

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D. C., doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Expediente: 33.756
Radicación: 050012331000200203054-01
Demandante: Marta Inés Vera Vergara y otros
Demandado: Hospital San Juan de Dios E.S.E. y otro
Naturaleza: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 21 de septiembre de 2006, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La sentencia será modificada.

SÍNTESIS DEL CASO

Desde el mes de marzo de 2000, la señora Marta Inés Vega Vergara, beneficiaria del SISBEN, asistió al Hospital San Juan de Dios E.S.E. del municipio de Santafé de Antioquia, porque se aquejaba de una posible adenopatía. Con el fin de establecer el diagnóstico de su enfermedad, se programó la práctica de una biopsia del ganglio cervical derecho, para el 15 de junio de 2000. Al término de la cirugía, la paciente se percató de que era incapaz de levantar el brazo derecho y de girar la cabeza. Su situación de salud siguió empeorando. Al cabo de varios exámenes y remisiones a otros centros hospitalarios de la ciudad de Medellín, finalmente, el 12 de diciembre de ese mismo año, en el hospital Pablo Tobón Uribe, se concluyó que la paciente

presentaba “*lesión electrofisiológicamente completa del nervio espinal accesorio derecho*”, lo cual le generó una pérdida de la capacidad laboral del 42.5%.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el 8 de julio de 2002, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la señora Marta Inés Vega Vergara presentó demanda en contra del Hospital San Juan de Dios E.S.E., y del municipio de Santa Fe de Antioquia (f. 1-8), con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare que el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS E.S.E. y el MUNICIPIO DE SANTAFÉ DE ANTIOQUIA son responsables de la totalidad del daño y perjuicios causados a la señora MARTA INÉS VEGA VERGARA por las lesiones que la incapacitaron y además le dejaron secuelas de carácter estético, sino además funcional, permanentes, por la intervención quirúrgica practicada el 15 de junio del año 2000, en el quirófano del Hospital San Juan de Dios E.S.E., sito en la ciudad de Antioquia, y demás consecuencias que expertos médicos en la materia determinarán en su oportunidad.

2. Que en consecuencia de la declaración anterior, se condene al HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS E.S.E. y el MUNICIPIO DE SANTA FÉ DE ANTIOQUIA, a título de indemnización a resarcir el daño material causado a la demandante y que corresponde al daño emergente y al lucro cesante, conforme a la estimación razonada, teniendo en cuenta la actividad normal que ha dejado de ejercer la demandante desde el 15 de junio del año 2000, fecha en la cual fue intervenida quirúrgicamente la señora MARTA INÉS VEGA VERGARA, teniendo en cuenta la incapacidad y las secuelas que se proyectan hacia el futuro, hasta la fecha de ejecutoria del fallo correspondiente o la cuantía que resulte probada en el proceso si fuere mayor, o en incidente de liquidación conforme lo dispone el art. 38 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se tendrán en cuenta los intereses legales y de mora y la correspondiente indexación desde la fecha en que se produjo el daño hasta que el pago se haga efectivo.

3. Además, como consecuencia de la declaración de responsabilidad en contra del HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS E.S.E. y el MUNICIPIO DE SANTA FÉ DE ANTIOQUIA, debe pagar el equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, ajustados a la fecha de su liquidación, de conformidad con el IPC certificado por el DANE, por concepto de DAÑO MORAL SUBJETIVADO, ya que la demandante ha sufrido padecimientos físicos y psicológicos por el dolor, la minusvaloración de la calidad de vida, debido a las secuelas que le quedaron de carácter permanente, a causa de

la lesión por dicha intervención quirúrgica sufrida por la señora MARTA INÉS VEGA VERGARA, en calidad de paciente del mencionado hospital.

4. Que en virtud de la sentencia se imponga a las entidades demandada los intereses bancarios corrientes vigentes desde la ejecutoria del fallo y por los primeros seis meses, y en los doce (12) meses restantes el doble de los intereses bancarios corrientes a título de mora, acorde al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

5. Que el valor de las condenas que se solicitan se actualice al ejecutarse la sentencia, con base en el IPC, según certificación del DANE, para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, al tenor de lo dispuesto por el art. 178 del C.C.A.

6. Que se imponga a las entidades demandadas el pago de las costas de este proceso, estimadas así: un millón (1.000.000) de pesos, más el 35% sobre la indemnización efectiva.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la demandante manifestó que:

-Desde el mes de marzo de 2000, la señora Marta Inés Vega Vergara, beneficiaria del SISBEN, asistió al Hospital San Juan de Dios E.S.E. del municipio de Santa Fe de Antioquia, porque se aquejaba de una posible adenopatía. Con el fin de establecer el diagnóstico de su enfermedad, se programó la práctica de una biopsia del ganglio cervical derecho, para el 15 de junio de 2000.

-La cirugía fue practicada por un médico diferente al internista que estaba tratando la paciente. Al acto quirúrgico no asistió el anestesiólogo y el cirujano se hallaba en estado de agotamiento, según lo manifestó él mismo y, al parecer, también en estado de alicoramiento.

-Al término de la cirugía, la paciente se percató de que era incapaz de levantar el brazo derecho y de girar la cabeza. Fue hospitalizada por dos días y se citó a la semana siguiente para retirarle los puntos, pero la herida se hallaba enrojecida y edematosa.

-Su situación de salud siguió empeorando y a los pocos días empezó a presentar dificultades para el movimiento de cabeza, cara, mano y pierna derecha y a sufrir un gran dolor físico, que afectó su situación síquica, lo cual motivó su hospitalización por 13 días, desde el 18 de julio de 2000, tiempo durante el cual le hicieron infiltraciones en la cicatriz quirúrgica, sin resultado favorable alguno.

-Al cabo de varios exámenes y remisiones a otros centros hospitalarios de la ciudad de Medellín, finalmente, el 12 de diciembre de ese mismo año, en el hospital Pablo Tobón Uribe se concluyó que la paciente presentaba *“lesión electrofisiológicamente completa del nervio espinal accesorio derecho”*, que le generó secuelas permanentes de carácter estético, perturbación funcional, deformidad física o síquica, además, de constante dolor físico, las cuales han incidido en su capacidad laborar.

2. Las entidades demandadas fueron notificadas en forma legal por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia, en cumplimiento de la comisión impartida por el *a quo* (f. 53-54 c.1 de pruebas), pero se abstuvieron de dar respuesta a la demanda. No obstante, para efectos de garantizar el derecho de defensa de las mismas se tendrán en cuenta los argumentos que expusieron en los alegatos presentados en primera instancia.

2.1. El Municipio de Santa Fe de Antioquia formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que el Hospital San Juan de Dios es una Empresa Social del Estado, creada mediante Acuerdo 061 de 1995, expedido por el Concejo Municipal, en armonía con lo previsto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Por tratarse de una entidad descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, el municipio no está llamado a responder por los actos de aquel. No obstante, agregó que, conforme a la prueba pericial practicada en el proceso, no hay prueba de que el daño alegado se debiera a la impericia o negligencia del médico.

2.2. El Hospital San Juan de Dios se opuso a las pretensiones de la demanda (f. 117-135 c-1). Adujo que la atención brindada a la paciente fue adecuada, tal como puede verificarse con la historia clínica. Destacó que la demandante fue hospitalizada el 15 de junio de 2000, pero no porque la cirugía se hubiera complicado sino porque era necesario para completar los estudios que se requería para la intervención. Luego de la cirugía, la paciente acusó dolor en el cuello, pero respondió adecuadamente al tratamiento y egresó en buenas condiciones. Acudió a consulta dos meses después refiriendo dolor intenso en región cervicobraquial, encontrándose nódulo doloroso cicatural y se ordenó hospitalización para práctica de estudios complementarios. Se le practicó infiltración, pero como el dolor persistió, se solicitó apoyo psicológico, que fue rechazado por la paciente.

Afirmó que la entidad actuó con diligencia y cuidado también durante el postoperatorio, brindándole el apoyo requerido, razón por la cual fue remitida al servicio de neurología y de fisioterapia. Tal como lo aseguró el propio perito, la práctica de la biopsia era la indicada para *“las adenopatías (cadenas de ganglios aumentados de tamaño y número), dichas muestras son analizadas por médicos patólogos para ser preparadas y tinturadas, con el fin de obtener un acertado diagnóstico para un enfoque o manejo adecuado del paciente. El estudio anatomopatológico obtenido a través de la biopsia de cuello en este caso es fundamental para aproximarse al diagnóstico etiológico del síndrome adénico”*. Esa práctica fue recomendada por el médico general, el internista y el cirujano que valoraron a la paciente.

Señaló que la paciente sufrió una afección neurológica, que en la mayoría de los casos es recuperable con fisioterapia. Además, puso de presente la contradicción de los resultados de las electromiografías que le fueron practicadas: (i) el 28 de agosto de 2002, en el Hospital Manuel Uribe Ángel, que concluyó normalidad en el área motora y compromiso de ramas superficiales sensitivas, y (ii) el 3 de noviembre de 2000, en el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, en el cual se concluyó lesión electrofisiológicamente completa del nervio espinal accesorio

derecho y, concluyó, que en esos términos, no hay lugar a descartar el primer dictamen para concluir la falta de pericia y diligencia del hospital demandado.

Adujo que como bien lo concluyó el dictamen pericial rendido en el proceso, el nervio espinal accesorio es frecuentemente lesionado durante los procedimientos quirúrgicos que se realizan en el área del triangulo posterior del cuello, sin que ello sea considerado como un acto de impericia, imprudencia o negligencia del médico tratante. Además, aseguró que ese riesgo fue asumido por la paciente al firmar su consentimiento informado.

Finalmente, se opuso al criterio de la perito relacionado con la pérdida de la capacidad laboral derivada del presunto daño sufrido por la paciente durante la intervención, porque, en su criterio, el porcentaje establecido es muy elevado si se tiene en cuenta que *“el músculo esternocleidomastoideo colabora en forma parcial con el sostén de la cintura escapular y no está involucrado en los movimientos de elevación, extensión, abducción y rotación del hombro, que son realizados por otros músculos. El esternocleidomastoideo está involucrado directamente con los movimientos de rotación de la cabeza, cualquiera otro padecimiento es una exageración”*.

3. En la **sentencia objeto de este recurso**, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia (f. 148-176 c-1), se accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

1. SE DECLARA QUE EL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE SANTA FE DE ANTIOQUIA E.S.E. es administrativamente responsable de la totalidad del daño y perjuicios causados con motivo de la deficiente atención médica a la señora MARTA INÉS VERA VERGARA, quien fue sometida a intervención quirúrgica el pasado 15 de junio de 2000 en esa institución.

2. SE CONDENA AL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE SANTA FE DE ANTIOQUIA E.S.E. a pagar por concepto de:

2.1. PERJUICIOS INMATERIALES

2.1.1. Perjuicios Morales:

A la señora Marta Inés Vera Vergara se le reconocerá el equivalente a ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 S.M.L.M.V.).

2.1.2. Perjuicios Fisiológicos:

A la señora Marta Inés Vera Vergara se le reconocerá el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 S.M.L.M.V.).

2.2. PERJUICIOS MATERIALES:

2.2.1. Lucro cesante consolidado:

A la señora Marta Inés Vera Vergara se le reconocerán cuarenta y cuatro millones sesenta y cinco mil novecientos veintisiete pesos (\$44.065.927).

3. Se niegan las demás pretensiones.

En primer término, consideró el *a quo* que había lugar a declarar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Santa Fe de Antioquia, dado que el Hospital San Juan de Dios tiene la naturaleza de Empresa Social del Estado, según Acuerdo 067 de 1994, dictado por el Concejo Municipal de ese municipio y, en consecuencia, se trata de una entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En relación con la imputación hecha al hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia, consideró que de las pruebas que obran en el expediente no se infiere que la señora Marta Inés Vera Vergara hubiera consentido los riesgos que podía traer aparejada la intervención quirúrgica. El hecho de que la paciente hubiera sido hospitalizada después de la intervención que estaba programada como una cirugía ambulatoria, permite inferir que sí hubo complicaciones. El dictamen pericial afirma que hubo impericia médica al elegir para la toma de biopsia una zona cercana al músculo esternocleidomastoideo. El cirujano debió prever la lesión del nervio espinal accesorio derecho, por ser superficial. Factores de riesgo en ese procedimiento quirúrgico eran la edad de la paciente y sus patologías, las cuales debieron ser previstas por el cirujano.

Señaló que el hospital San Juan de Dios no logró demostrar la diligencia exigible en el servicio médico que prestó a la señora Marta Inés Vera y destacó el hecho de que la entidad no hubiera dado respuesta a la demanda ni hubiera pedido

pruebas, con lo cual perdió la oportunidad de controvertir las afirmaciones que hizo la señora Vera Vergara.

Concedió las indemnizaciones por los perjuicios moral, fisiológico y por el lucro cesante señaladas en la parte resolutive de la sentencia antes transcrita, pero negó la indemnización por el daño emergente, por considerar que no se habían acreditado los pagos aducidos en la demanda.

5. De manera oportuna la parte demandante interpuso **recurso de apelación** contra la sentencia (f. 179-182 c-1). Solicitó que esta fuera revocada porque el *a quo* omitió valorar la historia clínica que se siguió a la paciente, tanto en el hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia, como en el Pablo Tobón Uribe, de Medellín, con las cuales quedó demostrado que no hubo complicaciones durante el procedimiento quirúrgico y, que la entidad demandada obró con diligencia al brindarle los cuidados postoperatorios que requirió, tales como la remisión a neurología y fisioterapia para su recuperación.

Añadió que la obligación médica no es de resultado. Esta consiste en el deber de prestar cuidados diligentes, de acuerdo con los hallazgos de la ciencia médica. Insistió en que el cirujano dispuso de todo su conocimiento, pericia, diligencia y experiencia para tomarle la biopsia de ganglio cervical; que se hospitalizó a la señora para estudios complementarios y que la misma egresó una vez respondió positivamente al tratamiento.

Se opuso a la condena de perjuicios materiales, porque adujo que en la sentencia se erró en su apreciación e interpretación; además, que la demandante siempre estuvo laborando, desatendiendo las recomendaciones médicas y asumiendo el riesgo, y que tampoco había razón para aplicar las fórmulas adoptadas por el Tribunal. En cuanto al perjuicio moral reconocido señaló que no estaba probado que la lesión del músculo esternocleidomastoideo se hubiera afectado la esfera íntima, afectiva, sentimental o emocional de la demandante. Por lo tanto, la condena impuesta a la entidad por este aspecto fue desproporcionada, y agregó que el daño estético tampoco se había demostrado,

por tratarse de un área del cuerpo que regularmente no está expuesta a la vista ajena.

6. Del término concedido en esta instancia para presentar alegaciones solo hizo uso el Ministerio Público (f. 191-196 c-1). La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación solicita que se confirme la sentencia impugnada, porque, en su criterio, el servicio médico prestado a la señora Marta Inés Vega no fue adecuado y, como consecuencia de esa falla, se le ocasionó un daño, que debe ser indemnizado, tal como lo concluyó el *a quo*. Agregó que las pruebas que obran en el expediente demuestran que los daños que padece la demandante se produjeron como consecuencia de la intervención quirúrgica que se le practicó el 15 de junio de 2000. Destacó que si bien toda intervención quirúrgica lleva aparejado un riesgo, en el caso concreto este se incrementó al haberse tomado la biopsia en un punto muy cercano al músculo esternocleidomastoideo. Concluyó que había lugar a derivar responsabilidad de la entidad demandada, quien no probó que su actuación fue diligente, prudente y adecuado a la *lex artis*.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales de la acción

Previo a analizar el fondo del presente asunto, resulta pertinente pronunciarse sobre la competencia de esta Corporación, la procedencia de la acción, la legitimación en la causa y la caducidad.

1.1. Competencia de la Sala

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia ante el Consejo de Estado, en los términos del artículo 164 de la Ley 446 de 1998, dado que la cuantía de la demanda, determinada por la mayor de las pretensiones, que es de 1.000 salarios mínimos legales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, suma pedida como como

indemnización por los perjuicios morales, supera la suma exigida para el efecto por aquella norma¹.

Además, advierte la Sala que como en este caso se pidió la revocatoria de la sentencia y se alegó la improcedencia de la condena, la Sala tiene competencia para revisar el fallo en todos los aspectos que resulten favorables a la entidad demandada, conforme al criterio adoptado por la Sala en sentencia de unificación, en relación con el alcance del recurso de apelación:

3.2.2.3.5. Pero no hay ninguna duda de que el interés del recurrente al pretender que se modifique a su favor un aspecto de la sentencia que le es desfavorable, queda en parte satisfecho cuando esa modificación es proporcionalmente menor a lo pretendido, pero en todo caso, favorable a su interés.

Es lo que sucede en los casos en los cuales el recurrente solicita que se revoque el fallo, porque aduce que no es responsable del daño que se le imputa y en segunda instancia se considera que sí es responsable, pero que hay lugar a una reducción de la indemnización, por considerar que la víctima también contribuyó a la causación del daño, o se aprecia que no está demostrado uno o algunos de los daños cuya indemnización se reclama, o que en la liquidación del mismo se incurrió en errores que afectan al apelante único, como ocurrió en el caso concreto.

Es de esperar que los argumentos expuestos en el recurso de apelación por parte de quien ha sido condenado a pagar una indemnización y pretenda la revocatoria del fallo, se centrarán en las razones por las cuales se pide tal revocatoria, pero que se omitirá toda reflexión relacionada con los aspectos consecuenciales de la sentencia en la cual se accedió a las pretensiones, dado que al revocarse la declaración de responsabilidad, se negarán las pretensiones de la demanda. Sin embargo, la ausencia de razones expuestas por el recurrente no impiden al juez corregir la sentencia apelada, para hacer reducciones por concurrencia de la intervención de la víctima en la causación del daño, o por reconocimientos de daños que no aparecen demostrados en el expediente, o por errores en la liquidación de las indemnizaciones.

...

¹ Para efectos de determinar la competencia en razón de la cuantía se aplica en el caso concreto el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, porque el recurso se interpuso el 1º de diciembre de 2006. Para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de directa en el año de 2002 tuviera vocación de segunda instancia ante esta Corporación, su cuantía debía ser al menos de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes ese año, esto es, debía ser igual o superior a \$154.500.000, dado que el salario mínimo legal mensual vigente para ese año era de \$309.000. En este caso, la pretensión por perjuicios morales fue de 1.000 salarios mínimos, esto es, \$309.000.000, la que, por lo tanto, supera la cuantía mínima exigida para la doble instancia.

El mismo artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, del cual dedujo la Sala la regla general que se viene señalando, establece que el superior podrá enmendar, aún de manera desfavorable para el recurrente, la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, cuando en razón de la reforma pedida fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.

Como se aprecia, por mandato legal, la competencia del juez de segunda instancia excede no sólo el ámbito fijado en el recurso, sino la prohibición de la reformatio in pejus, en relación con los asuntos íntimamente relacionados con los aspectos de la apelación. Y si la competencia del juez puede exceder esos límites, tanto más podrá extenderse al estudio de los asuntos no sólo relacionados, sino inmersos en el aspecto recurrido, mucho más cuando de lo que se trata es de favorecer los intereses del apelante único.

3.2.2.3.8. La precisión que se hace a la regla, en los términos señalados y a partir del análisis del caso concreto, en el cual, se reitera, se solicitó la revocatoria de la sentencia, por ausencia de falla del servicio, pero se advierte que hay un error en la liquidación de la condena por perjuicios materiales, cuya corrección favorece al apelante único, no desconoce el principio de congruencia de la sentencia con el recurso, principio sobre el cual se asienta la tesis de la Sala. En este caso, la decisión que habrá de adoptarse entra en el marco de protección de los intereses del recurrente, porque si bien su pretensión es la de que se le absuelva plenamente del pago de las indemnizaciones deducidas por el a quo, quedará también satisfecha esa pretensión, aunque claro está en menor proporción, al reducirsele el valor de la indemnización que deben pagar².

1.2. Procedencia de la acción

La acción de reparación directa es la procedente para resolver el conflicto planteado, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia del servicio médico que se le brindó a la señora Marta Inés Vera Vergara, en el Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia, el cual se señala que fue errado.

1.3. Legitimación en la causa

La señora Marta Inés Vera Vergara está legitimada en la causa, toda vez que alega haber resultado afectada con los actos médicos atribuidos al Hospital San

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 9 de febrero de 2012, exp. 20.104, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia, con ocasión del servicio médico que allí se le prestó, y la demandada es una entidad de derecho público.

1.4. La demanda en tiempo

En el presente asunto se pretende la reparación de los daños causados a la señora Marta Inés Vera Vergara con ocasión de la falla en el servicio médico que le fue prestado en el Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia. Dado que la intervención quirúrgica que se considera causante del daño se le practicó el 15 de junio de 2000, la demanda presentada el 8 de julio de 2002, lo fue dentro de los dos años previstos en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

2. Problema jurídico

Deberá resolver la Sala si la *“lesión electrofisiológicamente completa del nervio espinal accesorio derecho”* sufrida por la señora Marta Inés Vega Vergara fue causada durante la intervención quirúrgica que se le practicó en el Hospital San Juan de Dios E.S.E. de Santa Fe de Antioquia y, de ser así, si ese hecho es imputable a la entidad demandada. En caso de llegar a una conclusión afirmativa sobre la imputación, se procederá a revisar las condenas impuestas a favor de la demandante, teniendo en cuenta que la entidad demandada fue apelante única y, en consecuencia, de conformidad con la sentencia de unificación

3. Análisis de la Sala

3.1. Dado que en este caso se trata de la responsabilidad patrimonial que se imputa al Estado por la prestación del servicio médico, que la parte demandante señala que fue errada, considera la Sala procedente referirse de manera sucinta a los criterios que sobre la materia se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corporación.

Reiteradamente ha señalado la Sala que la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra tanto el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médica en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, así como a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo³.

En relación con el acto médico propiamente dicho, las dificultades prácticas se advierten al momento de determinar la existencia de la falla en la intervención y de la relación causal. Estos asuntos aparecen desarrollado en la sentencia de la cual se extractan los párrafos que a continuación se transcriben, los cuales reitera la Sala en esta oportunidad:

[L]os resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado.

Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento, y en fin de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente.

...

*Pero, la responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el*

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de marzo de 2011, exp. 19.797, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio⁴.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística⁵, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata⁶. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía "contentarse con la probabilidad de su

⁴ Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111.

⁵ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007.

⁶ Sobre el tema ver, por ejemplo, RICARDO DE ÁNGEL YAGUEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112.

existencia⁷, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad⁸”, que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios⁹.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual si bien para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, en la mayoría de los casos resulta idónea la prueba directa, esto es, el dictamen de expertos, también es posible llegar a la certeza sobre la existencia de dicha relación a través de indicios, para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.

La responsabilidad patrimonial por las fallas del servicio médico pueden derivarse no solo de las prácticas negligentes, descuidadas, o ajenas a la *lex artis*, en el momento del diagnóstico, tratamiento o intervención quirúrgica, sino también, justamente, de la ausencia de la prestación del servicio o del hecho de que el mismo se preste tardíamente. En este tipo de eventos, ha considera la Sala que el daño que se causa es el de la pérdida de oportunidad que hubiera podido tener el paciente para obtener el restablecimiento o mejoramiento de su estado de salud. Cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se

⁷ Cfr. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

⁸ *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejia sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

⁹ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización

3.2. Para resolver la controversia planteada, que gira en torno a la existencia del daño aducido por la señora Marta Inés Vega Vergara, el cual imputa al Hospital San Juan de Dios E.S.E. de Santa Fe de Antioquia, se tendrán en cuenta las pruebas que obran en el expediente, en particular: la historia clínica, los testimonios recibidos en el proceso, las pruebas documentales trasladadas de la investigación penal que se siguió en contra del cirujano, y las providencias dictadas en el mismo, porque esos documentos han estado a disposición de las partes sin que le merezcan réplica alguna. No se valorarán en contra del hospital demandado los testimonios trasladados del proceso penal, porque no fueron ratificados en este; su traslado solo fue pedido por la parte demandante y los practicó la Fiscalía General de la Nación, es decir, por una entidad diferente a aquella en contra de la cual se aducen.

3.3. Tal controversia se resolverá en el siguiente orden de análisis: (3.3.1) la verificación de la existencia del daño; (3.3.2) la existencia de relación causal entre la intervención y el daño aducido en la demanda y verificado, conforme al análisis precedente, y (3.3.3) la falla del servicio atribuida a la entidad demandada. Si se concluye que la entidad es responsable del daño, se procederá a (3.3.4) revisar las condenas deducidas en la sentencia impugnada.

3.3.1. Considera la Sala que se encuentra probado en el expediente que la señora Marta Inés Vera Vergara sufrió una lesión del nervio espinal accesorio derecho.

Cabe señalar que sobre el hecho hubo gran controversia en el proceso, porque la entidad demandada adujo que el mismo no estaba demostrado. Sin embargo, a juicio de la Sala, el análisis conjunto de los medios probatorios señalados permite afirmar que, en efecto, la demandante sí sufrió la lesión señalada. En efecto:

En la primera electromiografía practicada a la paciente en el hospital Manuel Uribe Ángel de Envigado, Antioquia, el 28 de agosto de 2000 (f-18-19 c-2), no se reportó la existencia de la lesión del nervio espinal accesorio derecho. Por el contrario, se afirmó no haberse observado denervación de los músculos cercanos al área de la biopsia:

Historia clínica: *Paciente con historia de pequeña cirugía para resección bx de ganglio cervical hace 2 meses. Desde entonces la paciente se queja de parestesias inespecíficas en cuello, hombro, brazo y mano derecha. Logra levantar y aducir el brazo hasta casi el arco completo pasivo. Relata sensación inminente de ataque epiléptico luego de infiltración local de la cicatriz por anestesiología hace 8 días. No encuentro atroñas, paresias en MSD. TOT++/++ No altera sensitiva objetiva en MSD. Tinel local en cicatriz.*

Análisis: *Hay conducciones motoras y sensitivas normales de los nervios periféricos del MSD.*

A la EMG no detecto denervación en ninguno de los músculos explorados, incluyendo los paravertebrales vecinos.

Conclusión: *Lesión local ramas sensitivas cutáneas sitio quirúrgico.*

Sin embargo, en las demás valoraciones diagnóstica y clínicas practicadas a la señora Marta Inés Vera con posterioridad a esa electromiografía, sí se afirmó la lesión nerviosa.

Así, el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, en el electrodiagnóstico que se le practicó el 3 de noviembre de 2000 (f. 57-58 c-2 de pruebas), llegó a la siguiente conclusión:

El 15 de junio de 2000 le resecaron nódulo en región cervical derecha, después de lo cual quedó con dolor de tipo neuropático en región cervical, hombro y región escapular derecha con atrofia marcada de trapecio; se desea documentar lesión del nervio espinal accesorio derecho.

Análisis: No se obtuvo respuesta del nervio espinal derecho y en la exploración muscular se encontró denervación con ausencia de actividad motora del trapecio superior.

CONCLUSIÓN: hay una lesión electrofisiológicamente completa del nervio espinal accesorio derecho.

En el resumen de egreso del Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, el 9 de noviembre de 2000 (f. 265 c-1 de pruebas), se reiteró el anterior diagnóstico:

Diagnósticos definitivos: lesión derrame nervioso que inerva el trapecio derecho. Hombro congelado secundario.

...

Motivo de consulta y enfermedad actual: Remitida de Santa Fe de Antioquia, con Idx de cervicobraquialgia en MSD. Paciente a quien hace 5 meses le realizaron biopsia de adenopatía en cuello, la cual según la misma paciente, fue benigna, posterior a la biopsia comenzó con dolor intenso en cuello y brazo derecho, sin mejoría con los analgésicos, con disminución de fuerza y limitación funcional severa, en el momento, la paciente hospitalizada en Santa Fe de Antioquia, para manejo de dolor. Rs: negativo.

Examen físico: ...Presenta limitación funcional para la abducción y flexoextensión completa de hombro, con dolor a la movilización del cuello, ROT normales, ligera disminución de fuerza muscular en relación con la contralateral.

Evolución y tratamiento: Se solicita evaluación por neurología y RX de hombro y cuello. La paciente es evaluada el 07-09-11 por neurología, quienes consideran que **el cuadro se debe a una lesión de la rama nerviosa que inerva el trapecio derecho y un hombro congelado secundario**, ellos sugieren evaluación por fisioterapia para recuperación del hombro, dan tratamiento ambulatorio...

La paciente consulta nuevamente por el servicio de urgencias el 27-09-00 por dolor y es evaluada nuevamente por neurología, quienes continúan con igual diagnóstico: fibromialgia, distonía? (negritas fuera del texto).

Para la Sala resulta relevante el hecho de que la paciente, desde el mismo día de la intervención para extracción del nódulo, manifestó dolor en la región próxima al sitio de la biopsia, con el agravamiento progresivo de los síntomas que revelaron la existencia de la denervación, tal como quedó consignado en la historia clínica que se llevó a la paciente, tanto en el Hospital San Juan de Dios, como en el Pablo Tobón Uribe, donde fue atendida reiteradamente durante los años siguientes (f. 1-267 c-1 de pruebas).

Ahora, es cierto que la paciente padece otra sintomatología de tipo neuronal, ajena a la lesión de que trata este proceso, que no ha sido diagnosticada por los especialistas de los centros médicos a los cuales ha asistido. Inclusive, se manejó la hipótesis de padecimientos sicosomáticos, por lo que la paciente fue remitida al servicio de sicología del hospital demandado y también se sospechó cuadro asociado a deficiencias de tipo inmunológico. En particular, cabe destacar que en relación con las afecciones en sus extremidades inferiores, de las cuales también se queja, no se halló relación alguna con la lesión en el nervio espinal.

El facultativo John Freddy Higueta David, médico al servicio del hospital demandado para la época de los hechos, declaró ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia (f. 95-97 c-1), que había atendido en varias oportunidades a la señora Marta Inés Vera Vergara, quien presentaba unos padecimientos que no se ajustaban al diagnóstico presuntivo de la lesión del nervio espinal:

...la encontré ansiosa, con llanto fuerte, con flexión voluntaria de ambos pies, lo cual ella decía que eran calambres muy fuertes, igual refería parestesia, hormigueo o entumecimiento en las manos y en los pies, que le circulaba, pasaba de un miembro a otro, además de referir que presentaba taquicardia. Todos esos síntomas le aparecían cuando uno la miraba, pues uno se iba de la camilla a hablar con otros médicos y desaparecían los síntomas y no se quejaba. La encontré con signos vitales normales, con polignea voluntaria, o sea, respirando más rápido de lo normal, pero era voluntaria, sin otros hallazgos patológicos al examen físico. Le habían ordenado Meperidina, a lo que ella dijo que eso le había empeorado el dolor, siendo este un analgésico muy potente. Trato de calmar, hablar y escuchar a la paciente, pero era difícil lograrlo. Le ordené, entonces 20 cms de solución salina intravenosa y le dije que ese era un medicamento muy bueno...y que con eso se debería aliviar. Al terminar de ponérselo, la señora dijo que le producía náuseas, sin embargo, no vomitó y que eso le había empeorado la taquicardia, lo cual no tiene explicación científica, pues la solución salina es agua con sal, que no tiene porqué producirle taquicardia, y eso apoyaba aún más la sospecha de simulación y de ganancia secundaria.

La simulación a la que se refirió el médico aparece corroborada con la historia clínica, en la cual consta que en el servicio de fisioterapia del hospital Pablo Tobón

Uribe se le practicó un electrodiagnóstico (f. 33-36 c-1), con resultados negativos para compromiso nervioso de miembros inferiores:

Historia: *Paciente conocida por lesión del nervio espinal derecho, que tiene historia de Herpes a repetición, ahora con compromiso de región glútea izquierda, muy sintomática y asociado a esto manifiesta dificultad para caminar. Se desea documentar compromiso de nervio periférico. Al examen físico dice que las piernas no la sostienen y se queja constantemente de dolor en el miembro inferior izquierdo, pero la fuerza segmentaria está conservada, ROT1 + simétricos, sensibilidad conservada en ambos miembros inferiores.*

Análisis: *Las conducciones sensitivas del sural y del peroneal superficial izquierdo son normales.*

Las conducciones motoras del tibial posterior y del peroneal izquierdo son normales, así como sus conducciones proximales (onda F).

La respuesta del reflejo H del tibial posterior bilateral es normal.

En la exploración muscular no encontré signos de inestabilidad de la membrana en reposo en ninguno de los músculos explorados y los potenciales de acción obtenidos con la actividad voluntaria son de características normales.

Conclusión: *Estudio normal. No se encontró evidencia de compromiso radicular ni de nervio periférico en miembros inferiores.*

En el segundo reconocimiento médico legal practicado a la paciente el 29 de noviembre de 2000, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Santa Fe de Antioquia, en respuesta al oficio de la Fiscalía (f. 53-55 c-2 de pruebas), luego de revisar la historia clínica de la paciente, llegó a la conclusión de que no existía un diagnóstico cierto de la neuropatía que aquejaba a la demandante:

La señora MARTA INÉS VERA VERGARA presenta una neuropatía de la cual no se ha esclarecido su etiología, que se ha tornado progresiva, iniciándose en el cuello, luego referida al hombro, a la extremidad superior derecha y últimamente a la cara y al miembro inferior derecho. No se ha descartado patología de tipo inmunológico y posteriormente a la biopsia del ganglio cervical (adenopatía), se exacerbó la sintomatología y lo mismo ocurrió con la aplicación de bloqueo (infiltración) para el manejo del dolor, que a pesar de tratamiento analgésico y antiinflamatorio no ha habido mejoría. La primera electromiografía, realizada posteriormente a la biopsia descartó alteración de la conducción motora y sensitiva, no detectando denervación en ninguno de los músculos explorados, incluyendo el trapecio. El nuevo electrodiagnóstico, después de 5 meses de practicada la biopsia

del ganglio cervical no se obtiene respuesta del nervio espinal derecho y en la exploración muscular se encontró denervación con ausencia de actividad motora del músculo trapecio superior derecho, lo cual ha producido atrofia de ese mismo músculo y hombro congelado secundario. El concepto de fisiatría es que con terapia física puede mejorar la sintomatología, sin embargo, lo que muestra la evolución clínica es que se trata de un cuadro progresivo y requiere un estudio a fondo por parte de neurología clínica para establecer la etiología y pronóstico de la enfermedad.

Cabe destacar que en el proceso penal se dispuso practicarle a la paciente una valoración psiquiátrica, dictamen que fue rendido por el psiquiatra forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el 28 de abril de 2003 (f. 187-191 c-2 de pruebas), quien luego de consultar la historia clínica conceptúo:

Marta Inés Vera Vergara es una mujer de 42 años, soltera, alfabeta, sin historia de enfermedad mental, quien ha tenido un desarrollo evolutivo normal.

Después de estudiar la totalidad del expediente, conteniendo la historia clínica...del hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia no se encuentran evidencias documentales ni testimoniales que permitan colegir trastornos psiquiátricos o del comportamiento en la señora María Inés Vega Vergara-

La evaluación psiquiátrico forense y el examen mental realizados hoy están dentro de los límites normales y no se encontraron signos ni síntomas psicopatológicos, por lo que no se puede afirmar que 'las manifestaciones clínicas presentadas por la misma tienen componentes psiquiátricos'.

A juicio de la Sala, los problemas de tipo neurológico diferentes al relacionado con la sección del nervio cervical que no fueron diagnosticados durante el lapso que cubre la historia clínica que obra en el expediente, no desvirtúan la existencia del daño aducido por la demanda, porque las distintas valoraciones que se le hicieron tanto en el hospital demandado como en el Pablo Tobón Uribe de Medellín, así lo confirmaron.

Según el dictamen rendido en el proceso, la sección del nervio espinal le produjo a la paciente pérdida de la capacidad laboral del 42.5% que corresponden a: deficiencia global: 12%, discapacidad: 9.5% y minusvalía: 21% (f. 81-90 c-1).

3.3.2. También considera la Sala que se encuentra acreditado que la sección del nervio espinal que sufre la demandante se produjo como consecuencia de la biopsia que se le practicó en el hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia.

De acuerdo con la historia clínica de la paciente, que fue resumida en el dictamen hecho por el médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el 26 de septiembre de 2000 (6-8 c-2 de pruebas), la paciente consultó el 13 de junio de 2000, por presuntas adenopatías:

Según la historia clínica número 30.187, de la E.S.E. hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia, la paciente consultó a la institución donde se observó adenopatía (ganglio aumentado de tamaño) en la región lateral derecha del cuello, se envía a interconsulta con medicina interna donde se confirma adenopatías cervicales del lado derecho duras, de 3.00 cm. de diámetro, aproximadamente, no movibles y dolorosas; impresión diagnóstica: síndrome adénico. La paciente manifiesta que el crecimiento de los ganglios ha sido progresivo y ha sentido sensación de fiebre, astenia, anorexia, por lo que se decide hospitalizar para el estudio.

En la historia clínica consta que en la fecha referida, se practicó valoración a la paciente y la impresión diagnóstica fue la siguiente: *“Se palpa adenopatía en región lateral derecha. No dolorosa a la palpación”. Diagnóstico: “adenomegalia en estudio”*. Se ordenó interconsulta con cirujano general. Al día siguiente, el cirujano que la examina conceptuó: *“Paciente que consulta por adenopatías dolorosas en región lateral cervical derecha, con sensación subjetiva de fiebre, malestar general”*. Diagnosticó: *“adenopatías cervicales derechas duras de más o menos 3 cms. no movibles y dolorosas”*, y ordenó su hospitalización.

El 15 de junio siguiente se le practicó biopsia de ganglio. El informe del estudio anatomopatológico practicado el 17 de junio de 2000, a la muestra enviada por el hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia, arrojó el siguiente resultado:

Descripción macroscópica: se recibe fragmento irregular nodular de tejido blando crema de 0.4 x 0.4 cm de espesor. Se bloquea totalmente.

Descripción microscópica: ADENOPATÍA: Los cortes histológicos muestran cápsula ganglionar de tejido conectivo conservada en la cual se observan estructuras vasculares con dilatación y congestión. El parénquima ganglionar se encuentra distorsionado por una severa dilatación de los sinusoides con hiperplasia de histiocitos. Se conservan algunos folículos linfoides con su centro germinal activo, los otros presentan cambios hiperplásicos. No se observan criterios histiológicos de malignidad. Esta estructura ganglionar presenta una congestiva severa y cambios de una hiperplasia sinusoidal como folicular. Se sugiere realizar estudios complementarios de la paciente. Estos hallazgos histiológicos se correlacionan con pacientes inmunocomprometidos. Se sugiere realizar prueba de HIV.

Diagnóstico: GANGLIO CERVICAL. Hiperplasia sinusoidal y folicular.

La intervención quirúrgica, según la historia clínica, que fue resumida, igualmente, por el perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no presentó complicaciones. Consta en ese resumen: *“En la nota operatoria se indica anestesia local asistida y se describe exposición del paquete vascular, realizándose sección de adenopatía de 1.0 cm de diámetro, de color grisáceo”*.

Sin embargo, desde la práctica de la biopsia, la paciente empezó a manifestar dolor localizado en la región de la intervención. Consta en las notas de enfermería y en las valoraciones médicas, que hacen parte de la historia clínica, que desde el mismo día de la intervención, la paciente se queja de mucho dolor localizado en el área de la biopsia, dolor que luego se irradió al brazo derecho, con disminución de la fuerza muscular y aumento a la abducción, el cual solo mejoró analgésicos ocasionalmente.

El dictamen médico practicado por el legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el 26 de septiembre de 2000 (6-8 c-2 de pruebas), señaló las limitaciones presentadas por la paciente, las cuales también se consignaron en la historia clínica:

La señora MARTA INÉS VERA VERGARA...sufrió lesión local de ramas sensitivas cutáneas en sitio quirúrgico, donde se realizó biopsia de ganglio cervical derecho para estudio. La paciente presenta limitación funcional en los arcos de movimiento del hombro derecho para la abducción, por dolor irradiado al cuello; conserva la fuerza muscular, los reflejos osteotendinosos

son normales, no encuentro atrofas, ni alteración sensitiva en el miembro superior derecho. Lesiones como las descritas y sufridas por la señora MARTA VERA ameritan una incapacidad médico legal definitiva de 35 días. Se requiere terapia y manejo por fisioterapia para el mejoramiento de las lesiones; debe asistir a un nuevo reconocimiento en el término de dos meses, para definir posibles secuelas en caso de presentarlas.

La relación causal entre la intervención médica (biopsia de ganglio) y las limitaciones funcionales en el brazo derecho de la demandante, fueron afirmadas en el dictamen pericial rendido por el médico especialista en ortopedia y traumatología del CES, el 29 de octubre de 2004 (f. 81-90 c-1), en el cual se llegó a las siguientes conclusiones:

Con base en la historia clínica, el análisis del expediente, los exámenes paraclínicos y el examen físico, la paciente Marta Inés Vega Vergara presenta lesión completa de nervio espinal accesorio derecho (XI par craneano); dicha lesión deja como secuelas de carácter permanente atrofia del músculo esternocleidomastoideo, atrofia del músculo trapecio derecho, asociado a hombro derecho caído, con escápula alada medial la cual por sí misma explica la importante deficiencia en los arcos de movilidad del mismo hombro; presenta también escoliosis compensatoria antálgica de 20° dorsal (se tuerce la columna torácica por hombro derecho caído y doloroso), asociado a síndrome de distrofia simpática refleja tipo 1 o trastorno de sensibilidad intenso doloroso secundario a lesión nerviosa, la cual ha requerido hospitalizaciones, uso de medicación analgésica potente, antiespásticos, antidepresivos, sin lograr obtener alivio del dolor y presentando distonías (movimientos involuntarios, que se asocian a temblores y a descoordinación de los miembros superiores en este caso) como efectos secundarios. Además, por la lesión del nervio y compromiso del esternocleidomastoideo derecho hay clara disminución de los arcos de movilidad del cuello, principalmente hacia el lado derecho, lo cual impide la coordinación de movimientos entre cabeza, cuello y miembro superior derecho.

Ese nexo fue afirmado de manera más contundente por la perito en la aclaración del dictamen:

En mi concepto existe un claro nexo causal entre la cirugía efectuada el pasado 15 de junio de 2000 en el Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia y la denervación y lesión completa electrofisiológicamente del nervio espinal accesorio derecho.

...

Al cuadro clínico ya descrito, la localización de la cicatriz, la sensación dolorosa desde el mismo momento de despertar de la cirugía el pasado 15 de junio de 2000 concuerda con dicha lesión y que aún persiste.

Dicho dictamen fue objetado por error grave por la entidad demandada (f. 94-96 c-1), con fundamento en: (i) falta de idoneidad de la perito para conceptuar científicamente sobre afecciones neurológicas y para determinar la pérdida de capacidad laboral de la paciente, dado que el profesional idóneo para estudiar el sistema nervioso y sus afecciones es un neurólogo, y la perito es ortopedista, capacitada para valorar el sistema óseo y articular, por lo que pudo dejar de lado aspectos técnicos propios de la neurología, que escapan a su especialidad y, por lo tanto, estar equivocado su dictamen; (ii) en el dictamen pericial se ignoró el primer electrodiagnóstico practicado a la paciente, conforme al cual esta sufrió lesión local de ramas sensitivas cutáneas en sitio quirúrgico y que no había denervación de ninguno de los músculos explorados. No debe perderse de vista que desde el primer reconocimiento médico legal practicado en el proceso penal a la demandante, que esta presenta una neuropatía, de la cual no se ha esclarecido su etiología, por lo que el objeto del dictamen era el de establecer la existencia de nexo causal entre la patología y la intervención quirúrgica, respuesta que debió formularse a un neurólogo.

Sin embargo, la Sala le confiere credibilidad al dictamen porque no existen razones para cuestionar la idoneidad del perito y, en particular, porque su afirmación aparece confirmada con los estudios clínicos y los exámenes diagnósticos que se le practicaron a la paciente en Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, en los cuales se da cuenta de dicho nexo. Además, esa relación puede inferirse de la inmediatez entre la intervención y los síntomas presentados por la paciente, documentados en la historia clínica, sin que la entidad hubiera probado la existencia de una causa diferente.

Adicionalmente, advierte la Sala que la defensa de la entidad no se centra tanto en cuestionamiento la existencia de la lesión ni su relación con la intervención que se le practicó a la demandante en ese centro asistencial el 15 de junio de 2000, sino sobre la falla en el servicio, porque alega que la sección del nervio espinal por ser superficial era un riesgo que asumió la demandante.

En ese sentido declaró el médico John Freddy Higueta David, quien prestaba sus servicios a la entidad demandada para la época de los hechos y quien declaró ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia (f. 95-97 c-1), lo siguiente:

[La biopsia] no es cirugía de alto riesgo, pero como cualquier otro procedimiento, puede tener sus complicaciones, y en este caso, específicamente, por la localización del ganglio y, según lo reporta la literatura, se puede presentar lesión del nervio espinal accesorio, ya que anatómicamente se encuentra superficial...La localización anatómica de este nervio es en el triángulo posterior del cuello, al igual que en ese sitio anatómico se realizó la resección del ganglio, donde pudo haberse lesionado dicho nervio.

En el mismo sentido, se pronunció el médico especialista en ortopedia y traumatología del CES, el 29 de octubre de 2004 (f. 81-90 c-1), en el dictamen que rindió ante el a quo:

Si la condición de nervio fácilmente lesionable lo convierte en un riesgo inherente a la intervención quirúrgica....

Para responder esta pregunta quisiera remitir...al libro de los autores Rockwood y Matsen, conocidas autoridades mundiales en el tema... 'Parálisis del nervio espinal accesorio: el nervio espinal accesorio, el cual entra por el agujero yugular a la base del cráneo, pasa oblicuamente a través del músculo esternocleidomastoideo en su tercio superior y luego cruza el triángulo posterior del cuello hacia el músculo trapecio. Es el nervio principal que inerva este músculo y ya que se encuentra muy superficialmente, se puede lesionar con facilidad. Infortunadamente, esto ocurre no tan infrecuentemente, como resultado de operaciones quirúrgicas en el triángulo posterior del cuello'

La respuesta a esta pregunta es: sí es un riesgo inherente, por la superficialidad del nervio espinal accesorio sobre el esternocleidomastoideo; dicho riesgo disminuye exponencialmente al alejarse del músculo esternocleidomastoideo, que es un punto de referencia confiable, pues es fácilmente palpable y es cabalgado por el nervio espinal accesorio.

3.3.3. De lo expuesto hasta ahora se considera probado que al tomarle la muestra del ganglio, el cirujano del Hospital San Juan de Dios le seccionó el nervio espinal a la señora Marta Inés Vera Vergara, lo cual afectó la funcionalidad del brazo izquierdo, porque dicho nervio irradia el músculo

esternocleidomastoideo. Esa sección constituía un riesgo predecible de la intervención, por tratarse de un nervio superficial del músculo. Sin embargo, no obra en el expediente prueba de que esa situación se hubiera informado debidamente a la demandante y que esta la hubiera consentido voluntariamente.

Pero aún más, a juicio de la Sala, la falla en la prestación del servicio en el caso concreto no consistió en omitir el consentimiento informado de la paciente, sino en elegir la extracción del ganglio del sitio anatómico donde el riesgo del daño era mayor, a pesar de que esa elección pudo hacerse de un sitio más alejado al músculo esternocleidomastoideo.

Al ser interrogada la perito sobre del CES, (f. 81-90 c-1), sobre la generación del daño, a pesar de que el médico que practique la intervención sea experto y cuidadoso y siga el protocolo para esa clase de intervenciones, consideró:

[S]on múltiples las cadenas ganglionares que posee el cuello, y que esta paciente estaba siendo estudiada por adenopatías (varias masas en región cervical), al elegir una masa más cercana al esternocleidomastoideo se aumenta el riesgo, al alejarse de dicho músculo, se disminuye el riesgo.

...

Sí, en medicina, como en la vida misma, el daño nunca es igual a cero; lo que el cirujano experto realiza es un acto quirúrgico limpio, con el fin de disminuir la incidencia del daño, por eso, hay cirujanos con bajísimo número de complicaciones y cirujanos con una tasa mayor de complicaciones.

En este caso, el elegir una toma de biopsia mas retirado del músculo esternocleidomastoideo disminuye la tasa del daño.

La entidad demandada no desvirtuó esa falla, en tanto no demostró la necesidad de tomar la muestra del ganglio, justo del sitio más cercano al músculo esternocleidomastoideo.

No deja de advertir la Sala, que mediante providencia de 30 de junio de 2004, la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Promiscuos Municipales del Circuito de Santafé de Antioquia precluyó la investigación que cursaba en contra del médico

Lorenzo Sandoval Pelayo, quien practicó la cirugía a la demandante (f. 210-213 c. 2 de pruebas), con fundamento en las siguientes consideraciones:

Nos encontramos ante una supuesta hipótesis de LESIONES PERSONALES CULPOSAS en ejercicio de la actividad médica. Para que se configure la responsabilidad penal en dichos eventos, se hace necesaria la concurrencia de tres elementos estructurales, a saber: la existencia de un nexo causal entre la acción y el resultado, el incremento del riesgo por observancia de la lex artis y que el riesgo creado se haya concretado en el daño causado.

En el caso que nos ocupa no fue acreditado el NEXO CAUSAL ENTRE LA ACCIÓN REALIZADA POR EL PROCESADO Y EL RESULTADO PRODUCIDO EN LA VÍCTIMA, esto es, entre la cirugía practicada a la señora MARTA INÉS VERA VERGARA por parte del médico cirujano LORENZO SANDOVAL PELAYO y los padecimientos postquirúrgicos.

La prueba pericial que para este Despacho ofrece plena credibilidad dada su claridad, idoneidad y precisión, devirtió la existencia de dicho vínculo, al establecer que: “los padecimientos encontrados en la señora Marta Inés Vera Vergara no tienen nexo de causalidad, toda vez que posterior al mismo se le realizó un examen diagnóstico, el día 28 de agosto de 2000, en el Hospital Manuel Uribe Ángel de Envigado (...), que reporta ‘condiciones motoras y sensitivas normales de los nervios periféricos del miembro superior derecho. La electromiografía no detectó denervación en ninguno de los músculos explorados, incluyendo los paravertebrales vecinos”.

Así las cosas, se acepta entonces lo argumentado por la defensa en su memorial precalificatorio, en cuanto a la ausencia de nexo causal. No obstante, continuaremos con el análisis, con el propósito de demostrar que, además de esta, existen otras razones para concluir que no es procedente el llamamiento a juicio.

Con respecto al INCREMENTO DEL RIESGO POR INOBSERVACIÓN DE LA LEX ARTIS, tampoco fue demostrado que con el procedimiento quirúrgico realizado a la señora MARTA INÉS VERA VERGARA por el doctor LORENZO SANDOVAL PELAYO, consistente en extracción de un ganglio a la altura del cuello se haya incrementado el riesgo socialmente permitido. Las experiencias médicas permiten descartar que el galeno hubiera practicado un procedimiento que no correspondiera a los aplicables a casos como el analizado, de acuerdo al desarrollo de la ciencia médica.

Así las cosas, no habiéndose demostrado el nexo causal ni la inobservancia del deber de cuidado exigible al profesional médico, mal podría afirmarse que este CREÓ UN RIESGO CONCRETADO EN EL DAÑO CAUSADO, pues a través del dictamen pericial se determinará que la etiología de los padecimientos sufridos no era la intervención quirúrgica practicada por el sindicado.

En consecuencia, no puede imputarse dicho resultado al procesado y por tanto, se dictará PRECLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN a favor del mismo, por ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA.

La decisión favorable al médico denunciado penalmente no tiene efectos de cosa juzgada en este proceso. Por lo que la Sala bien puede apartarse de la valoración probatoria que hizo la Fiscalía, que fundamentó su decisión en la primera electromiografía practicada a la paciente en el Hospital Manuel Uribe Ángel del municipio de Envigado, en la cual se concluyó que no se había producido denervación como consecuencia de la biopsia, en tanto que para la Sala ese hecho sí puede afirmarse, con fundamento en los demás exámenes médico, pruebas diagnósticos y en el concepto de los peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y del CES.

En consecuencia, si bien está documentada en la historia clínica la atención prestada a la paciente por el hospital demandado o por remisión, por el hospital Pablo Tobón Uribe, así como la práctica de una multiplicidad de exámenes (glicemia, creatinina, pruebas de función hepática, cuadro hemático completo, serología para sífiles, TP y TPT, prueba de VIH, electro, estudio anatomopatológico del ganglio), hay lugar a derivar la responsabilidad patrimonial del Hospital San Juan de Dios del municipio de Santa Fe de Antioquia, por haber errado al elegir la extracción del ganglio del sitio anatómico donde se generaba mayor riesgo de sección del nervio espinal, como en efecto ocurrió, lo cual acarrea la deficiencia funcional del brazo izquierdo de la demandante, que es para ella fuente de perjuicios.

3.3.4. La indemnización del perjuicio

3.3.4.1. El *a quo* condenó al hospital a pagarle a la demandante una indemnización de 80 salarios mínimos legales mensuales, derivados del daño moral que le produjo la lesión del nervio espinal.

En relación con los **perjuicios morales** que deben reconocerse a favor de las víctimas directas del daño y de los demás demandantes, la Sala Plena de la Sección unificó su jurisprudencia en estos términos:

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

...

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%¹⁰.

Dado que en el caso concreto, la pérdida de la capacidad laboral de la demandante se fijó en 42.5%, el fallo impugnado en cuanto concedió la indemnización por el perjuicio moral en cuantía de 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, se ajusta a los parámetros señalados por la jurisprudencia de la Sala y, por lo tanto, habrá de confirmarse.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de jurisprudencia en relación con la indemnización por el daño moral, en caso de lesiones personales, de 28 de agosto de 2014, exp. 31.172, C.P. Olga Mérida Valle De De La Hoz.

3.3.4.2. Se revocará la sentencia en cuanto condenó al pago del “perjuicio fisiológico”, porque si bien bajo ese concepto se pretendió reparar el perjuicio que hoy se denomina daño a la salud, el cual fue definido en providencia dictada por la Sala Plena de la Sección¹¹, como aquél que comprende la afectación de la integridad psicofísica de las personas y cubre tanto la indemnización por la alteración de la unidad corporal, como las consecuencias que se derivan de esa modificación, lo cierto es que esa reparación no fue pedida en la demanda, como puede corroborarse al leer las pretensiones, limitadas al daño material y al moral subjetivo.

3.3.4.3. En cuanto al lucro cesante, el Tribunal tuvo en cuenta para su liquidación las siguientes bases: (i) el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ocurrencia del hecho dañoso que se imputa a la entidad: \$173.000; (ii) un período de reparación que abarca la vida probable de la demandante, que fue fijado en 404 meses, y (iii) las fórmulas financieras adoptadas por la Corporación, en las que se distingue el períodos vencido, que se liquidó en \$15.650.360, y futuro en 28.415.567, para un total de \$44.065.927.

Dado que ese cálculo no excede aquel que hoy realizaría la Sala, de conformidad con la jurisprudencia vigente y que no puede ser incrementado por ser la entidad demandada apelante única, se confirmará en este aspecto la sentencia recurrida, pero se actualizará esa suma, de acuerdo con la variación de precios al consumidor, certificados por el DANE, conforme a la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{I. \text{ Final (octubre/2014)}}{I. \text{ Inicial (septiembre/2006)}}$$

$$Ra = \$44.065.927 \times \frac{117,68}{87,59}$$

¹¹ Sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp. 19.031, C.P. Enrique Gil Botero.

Ra = \$59.203.999

4. Sin condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, sólo en la medida en que su conducta sea temeraria porque no le asiste al demandar u oponerse *“un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio”*¹². En el caso concreto, si bien la parte demandante no logró demostrar los hechos en los que fundamentó sus pretensiones, lo cierto es que no incurrió en conductas temerarias. Por lo tanto, no se la condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia proferida Tribunal Administrativo de Antioquia, el 21 de septiembre de 2006, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARASE al Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia E.S.E. patrimonialmente responsable de los daños causados a la señora Marta Inés Vera Vergara, por las fallas en el servicio médico que se le prestó a la demandante, en la intervención quirúrgica que se le practicó el 15 de junio de 2000 en esa institución.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, exp: 10.775, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

SEGUNDO: CONDÉNASE al Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia E.S.E. a pagar a la señora Marta Inés Vera Vergara las siguientes cantidades: (i) por perjuicios morales: ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, y (ii) por perjuicios materiales: cincuenta y nueve millones doscientos tres mil novecientos noventa y nueve pesos (\$59.203.999).

TERCERO: Se niegan las demás pretensiones.

CUARTO: El Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia E.S.E. dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

DANILO ROJAS BETANCOURTH