

Señores,

JUZGADO NOVENO (9) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (C)

jadmin09ppn@cendoj.ramajudicial.gov.co

RADICACIÓN: 190012300000-2019-00-175-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JONIER ANDRÉS REYES ARÍAS Y OTROS
DEMANDADOS: CLÍNICA LA ESTANCIA S.A. Y OTROS
LL. EN GARANTÍA: ALLIANZ SEGUROS S.A. Y OTRO
ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 1ª INSTANCIA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 de abogado, reasumo el poder a mi conferido para actuar como apoderado especial de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, y encontrándome dentro del término legal, presento alegatos de conclusión de primera instancia, haciendo análisis preferiblemente probatorio sobre los medios exceptivos que se acreditaron, solicitando que se profiera sentencia favorable para mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora.

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS

El Juzgado mediante auto proferido oralmente en audiencia de que trata el art. 181 del CPACA, del día 11 de octubre de 2023 resolvió, entre otras cosas, clausurar el periodo probatorio y correr traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, por el término común de diez (10) días hábiles que transcurren de la siguiente forma (las fechas resaltadas en amarillo no computan por corresponder a fechas inhábiles): 12,13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y el término para presentar alegaciones expiraría el 26 de octubre del 2023, por lo cual, esté memorial se considera allegado oportunamente.

ARGUMENTOS DE CIERRE:

1. LA PARTE ACTORA NO DEMOSTRÓ LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA QUE QUISO ATRIBUIR A LA CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.

Para el caso en concreto, los demandantes a través de la gestión del togado actor no logran demostrar la falla en la prestación del servicio durante las etapas del acto médico que cuestiona en ninguna de las entidades que accionó de forma dispersa e irreflexiva, su fracaso en este sentido es más evidente frente a las acusaciones que hizo contra la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A. Lo dicho cobra relevancia porque por la casuística a la que se afilia el caso de autos, el régimen probatorio que debe imperar para la revisión del asunto es el de la *falla probada*, aquel en el que, grosso modo, al extremo activo que formula las acusaciones y censura las conductas, tiene que asumir la carga de acreditar los elementos axiológicos y estructurales sine qua non de la responsabilidad extra contractual que predica, y que de no lograrlo, tiene que asumir la consecuencia inmediata de dicho fracaso, que no es otra que la negación de la pretensión declarativa de responsabilidad, que es la suerte que debe seguir este trámite, dado que no está acreditado el elemento conductual, ni el de causalidad.

1. No se acreditó la falla en la prestación del servicio de salud:

La Historia Clínica demuestra que el paciente tuvo una atención multidisciplinaria desde su ingreso a la CLINICA LA ESTANCIA S.A., lo cierto es que para el 05 de abril del 2017, se consignó en el récord de atención que el paciente sí tenía movilidad en los dedos de su pie izquierdo, por lo que era necesario establecer mediante el testimonio de los médicos que trataron al demandante, si la posterior amputación de los mismos obedeció a la evolución normal de la lesión con la que ingresó a la Institución, o en efecto, acaeció por una impericia por parte de cualquiera de los centros asistenciales demandados en el análisis de los resultados y el posterior diagnóstico o en razón a las intervenciones quirúrgicas practicadas.

Los medios de prueba practicados en el trámite permiten responder de forma negativa al anterior cuestionamiento, porque los declarantes, que además atendieron al paciente en diferentes momentos del acto médico y que además tienen conocimientos científicos específicos sobre medicina ortopédica y cirugía, fueron unánimes y contestes mediante sus respuestas a diversas preguntas formuladas y que permiten concluir que:

1.1. Está probado el acaecimiento del hecho de la víctima y la concreción sobreviniente de riesgos inherentes producto de la entidad del trauma que como causas extrañas rompen el nexo causal:

Lo anterior debido a que el mal pronóstico de sanación y recuperación estaba dado por el trauma experimentado per se y por la demora en la consulta, pues el paciente acudió a los servicios asistenciales después de 24 horas de ocurrido el trauma; ya que se trató de una lesión severa y grave de la arteria poplítea con arrancamiento de la parte final de la arteria, lesión abandonada, previamente se luxa la rodilla el mismo se reduce la luxación en dos oportunidades, generando ruptura de la arteria y afectación de las arterias geniculares. La amputación todos los pacientes que se fracturan la arteria poplítea tienen un riesgo de pérdida de la extremidad así sean atendido inmediatamente, hay una ventana de oportunidad del tratamiento que son las primeras 6 horas, el paciente llegó 24 horas después eso aumenta el riesgo de pérdida de la oportunidad.

Además, la mora en el diagnóstico del que se duele el paciente mismo, que provocó algunas de las dificultades de diagnóstico en las etapas iniciales de su tratamiento, antes de ingresar a la CLINICA LA ESTANCIA S.A. se debieron a la conducta del paciente de pedir de forma consciente una alta voluntaria, que, aunque ocurrió antes del inicio de las atenciones en CLINICA LA ESTANCIA S.A. interrumpió el análisis imagenológico y de auscultación. Es decir, que el señor JONIER REYES resolvió demorar en consultar reduciendo la ventana diagnóstica oportuna, cortar el acto médico, manipular su extremidad lesionada sin formación médica afín y abandonar las instalaciones del centro asistencial.

Al respecto, además de la cronología que se puede revisar documentalmente en la historia clínica elaborada por la CLINICA LA ESTANCIA S.A. porque reposa en el dossier, pero además porque los testigos médicos lo refirieron. El Dr. Víctor Manuel Bonilla, cirujano vascular y testigo afirmó: **“El joven tuvo un accidente en bicicleta que le causo una lesión de rodilla, estas lesiones son muy complicadas y de pronóstico muy malo, en el momento que llegó el paciente llevaba más de 24 horas de ocurrido el accidente.”**

A otra pregunta que tiene que ver con las consecuencias de la tardanza del tiempo que se tomó JONIER REYES para consultar, el mismo Dr. Víctor Bonilla indicó: *la literatura médica dice que el trauma en la arteria poplítea, científicamente estudiado el pronóstico es muy malo, el 25% al 70% puede terminar con una amputación supracondílea, porque el nervio y los músculos son muy susceptibles a la falta de riego sanguíneo. **En las extremidades inferiores es más catastrófico porque son más largas y tienen más músculos, pero quiero que quede claro, el tiempo es básico, si el paciente se cayó y lo llevan a un hospital a la media hora y a las 3 horas lo están operando no pasa nada. El golpe del señor podía haberse salvado a las 8 horas es posible, pero el lineamiento es 6 horas,** pero yo creo que al señor Jonier le fue bien, porque el puente estaba funcionando, la sangre estaba llegando, quedo delimitado por que los vasos sanguíneos pequeños se tapan.*

Luego, cuando la apoderada de la CLINICA LA ESTANCIA S.A. le pregunta: ¿este procedimiento era exploratorio, curativo, que propendía este procedimiento?, el médico en comento le responde: **el tiempo es básico para nosotros, uno entra allí para salvar la integridad, era una cirugía de salvamento, porque ya lo que uno gane es bueno para el paciente, por el tiempo que llevaba el.** Quiero que quede claro que fue una cirugía de salvamento y al paciente le fue bien, porque había podido terminar amputándole por debajo de la rodilla, en el tercio inferior, en el tercio medio o en el tercio superior o incluso una supracondílea dada la gravedad, pero como el muslo no estaba comprometido, iniciar una infra condílea el pronóstico es muy diferente si le dejan a uno el ante pie como es el caso.

Sobre lo anterior, es decir, sobre la injerencia de la tardanza en consultar por parte del paciente en a consolidación de la magnitud del cuadro clínico que enfrentaron los médicos, el Dr. Olmedo Valencia, ortopedista que declaró en sesión de audiencia de instrucción y juzgamiento, indicó: *todas las luxaciones de rodilla son traumatismos muy raros, pero cuando ocurre normalmente nosotros lo recibimos en clínica, viene con la luxación y es una urgencia, pedimos sala quirúrgica lo más pronto posible con anestesia y con maniobras adecuadas que están establecidas reducir la luxación para no dañar los vasos sanguíneos. Es difícil saber si la acomodación lo hicieron bruscamente, lo que vimos es que al ingreso el paciente tenía mucho dolor en su rodilla, lo que nos hacía pensar que había una gran lesión. Al no saber cómo se realizó ese procedimiento externo es difícil discernir realmente cual fue el buen resultado de lo que se hizo. **Cuando una luxación llega después de 24 horas no tiene un buen resultado, el pronóstico se ensombrece, es importante hacerlo en las primeras 6 horas en nuestra clínica.***

El Médico Víctor Manuel Bonilla prosigue explicando sobre las consecuencias adversas del tiempo de consulta y su sinergia con la magnitud probable del trauma: *Uno se cae y se golpe a la rodilla y sale un raspón y no pasa nada pero si uno se cae y esta luxado es diferente, el componente del aparte posterior del golpe compromete mucho la arteria, si hay luxación hacia a tras uno normalmente se lleva la arteria, el trauma tuvo que ser tenaz, el joven venia embalado, **el tiempo de oro cuando hay compromiso arterial, si el paciente se luxa y le reducen la luxación no se puede quedar así, la lesión de la arteria se puede manifestar en 24 o 48 horas dependiendo de la gravedad,** reducir la luxación es como un alivio para la rodilla no para la arteria.*

Por lo anterior entonces quedó probado que el paciente pide el acta voluntaria en una institución diferente a mi prohijada, anterior a las atenciones suministradas en CLINICA LA ESTANCIA S.A., sin aguardar a que las atenciones ordenadas se le suministraran y abandonando el servicio con prematuramente, asumiendo el riesgo que esta decisión le pudiera ocasionar a su salud y también se acreditó que el señor JONIER REYES venía con lesión severa y grave de la arteria poplítea con

arrancamiento de la parte final de la arteria, que se ensombrece en su pronóstico de recuperación o rehabilitación por ser una lesión abandonada, previamente se luxa la rodilla el mismo se reduce la luxación en dos oportunidades, generando ruptura de la arteria y afectación de las arterias geniculares.

Pero es que también debe relevarse que el síndrome de obstrucción de la arteria poplítea y la probabilidad de pérdida de segmentos anatómicos de la extremidad inferior izquierda son riesgos propios inherentes y por ello, debe tenerse en cuenta que la complejidad del cuerpo humano y de los fenómenos que lo afectan han ocasionado que dentro de la disciplina propia de la responsabilidad civil médica y del Derecho Médico se hable de riesgos médicos como los originados en la actividad médico sanitaria, los riesgos de seguridad dentro de los establecimientos clínicos y los riesgos propios al acto médico. Sobre estos últimos riesgos, llamados también por un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia como “*riesgos inherentes*”, se ha dicho que se caracterizan principalmente por lo siguiente:

*“El riesgo inherente **es aquella complicación que se puede presentar por la sola realización del acto médico como tal, y que tiene por causas la complejidad o dificultad del mismo, las condiciones del paciente o la naturaleza propia del procedimiento o de los instrumentos que se utilizan para llevarlo a cabo, el cual, una vez materializado o realizado, produce un daño físico o psíquico en el paciente, sin que lo anterior implique una negligencia, impericia, imprudencia o violación de reglamento.***

(...)

Al hablar de riesgo inherente se habla de una complicación justificada, y en ocasiones necesaria para poder efectuar el tratamiento invocado en aras de recuperar a salud del paciente. Dicha complicación hace parte del procedimiento mismo, y no hay posibilidad de impedirla aunque la misma sea completamente previsible.

La materialización del riesgo inherente, es la realización en el paciente de un efecto nocivo que puede presentarse como una complicación o como un accidente propio del proceso médico o quirúrgico que se está efectuando. Este efecto nocivo se traduce en un daño a la integridad física o psíquica, la cual se ve lesionada aunque no exista un error en la práctica médica.

*No podemos desconocer que el riesgo inherente es un riesgo en potencia, y que el mismo no necesariamente se tiene que manifestar en la práctica de todos los procedimientos que lo conllevan. **Es decir, es un fenómeno que puede darse como no darse, y su realización dependerá exclusivamente de circunstancias ajenas a la práctica misma del procedimiento médico.***

Lo anterior significa que estos riesgos no solamente se presentan en aquellos casos donde la conducta es culposa, sino también en aquellos procedimientos donde no ha existido una imprudencia o negligencia. Sostener que los riesgos inherentes sólo aparecen en procedimientos practicados de forma incorrecta, deslegitimaría por completo la realidad

científica, la cual aclara que los mismos son propios a todo procedimiento (diligente o culposo) que los conlleve.

Así las cosas, hay un buen componente del azar para establecer en qué casos y en cuáles pacientes un riesgo se puede llegar a materializar a pesar de haber sido previsto. En efecto, no es el riesgo en si mismo lo que constituye la imprevisibilidad del fenómeno, sino su ocurrencia efectiva durante la atención del paciente.

Dicho accidente o riesgo terapéutico, como también se le denomina a este fenómeno, es un concepto de difícil entendimiento pues se encuentra en el límite entre la actuación científica del médico y la intervención del aleas propio de la naturaleza humana. En efecto, este término se indica la probabilidad que un paciente dado experimente una episodio adverso o fallezca como consecuencia de un tratamiento médico específico.

Lo anterior justifica el carácter eventual y excepcional del riesgo inherente, perteneciendo a la esfera de aquello que será incierto para el médico por ser causado en ausencia de todo acto imputable al mismo.

Cuando se materializa un riesgo inherente y por ende se produce un daño en el paciente, nace la pregunta de si éste, pudiera tener vocación indemnizatoria, y es allí donde la práctica judicial no puede entrar a confundir la entidad propia de ese daño y de sus causas en aras de establecer responsabilidad civil.

Del concepto de riesgo inherente se desprenden las siguientes características:

- a) Hay un daño evidente y probado a la integridad física o psíquica del paciente.*
- b) Ese daño tiene lugar con ocasión al tratamiento médico.*
- c) El daño es un suceso eventual o excepcional.*
- d) El daño es producido aún sin intervención culposa del médico.*
- e) La causa del daño permanece generalmente desconocida, aunque su ocurrencia como hecho pueda ser prevista.***
- f) El suceso se mira como irresistible o inevitable para la ciencia médica.”¹ (énfasis añadido).*

El concepto que se trae a colación también ha sido adoptado por nuestra jurisprudencia nacional. Así, en sentencias como las del 17 de septiembre de 2020 de la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha dicho que el riesgo inherente consiste en lo siguiente:

*“como lo recalcó la Sala recientemente², **resulta cuestionable que haya lugar a***

¹ Villegas García, A. F. (2008, noviembre). La materialización del riesgo inherente y su diferenciación con la culpa médica. Responsabilidad Civil y del Estado, (24).

² CSJ. Civil. Vid. Sentencia de 24 de mayo de 2017, expediente 00234.

responsabilidad civil derivada del acto médico, cuando se materializa un riesgo que es propio, natural o inherente al procedimiento ofrecido. En estos casos, el daño causado no tiene el carácter de indemnizable, al no estar precedido de un comportamiento culposo.

Frecuentemente el médico se encuentra con los riesgos inherentes al acto médico, sea de ejecución o de planeamiento, los cuales son inseparables de la actividad médica, por cuanto no puede predicarse que la medicina sea una ciencia exacta y acabada, sino en constante dinámica y evolución.

*Al respecto, la literatura sobre responsabilidad médica, como la reiterada jurisprudencia de esta Sala, es pacífica en sostener y reconocer que **la Medicina es una ciencia en construcción, y por tanto, apareja la existencia de ciertos riesgos inherentes a la realización de procedimientos médicos, los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa.***

*La expresión riesgo inherente, se compone de dos términos. El primero arriba definido y el segundo, también según el RAE, es entendido como aquello: «Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello»³. Por esto, **dentro del marco de la responsabilidad médica, debe juzgarse que los riesgos inherentes son las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento,** la técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes legales o reglamentarios tocantes con la *lex artis*.⁴ (énfasis añadido).*

Otro tanto, ha dicho la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencias como la del 25 de enero de 2017:

*“...se debe precisar que si bien es cierto **la actividad médica hospitalaria -como resulta natural- implica riesgos inherentes a su ejercicio (vgr. intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos, etc.), los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente,** también es cierto que para evaluar la responsabilidad de los profesionales de la salud, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que su análisis debe realizarse a partir de la verificación, en cada caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.⁵ (énfasis añadido).*

³ RAE. Diccionario esencial de la lengua española. 22 edición, Madrid: Espasa, 2006, p. 824.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 2020. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Radicado No. 05001-31-03-011-2007-00403-02.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2017. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicado No. 25000-23-26-000-2003-02133-01(36816)A

De igual forma, en sentencias como las del 30 de julio del 2018 el alto tribunal de lo contencioso administrativo ha explicado que no toda materialización de un riesgo inherente a una actividad, como la médica, puede conllevar a la existencia de un daño antijurídico que deba ser indemnizado:

*“...se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. **Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece.”***⁶ (énfasis añadido).

Visto lo anterior, es claro a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional, que el riesgo inherente dentro de la responsabilidad civil médica no es un daño indemnizable en la medida en que es un alea o circunstancia propia de la medicina.

1.2. La dificultad diagnóstica es exculpable dadas las dificultades intrínsecas de la clínica en la lesión.

Quedó probado que, además, el agravamiento de la condición de salud de la extremidad inferior izquierda y su porción más distal ocurre por una circunstancia súbita de difícil previsión. Si se revisa la gestión o el despliegue imagenológico de la CLINICA LA ESTANCIA S.A. se observa que el día 4 de abril del 2017 el paciente presenta caída de bicicleta, sufre trauma en miembro inferior izquierdo con luxación de rodilla que él mismo reduce en dos oportunidades. Al ingreso a Clínica la Estancia interconsultado por ortopedia que ordena estudio de imagen con resonancia magnética y doppler. Durante la estancia en urgencias, el paciente presenta dolor intenso en región pretibial considerando síndrome compartimental (este síndrome es un síndrome en el que el flujo venoso empieza a sobrepasar el flujo arterial, se hace un desequilibrio entre flujos y los compartimentos musculares de la pierna se ponen a tensión, es caracterizado por dolor muy intenso, hinchazón a tensión y disminución de pulsos se trata de una sospecha)

La Sección Tercera de esta Corporación ha definido el diagnóstico como el elemento determinante del acto médico, toda vez que es a partir de sus resultados que se elabora todo el tratamiento propiamente dicho. Al respecto, se lee:

"Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho. De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 30 de julio de 2018. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado No. 70001-23-31-000-1999-01878-01(41602)

terapéutica. Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento⁷. (...)"

En virtud de lo anterior, esta Corporación ha señalado que en estos casos lo decisivo es establecer si el médico empleó los recursos y los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado:

"En realidad, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por esta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar.

Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente⁸".

Luego, si se sigue la cronología de la historia clínica se ve que se realiza eco doppler venoso de miembro inferior izquierdo el 6 de abril del 2017 mediante transductor lineal de alta frecuencia, se realizó evaluación del sistema venoso superficial que compromete safenas mayor, menor, anterior y sistema venoso profundo que involucra vena femoral común superficial profunda poplítea y troncos tibioperoneos de miembro inferior izquierdo. Por las condiciones del paciente el estudio se realizó en posición decúbito limitando la evaluación para competencia valvular. Se realizan tanto maniobras de valsalva como de compresión focal y distal, evaluando colapso vascular.

Al respecto de lo anterior, el Dr. Víctor Manuel Bonilla, cirujano vascular y testigo afirmó: **Había sido valorado por ortopedia y se le tomó placa y Doppler venoso el cual en ese momento era negativo para trombosis venosa profunda. El paciente estaba adolorido con disminución de temperatura en la pierna y pulso tibial apenas perceptible y pulso pedio ausente. Se solicitó ecografía Doppler arterial, la cual mostro importante insuficiencia arterial en ese momento, sin embargo, no era muy concluyente para mí y decidí realizar arteriografía para saber dónde debía operar. Esa arteriografía si me mostro donde estaba la lesión y como debía abordar al paciente.** Lo llamativo de este examen es que la arteria poplítea estaba obstruida y se veía una arteria genicular apenas perceptible con un llenado muy lento. La rodilla es muy vascularizada y para tener una genicular apenas perceptible me indicaba que el trauma había sido muy severo.

El mismo médico narra las razones de la profusión en la labor de auscultación indicando as vicisitudes emergentes cuando la abogada del HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA le preguntó ¿En una respuesta refirió que usted atendió al paciente el 5 de abril donde ordeno unas ayudas diagnosticas que fueron un Doppler venoso que resulto negativo, una ecografía que no fue concluyente y una arteriografía, indique si se podía intervenir al paciente sin esas ayudas

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846; 10 de febrero de 2011, exp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp.31724; 9 de octubre de 2014, exp.32348; y 2 de mayo de 2016. Exp.36.517.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 y sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

diagnosticas, o para que eran?, a lo que el médico contestó: **El Doppler venoso había sido solicitado por ortopedia y era negativo para trombosis venosa profunda, el Doppler arterial no fue concluyente porque dice esta tapado pero no dice dónde para uno es necesario hacer un Angiotac pero una arteriografía me dice hasta donde, y me dice que por dentro la arteria ya estaba comprometida entonces ya había un desprendimiento que agrava el problema, la arteriografía por lo menos delimita eso, desde allí es desde donde uno propone el injerto hasta la parte distal.** El trauma tiene que ser muy severo para ocasionar tanto daño y lesionar la parte íntima de la arteria entonces es muy importante porque no se puede entrar a ciegas. Hay que ir fijo donde está el daño.

El diagnóstico que emite el médico tratante no es una operación aritmética de conjunción de valores o variables precisas, por lo que, previo un estudio consciente del paciente, el profesional puede errar en su valoración emitiendo un diagnóstico equivocado (que no es el caso) pero, aun así, el error puede ser excusable y, en consecuencia, genera culpa. En estos casos, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene dicho que lo que importa no es la culpa, sino la excusabilidad del error y que esa excusabilidad se da cuando en el material probatorio se acreditan con suficiencia que los médicos desplegaron o echaron mano de todos los medios diagnósticos (tratamientos, exámenes o tecnologías) disponibles.

- **El apoderado demandante abandona la carga de la prueba que le asistía por ser un asunto a revisar bajo la óptica de la falla probada.**

Este tipo de responsabilidad médica bajo la cual se quiere predicar la responsabilidad extracontractual estatal se rige por el sistema subjetivo o de culpa probada, lo que quiere decir que debe existir y demostrarse el elemento culpa para que emane el deber de indemnización por parte del profesional de la salud, en primera medida dicha carga probatoria se encuentra en cabeza del demandante (paciente) no obstante y debido a la carga dinámica de la prueba puede corresponder al demandado (médico) la demostración de la no existencia de culpa. En el argot de los medios de control que se tramitan en esta jurisdicción a lo anterior se lo denomina como la falla probada.

Actualmente, el régimen de imputación de la responsabilidad médica es la falla probada del servicio, así lo recordó el Consejo de Estado, al señalar que la responsabilidad no solo se deriva de la violación de los postulados de la lex artis (funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico), pues también se genera cuando la actividad se desarrolla de forma normal o adecuada, pero objetivamente puede producir el daño. De ese modo, el demandante tiene la carga de la prueba frente a dicha falla y el nexo causal salvo que, mediante providencia en firme, proferida antes de que se precluya el periodo probatorio, se haya distribuido de forma específica la carga a través de su dinamización (cosa que en este asunto no ha ocurrido).

Concretamente el Consejo de Estado ha dicho: *Según la posición jurisprudencial que ha manejado la Corporación, los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda. Una vez acreditado el daño antijurídico, es necesario verificar que el mismo es imputable a la entidad demandada, ya que no es suficiente que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia e imputabilidad del mismo, toda vez que se*

hace necesario que ello se encuentre soportado en el expediente⁹.

En un caso de similares condiciones fácticas y jurídicas, dónde la parte actora, al igual que en el proceso de la referencia, alegó como causa del resultado adverso el error en el diagnóstico y en el tratamiento tardío, el H. Consejo de Estado recordó, entre otras cosas, el régimen probatorio de esta clase de pretensiones:

“La Sala reitera que la falla probada del servicio es el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial. Luego de acudir a criterios como la “falla presunta” o la “teoría de las cargas dinámicas de la prueba”, la jurisprudencia retomó la regla probatoria del artículo 177 CPC, según el cual incumbe a las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen.

El demandante debe, pues, demostrar el daño, la falla por una omisión o una acción negligente o irregular de la entidad estatal y el nexo de causalidad, es decir, que la falla médica fue la causa eficiente del daño sufrido. A pesar de que la carga probatoria es del demandante, la entidad estatal puede exonerar su responsabilidad si acredita la diligencia y cuidado, o que el daño sobrevino como consecuencia de una causa externa, como la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o que fue el desenlace natural de la patología del paciente.

*Para acreditar la falla y el nexo causal, el demandante puede acudir a todos los medios de prueba, pero en materia médica cobra especial importancia el dictamen pericial y los indicios, los que, a su vez, pueden establecerse a partir de conductas procesales de las partes, como no aportar la historia clínica o hacerlo de forma incompleta, en los términos del artículo 249 CPC. No obstante, **la existencia de indicios no es suficiente por sí misma para estructurar los elementos de la responsabilidad. Es necesario que estos sean coherentes con el resto del acervo probatorio, luego de una valoración bajo los criterios de la sana crítica y las reglas de la experiencia¹⁰.***

(...)

14. El juicio de responsabilidad supone el estudio del nexo causal entre la conducta del demandado y el efecto adverso que de ella se deriva para el demandante, de ahí que la acción o la omisión de las autoridades debe ser la causa del daño que se reclama en la demanda para imputar responsabilidad al Estado¹¹. Este presupuesto de la responsabilidad debe estar debidamente acreditado en el proceso, porque el ordenamiento jurídico no ha establecido presunciones legales frente al nexo de

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01792-01(30166)

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, Rad. 15.772, [fundamento jurídico 4], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 349-350, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2000, Rad. 11.609 [fundamento jurídico 9].

causalidad¹². Si no se prueba la causa que desencadenó el hecho dañoso, no es posible atribuir responsabilidad al demandado. Por ello, para que la pretensión de responsabilidad prospere es necesario que el demandante acredite que la conducta que se le imputa al demandado fue la causa directa y adecuada del daño. O lo que es igual, debe demostrar la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio alegado.

(...)

*Ante la presencia de varios factores -estado de salud del paciente, estado de su intestino delgado, número de cirugías previas y demora en el diagnóstico- **no existe certeza de cuál de esas situaciones presentes en el paciente fue la causa directa de la complicación, esto es, la sepsis generalizada y el paro cardiorrespiratorio que lo llevó a una falla multisistémica y a la muerte. Las condiciones generales y enfermedades crónicas del paciente tuvieron un papel fundamental en su muerte.** Tampoco se probó que de haberse practicado una intervención quirúrgica el día anterior se hubiera evitado la muerte de William de Jesús Álvarez Lezcano.*

No está demostrado que la muerte de William de Jesús Álvarez Lezcano haya sido consecuencia directa del error de diagnóstico, ni que la práctica de una intervención quirúrgica oportuna hubiera impedido ese desenlace fatal. No se probó, entonces, que exista una relación de causalidad entre el daño y el error en el diagnóstico inicial. La Sala reitera que sólo aquellas fallas a las que pueda atribuirse la producción del daño son relevantes para la demostración de la responsabilidad¹³, es decir, además de la falla, debe acreditarse que esta tiene un nexo de causalidad con el resultado.

*Según el artículo 177 CPC, aplicable por remisión expresa de los artículos 168 y 267 CCA, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que prevén el efecto jurídico que persiguen y, por tanto, quien alega un hecho debe demostrar su ocurrencia para que se produzca el efecto pretendido, ya que la sola afirmación de la demandante no es suficiente para acreditarlo. **Como no se probó el vínculo causal entre el error de diagnóstico y la muerte del paciente William de Jesús Álvarez Lezcano, la Sala revocará la sentencia apelada.**¹⁴ (énfasis añadido).*

Como se observa, el H. Consejo de Estado además de recordar que los casos como el que ahora conoce el despacho deben tramitarse por la vía de la falla o culpa probada, negó un caso similar al de la referencia en el cual los actores alegando error en el diagnóstico y en el tratamiento, al igual que en el proceso de la referencia, no probaron en forma adecuada la causalidad entre la supuesta falla alegada y el daño sufrido.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, Rad. 14.142 [fundamento jurídico B].

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia del 14 de junio de 2001, Rad. 11.901 [fundamento jurídico 1].

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 7 de diciembre de 2021. Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque. Radicado No. 05001-23-31-000-2002-02798-01(50954)

- **Por contrapartida, se probó que el acto médico desplegado fue diligente y que previno la extensión del daño:**

Con el acopio de los medios de prueba, quedó establecido que el pronóstico del paciente era reservado en cuando a l futuro de la conservación de la extremidad, vista la tardanza en el inicio del abordaje médico por la dilación del paciente mismo en consultar al servicio en salud o asistencial. También quedó probado que existió consulta para cierre de la Fasciotomía, el Dr. Victor Bonilla, que practicó el procedimiento explica: *Ya teniendo el sitio donde la arteria esta obstruida obstaculizada, eso nos orienta como proceder, uno hace una incisión en la parte media del muslo para localizar la arteria femoral superficial y luego se extiende a la parte inferior para localizar el claustro tibioperoneo, entre esas dos incisiones se encuentra la arteria poplítea que esta lesionada, entonces allí dije, el trauma debió ser muy severo, uno escoge la parte buena de las arterias y allí se pone un puente que va desde la arteria femoral superficial en el muslo hasta la parte de debajo de la rodilla que es el tronco tibioperoneo que se divide en las tibiales, allí lo puse y le puse la vena safena invertida, que es de muy buen pronóstico, de muy buena permeabilidad porque es una vena que es del mismo paciente, es decir no es un elemento sintético. Uno entra y mira el daño que tiene y antes de terminar todo le hice una fasciotomía la cual es abrir un compartimiento de forma amplia a la pierna para que se distiendan los tejidos permitiendo que la sangre venosa siga su curso de una forma normal.*

Luego la apoderada de la CLINICA LA ESTANCIA S.A. en el interrogatorio que le practica a dicho médico durante la prueba declarativa de este deja ver que:

¿Cómo fue la evolución después de este procedimiento?

R/ *La evolución era la esperada por que el problema de la vía produce mucho dolor, la rodilla es una parte funcional muy importante y a pesar de haber puesto fijador externo duele, da mucho dolor constante y es rebelde a los analgésicos. La fasciotomía se deja abierta para que se aborten los tejidos, entonces hay que hacer curaciones y los pacientes se ponen irritables, pero le hicimos controles al puente para saber si estaba obstruido pero estaba permeable hasta cierto punto, hasta el tobillo.*

¿Sírvese indicar según refirió hace rato, que le pronóstico de una lesión en la arteria poplítea da hasta un 25 % de posibilidad de amputación, explique cómo es el síndrome compartimental que le encontraron al paciente?

R/ *El síndrome compartimental es de tiempo, si la lesión sucedió y el paciente es operado a las 4 horas uno por prevención le hace la fasciotomía, Pero cuando el problema ya está instalado y lleva bastantes horas lógicamente todos esos tejidos que están lesionado, el arrancamiento de arterias de venas, produce salida de sangre y el proceso inflamatorio que se desencadena produce extravasación de líquido entonces eso hace que la pierna se hinche de manera severa y comprime la parte muscular que tiene el riegos sanguíneo arterial y venoso y la parte nerviosa que necesita el riego arterial, impidiendo además el retorno e impide que lleguen a la parte periférica. Esa fasciotomía hay que hacerla, está indicada, se necesita.*

¿A parte del procedimiento quirúrgico, cuales medicamentos se suministraron y cuál era la finalidad?

R/ *Para manejar las extremidades inferiores tenemos el alprostadil, que se utiliza para vasodilatación de arterias, actúa a nivel periférico, los glóbulos blancos tardan por lo que se trata de que se abran otros vasitos que están ocultos lo que favorece la llegada de sangre a sitios donde*

no llegaba normalmente, se utiliza por 20 y 24 días. En todos los exámenes la temperatura estaba adecuada hasta antes del tobillo lo que indica que ayudo bastante además ayudo a la permeabilidad de injerto. Después iniciamos otros vasodilatadores, estábamos tratando de que se salvara esa pierna.

¿Quiere decir que los actos médicos tanto quirúrgicas como de medicamentos fueron enfocadas a salvar la extremidad del paciente?

R/ *El deber ser el tratar que el paciente recupere lo que más pueda entonces hay que poner todo, buscamos es delimitar el área de la amputación, para mi y para los demás doctores el gano mucho solo con la amputación de la parte media del pie, dejar el talón es una base importante es mejor que dejar un muñón de la pierna, las posibilidades el manejo y todo no es fácil.*

¿Cuál fue la situación clínica de la paciente previa la amputación, en la historia clínica dice que el paciente presento necrosis, indique que es eso y cuál fue la situación que se presentó?

R/ *La necrosis es por la falta de riego sanguíneo, entonces el tejido se seca por que le falta todo, tiene problemas de retorno venoso, tiene problema de sensibilidad de nervios. Necrosar es que se pone negro y eso no lo recupera nadie. Quiere decir tejido dañado, que ya no es viable.*

¿Cuándo un paciente presenta tejido necrosado cual es el plan de manejo, que se debe hacer?

R/ *En este caso le amputamos los dedos, pero si en acto quirúrgico notamos que el problema está más arriba hay que buscar un área segura, donde sean viables los tejidos, esta cirugía que es complicada. Abordamos al ortopedista y le planeamos los dos escenarios una amputación del antepié o amputación un poquito más arriba del tobillo. Eso es lo que se hace. Es una cirugía de salvamento.*

Del análisis de la historia clínica de la CLINICA LA ESTANCIA S.A. se encuentra que el acto médico fue complejo tuvo varias etapas, la inicial o diagnóstica, la terapéutica o tratativa, la quirúrgica y la de la recuperación, y en todas ellas, como se verá a continuación, se encuentra un despliegue de conductas probas y diligentes por parte del personal facultativo.

Al paciente se le ordenó primero resonancia para investigar las posibles lesiones ligamentarias y meniscales de la rodilla, la ecografía de tejidos blandos para observar el edema severo que había en la pierna, y el ecodoppler para descartar daño vascular inicial y se descartaron inicialmente cuadros de trombosis del sistema venoso superficial y profundo, pero arrojó resultados de hinchazón de los grupos musculares de la pierna. Posteriormente se le realizó eco doppler arterial que reporta infiltración de los grupos musculares por debajo de la rodilla.

Según hallazgo del eco doppler arterial, se observaron hallazgos imagenológicos compatibles con insuficiencia arterial infracondilia (por debajo de la rodilla). Se sugirió diagnóstico de síndrome compartimental y fueron ordenados estudios complementarios a criterio clínico. El cirujano vascular ordenó arteriografía en forma urgente para ver el flujo directo de la arteria y dicho examen reportó: Arteria Femoral superficial sin alteraciones, Arteria femoral profunda de buen calibre sin lesiones y Arteria poplítea ocluida desde la primera porción hasta la tercera porción con recanalización por arteria genicular con flujo de mala calidad distal.

Por ello se ordenó colocación de tutor externo para inmovilizar la rodilla y permitir que los procedimientos vasculares no vayan a fracasar por la misma inestabilidad de la rodilla. Se pasa

turno para exploración vascular. El galeno especialista en traumatología coloca el tutor externo para el proceso de estabilización y cirugía vascular, realizó el procedimiento quirúrgico para reparación de vasos arteriales. Después de la ligamentotaxis con tutor externo de fémur a rodilla se controla el espacio articular de la rodilla para saber que queda en posición correcta. Luego se realiza la exploración vascular por cirugía vascular. Se hizo fasciotomía y se dejó en observación al paciente para vigilar los signos de perfusión de la extremidad, es decir, para vigilar cuan bien irrigaba la sangre.

El paciente es llevado a cirugía el día de fasciotomía mas trombolectomia patelar de arterias inferiores el 6 de abril del 2017 con los siguientes hallazgos:

- 1) *Arteria femoral superficial en entrada al hunter pulsando .2) Vena femoral superficial sin problema 3) tronco tibioperoneo roto o arrancado 4) vena tibio peronea conservada 5) gran hematoma en pierna de más o menos 200cc 6) síndrome compartimental 7) No pulsos en el pie izq. 8) Safena interna de buena calidad en la pierna contralateral 9) Trombosis distal del tronco tibioperoneo arterial 10) fragmento óseo suelto a nivel infrapatelar.*

Con base en la lesión que tenía a nivel arterial: 1) La parte arterial por debajo de la rodilla estaba con coágulos, razón por la cual se hizo necesario extraerlos con un catéter de balón. 2- En trauma se aconseja utilización de la safena interna del lado contralateral lo cual se hizo. 3- Se hizo la corrección de la falta de flujo para la pierna con injerto de la safena y se trasladó a cuidado intensivo con las recomendaciones como vigilancia de perfusión de miembro inferior izquierdo y vigilancia de tejidos blandos. 4- Se administró anticoagulación con enoxaparina 60 miligramos cada doce horas con cierto temor a presencia de sangrado, sin embargo, se tenía que hacer así por tratarse de un injerto y por el trauma. En valoración del 9 de abril de 2017 por cirugía vascular se encuentra registrado: *PACIENTE EN POSTOP DE ARRANCAMINETO DEL TRONCO TIBIOPERONEO IZQ RECONSTRUCCION CON VENA SAFENAINTERNA SE QUEJA DE MUCHO DOLOR A NIVEL DEL DORSO DEL PIE IZQ TEMPERATURA ACEPTABLE CONSERVA FLEXOEXTNSION DE ALGUNOS ARTEJOS.*

Al respecto, la existencia de movilidad mínima implica que la lesión fue muy severa y tiene una posibilidad mínima de recuperación. Al respecto se rememoran las palabras del médico Dr. Víctor Bonilla ortopedista que declaró en audiencia como testigo y que sobre la magnitud conclusiva del trauma: "(...) *La rodilla es muy vascularizada y para tener una genicular apenas perceptible me indicaba que el trauma había sido muy severo. **La joven venia con una velocidad muy severa, el golpe debía ser muy tenaz. La arteriografía mostro además un síndrome compartimental por el tiempo que llevaba el trauma, la inflamación comprimió músculos y tejidos.** En la cirugía se realizó un puente que es mejor y se hizo fasciotomía para que la sangre pueda bajar (...)*".

Se le ordenó una segunda arteriografía para verificar si el puente que se le colocó con safena interna estaba funcionando bien o estaba tapado. Se le ordenó valoración por neurología por sospecha de lesión nerviosa porque en el desplazamiento se arranca, la vena, la arteria, el nervio. Al paciente se le ordenó una esquema de 20 DIAS DE prostaglandinas, como medida de salvamento de última generación que dilata los vasos arteriales y mejora el flujo sanguíneo arterial del área comprometida, de allí que se hubiera intentado al máximo llevar al paciente a los 20 días

Debido al daño arterial por los fenómenos obstructivos producto del compromiso traumático, se presentan lesiones isquémicas secundarias al daño vascular a pesar de los intentos de los médicos de mantener por vía quirúrgica y farmacológica una perfusión óptima, lo que genera isquemia crítica en regiones distales de la pierna que infortunadamente llevaron a una necrosis de los tejidos que puede ser desde un sitio localizado hasta la generalidad del pie.

Encontrándose el paciente en UCI con evolución estacionaria, con necrosis de artejos del pie, flictena en talón y ausencia comprobada e insalvable de pulso distales, fue momento de plantear amputación del ante pie, por lo que se hizo valoración nueva por parte de la especialidad de ortopedia para definir amputación lo más conservadora posible (no de forma arbitraria o antojadiza como lo sugiere el togado actor sin basamento fáctico). Traumatología propone amputación del medio pie. Se toma la conducta de esperar a que se delimite más la necrosis para así determinar el sitio más apropiado de amputación. Por parte de medicina interna se considera pertinente junta médica para definir en forma consensuada nivel de amputación.

Como había un daño vascular producto del traumatismo, se formaron sitios que iniciaron a necrosarse por la falta de flujo de sangre, presentando muerte del tejido que es un proceso que se establece de forma paulatina y progresiva y es lo que se llama delimitar el área muerta. Se debe esperar un tiempo prudente para delimitar el área muerta. Cuando se delimita, se sabe a qué nivel se hace la amputación. En nota de evolución del 10 de mayo del 2017 por parte de la traumatóloga Sory Agredo se solicitó turno para quirófano para amputación dedos pie izquierdo, procedimiento que se realiza a los dos días, es decir, el 12 de mayo del 2015.

En el post operatorio, la valoración por traumatología registra: *OSTEOTOMIA EN FALANGES DEL PIE + LIMPIEZA Y DESBRIDAMIENTO QUIRURGICOS DE MUSCULOS TENDONES Y FASCIA EN PIE + COLGAJO LOCAL DE PIEL COMPUESTO DE VECINDAD ENTRE DOS A CINCO CENTIMETROS EN PIE IZQUIERDO PACIENTE EN BUEN ESTADO GENERAL, AFEBRIL, ALERTA, CONCIENTE CON SIGNOS VITALES ESTABLES HEMODINAMICAMENTE BIEN EXTRE PIE IZQUIERDO CON VENDAJE ELASTICO, NO SANGRADO ACTIVO*

En mayo, la especialidad de ortopedia había culminado con el proceso de amputación del ante pie y desbridamiento y se lo programó al paciente JONIER REYES para el cierre de la fasciotomía, por lo que el 23 de mayo de 2017 se llevó cirugía nuevamente, y en conjunto con ortopedia, se retiró el material de osteosíntesis y se hizo el desbridamiento o en el pie para retirar el tejido inviable o insalvable para aguardar el proceso **so cicatricial**. Frente a lo anterior, huelga rememorar las palabras del testigo médico ortopedista Dr. Víctor Bonilla que afirmó que el pronóstico del cuadro del señor JONIER REYES era lóbrego, porque paso mucho tiempo sin consultar y que el hecho de que la zona amputada haya sido solo una porción distal, en este contexto, es una “*ganancia*”, porque el riesgo de ser amputado desde arriba de la rodilla y quedar con una extremidad anatómicamente mas reducida se mitigó: *La literatura médica dice que el trauma en la arteria poplítea, científicamente estudiado **el pronóstico es muy malo, el 25% al 70% puede terminar con una amputación supracondílea, porque el nervio y los músculos son muy susceptibles a la falta de riego sanguíneo. En las extremidades inferiores es más catastrófico porque son más largas y tienen más músculos,** pero quiero que quede claro, el tiempo es básico, si el paciente se cayó y lo llevan a un hospital a la media hora y a las 3 horas lo están operando no pasa nada.*

En otra respuesta indicó: *era una cirugía de salvamento, porque ya lo que uno gane es bueno para el paciente, por el tiempo que llevaba el. Quiero que quede claro **que fue una cirugía de salvamento y al paciente le fue bien, porque había podido terminar amputándole por debajo de la rodilla, en el tercio inferior, en el tercio medio o en el tercio superior o incluso una supracondílea dada la gravedad,** pero como el muslo no estaba comprometido, iniciar una infra condílea el pronóstico es muy diferente si le dejan a uno el ante pie como es el caso.*

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonial por los daños

antijurídicos que le sean imputables a causa de la acción u omisión de las autoridades públicas. Del articulado constitucional es entonces posible deducir los elementos que deben concurrir a un caso en concreto para que surja el débito indemnizatorio a cargo de la Administración Pública, en concreto, son los siguientes: un hecho (lícito o ilícito) o una abstención, un daño antijurídico y un nexo causal entre los dos elementos anteriormente mencionados.

Sobre la norma superior analizada anteriormente, la H. Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en sentencias como la C-333 de 1996 donde el alto tribunal constitucional mencionó lo siguiente sobre los presupuestos de la responsabilidad estatal a la luz del ordenamiento de 1991:

“...la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.”

10- Igualmente **no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.** Esta imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto a veces, como lo ha establecido la doctrina y la jurisprudencia, se produce una disociación entre tales conceptos. Por ello, la Corte coincide con el Consejo de Estado en que **para imponer al Estado la obligación de reparar un daño "es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, 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**¹⁵¹⁶ (énfasis añadido).

Como se observa de la jurisprudencia constitucional traída a colación, no basta para la declaración de responsabilidad en contra del Estado la simple constatación de un daño – que para el caso en concreto ni siquiera está probado – sino que, además, deben encontrarse los fundamentos jurídicos (*imputatio iuris*) y fácticos (*imputatio facti*) que permitan atribuir responsabilidad de manera concreta a una entidad o autoridad de la Administración Pública.

En virtud de lo anterior, y en gracia de discusión, dado que los demandantes ni siquiera han probado la imputabilidad el daño antijurídico supuestamente sufrido, se abordará el tratamiento jurisprudencial que han tenido casos como el que ahora ocupa la atención del despacho y se dejara en claro como el H. Consejo de Estado ha optado por absolver a los establecimientos clínicos demandados cuando no se satisface el estándar probatorio exigido.

¹⁵Consejo de Estado. Loc- Cit.

¹⁶ Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118., Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

2. Inexistencia por ausencia de prueba de los perjuicios solicitados e inimputabilidad de su causación:

Ahora bien, en lo que se refiere a los perjuicios solicitados, además de que algunos no se encuentran probados y escapan a la presunción jurisprudencial establecida para el efecto, como resulta ser la indemnización que se pide infundadamente a título de lucro cesante bimodal (presente y futuro), se tiene, de igual forma, que dichos perjuicios no pueden ser imputables a las demandadas pues lo cierto es que ha quedado probado, que su causa reposa en circunstancias ajenas a la conducta médica, en el marco del acto médico mediante el cual se prestó el servicio de salud cuestionado, tales como la demora en consultar, la autorreducción de la lesión por el paciente, el alta voluntaria y abandono del servicio, como la misma entidad del trauma padecido, complicaciones y factores de riesgo que ya presentaba la delicada salud del paciente.

Por otro lado, y en gracia de discusión, para demostrar la inimputabilidad de los perjuicios materiales e inmateriales solicitados por los actores, es preciso tener en cuenta la distinción entre las nociones de daño y perjuicio que, según el profesor Juan Carlos Henao, con apoyo en la doctrina extranjera, consiste principalmente en lo siguiente:

“...el profesor Bénéoit aportó algunos elementos que se encargaron de definirlo, al afirmar: “...el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada” (...). Con esta misma lógica, una sentencia colombiana afirmó que “el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio”, mientras que “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”.¹⁷

Visto lo anterior, es claro que el daño es causa de un resultado que comúnmente denominamos perjuicios, por lo que el aforismo romano “*Accessorium sequitur principale*”, o, “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, es plenamente aplicable al caso en concreto, si el daño sufrido por los demandantes no es imputable a las demandadas, pues mucho menos se le podrá endilgar las consecuencias de dicho menoscabo como son los perjuicios materiales e inmateriales reclamados.

Por todo lo anterior se solicita sean negadas las pretensiones de la demanda tendientes a la obtención del reconocimiento y pago de los perjuicios inmateriales.

Argumentos finales relacionados con el problema jurídico que surge del llamamiento en garantía que CLINICA LA ESTANCIA S.A. formuló a ALLIANZ SEGUROS S.A.

¹⁷ Henao, J. C. (1998). *El daño* (Primera ed.). Universidad Externado de Colombia. Págs. 76 y 77.

- **Inexistencia de siniestro por no acaecer el riesgo asegurado y consecuente inexigibilidad de la obligación indemnizatoria a cargo de mi representada con base en la póliza no. 022275342/0**

En la medida en que el daño no es imputable ni fáctica ni jurídicamente al asegurado, CLINICA LA ESTANCIA S.A., se tiene que no se configuró el riesgo asegurado, elemento indispensable para que surja la obligación condicional a cargo de mi representada. Si bien en lo que atañe a la Póliza No. 022275342/0 con una vigencia desde 14/05/2018 hasta el 13/05/2019 prorrogada desde el 14/05/2018 hasta el 14/07/2019, los presupuestos de su modalidad de cobertura sí se cumplen, se recuerda que la obligación indemnizatoria de la Aseguradora no nace automáticamente por ello, y solo por el hecho de que se solicite la afectación de los seguros, este contrato eventualmente podría afectarse si se comprueba que efectivamente se realizó el riesgo asegurado, sujeto a las distintas condiciones de la misma, y siempre y cuando no se configure ninguna de las causales de exclusión o de inoperancia de los contratos de seguro, ya sea de origen convencional o legal, todo sin perder de vista que la obligación del asegurador, por ser condicional, no es exigible mientras no se compruebe la realización de la condición suspensiva convenida, que en tratándose del amparo de responsabilidad, es precisamente el nacimiento de la responsabilidad civil profesional de la entidad asegurada. En este caso, es más que claro que el evento asegurado no acaeció, puesto que no hay ningún tipo de evidencia en la Historia Clínica que se allegó al plenario que establezca que por parte de la CLINICA LA ESTANCIA S.A. se desarrolló alguna conducta negligente u omisiva que hubiese sido la desencadenante de los hechos reprochados.

Para sustentar la tesis enunciada anteriormente, debe tenerse en cuenta que el contrato de seguro por definición legal tiene como elementos esenciales el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador, en ausencia de dichos elementos, el artículo 1045 del Código de Comercio dispone que el contrato no producirá efecto alguno. Sobre el elemento esencial del riesgo en el contrato de seguro, la doctrina especializada ha comentado lo siguiente:

“El riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045); sin vacilación, el de mayor prosapia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro, ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, su bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su ‘materia prima’, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina.

Nuestro estatuto entiende que el riesgo, examinado a través del prisma jurídico, por oposición al técnico, es “[...] el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario” (C. de Co., art. 1054).

(...)

El riesgo (extracontractual y real, en estado asegurable), sin mayores pretensiones académicas -según lo precisamos en oportunidad anterior- es la posibilidad de un acontecimiento, de un suceso de posible realización tanto en el tiempo como en el espacio, al cual las partes intervinientes en el negocio asegurativo, merced a su inobjetable latencia, deciden dota, para el supuesto de su materialización, de eficacia jurídica, de fisonomía y

*relevancia patrimonial (riesgo asegurado, riesgo contractual, equivale a la expresión álea), **Es pues el evento previsto -configurado o esculpido- por las partes contratantes.*** (énfasis añadido).

Teniendo en cuenta la definición doctrinal del riesgo como elemento esencial del contrato de seguro, se puede observar que la póliza No. 022275342/0 no contemplaron cobertura frente a los riesgos inherentes a la paciente o preexistencias que la misma pudiese tener, circunstancias que ciertamente escapan al alea de riesgos que tolera la medicina.

- **Ausencia de cobertura temporal respecto del contrato de seguro documentado en las pólizas no. 021752907/0, no. 021932843/0 y no. 022094774/0.**

En este punto debe rememorarse que, de conformidad con el contenido establecido en las pólizas contratadas, se determinó que la cobertura de la póliza se ofrecía bajo la modalidad “CLAIMS MADE” en la que eventualmente podría hacerse efectivo, y el amparo del seguro deberá circunscribirse ésta y a las demás condiciones pactadas. Debemos aclarar que la retroactividad mencionada por la llamante obedece a que dicho contrato de seguro se pactó en la modalidad “CLAIMS MADE” definida en el inciso primero del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, el cual contempla que la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora sólo puede surgir si las pérdidas que se enmarquen dentro del amparo de responsabilidad civil profesional médica ocurrieron dentro del periodo de retroactividad establecido, y la reclamación por el siniestro ha sido presentada durante la vigencia de la Póliza.

Para tal efecto, manifestamos al Despacho que la retroactividad de la póliza se da desde el 16 de abril de 2010, y que la vigencia del contrato de seguro misma se da desde el día 15 de mayo del 2015 fecha en la que se suscribe la primera póliza. No puede perderse de vista por el Juzgador, que las pólizas esgrimidas como fundamento del llamamiento en garantía, operan bajo la modalidad “CLAIMS MADE”; y, en ese sentido, ampara la responsabilidad médica del ente asegurado siempre y cuando se presenten dos circunstancias muy concretas: primero, los hechos alegados en la demanda deben haber ocurrido durante la vigencia o dentro del periodo de retroactividad otorgado en la póliza; y segundo, los hechos deben ser reclamados durante la vigencia de la misma. Frente a los seguros bajo la modalidad de reclamación o *claims made*, la doctrina ha tenido la oportunidad, recientemente, de recopilar las principales definiciones de la misma:

“...Uribe Lozada (2013, p. 346) indica que esta modalidad es diametralmente diferente en su concepción al tradicional mecanismo basado en la ocurrencia pura, ya que admite el amparo de hechos pasados pues el detonante de la cobertura es un hecho posterior a la producción del daño, consistente en la solicitud de indemnización que haga la víctima al asegurado o a la aseguradora.

*Por su parte, Carlos Ignacio Jaramillo (2011, pp. 321-322) indica que esta modalidad no es una delimitación causal del riesgo –como sí lo es una exclusión–, sino que **es una delimitación temporal pues ex ante se delimita temporalmente el riesgo asegurado, en la medida en que la aseguradora establece los casos en que responderá si la reclamación se presenta durante la vigencia del seguro, en función de diversas modalidades o reglas especiales de cobertura**; por ello reitera que es corolario de una estipulación que concierne a la dimensión temporaria del seguro y no a la que cobija a las*

*causas potenciales del siniestro vinculante. Se entiende, pues, que **esta modalidad es una limitación temporal** y que es completamente diferente a la modalidad ocurrencia.”¹⁸ (énfasis añadido).*

Aclarada la dinámica de esta modalidad de cobertura permitida legalmente en el país, los hechos objeto de la demanda carecerían de amparo bajo los negocios aseguraticios No. 021752907/0 con vigencia del 15/05/15 al 14/05/16, No. 021932843/0 con vigencia desde 15/05/16 a 14/05/2017 y No. 022094774/0 con vigencia desde 14/05/2017 hasta el 13/05/2018, luego que la reclamación no se presentó dentro de la vigencia de ninguna de estas pólizas. En adición, en lo que respecta a la póliza No. 021752907/0 con vigencia del 15/05/15 al 14/05/16, es claro que esta ni siquiera había sido expedida para el momento en el que ocurrieron los hechos (05 de abril del 2017 al 21 de junio del 2017), por lo que es claro que esta póliza no cumple ninguno de los dos requisitos de su modalidad de cobertura. Por lo anterior, al no poderse afectar estas pólizas, no le asistiría, en virtud de estos contratos de seguro, ninguna responsabilidad indemnizatoria a mi prohijada frente a los hechos demandados.

- **Límites de cobertura pactados en la Póliza No. 022275342/0**

De manera ilustrativa y sin aceptar responsabilidad alguna se informa que el contrato de seguro pactado tiene unos montos máximos, tanto por evento como por vigencia del seguro. Respetuosamente se solicita tener en cuenta el clausulado, porque como lo indica el doctrinante Ossa, dichas estipulaciones *“están destinadas a delimitar, de una parte, la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro y, de otra, a regular las relaciones entre las partes vinculadas al contrato, definir la oportunidad y el modo de ejercicio de los derechos y la observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanar”*¹⁹. En ese sentido, de acuerdo con el *pacta sunt servanda*, constituye ley para las partes los límites positivos (amparos) y los límites negativos (exclusiones) estipulados en el contrato de seguro.

Las Compañías Aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles riesgos les son transferidos y en este sentido, sólo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La H. Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las Compañías Aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes: *“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado. Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a*

¹⁸ Begué Hoyos, María del Pilar & Valencia Cardona, Daniela, Modalidad de cobertura por reclamación o “Claims made” en Colombia, 54 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 305-360 (2021). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris54.mcrc> doi:10.11144/Javeriana.ris54.mcrc

¹⁹ Ossa G. J., Efrén. Teoría General del Seguro: El contrato. Editorial Temis. 1991.

identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados)²⁰ (...)"

Entre las condiciones que se pueden pactar por los contratantes, es posible encontrar la determinación de límites temporales, territoriales, sobre la cuantía y de la ocurrencia de circunstancias específicas como, por ejemplo, en pólizas como la que se tiene bajo estudio, es posible establecer límites respecto del desarrollo de cierto tipo de procedimientos médicos. En las Pólizas suscritas con la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A., que se analizan en este caso, efectivamente se determinaron estos límites.

Así, la póliza No. contempla el siguiente tope por vigencia y evento:

Coberturas contratadas

Coberturas	Límite Asegurado Evento	Límite Asegurado Vigencia
1.Predios, Labores y Operaciones	2.800.000.000,00	2.800.000.000,00
10.RC. Profesional	2.800.000.000,00	2.800.000.000,00

Este valor se encontrará disponible de acuerdo con los siniestros que se hayan materializado en la vigencia de la Póliza. El valor máximo se condiciona a que en la vigencia total de la Póliza no se hubiere indemnizado por otras reclamaciones pagadas conforme a la Póliza No. 022275342/0. Lógicamente este valor se va reduciendo con cada siniestro pagado judicial o extrajudicialmente. Lo anterior significa que la responsabilidad se predicará cuando el suceso esté concebido en el ámbito de la cobertura del contrato, según su texto literal y por supuesto la responsabilidad de la aseguradora se limita a dicha suma.

- **Deducible pactado la Póliza No. 022275342/0**

La profesora María Cristina Isaza Posse refiriéndose a la jurisprudencia arbitral y a la doctrina nacional, define el concepto de deducible en el contrato de seguro de la siguiente forma:

"La jurisprudencia arbitral colombiana se ha referido al deducible de la siguiente manera:²¹

3.5.3. El deducible en el contrato de seguro

El artículo 1079 del Código de Comercio establece que "el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. SC45742015. Radicación No. 11001-31-03-023-2007-00600-0. Bogotá, 21 de abril del 2015.

²¹ Laudo Arbitral. Colpensiones contra AXA Colpatria Seguros S.A. Diciembre 22 de 2020. Árbitros: Arturo Solarte Rodríguez; Juan Carlos Esguerra Portocarrero; Alejandro Venegas Franco.

inciso segundo del artículo 1074”. De allí se desprende que, en primer lugar, la responsabilidad del asegurador está limitada, cuantitativamente, al monto de la suma asegurada. Sin embargo, **en ejercicio de la autonomía privada, también es posible pactar que el asegurado asuma un porcentaje o una cuota del riesgo que pretende trasladar a la aseguradora.** Las convenciones en ese sentido se denominan “deducible” y se encuentran definidas en el artículo 1103 del Código de Comercio como las “cláusulas según las cuales el asegurado debe soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño”. **Se trata, entonces, de la participación del asegurado en la asunción de los efectos patrimoniales del siniestro, que puede pactarse como una suma fija o como un porcentaje del valor asegurado. Como su nombre lo indica tal importe será “deducido” de la suma que la aseguradora debe reconocerle al asegurado, puesto que está a cargo de este último.**

La doctrina ha definido el deducible como “la primera parte de la pérdida que el asegurado asume sobre el monto indemnizable de un siniestro. Puede consistir en una suma fija o en un porcentaje del quantum de la indemnización o en una combinación de ambos”.²² En este sentido opera como un mecanismo para compartir los riesgos entre la aseguradora y el asegurado, quien deberá soportar una porción de la pérdida. En consecuencia, en cada caso habrá que analizar el pacto de las partes para determinar el valor efectivo que la aseguradora debe pagar, luego de aplicar el deducible correspondiente”.²³

En la póliza en estudio, se estipuló adicionalmente la existencia de un deducible, el cual legalmente está permitido, luego que se encuentra consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio; este reza que: “(...) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (...)” En síntesis, el deducible comporta la participación que asume el asegurado cuando se presenta el siniestro, el cual se manifiesta en un valor o porcentaje pactado en la póliza de seguro; así entonces, de acuerdo con el contenido de la única póliza que puede eventual y remotamente ser afectada en este caso, esto es, la Póliza No. 022275342/0 con vigencia desde 14/05/2018 hasta el 13/05/2019 prorrogada desde el 14/05/2018 hasta el 14/07/2019, el deducible pactado fue del DIEZ POR CIENTO DE LA PÉRDIDA (10 %), mínimo CINCO MILLONES DE PESOS (\$5,000.000) por toda y cada pérdida; así se determinó en el negocio aseguraticio estudiado:

DEDUCIBLES: (para toda y cada pérdida)

El deducible convenido se aplicará a cada reclamación presentada contra el asegurado, así como a los gastos de defensa que se generen, con independencia de la causa o de la razón de su presentación, o de la existencia de una sentencia ejecutoriada o no.

10% sobre el valor de la pérdida, mínimo COP\$5.000.000

CONCLUSIONES

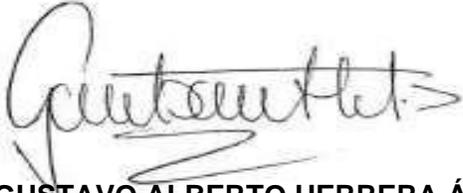
²² Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. Tercera edición. Bogotá: Ed. Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p.373

²³ Isaza Posse, M. C. (2021). El deducible en el seguro de responsabilidad civil en Colombia. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 30(54). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris54.dsrc>

Por los argumentos anteriormente expuestos se debe concluir lo siguiente:

1. Las instituciones médicas no son responsables del daño sufrido por JONIER REYES, de forma directa, ni por sus familiares indirectamente, pues, se acreditó mediante la experticia practicada, que el diagnóstico y la atención brindadas a la paciente fueron oportunas y adecuadas.
2. En todo caso, la parte actora no cumplió con su carga de acreditar todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual de las demandadas.
3. Por último, se tiene que mi representada no está obligada legal o contractualmente a asumir una eventual sentencia condenatorio dado que las pólizas mediante las cuales fue vinculada no prestan siquiera cobertura temporal.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.