección de la Salud: <Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios>. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., p.589.

³³ “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]”. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

Y no es soportable, porque las secuelas que tuvo que padecer Salazar López no comprenden una carga u obligación general impuesta por la ley a los ciudadanos, ni encuadra en una actuación “discrecional de la Administración que se ejerce en términos razonables y proporcionados (por ejemplo, daños causados por la reacción proporcionada de los agentes de la autoridad al disolver una manifestación ilegal o al detener a un presunto delincuente, la pérdida de clientela derivada del cambio de trazado justificado de una carretera, etc.)”³⁴; y, tampoco, puede tratarse de una carga soportable teniendo en cuenta que la lesión no es producto de un riesgo normal “derivado de la relación con un servicio público”³⁵.

20 Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe o no atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

7. La imputación de la responsabilidad.

7.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

21 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”³⁶ de la responsabilidad del Estado³⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados³⁸ y de su patrimonio³⁹, sin distinguir su condición, situación e interés⁴⁰. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción

³⁴ SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.925.

³⁵ “Pero sobre toda duda prevalece la idea de que sería absurdo dejar ir con las manos vacías a la víctima de una intervención antijurídica inculpable, mientras que pudiera pretender una reparación el perjudicado por una intervención perfectamente legal. No puede ser ese el sentido del ordenamiento jurídico. Es función de una interpretación responsable eliminar un resultado tan arbitrario... En Alemania es decisivo el criterio de la carga desigual, del particular sacrificio; y la conciencia jurídica lo exige así. Será regla general que al particular sacrificio por parte del ciudadano corresponda un enriquecimiento o cualquier otro provecho por parte del estado ; pero no es necesario que ocurra así. Pero el estado tampoco está autorizado para negar la indemnización alegando que el sacrificio no le ha procurado ninguna utilidad”. FORSTHOFF, Ernst. Tratado de derecho administrativo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p.469.

³⁶ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³⁷ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

³⁸ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

³⁹ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁴⁰ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos

administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”⁴¹. Como bien se sostiene en la doctrina:

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁴²; 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”⁴³.

22 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado ⁴⁴ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁴⁵ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁴⁶.

23 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica⁴⁷, 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

sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁴¹ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “*Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français*”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “*Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique*”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁴² “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁴³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

⁴⁴ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁴⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁴⁶ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

⁴⁷ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general*, ob., cit., p.927.

–simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴⁸.

24 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴⁹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁵⁰. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁵¹.

25 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁵². 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

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁴⁹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵⁰ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵¹ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁵² “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁵³.

26 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁵⁴. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁵⁵. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”⁵⁶.

27 Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁷ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵⁸ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o

⁵³ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵⁴ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵⁵ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁵⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁵⁷ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵⁸ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵⁹.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional argumenta:

“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁶⁰ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁶¹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁶². A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad⁶³, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

⁵⁹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁶⁰ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁶¹ Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁶³ “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁶⁴⁶⁵.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁶⁶.

28 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de

comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal., ob., cit., p.15.

⁶⁴ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁶⁷, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁶⁸.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁹, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

29 En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable en materia de actividad médica, y; la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

7.2. El régimen de la responsabilidad por actividad médica

30 Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación⁷⁰, “(...) en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización (...)”⁷¹.

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

⁶⁷ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁶⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁶⁹ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211.

⁷⁰ Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

⁷¹ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

“(…) los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”⁷².

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”⁷³.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que:

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁷⁴.

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento⁷⁵, así como todo otro componente que el médico tratante valore como

⁷² Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

⁷⁵ Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o

necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁷⁶ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁷⁷.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (debe de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”⁷⁸ (subrayado fuera de texto).

7.3. La imputación en el caso en concreto.

31 El *a quo* encontró que cabía imputar el daño a la entidad demandada, al llamado en garantía y al denunciado de pleito, atendiendo a los siguientes argumentos: “Todo lo anterior lleva a ésta Sala a concluir que evidentemente con la actuación de la entidad demandada, estamos frente al fenómeno de responsabilidad denominado falla presunta en la actuación médica, donde se encuentra debidamente probado el hecho dañoso, la consecuencia o daño inferido a la paciente y a sus allegados, el nexo causal entre el hecho y el daño, sin que por otro lado se haya probado por la entidad demandada, a quien se denunció (sic) el pleito o por el llamado en garantía que se obró con la debida diligencia y cuidado, dando lugar a la responsabilidad solidaria de éstos frente a la paciente y sus familiares”.

32 Para la Sala el estudio de la imputación del daño en el caso concreto parte de encuadrar el mismo en el régimen de la responsabilidad por falla probada (que ya fue señalado en apartados anteriores), sin cuestionar que el *a quo* haya fundado su decisión en el régimen de la falla presunta, el cual ha tenido cabida en la evolución jurisprudencia de la Sección Tercera. Y debe recordarse, como lo hace la doctrina extranjera:

“Lo que nunca podrá presumirse es la relación de causalidad que habrá que demostrar en cualquier ámbito tanto civil como administrativo y el problema concreto será el de determinar si los daños acaecidos han sido causados por las

atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

⁷⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

⁷⁸ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

deficiencias sanitarias –o por la actuación de la Administración Pública Sanitaria sin más- o simplemente por la naturaleza del enfermo o por otra causa”⁷⁹.

Para la Sala es necesario precisar que no es el carácter adjetivo el que interesa cuestionar, sino que el hecho de existir un contrato entre la entidad demandada, y una “Institución Prestadora de Servicios de Salud”, como PROSALUD, no implica eximente alguna desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual que pueda atribuirse fáctica y jurídicamente. Del estudio sistemático de la ley 100 de 1993 se encuentra: i) que considerada la entidad demandada como entidad prestadora de servicios de salud tenía (tiene) a su cargo la administración de la prestación de los servicios que se realicen por medio de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (artículo 156, literales e y k⁸⁰); ii) que la entidad demandada como EPS tiene como función básica la de organizar y garantizar la prestación del servicio de salud (artículo 177); iii) especialmente, la entidad demandada como EPS tenía (tiene) la función de establecer los “procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las IPS”. Luego, la Sala concluye que si bien existe un contrato entre la entidad demandada y PROSALUD, este no enerva las responsabilidades a que haya lugar atribuirle a la primera en atención a los deberes normativos existentes, y a las fallas que se prueben con ocasión del acto médico complejo prestado a la paciente Gloria Esperanza Salazar López.

No debe olvidarse que el artículo 185 de la ley 100 de 1993 establece expresamente que las “Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud” tienen como función la de prestar los servicios en su nivel de atención respectivo (artículo 185), de manera que refuerza la falla probada en el proceso en cabeza de la entidad demandada, de incumplir con su deber de control de la atención integral, eficiente, oportuna y en la calidad requerida por el paciente – afiliado, especialmente al no controlar el tipo de intervenciones quirúrgicas que se practicaban en la Clínica Tolima, de una de las cuales devino el daño antijurídico ocasionado a Gloria Esperanza Salazar López.

33 Ahora bien, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en primer lugar se encuentra acreditado la atención médica inicialmente prestada en la Clínica Tolima, de acuerdo con la historia clínica 0058087-2, compuesta por la i) hoja de inscripción, en la que consta que ingresó el 13 de junio de 1997 como usuaria de PROSALUD (como pensionada) y cuya atención médica iba a ser prestada por el médico Germán Rengifo (fls.7 y 23 c1); ii) la hoja de consentimiento en el que Gloria Esperanza Salazar López autorizó al médico Germán Antonio Rengifo “y al personal científico de la Clínica Tolima para realizar” a la paciente “todos los tratamiento médicos, quirúrgicos o cualquier otro tratamiento relacionado con mi caso particular. Conozco los peligros o complicaciones que puedan presentarse y los acepto: Declaro a la Clínica Tolima y/o sus médicos, agentes libres de toda responsabilidad por cualquier circunstancia que pueda resultar de los procedimientos médicos o quirúrgicos mencionados. Además, me comprometo a aceptar el reglamento interno para pacientes que tienen (sic) establecido la Clínica Tolima y acatarlo” (fls.9 c1 y 3 c4). Obra otra hoja de consentimiento, de 6 de diciembre de 1996, en el que Gloria Esperanza Salazar López autorizó al médico Jairo Pérez “y al personal científico de la Clínica Tolima para realizar a Gloria Esperanza Salazar L todos los tratamientos médicos, quirúrgicos o cualquier otro tratamiento relacionado con mi caso particular. Conozco los peligros o complicaciones que puedan presentarse y los acepto. Declaro a la Clínica Tolima y/o sus médicos, agentes libres de toda

⁷⁹ FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica. 5ª ed. Granada, Comares, 2007, p.598.

⁸⁰ Norma que fe declarada exequible condicionalmente. Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001.

responsabilidad por cualquier circunstancias que pueda resultar de los procedimientos médicos o quirúrgicos mencionados" (fl.19 c1); iii) la hoja de evolución de 13 de junio de 1997, en la que se consigné:

"Pte (sic) que ingresa a la Clínica (sic) Tolima procedente de la casa directamente a cirugía (sic) con el Dr Rengifo (ilegible)

9+50: Paciente en sala N°2, se observa nerviosa se canaliza vena se le inicia LEV, se monitoriza

10:00: Bajo previsa sedación dada por el Dr Gerardo Martínez J y asepsia de sitio del catheter (sic) hepatico (sic) el Dr. German (sic) Rengifo inicia procedimiento.

10+40 Toman colangiografía

Termina procedimiento sin complicaciones

Dejan tubo de silastic dos con adapter y cubierto con micropore.

Se pasa paciente a sala de recuperación (fl.11 c1).

l) Nota operatoria de junio 13 de 1997 en la que se consigné:

"Cirujano – Dr Rengifo

Ayudante – Dr García

Dx (ilegible) – 1 Hepatico Yeyunostomía

2 Tubo sin fin" (sin número de folio c1).

Nota operatoria de 6 de diciembre de 1996 en la que se consigné:

"Dx COLELITIASIS

PROC COLCECISTECTOMIA

CIRUJANO DR RENGIFO (...)

HALLAZGOS

1- VESICULA CON (ilegible) ENGROSADOS MULTIPLES (...)

2- CISTICO DOBLE SISTEMA (...)

3- COLEDOCO NORMAL (...)

(...)

ANTE LA INTENSIDAD DE SU DOLOR (...) SE DESCARTABA LA POSIBILIDAD DE UNA COLEDOCOLITIASIS RESIDUAL O UNA LESION VIA BILIAR DEBIDO A LA MALFORMACION ENCONTRADA EN CIRUGIA DE UN CISTICO DOBLE. SE EXPLICA CLARAMENTE A LA FAMILIA Y A LA FAMILIA ESTAS POSIBILIDADES SE TOMAN MUESTRAS PARA PRUEBAS DE FUNCION HEPATICA" (fl.33 ambas caras c1).

Ahora bien, de acuerdo con la hoja de descripción médica, de 13 de junio de 1997, en la que se señaló como diagnóstico pre-operatorio "HEPatico YEYUNOSTOMIA Y ROUX TUBO SIN FIN", y como diagnóstico post-operatorio IDEM. Así mismo, se indicó acerca de la intervención "CAMBIO DE TUBO SIN FIN + CIO", en la que participaron como cirujano el médico rengifo, y como anestesiólogo el médico Martínez (fl.12 c1).

A su vez, en el resumen final de la historia clínica, elaborada por el médico Rengifo, se consigné:

"(...) Diagnósticos definitivos: 1º EPATICOYEYUNOSTOMIA Y ROUX + TUBO SIN FIN

(...)

Intervenciones Quirúrgicas CAMBIO TUBO SIN FIN

Antecedentes Personales LESION (ilegible) BISMUTH III DX" (fl.17 c1).

En otra de las hojas de resumen elaborada por el médico Gerán Rengifo se consigné:

"(...) Diagnósticos definitivos 1º COLELITIASIS

2º COLECISTITIS CRONICA

Intervenciones Quirúrgicas COLECCISTECTOMIA ANIERTA CISTICO – FUNDIDA

Antecedentes Personales PACIENTE CON HISTORIA DE 1 AÑO EVOLUCION DOLOR HCD NO ICTERICIA NO ACOLIA NO COLURIA SE REALIZA

ECOGRAFIA EVIDENCIANDO COLELITIASIS VIA BILIAR NORMAL SE
PROGRAMA PARA COLECISTECTOMIA PROGRAMADO

(...)

Evolución y Tratamiento PACIENTE SE REALIZA COLECISTECTOMIA ABIERTA
CISTICO FUNDIDA ENCONTRANDO COLELITIASIS MULTIPLE TIPO
INFLAMATORIO (ilegible) Y CISTICO TERMINACION ANOMALA EN CAÑON
ESCOPETA COLEDOCO ASPECTO NORMAL

EN EL POST-OPERATORIO INMEDIATO REFIERE DOLOR SEVERO LUMBAR
E ICTERICIA LOS GH POP POR LO QUE SE TOMA CH-LEUCOCITOSIS (...)

Observaciones y Programa a seguir HIDA NO EVIDENCIA PASA AL DUODENO
LUEGO (...) POR LO TANTO ANTE LA POSIBILIDAD DE UN (sic)
COMPLICACION POST-OPERATORIA COMO LESION VIA BILIAR TIPO
BISMUTH II Y NECESIDAD DE REALIZAR COLANGIO (ilegible) HEPATICO +
RECONSTRUCCION CON Y ROUX Y HEPATOYUNOSTOMIA SE TRASLADA
A BOGOTA YA QUE AQUÍ NO EXISTE INSTRUMENTAL” (fls.29 c1 y 4 c4).

En tanto que, en la hoja de descripción médica, de 6 de diciembre de 1996, se
señaló:

“(...) Diagnóstico Pre-Operatorio COLELITIASIS

Diagnóstico Post-Operatorio COLELITIASIS Y COLECISTITIS

Intervención COLECISTECTOMIA ABIERTA

Duración 40 MIN

Cirujano DR RENGIFO 1er Ayudante DR DIAZ

Anestesiólogo DR MANTILLA”

Dentro de la descripción se señaló un doble sistema cístico, múltiples cálculos”
(fls.22 c1 y 13 c4).

m) Hojas de evolución en la que se se consignó:

“6 XII 96 14+10 Se pide llamada con el Dr. G. Rengifo para informarle el Dolor (sic)
de la pte (sic)

14+20 El Dr Rengifo la valoró ordena aplicar 2.5 cc de dipirona y ½ amp (sic) de
Nubame (sic)

18+20 Pte (sic) presenta de nuevo dolor se le informa a la jefe Alba y ordena
iniciar la buscapina compuesta

19 Pm Pte (sic) durante la tarde presentó dolor. El Dr Rengifo la valoró, ordenó
tomar laboratorios P/ reportes de laboratorios e informarselos (sic) al Dr por
buscapersonas P/ Patología Dra Campuzano. Hx Qx cubierta con micropore la
cual se observa con sangrado en poca cantidad. Queda con LEV. P/ que la pte
(sic) elimina diuresis, manifiesta que no siente deseos ni se le observa globo
vesical.

(...)

7 12 96 13 Pasó toda la mañana en medicina nuclear le realizaron Gamagrafia
Hepática

(...)

Dic 6 96 3:30 pm MC “Dolor en Epigastrio

ED Paciente refiere cuadro en Dolor en Epigastrio (sic) tipo colico (sic) irradiado a
flanco derecho e izquierdo en bando no asociado o fiebre ni esmesis tto (sic)
ranitidina la paciente acude a médico quien ordena una Ecografia (sic) vias (sic)
biliales encuentra calculos (sic) y programan para cirugia (sic) (...)

7 12 96 (...) 18:00 El Dr German Rengifo visita la pte (sic) ve reporte de
gamagrafia (sic) hepatica (sic) y firma salida de traslado a I.S.S.

18:50 Pte (sic) durante la tarde sin alteraciones continua con LE permeables a
Diala (...) pend (...) reporte patología Dra Campuzano pend (sic) salida para el
ISS para traslado mañana a las 1 A.M. a Bogotá a la clinica (sic) San Ignacio para
nueva intervención quirúrgica (...)

18:55 sale pte (sic) del servicio en silla de ruedas acompañado de sus familiares
(...)

DIC 7/96 POR CONSIGUIENTE SE EXPLICA A LA PACIENTE A SU ESPOSO Y DEMAS FAMILIARES LA NATURALEZA DE SU ENFERMEDAD ACTUAL COMO COMPLICACIÓN POST-OPERATORIA Y NECESIDAD IMPERIOSA PARA SU TRASLADO A BOGOTA A UN HOSPITAL 3 NIVEL COMO SAN IGNACIO CON AMPLIA EXPERIENCIA EN RECONSTRUCCION DE LA VIA BILIAR PARA NUEVA INTERVENCION YA QUE EN IBAGUE NO EXISTEN LOS RECURSOS NO LA INFRAESTRUCTURA PARA TAL INTERVENCION (...)" (fls.33 a 41 c1 y 6 a 12 c4)

Ahora bien, la atención médica prestada en el Hospital Universitario San Ignacio a la paciente Gloria Esperanza Salazar López se recoge en la historia clínica número 655089 compuesta por:

a) Hoja de atención de urgencias, de 8 de diciembre de 1996, en la que se consignó:

"(...) 1. RESUMEN DE LA ANMNESIS:

PTE (sic) QUIEN INGRESA (ilegible) CON ANATOMIA DIFICIL POR AGUDA Y CISTICO EN CAÑON DE ESCOPETA CON DOLOR ABDOMINAL SEVERO E ICTERICIA EN POP PROGRESIVA A EXPENSAS DE LA DIRECTA CON AMILASA Y FA NORMALES SE ESTUDIA UN HIDA QUE DETERMINA AUSENCIA DE PASO DE BILIS AL DUODENO.

ES REMITIDA PARA COMPLETAR ESTUDIOS Y MANEJO

(...)

3. DIAGNOSTICOS DE ENTRADA (...) TRASTORNOS DEL INTESTINO Y OTROS (...)

4. PROCEDIMIENTOS DE DIAGNOSTICO:

(...) NO SE LOGRA OPACIFICAR EL SEGMENTO PROXIMAL DEL COLEDOCO. DOS TERCIOS DISTALES DE CALIBRE NORMAL. GAMAGRAFIA HEPATOBILIAR: FUNCION HEPATOCELULAR CONSERVADA (...) PASO DEL CONTENIDO BILIAR A CAVIDAD PERITONEAL (...)

5. TRATAMIENTO:

EL 11 DE DICIEMBRE 1996 SE LLEVA A LAPARATOMIA CHEVRON) (sic) Y SE EVIDENCIA LIGADURA DEL CONDUCTO HEPATICO EN SU BIFURCACIÓN Y BILIOPERITONEO DE 1500 CC SE REALIZA HEPATICO-YEYUNOSTOMIA EN Y DE ROUX + ASA DE CHEN SIN COMPLICACIONES Y SE COLOCA TUBO SIN FIN.

6. EVOLUCION:

ILEO ADINAMICO Y DOLOR ABDOMINAL SEVERO POP QUE EVENTUALMENTE CEDEN CON ANALGESICOS Y CISAPRIDE. INICIO DIETA AL 4 D POP, DISMINUCION DE DRENAJES POR DRENES YSE (sic) RETIRAN AL 5 D POP

SE REALIZA GAMAGRAFIA HIDA AL 8 D (19-DIC-96); HEPATOEYUNOSTOMIA FUNCIONANTE. MINIMA DERIVACION DEL MATERIAL POR TUBO SIN FIN.

(...)

7. DIAGNOSTICOS DEFINITIVOS:

(...) TRASTORNOS DE INTESTINO OTROS (...)

8. PRONOSTICO:

ALTA PROBABILIDAD DE ESTENOSIS DE HEPATICO-YEYUNOSTOMIA, SE DEJA TUBO SIN FIN EN UN CASO DE NECESIDAD DE INSTRUMENTACION POR ASA DE CHEN" (fls.42 y 43 c1).

b) Hoja de interconsulta a radiología e imágenes diagnósticas, de 9 de diciembre de 1996, en la que se consignó:

"INFORME: COLANGIOGRAFIA RETROGRADA

La Radiografía (sic) simple preliminar no demuestra alteraciones del área a estudiar.

3- Paso del contenido biliar a cavidad peritoneal" (fl.54 c1).

Con el objeto de valorar la actividad médica integralmente prestada en la Clínica Colombia y en el Hospital Universitario San Ignacio, se rindió dictamen pericial, allegado mediante el oficio número 021-2000-Respon.PAT, del Médico Patólogo Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, con el que se respondió a los dos cuestionarios formulados en el expediente por parte actora en los siguientes términos:

"RESPUESTA A PRUEBA PERICIAL

1- La colelitiasis es la presencia de cálculos en la vesícula, vías biliares y puede dividirse en colecistolitiasis o sea los cálculos de la vesícula o el conducto cístico y la coledocolitiasis, o presencia del cálculo en el conducto coledoco y por extensión en el hepático común (...)

2. En la descripción quirúrgica no habla de una exploración general previa al acto quirúrgico.

En este caso se trata de una pared vesicular engrosada sin adherencias y se continúa la cirugía, además si hubiesen adherencias esto implicaría suspender la operación.

2b- Su técnica puede ser cístico fundica, o sea del cístico hacia el fondo de la vesícula (sic) o fondo cística que se emplea en los casos en que no se puede observar con claridad la unión del cístico y colédoco (sic) por ejemplo:

- inflamación aguda
- Vesícula (sic) tensa o friable.

(...)

2c- No existía como complicación post-operatoria coledocolitiasis residual.

2d- No se encuentra en la bibliografía revisada ésta derivación anatómica del cístico conocida como cañón de escopeta.

Lo que posiblemente existía era un cístico paralelo al hepático y se ligó éste último ocasionado (sic) una complicación conocida como Bismuth tipo III, o sea ligadura completa del hepático común dejando únicamente un muñón.

(...)

2f- (...) Una colecistectomía parcial sólo debe intentarse cuando el estado del paciente por su edad (anciano) o por un proceso séptico localizado debido a una vesícula (sic) gangrenosa no permita la extracción completa de la misma (...)

2g- El cirujano puede utilizar la técnica que mas (sic) conozca y ambas universalmente son aceptadas tanto la técnica fundocística y la cistofundica (...)

(...)

2k. Los tubos sin fin se usan para ayudar a drenar la bilis cuando hay complicaciones posteriores a la cirugía de vías biliares y no es normal su uso.

2l- Si el cirujano sospecha alguna lesión post-quirúrgica., es normal que solicite algún método de diagnóstico y entre ellos uno de los mas (sic) apropiados es la colangiografía retrograda endoscopica (...)

2m- la (sic) cirugía de vesícula (sic) no es sencilla. El índice de complicaciones en colecciones de USA son del 0.2 al 0.5% y una de las formas de corregirlas es con una hepatoyeyunostomía en Y de Roux (...)

2n- En Bogotá la paciente fue sometida de manera resumida a una reintervención con un diagnóstico preoperatorio de lesión de vía biliar Bismuth tipo III, con un post-operatorio de colecistectomía abierta, practicándosele una incisión abdominal para exponer el hígado, la tríada portal y conductos hepáticos, corrigiendo sangrados, ubicado un tubo de silastic desde el conducto hepático derecho hasta el asa aferente, haciendo una hepatoyeyunostomía termino lateral en Y de Roux, usando un asa de intestino delgado y colocando un tubo sonda de drenaje desde el hígado hasta la piel, además se le colocaron (sic) drenes accesorios de drenaje y se procedió a cerrar la cirugía (...)

2ñ- Estos tubos sin fin evitan las estenosis de la cirugía y permiten drenar parte de la bilis que no pasa a intestino. Evidentemente si la paciente se retira el tubo tiene riesgo de que se cierre la anastomosis y se complique.

(...)

2q- Si ese tubo es retirado puede cerrarse el paso de la bilis al intestino con todos los riesgos de morbilidad que ellos tendría (sic) para la paciente.

(...)

CUARTO PERICIALES:

1- El diagnóstico clínico y ecográfico es completamente acorde con una colelitiasis.

2- Se pueden usar en esos casos colecistectomía abierta o laparoscópica, dependiendo de la experiencia del cirujano y de los recursos de la institución en donde va a ser intervenida.

(...)

4- (...) Cabe precisar que existiendo variantes anatómicas como las que describe el Dr. RENGIFO está justificado utilizar una colangiografía intraoperatoria, la cual nos revela lesiones ocultas en el procedimiento y otros (sic) anatomías variantes (...) siempre y cuando se disponga de esta tecnología.

(...)

13- La prueba de embarazo (...) nos muestra niveles de gonadotropina crónica humana compatibles de embarazo pero eso no determina por sí solo si había alteraciones en la vida sexual de una persona, ya que esto no solamente implica una actividad reproductiva, si no que compromete prácticamente (sic) todas las esferas (sic) de un individuo.

14- Las complicaciones post-operatorias de una colecistectomía con lesión de vías biliares incrementan por sí solas la morbilidad a corto y largo plazo, requiriendo generalmente múltiples intervenciones quirúrgicas endoscópicas o percutáneas (...)

Esto trae obviamente alteraciones laborales por incapacidad y trastornos en su vida económica.

(...)

16- En el análisis de la información clínica disponible no observamos desacato a las normas de atención por parte del personal médico y paramédico que atendió (sic) a la paciente.

17- Todas las cirugías tienen riesgo de complicaciones y entre ellas la colecistectomía abierta no es la excepción.

(...)

19- Las complicaciones se consideran tardías o tempranas. En este caso fue complicación temprana que se debe diagnosticar por la clínica o síntomas y signos que presente el paciente y por una colangiografía endoscópica retrograda la cual nos permite visualizar el árbol biliar en su totalidad siendo el método diagnóstico más (sic) importante para detectar lesiones a ese nivel, siempre y cuando se disponga de esta tecnología.

20- No se requiere una institución de tercer Nivel (sic)⁸¹ (fls.251 a 255 c1).

Respecto del anterior dictamen pericial tanto la parte actora, como el llamado en garantía solicitaron su aclaración, adición y complementación, por lo que se presentó la misma por medio del oficio 434-2001 SF DRO, de 3 de agosto de 2001, del Patólogo Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Oriente, Grupo de Servicios Forenses, en el que se estableció:

“(...) VIII. DISCUSION

La discusión del presente caso versará sobre diversos aspectos: en primer lugar, se hace un resumen de la historia clínica disponible. Posteriormente, se hace un análisis de la historia clínica dentro del contexto de la atención prestada a la paciente y teniendo como referencia el marco teórico citado en la información

⁸¹ El apoderado de la parte actora solicitó la aclaración, adición y complementación del dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima (fls.330 a 343 c1). Así mismo, el apoderado del denunciado de pleito presentó solicitud de aclaración y complementación (fls.344 a 346 c1).

disponible para el presente estudio, de modo que se reconstruirá la secuencia de eventos clínicos y fisiopatológicos con los cuales cursó la paciente y al final, se plantearán las relaciones de causalidad entre el tratamiento y la aparición de la complicación documentada en esta paciente y en consecuencia, se responderá a los interrogantes específicos y se emitirán las conclusiones del estudio y del análisis.

1. RESUMEN DEL CASO

Se trata de una paciente de 40 años quien venía presentando un cuadro de más o menos un año de evolución consistente en dolor tipo cólico en epigastro irradiado a hipocondrios derecho e izquierdo, no asociado a otra sintomatología. Se realiza ecografía en la cual se encuentran cálculos biliares y se programa para cirugía, consistente en colecistectomía abierta.

Se realiza el procedimiento y se reportan como hallazgos:

1. Doble conducto cístico.
2. Vesícula de paredes estenosadas.
3. Múltiples cálculos.
4. Colédoco de características normales.

En el postoperatorio inmediato se ve una evolución tórpida con dolor persistente y que no cedía con analgesia, acompañado de náuseas e ictericia. Se toman estudios paraclínicos para valorar función hepática los cuales salen anormales, esto sumado a la evolución de la paciente, lleva a tomar la decisión de tomar una gammagrafía para hacer la diferencia entre una colelitiasis residual o una lesión de la vía biliar. En esta no se evidencia paso del medio de contraste al duodeno. Por lo cual se explica a la paciente y a su familia la necesidad de remitirla a un centro asistencial de III Nivel (sic) para realizar un mapeo mediante colangiografía transparietohepática, descartar un Bismuth II y en caso de que este existiese realizar una reconstrucción de la vía biliar.

Ingresa a segunda institución en la cual le realizan una Colangiopancreatografía retrógrada en la cual no se evidencia paso de medio de contraste al tercio proximal del colédoco. Se realiza laparatomía en la cual se encuentra ligadura del conducto hepático común en su bifurcación y bilioperitoneo, por lo cual se realiza hepaticoyeyunostomía en Y de Roux y colocación de tubo sin fin. Se monitoriza a la paciente y tiene una evolución aceptable con buena permeabilidad de los tubos. Posteriormente presenta persistencia de los síntomas se realizan pruebas de función hepática y colangiografía, las cuales resultan normales.

2. DE LA SECUENCIA DE EVENTOS CLINICOS Y FISIOPATOLOGICOS

Con base en toda la información de historia clínica de la paciente, puede establecerse la siguiente secuencia de eventos clínicos y fisiopatológicos con los cuales cursó su enfermedad:

1. Colecistitis.
2. Aparición de síntomas de la enfermedad
3. Consulta médica
4. Diagnóstico clínico de Colecistitis
5. Planteamiento terapéutico consistente en colecistectomía abierta
6. Procedimiento quirúrgico en el cual se produce ligadura del sitio de confluencia del conducto hepático común
7. Sospecha clínica de complicación de origen intraoperatorio
8. Planteamiento de diagnósticos diferenciales entre colelitiasis residual y lesión de vía biliar
9. Documentación por exámenes paraclínicos de lesión de vía biliar
10. Remisión a Bogotá a institución de tercer nivel para reparación de la complicación
11. Procedimiento quirúrgico de reparación, Hepaticoyeyunostomía (sic) Y de Roux mas (sic) asa de Chen mas (sic) colocación de tubos sin fin
12. Taponamiento de tubo sin fin
13. Intervención para colocación de tubo sin fin nuevo
14. Evolución sin complicaciones posteriores

3. ANÁLISIS DEL CASO

En este punto de la presente discusión, se analizan las relaciones de causalidad entre diversos hechos y el resultado final de la paciente, entendido este como el daño causado en su salud, en su estética y probablemente en su esfera emocional.

A. De las relaciones de causalidad:

1. Entre la enfermedad del paciente y el resultado final

Como se dijo antes, la colecistectomía abierta realizada a la paciente es la conducta adecuada a seguir ante episodios repetidos de colelitiasis con cólicos biliares, en este caso secundarios a Colecistitis (sic) crónica.

Al estar la ligadura del conducto hepático común catalogada como una complicación de la colecistectomía abierta, la cual es el tratamiento indicado para la Colecistitis (sic) crónica, se podría decir que si existe una relación de causalidad entre la enfermedad y la complicación, pues esta última no hubiera existido, si no se hubiera presentado la primera.

2. Entre la actuación médica inicial y el resultado final

La paciente venía presentando episodios repetidos de cólicos biliares desde hacia un año por lo cual consulta al médico. Partiendo de esto, y sumado a resultados anormales de exámenes paraclínicos, el cirujano hace el diagnóstico de colelitiasis. El manejo adecuado para episodios de colelitiasis a repetición es, primero expectante y luego de varios episodios se plantea a la paciente la posibilidad de una intervención quirúrgica como tratamiento a su enfermedad.

No existe una relación de causalidad entre la atención médica inicial y el resultado final, puesto que el resultado final depende de la complicación documentada en la paciente, la cual, para ese momento, no se había instaurado.

3. Entre la actuación quirúrgica y el resultado final

La primera intervención quirúrgica, trajo como consecuencia una complicación consistente en una ligadura y posterior sección del conducto hepático común a nivel de la bifurcación, es decir, se produjo un daño, que está contemplado y descrito como una complicación que se puede presentar en este tipo de intervenciones, aunque sea infrecuente.

Existe una relación entre la actuación quirúrgica que se le prestó a la paciente, y la complicación, en tanto que la atención fue inadecuada puesto que la ligadura del conducto hepático común se hizo con base en un diagnóstico errado al confundir el conducto hepático común y el conducto cístico, con un conducto cístico doble.

La relación de causalidad establecida en este análisis se cataloga como una complicación sucedida durante el acto quirúrgico. Es decir, es un evento que produjo un daño en la paciente y ese daño era previsible y evitable, consistente en la ligadura y sección del conducto hepático en el sitio de la confluencia, en lugar de la sección del conducto cístico, el cual fue considerado como una anomalía anatómica por duplicación.

4. Entre la actuación médica y quirúrgica posteriores y el resultado final

El manejo en este momento de la paciente fue el adecuado pues se sospechó precozmente por la evolución clínica de la paciente una posible complicación intraoperatoria, lo cual hace que su pronóstico sea mejor. Luego se documenta la sospecha por medio de paraclínicos, y se realiza el manejo adecuado a la paciente remitiéndola a una institución de tercer nivel para un mejor manejo de su complicación. En esta segunda institución se realiza una reparación de la vía biliar por medio de una técnica llamada Hepaticoyeyunostomía Y de Roux mas (sic) Asas (sic) de Chen más colocación de tubos sin fin. Esta técnica es de elección en daños mayores de la vía biliar.

No existe relación de causalidad entre la actuación médica y quirúrgica posteriores y la lesión inicial causada a la vía biliar, puede preverse el hecho de que un tubo sin fin se tape más no se puede prevenir.

IX. RESPUESTAS A INTERROGANTES ESPECÍFICOS DE LA PARTE DEMANDANTE

(...)

1. Pregunta del primer cuestionario.

a. Planteamiento inicial: *Si el médico cirujano utilizó los procedimientos adecuados: (...) En este caso es la vesícula y se tiene que determinar si existen o no adherencias, si las hay entonces se trata de un proceso inflamatorio crónico y se debe abortar al (sic) cirugía.*

b. Respuesta inicial En la descripción quirúrgica no habla de una exploración general previa al acto quirúrgico. En este caso se trata de una pared vesicular engrosada sin adherencias y se continúa la cirugía, además si hubiesen adherencias esto no implicaría suspender la operación.

c. Aclaración solicitada: *Al punto 2, se servirán aclarar si es absolutamente normal, prudente y eficaz abstenerse de hacer una exploración general previa al acto quirúrgico que nos ocupa y si la ausencia de dicha exploración trajo como consecuencia las complicaciones postoperatorias que obligaron a la reconstrucción posterior.*

d. Respuesta a la aclaración solicitada: La literatura recomienda que luego de realizar la incisión, se debe explorar el abdomen delicadamente. Aunque es un procedimiento recomendado en este caso no se relaciona con las complicaciones postoperatorias. No aparece descrito en la historia clínica disponible que se hubiera efectuado dicho procedimiento. En cualquier caso, su omisión no tiene relación de causalidad con el resultado final adverso para la paciente.

2. Pregunta del primer cuestionario:

a. Planteamiento inicial: *(...) la técnica quirúrgica va dirigida a identificar básicamente primero el cístico y la arteria y repararla antes de cortar y estar completamente convencido y seguro para evitar que pasen los cálculos hacia el colédoco y por otro lado para evitar los accidentes, siendo esta la técnica más segura en la identificación y obviamente hacerla desde el fondo de la vesícula hacia las estructuras de la cual ella debe colgar, entonces aquí se habló equivocadamente de una coledocolitiasis residual, lo que no es exacto.*

b. Respuesta inicial: Su técnica puede ser Cisticofúndica, o sea del cístico hacia el fondo de la vesícula o dundo cística que se emplea en los casos en que no se puede observar con claridad la unión del cístico y colédoco por ejemplo: Inflamación (sic) aguda, vesícula tensa o friable. Generalmente se inicia la disección desde el fondo hacia los conductos previa ligadura de arteria y conducto cístico.

c. Aclaración solicitada: *(...) si en la operación quirúrgica que se hizo se siguió dicho procedimiento con pericia, eficacia y prudencia o si por el contrario no se realizó dicha reparación previa de las estructuras a cortar y ligar y, dicha omisión y erro tuvo como consecuencia las complicaciones postoperatorias que obligaron a una nueva operación reparativa y a la instalación del tubo sin fin.*

d. Respuesta a la aclaración solicitada: *(...) En la historia clínica el cirujano reporta identificación, aislamiento y posterior ligadura de arteria cística, conducto cístico y vesícula, además reporta como hallazgo un conducto cístico doble (...) Según la historia clínica la reparación se hizo conforme a las técnicas usualmente aceptadas para este tipo de cirugía. Sin embargo, la evidencia muestra que se ligó el conducto hepático en el sitio de confluencia, en lugar de haber ligado el conducto cístico.*

3. Pregunta del primer cuestionario

a. Planteamiento inicial: *(...) "operar una malformación del cístico en cañón de escopeta, lo que de ser cierto, es fácil de solucionar, puesto que después de un trayecto, un cañón se introduce en el otro (no se amputa) y se continúa la trayectoria normal de la vía biliar, lo que no se hizo por el médico del Instituto de Seguros Sociales, quien en forma apresurada y anti técnica procedió a cortar uno de los cañones, amputando el que no era, ocasionando la grave lesión posterior de mi mandante principal.*

b. Respuesta inicial: No se encuentra en la bibliografía revisada ésta derivación anatómica del cístico conocida como cañón de escopeta. Lo que posiblemente existía era un cístico paralelo al hepático y se ligó éste último

ocasionando una complicación conocida como Bismuth tipo III, o sea ligadura completa del hepático común dejando únicamente un muñón.

c. Respuesta a la aclaración solicitada: (...) El cístico paralelo al hepático es una variante anatómica normal de ubicación de este conducto, en caso de encontrarse esta variable en una colecistectomía el procedimiento a seguir es ligar el conducto cístico. (...) El Bismuth III está considerado una complicación de la colecistectomía. Se produce por una ligadura o corte a nivel de la bifurcación del conducto hepático común en derecho o izquierdo, produce una estrechez alta con la confluencia de los conductos hepáticos derecho e izquierdo: el hepático común no existe (...) Son lesiones muy altas que no permiten la apertura longitudinal del hepático y, por lo tanto, las anastomosis tienen el mismo diámetro del conducto. Se debe derivar a una Y de Roux con un extremo subcutáneo y requieren la colocación de un tubo en U o de un tubo sin fin, el cual se prefiere sacar por el canal hepático izquierdo y se deja por un tiempo mínimo de un año (...) la ligadura del conducto hepático común, trae como consecuencia la realización de una nueva cirugía para reconstrucción de vías biliares
(...)

6. Pregunta del primer cuestionario:

a. Planteamiento inicial: (...) *si es cierto o no que existen dos (2) procedimientos que el cirujano no utilizó, el primero se llama la císticofúndica y, el segundo la fundocística, que son normales en cirugía y debía conocerlos el médico, antes de proceder a la amputación (...).*

b. Respuesta al primer cuestionario: El cirujano puede utilizar la técnica que mas (sic) conozca y ambas universalmente son aceptadas tanto la técnica fundocística (sic) y la cistofúndica (...)

c. Ampliación solicitada: (...) *es cierto o no que ello se debe efectuar siempre y cuando se cumpla la premisa de una identificación plena de las estructuras a cortar y ligar para prevenir la iatrogenia de la vía biliar (...) con la descripción quirúrgica con que cuentan, dicha identificación fue hecha a cabalidad por el cirujano o si por el contrario hubo impericia, imprudencia y error al identificar las estructuras a cortar y ligar, y como consecuencia de dicha actuación se presentó la iatrogenia de la vía biliar con las complicaciones conocidas (...)*

d. Respuesta a la aclaración solicitada: Es cierto que cada cirujano puede utilizar la técnica de su preferencia, pero (...) debe visualizar bien la vesícula biliar y el triángulo hepatocístico para ahí si proceder a realizar la colecistectomía (...) también en la descripción quirúrgica está descrita la identificación de las estructuras. Sin embargo, sí hubo error al identificar las estructuras.

7. Pregunta del primer cuestionario:

a. Planteamiento inicial: *Concluirán su dictamen conceptuando científicamente si el remedio fue mas (sic) grave que el mal (...)*

b. (...) No es procedente para nosotros emitir juicios de valor.

(...)

d. Respuesta a la aclaración solicitada: (...) esta complicación se debió a un error de diagnóstico intraoperatorio al identificar equivocadamente las estructuras. Ahora bien, por supuesto que la complicación sufrida por la paciente durante el acto operatorio inicial, ha conducido a reintervenciones para evitar el riesgo de morbilidad severa e incluso el riesgo potencial de muerte. Sin embargo, lo que se buscaba con la primera intervención era un beneficio para la paciente para curar una enfermedad de reconocida morbilidad y cuyo tratamiento actualmente aceptado es la colecistectomía, ya por vía laparoscópica o abierta
(...)

9. Pregunta del primer cuestionario:

a. Planteamiento inicial: *Es normal y lógico, que después de una excelente cirugía de colelitiasis, se solicite una colangiografía retrógrada vía endoscópica, en donde se determine exactamente una lesión: vía biliar postoperatorio colecistectomía abierta, lesión vía biliar Bismuth III?*

b. Respuesta al primer cuestionario: Si el cirujano sospecha alguna lesión psotquirúrgica, es normal que solicite algún método de diagnóstico y entre ellos uno de los mas (sic) apropiado es la colangiografía retrograda endoscópica.

c. Aclaración solicitada: (...) *si se relaciona la obstrucción completa de la vía biliar extra hepática, con el antecedente quirúrgico, para lo cual revisarán el diagnóstico endoscópico y el reporte de radiología del Hospital San Ignacio de Bogotá (...)*

d. Respuesta a la aclaración: La obstrucción completa de la vía biliar extrahepática, si se dio como una consecuencia de la ligadura del hepático común, esto es una complicación no se relaciona con la falta de exploración general abdominal al inicio del acto quirúrgico (...) no se puede decir si el cirujano estaba o no seguro de la identidad morfológica de la estructura que estaba cortando en ese preciso momento. Obviamente, la obstrucción biliar subsecuente a la ligadura del conducto hepático, no puede ni mucho menos ser considerada como una situación "normal" dentro de una colecistectomía abierta. Constituye, es lo cierto, una complicación que amerita un tratamiento quirúrgico reconstructivo de la vía biliar.

(...)

Se presentó una complicación (...) Por supuesto que si se hace una secuencia de eventos, resultaría posible probar que la complicación finalmente instaurada en la paciente fue indirectamente producida a partir de la enfermedad de base. Por supuesto que al entrar al acto operatorio inicial, la paciente no tenía la lesión de la vía biliar, aparecida como una complicación del primer acto quirúrgico.

(...)

X. RESPUESTA A SEGUNDA SERIE DE INTERROGANTES ESPECÍFICOS DE LA PARTE DEMANDANTE

(...)

1. Pregunta del primer cuestionario

a. Planteamiento inicial: *De acuerdo con lo establecido en la descripción quirúrgica existe alguna duda de que los hallazgos intraoperatorios y el procedimiento no fueron los correctos?*

b. Respuesta al primer cuestionario: Se han generado dudas porque un cístico dobel se puede considerar una variante anatómica realmente exótica. Cabe precisar que existiendo variantes anatómicas como las que describe el Dr. RENGIFO está justificado utilizar una colangiografía intraoperatoria, la cual nos revela lesiones ocultas en el procedimiento y otros (sic) anatomías variantes (...) siempre y cuando se disponga de este (sic) tecnología.

c. Aclaración solicitada: (...) *por qué el cirujano de acuerdo con la descripción quirúrgica solo liga una estructura y no liga dos (...) si esta omisión fue la que condujo al error de técnica operatoria con la consecuente ligadura de la vía biliar por una desacertada decisión (...)*

d. Respuesta a la aclaración: En la descripción quirúrgica el cirujano refiere ligar la arteria cística y el conducto cístico, no una sola estructura. El problema (...) se debió a un error del diagnóstico intraoperatorio. Si bien el cístico es una variante anatómica rara la precaución debe ser igual en todas las colecistectomías

(...)

7. Pregunta del primer cuestionario

a. Planteamiento inicial: *Como la cirugía de Colecistectomía (sic) Abierta (sic), tiene como es apenas lógico desde el punto de vista científico riesgos previsibles demostrados? (sic), la lesión de las vías biliares esta contemplada dentro de esos mismo riesgos?*

b. Respuesta al primer cuestionario: Todas las cirugías tiene el riesgo de complicaciones y entre ellas la colceistectomía abierta no es la excepción

(...)

e. Respuesta a la aclaración: la ligadura del conducto hepático en la confluencia, es una complicación previsible de una colecistectomía. El riesgo de que dicha complicación ocurra (...) se estima en alrededor del 0.4% de

presentación. Existe una relación de causalidad entre la complicación presentada en la paciente en la primera intervención quirúrgica y el estado posterior de la misma

XI. RESPUESTA A INTERROGANTES ESPECÍFICOS DE LA DEFENSA

1. **Sobre el aspecto, en el sentido de que el dictamen afirma que una cirugía de vesícula no es sencilla, y en el mismo dictamen afirma que no implicaría suspender la operación si hubiese adherencias, concepto que favorece a mi defendido, porque (sic) en ese mismo inciso el dictamen dice que “En la descripción quirúrgica no habla de una exploración general previa al acto quirúrgico”, cual (sic) es la razón de esta última afirmación, si en la descripción quirúrgica que consta en la historia clínica, aparece un dibujo con los hallazgos intraoperatorios, hecho por el demandado mas (sic) la descripción general del acto operatorio?**

Aunque en la historia clínica hacen un dibujo de los hallazgos intraoperatorios, en este dibujo se ven las estructuras del triángulo hepatocístico. En cuanto a la exploración previa abdominal general no aparece reportada en la historia clínica. Sin embargo (...) no hay relación de causalidad entre la supuesta omisión de esta exploración y la ligadura equivocada del conducto hepático en su confluencia.

2. **En el 2c ib El (sic) forense afirma que “No existía como complicación postoperatoria coledocolitiasis residual” se le pregunta que si este diagnóstico diferencial, lo refirió o no el demandado en la historia clínica, como hipótesis de trabajo, para descartar causas de ictericia postoperatoria, como efectivamente lo consignó el demandado?**

Si, el Dr. Rengifo refirió como diagnóstico diferencial ante la evolución de la paciente coledocolitiasis residual.

3. **Como el experticio en el inciso 4 de CUARTO PERICIALES, afirma que “Se ha generado dudas porque un cístico doble se puede considerar una variante anatómica realmente exótica” se le preguntan que si sobre la base de la literatura que se adjuntó por el demandado más concretamente Complicaciones Anatómicas en Cirugía General J.E. Skandalakis, Pg. 120 y ss. Las (sic) varianres se presentan en un 17%, en el árbol biliar, se puede considerar que con este alto índice, son exóticas las mismas?**

Aunque las anomalías importante 8sic) del desarrollo de la vesícula biliar son raras, las variaciones anatómicas son lo suficientemente frecuentes como para causar sorpresas durante las intervenciones quirúrgicas (...) El conducto cístico duplicado ciertamente es una variante anatómica anómala descrita en la literatura.

4. **Como en el inciso 15 CUARTO PERICIALES del dictamn el forense afirmó que “como es la evolución clínica actualmente de la paciente?, se requiere la evaluación directa de la paciente para emitir este concepto”, como se trata de una petición lógica se le solicita muy respetuosamente al magistrado que ordena la comparecencia de GLORIA ESPERANZA SALAZAR para tal efecto, y que el forense en la remisión.**

Para tal efecto sería necesario que la señora GLORIA ESPERANZA SALAZAR se presentara en la Seccional Tolima del Instituto Nacional de Medicina Legal Y (sic) Ciencias Forenses (...) para la práctica de la valoración.

(...)

XII. CONCLUSIONES

1. **ADULTA MAYOR CON CUADRO CLÍNICO DE COLECISTITIS CRÓNICA, CON DIAGNÓSTICO PREOPERATORIO DE COLELITIASIS, SOMETIDA ADECUADA Y OPORTUNAMENTE A COLECISTECTOMÍA ABIERTA.**

2. **DURANTE LA COLECISTECTOMIA, SE PRODUJO LA LIGADURA DEL CONDUCTO HEPÁTICO COMÚN A NIVEL DE SU BIFURCACIÓN, LO QUE SE CONOCE COMO BISMUTH III.**

3. **LO ANTERIOR CONSTITUYE UNA COMPLICACIÓN DESCRITA EN INTERVENCIONES QUE INVOLUCRAN LAS VÍAS BILIARES.**

4. **DICHA COMPLICACION APARECE EN ESTE CASO COMO CONSECUENCIA DE UN DIAGNÓSTICO INTRAOPERATORIO ERRADO DE**

CONDUCTO CÍSTICO DOBLE, Y QUE TRAJÓ COMO CONSECUENCIA LAS POSTERIORES INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS.

5. SE ESTABLECE QUE LA ATENCIÓN QUIRÚRGICA INICIAL AUNQUE FUE OPORTUNA, NO FUE ADECUADA PORQUE DURANTE ELLA SE INSTAURÓ LA COMPLICACIÓN DOCUMENTADA

6. SE ESTABLECE QUE EXISTE UNA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA LIGADURA DEL CONDUCTO HEPÁTICO COMÚN Y LA MORBILIDAD SUBSECUENTE DE LA PACIENTE, ENTENDIDA ESTA COMO EL DAÑO.

7. SE ESTABLECE QUE EL MANEJO POSTOPERATORIO FUE ADECUADO Y FUE OPORTUNO Y SE DESCUBRIÓ RAPIDAMENTE LA COMPLICACIÓN DOCUMENTADA, LO QUE PERMITIÓ IMPLEMENTAR EL TRATAMIENTO DE MANERA PRECOZ⁸² (fls.64 a 77 c4 y 54 a 65 c5).

Finalmente, y como consecuencia de la objeción que por error grave presentó el llamado en garantía a la aclaración del dictamen pericial, de 3 de agosto de 2001, se allegó respuesta por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, de 12 de mayo de 2003 (oficio 0289-2003 DST), del Director Seccional, en la que se sostuvo:

“(…) Debo antes que nada indicar que un dictamen no se emite en procura de ser favorable a ninguna de las partes, y es que nuestra obligación (sic) investigar lo favorable como lo desfavorable, y si el abogado se siente favorecido con el texto o no es apreciación personal de él y no corresponde en nada al espíritu del dictamen, y es un error el desmembrar un dictamen para indicar que un párrafo (sic) reemplace al todo por cuanto el dictamen es un elemento integral.

En consecuencia, utilizar un sistema como el empleado por el abogado Salazar donde pretende poner palabras como originales del perito cuando se trata de los elementos de transcripción de historia clínica al hacer el estudio juicioso, secuencial, temporal, etc. de los datos que trae un documento médico del cual no se considera que sea veraz o no sino que apenas es lo que se encuentra escrito en los documentos estudiados.

Es por ello que no es aceptable que el abogado pretenda desestimar el texto del dictamen desmembrándolo y utilizando apartes a su arbitrio con habilidad para sustentar sus apreciaciones, y fundando en ellas una supuesta objeción por error grave, donde además expone una serie de elementos que no corresponden sustancialmente a una determinación o apreciación forense sino que basa toda su argumentación en el hecho de que en algunos apartes de transcripciones de historia clínica diga algo como por ejemplo lo relacionado con la descripción quirúrgica, elemento tan importante en este caso en especial donde se mencionan aspectos de máxima importancia, y que lógicamente serán objeto de verificación por parte del forense como es su obligación, y deberá precisar si lo escrito corresponde la realidad determinada, por cuanto si ello no fuere así el sistema de análisis de prueba colparía y se quedaría una investigación en la elemental lectura del documento, y con ello debería aplicarse la justicia. Este sistema afortunadamente fue abandonado por la historia del derecho.

Sin embargo, como reposa en el expediente en cuestión, se ha efectuado posterior a la solicitud del presente oficio petitorio evaluaciones médicas a la afectada y se han hecho consultas a las mayores autoridades en el área de cirugía, quienes amablemente nos han indicado sobre lo solicitado” (fls.73, 74, 77 y 78 c5).

Ahora bien, Psiquiatra Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Tolima, Sección Neuropsiquiatría, practicó examen psiquiátrico a Gloria Esperanza Salazar López con los siguientes resultados:

“(…) La examinada ha sido persona de mucha actividad y que la fístula la dificultad (sic) mucho y tiene que cargar pañales y cremas, se tiene que cambiar

⁸² De este dictamen el Tribunal corrió traslado el 13 de noviembre de 2001 a las partes (fl.78 c4).

de pañal seis veces la (sic) día. Presenta retraimiento. No puede quedarse en otra casa porque es un suplicio. No puede descansar en la cama porque tiene que levantarse al baño, todos los días tiene que cambiar sabanas (sic) y pijamas.

(...)

EXAMEN MENTAL:

PORTE Y ACTITUD: Ingresa por sus propios medios, con adecuada presentación personal, aspecto saludable o enfermizo, la expresión facila expresa (sic) tristeza

ESTADO DE CONCIENCIA: Alerta

ORIENTACION: Orientado en tiempo, lugar, persona y situación.

PENSAMIENTO: Con baja autoestima por perdida (sic) de su estética corporal

AFECTO: Decaída ansiosa, con sentimientos de tristeza.

SENSOPERCEPCION: Tiene percepción negativa de si (sic) misma. No refiere alucinationes de ningún tipo.

ATENCIÓN Y CONCENTRACIÓN: Normal.

SUEÑO: Refiere problemas del sueño

LENGUAJE: Fluido y del común del medio

INTELIGENCIA: Impresiona como promedio

ABSTRACCION: Normal

MEMORIA: Su memoria remota e inmediata están conservadas.

JUICIO DE REALIDAD: Conservado

PROSPECCION: Incierta

INTROSPECCION: Positiva

CONDUCTA MOTORA: Refiere disminución de su actividad y retraimiento social.

COGNICION: Hay comprensión de la relación causa efecto entre la acción y sus consecuencias

DIAGNOSTICO: Transtorno desadaptivo crónico con síntomas ansiosos y depresivos

DISCUSIÓN:

Se trata de una mujer adulta, casada, con dos hijos, profesional en psicología, sin antecedentes de sufrir enfermedad mental anterior a la cirugía.

A la examinada se le realizó una intervención quirúrgica de la vesícula biliar en el año 96 presentando complicaciones y quedándole como secuela una fístula abdominal por lo que presenta drenaje del liquido (sic) biliar permanentemente y tiene que usar pañales, compresas y cambiarse varias veces al día.

La vida cotidiana de la examinada se ha menguado tanto en su calidad de vida cotidiana como en su sociabilidad, en la imagen corporal, presentando baja autoestima y sentimientos depresivos, expresados en llanto, desesperanza, tristeza, apatía y decaimiento. Refiere la examinada que su intimidad sexual también ha tenido repercusiones hasta el punto que se ha visto disminuida, ya que percibe su cuerpo en forma defectuosa y son se anima en sus relaciones por la perdida (sic) de su armonía corporal de tener la fístula y el drenaje continuo de líquido biliar y que le impide expresar su sexualidad como antes.

La examinada también viene presentando alteraciones en su comportamiento como son aislamiento y déficit en su vida social y familiar con aislamiento.

La examinada cursa con un cuadro depresivo ansioso, reactivo a la perdida (sic) de su imagen corporal, con inhibición de su sexualidad y desadaptación al medio social.

CONCLUSIÓN:

(...)

1.- La examinada sufre de un transtorno desadaptivo crónico con síntomas ansiosos y depresivos reactivas a la secuela sufrida pro su intervención quirúrgica y corresponde a una perturbación psiquica (sic)" (fls.88 y 89 c4, 30 y 31 c6).

Así mismo, se practicó reconocimiento médico legal a Gloria Esperanza Salazar López, por el médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Oriente-Seccional Tolima, en el que se informó:

“(…) PRESENTA: cicatriz antigua mediana supraumbilical de 6 cms, cicatriz de forma de z de 5, 15 y 4 cms subcostal derecha, cicatriz retractil de 3 cms hipocondrio derecho, boca de asa de chen con drenaje de material líquido abundante en hipocondrio derecho. Hallazgos que afectan tanto la armonía del cuerpo como la funcionalidad del organo (sic) de la digestión. (...) se examina, describe y toma set fotográfico de las condiciones actuales de la paciente, quien tiene una situación que requiere de restricciones dietéticas, físicas y de relación. Desde el punto de vista médico tiene una abocadura con secreción permanente que la expone a contaminación e infección en forma permanente, las cicatrices y la abocadura del asa afectan la armonía y estetica (sic) corporal en forma importante, su capacidad física para actividades de esfuerzo está disminuida en un porcentaje medio. La posibilidad de que se afecte positivamente la actual condición de la examinada depende de la posibilidad de un cierre de la fístula que afectaría la secreción y por ende dejaría la dermatitis química que produce el contacto permanente de la bilis con la piel” (fls.70 y 71 c5).

De la prueba testimonial cabe valorar: en primer lugar Lucy Salazar López afirmó: “(…) PREGUNTADO: Sírvase decir al Despacho todo lo que sepa en relación con la enfermedad y la intervención quirúrgica a que fue sometida su hermana GLORIA ESPERANZA SALAZAR LOPEZ a finales de 1.996? CONTESTO: “GLORIA ESPERANZA era una persona supremamente alenta (sic) pero como en noviembre de 1.996 se sintió maluca y fue al seguro y le ordenaron una interconsulta con el Dr. GERMAN RENGIFO, quien le practicó unos exámenes entre ellos una ecografía de vesícula y al tener el resultado le dijo que tenía que operarla porque tenía la vesícula (sic) muchos cálculos y fue así como le programó la cirugía para el día 6 de diciembre a las seis o siete de la mañana. Yo la acompañé a ella a la CLINICA TOLIMA DEIBAGUE (sic) donde le practicó la cirugía (sic) y la deje (sic) en la Sala de cirugía (sic) y el médico que volviera por ahí a las dos hoas (sic); efectivamente como a las nueve y media o diez de la mañana (sic) no recuerdo exactamente regresé y hable (sic) con el médico y él me entregó a mí una bolsita con los cálculos y me dijo que la cirugía (sic) había (sic) salido muy bien, (enmendado)que por la tarde la levantamos (sic) y al otro día le daba la salida, pero no fue así, el mismo día de la cirugía mi hermana siguió muy mal, con muchos dolores, le empezó a dar fiebre y a ponerse amarilla, el médico le realizó varios exámenes seguidos y ya el sábado (sic) nos reunió a la familia y nos dijo que había cometido un error en la cirugía porque había encontrado como una deformación así como en en (sic) U o V, o mejor, como cañón de escopeta dijo él, que él había cortado, se había equivocado, entonces había que hacerle otra cirugía (sic) de alta cirugía (sic) y de alto riesgo, que no la podía hacer aquí en Ibagué, porque no existían (sic) ni la infraestructura adecuada ni él se atrevía hacerla, y que si ella no se hacía esa cirugía se podía morir. Era tanta (sic) la angustia del medico (sic) que él mismo hablo (sic) con sus profesores del Hospital San Ignacio para que le practicasen la cirugía en Bogotá, desde ese momento mi hermana estuvo supremamente mal, tanto que le aplicaban una droga muy fuerte para el dolor y no le pasaba, entonces empezó un calvario terrible para ella y para toda la familia. Ese día fue el sábado (sic) nos tocó llevarla para urgencias del seguro para que pasara la noche allí y fuera directamente al seguro quien la remitiera a Bogotá. En urgencias del seguro (sic) la atendió el Dr. RODRIGO GALINDO y esa noche la dejaron ahí y el domingo por la mañana la trasladamos en ambulancia, yo la lleve (sic) ambulancia al Aeropuerto (sic) Perales de donde era trasladada hacia Bogotá al Hospital San Ignacio, y una vez llegó al Hospital San Ignacio le conectaron tofa (sic) clase de aparatos y le hicieron todos los exámenes derigor (sic) y le programaron la cirugía por decir algo para el jueves siguiente, pero era tan delicado su estado de salud que tuvieron que adelantar la cirugía (sic) y operarla (enmendado) de emergencia y según no explicaban (sic) los médicos lo que hicieron a ella fue una microcirugía (sic) donde le reconstruyeron el conducto que el médico había cortado

conectándole (sic) unos tubos, los cuales los dejaron por fuera, o sea a ella le metieron dos tubos y ella tenía que vivir con esos tubos para poder vivir (...) y entonces la vida de ella ha sido unapermanente tragedia porque a raíz de esos tubos y de esa cirugía (enmendado) le ha tocado ir a terapia física y usar una faja especial por los dolores tan terribles que le causa como lumbares en la (sic) espalda y por la incomodidad (sic) tan terrible porque a cualquier momento esos tubos le supuraban y la lavaban todo (...) y el mismo Dr. RENGIFO en una ocasión le dijo que lavara con ácido (sic) acético, pues como (sic) sería que la tuvieron que llevar casi infartada y de urgencia (sic) al consultorio del Dr porque casi la mata con ese líquido (sic) o mejor ácido acético así ha sido su vida después de la operación trágica”.- De manera que ella a raíz de esa operación es una persona con estado de salud delicado que tiene que estar en permanente chequeo, cualquier sintoma (sic) para ello (sic) es grave, tiene que llevar una dieta rigurosa, no puede subirse un poquito de peso porque es gravísimo, no puede tomarse una clase de licor, no puede llevar una vida sexual normal, por (enmendado) consiguiente su vida social y familiar es muy limitada.” (fls.41 a 44 c4).

A su vez, Luz Angela Villa Rivera manifestó:

“(...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho todo lo que sepa o conste /en/ relación con la enfermedad y la intervención quirúrgica a que fue sometida la señora GLORIA ESPERANZA SALZAR (sic) LOPEZ a finales de 1.996? CONTESTO: “Los primeros días del (sic) mes de diciembre 1.996 (sic) por un malestar que ella sintió asistió al médico y conceptuó que era necesario una cirugía (sic) la cual ella se sometió y al día siguiente después de la operación estando en la Clínica Tolima en su habitación donde nos encontraba os (sic) LUCY SALAZAR, OLGA SALAZAR (sic), GERMAN BARBERI, WENCESLAO VILLA la paciente, el médico y yo, en la cual el médico (sic) se encontraba muy preocupado y asustado y explico (sic) que al operar el había (sic) encontrado dos conductos así en forma de (sic) V que parecían ser congenitos (sic) y él había procedido a cortar uno el cual había sido el canal coledoco (sic) y por eso ella presentaba en ese instante un cuadro clínico muy grave del cual se estaban subiendo la (sic) bilirrubinas y si no se hacía otra cirugía (sic) inmediatamente corrigiendo el procedimiento que él había (sic) hecho podía conducir (sic) a la muerte y que por esta razón él había hecho todos los contactos en Bogotá en el Hospital San Ignacio con los médicos que habían (sic) sido sus maestros para que le hicieran la intervención quirúrgica que requería, inmediatamente se procedió a trasladarla a Bogotá por su estado de gravedad, ocasionando un drama familiar por sus hijos pequeños y tener que dejarlos al cuidado de otras personas una vez en Bogotá fue sometida a una cirugía (sic) muy larga con una recuperación muy lenta, sin poder comer, sin poder dormir, con una incapacidad muy grande porque le había colocado una prótesis en la parte externa que constaba de unas mangueras las cuales le ocasionaba dificultad para pararse, para caminar, para enderezar su cuerpo, en general para llevar la vida rutinaria que cualquier (sic) persona debe llevar, y yo la acompañe (sic) durante todo el tiempo en la Clínica en Bogotá y su recuperación y por esa razón conocí la angustia que vivió sus hijos, de su hogar y al incertidumbre de que (sic) podía pasar. Posteriormente regreso (sic) a Ibagué y nuevamente siguió atendiéndola el mismo médico, ella con muchas dificultades del dolor no podía a veces conducir su carro para ir al trabajo y dependía de muchas personas que le colaboraba (sic) para poder desarrollar sus labores por los dolores que le ocasiona /ba/ (sic) la prótesis (sic), en una posterior cita médica con (sic) el mismo médico le hizo hacer (sic) unos exámenes (sic) en la prótesis (sic) y dijo que tenía hongos y le formuló aplicarse vinagre en las mangueras lo cual casi entró en estado de shock (sic) y la tuvieron que llevar de urgencias a la clínica, en razón a todas estas anomalías y su salud cada día empeoraba y por ende su vida familiar, su vida laboral decidió cambiar de médico (...)” (fls.46 a 48 c4).

En tanto que, Jorge Alfonso Sánchez Romero sostuvo:

“(…) En el año 1.996 no recuerdo exactamente la fecha GLORIA ESPERANZA comenzó a sentirse enferma, asistió al Seguro Social para que le practicaran unos exámenes y con posterioridad le ordenaron una operación que terminó siendo una apendicitis. Dicha cirugía se le practicó por cuenta del SEGURO SOCIAL en la Clínica Tolima, de esa operación le resultaron complicaciones graves en la salud hasta donde tengo conocimiento incluso casi le cuesta la vida y eso fue aproximadamente a finales o mejor en diciembre de 1.996, operación que la tuvo incapacitada del trabajo un buen tiempo” (…). Luego de la operación en la ciudad de Bogotá si no estoy mal le colocaron una sonda pues que le permaneció casi un año y durante ese tiempo su estado de salud era precario, cada rato tenía que hacerse unos lavados, sufría de desmayos, es decir, era totalmente inútil para laborar, no podía cumplir con sus labores y ello (enmendado) a consecuencia de la mala intervención quirúrgica (sic) por el poco cuidado del médico (sic) que la operó” (fls.52 y 53 c4).

Por otra parte, Germán Orlando Rivera Céspedes expresó:

“(…) Ella padecía de unos cálculos y se sometió a una pequeña cirugía, la cual no revestía mayor riesgo en esa época (sic) y a consecuencia de esto sufrió unas secuelas que le limitaron su vida familiar, social, ya mediante tubo (sic) una bolsita adheridos al cuerpo le drenaba parte de los líquidos (sic) de algunos órganos, eso era terrible muy difícil para ella, doloroso le impedía caminar, dormir, le limitó el consumo de alimentos y por esta razón le obligaba a usar un chaleco ortopédico (sic) para poder soportar la posición del cuerpo para evitar mayores dolores” (fl.55 c4).

El médico Gerardo Martínez en el que afirmó:

“(…) recurriendo a la historia del paciente que se me puso de presente, observo que la paciente (sic) estaba programada para una laparotomía (sic) con una posible coledocistitis, que en términos (sic) generales (sic) es la presencia de un cálculo en la vesícula (sic) biliar” (fls.3 a 7 c6).

Finalmente, el médico Francisco Javier Henao Pérez en el que manifestó:

“(…) Me correspondió como cirujano atender a la paciente Gloria Esperanza Salazar López, en el Hospital Universitario San Ignacio a donde fue remitida en diciembre de 1996, después de que le habían practicado una colecistectomía y traía un diagnóstico de lesión de la vía biliar el cual fue comprobado por lo que se llevó la paciente a cirugía practicándosele una reconstrucción de la misma mediante una Hepaticoyeyunostomía (sic), dejando un tubo sin fin. La paciente evolucionó satisfactoriamente y fue remitida nuevamente para seguir sus controles en la ciudad de Ibagué” (fl.24 c6).

34 Luego de analizados los anteriores medios probatorios, aplicando el principio de la sana crítica, y valorando conjunta, armónica y coherentemente los mismos, la Sala encuentra que, sin perjuicio del encuadramiento que hizo el *a quo* en el criterio de imputación de la falla presunta, que cabe endilgar también la responsabilidad al denunciado de pleito en las condiciones establecidas por falla probada en el servicio de salud, en cuanto a que se materializó la falla por falta de seguimiento de las complicaciones presentadas por Gloria Esperanza Salazar López después de realizada la primera intervención quirúrgica en la Clínica Tolima y por el médico Germán Antonio Rengifo Alvis, debe decirse que, quien en sus notas operatorias encuentra como hallazgo intraoperatorio que la paciente presentaba problemas en las vías biliares, lo que lleva a la Sala a considerar que devino con cierta probabilidad de una lesión ocasionada en las mismas vías biliares durante el primer procedimiento quirúrgico, esto es, el realizado el 6 de diciembre de 1998.

35 Es inadmisibles, conforme a los medios probatorios valorados, que no se haya tenido en cuenta la complejidad y el riesgo adecuadamente que implicaba la intervención quirúrgica a la que fue sometido la paciente, ya que independientemente de la oportunidad en su atención en los centros médicos, lo determinante es que se actuó sin corresponderse con la amenaza irreversible e irremediable que representaba la intervención quirúrgica a la que fue sometida Gloria Esperanza Salazar López, partiendo del hallazgo intraoperatorio que exigía no sólo una prestación oportuna, sino que se contara con todos los medios humanos, técnicos y científicos que permitieran, en atención a la especialidad y complejidad de la patología, una prestación real y materialmente integral.

36 Por lo tanto, es indiscutible que en el presente caso se configuró una falla en la prestación del servicio médico, radicaba no en la forma en que se dispuso la atención, sino en la manera en que los medios disponibles y la capacidad para realizar una intervención quirúrgica de tal complejidad y riesgo se llevó a cabo sin contar con el seguimiento post-operatorio y manejo de las probables complicaciones, que derivaron en la producción como secuela irrazonable de la primera intervención quirúrgica (de Gloria Esperanza Salazar López) como fue la necesidad de colocarle un tubo de silastic, o sin fin, y someterla a posteriores intervenciones quirúrgicas, y a padecer una amenaza inminente de muerte, como fue considerado para proceder a conceder la prelación para dictar el presente fallo.

37 En ese sentido, la Sala considera que después de valorar conjunta, armónica y coherentemente las pruebas, la intervención quirúrgica practicada a la paciente fue inapropiada considerada en su integralidad, si bien se procedió a tratar quirúrgicamente mediante una colecistectomía para tratar la colecistitis o la coledocolitiasis que presentaba. De haber sido observadas las condiciones de la colecistitis o la coledocolitiasis de la paciente, y de haberse cumplido con el seguimiento post-operatorio (lo que quedó demostrado entre otras, con lo señalado en lo consignado en la historia clínica de las intervenciones y atenciones médicas a las que tuvo que estar sometida Gloria Esperanza en el Hospital Universitario San Ignacio de Bogotá), se habría permitido abordar de otra manera las complicaciones de las que derivó posteriormente, lo que lleva a concluir con certeza que el daño antijurídico es imputable fáctica y jurídicamente al denunciado de pleito, como a la entidad demandada y al llamado en garantía, médico Germán Antonio Rengifo Alvis.

38 Teniendo en cuenta los anteriores extremos, si bien se trataba de un procedimiento quirúrgico que de ordinario se practicaba para el tratamiento de vías biliares, del mismo se derivaron consecuencias respecto de las cuales se infiere una suerte de anormalidad. La Sala al fundamentarse en esta teoría, aprecia que el daño antijurídico es imputable a la entidad demandada al producirse una “secuela irrazonable” producto de una intervención quirúrgica, evento en el cual la falla probada de la entidad demandada radica en lo que alumbró el acervo probatorio.

39 No sólo quedó demostrado que la actividad médica desplegada ante la complejidad y riesgo de la intervención a la que fue sometida Gloria Esperanza Salazar López fue omisiva, desde la perspectiva de lo inadecuado al no tenerse en cuenta debidamente las condiciones de la paciente al momento de la intervención quirúrgica, y no se trata de aquellas propias a las enfermedades de base⁸³, pues

⁸³ Según la jurisprudencia de la Sección Tercera, sentencia de 24 de enero de 2011. Exp.17547: “A esto, cabe agregar a la Sala que la demandada no logró probar que la enfermedad de base del menor Daniel Mauricio era de carácter catastrófico, o que su desenlace en cualquier caso derivaría siempre en la muerte del menor, pues todo lo contrario se evidencia con las pruebas periciales, los informes rendidos, los testimonios técnicos y las

había una amenaza y riesgo de complicaciones posteriores, que derivó en la realización de intervenciones quirúrgicas posteriormente, y que llevara a adoptar todas medidas suficientes y necesarias que permitirán dotar de mayor garantía en la técnica menos gravosa para la salud del paciente, lo que no ocurrió y configuró la falla del servicio en cabeza de la demandada. A lo que se agrega, conforme a la jurisprudencia constitucional:

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas”⁸⁴.

40 En tanto que la jurisprudencia de la Sección Tercera nos indica que,

“Tratándose de la prestación del servicio médico-hospitalario, el estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud”⁸⁵ (subrayado fuera de texto).

41 Después de examinar los medios de prueba allegados al expediente, la Sala confirmará la decisión apelada que declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial del denunciado de pleito, así como de los demás demandados.

10. Costas.

42 Finalmente, no habrá lugar a condenar en costas porque para el momento en que se dicta este fallo la ley 446 de 1998 indica, en el artículo 55, que sólo hay lugar a su imposición cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente, y en este proceso no se demuestra y señala la temeridad de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia apelada de 16 de diciembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

declaraciones de los médicos que atendieron o trataron al menor, lo que hace más pesada la carga de la entidad demandada ya que no puede entenderse que la puesta al servicio de tantos médicos y de los servicios es la única forma de definir las obligaciones en la prestación de la actividad médica, sino que también, y sin constituir un resultado, lo es el seguimiento, el control y la procura por adelantar todos los estudios y exámenes que permitan la aplicación de un tratamiento, que habría podido cambiar las circunstancias de supervivencia del paciente”.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008. “La asistencia sanitaria y la responsabilidad que la misma genera constituye un claro ejemplo de la ineludible relación entre derecho y evolución social. A medida que la asistencia sanitaria pública se generaliza y todas las personas pasan a tener reconocido el derecho a la salud con carácter universal, la exigencia de calidad de la prestación recibida se hace mayor y con ella las reclamaciones a las Administraciones responsables se incrementan”. CUETO PÉREZ, Miriam. “Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir); CASARES MARCOS, Anabelén (Coord). La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. T.II. Valencia, tirant lo Blanch, 2009, p.841.

⁸⁵ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp.17655.

SEGUNDO. No hay lugar a condenar en costas.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen”

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado