

Para: DOCTORA
BIBIANA MARÍA LONDOÑO VALENCIA
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Referencia: PRESENTACIÓN DE RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA
NRO. 022/2024 DEL 16 DE FEBRERO DE 2024

Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

Radicado: 2018-539-00

Demandantes: DUVÁN GARCÍA Y OTROS

Demandados: ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL FELIPE SUAREZ DE SALAMINA, JHON
JAIRO ESCORCIA ROCHA Y SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD SES.

Fecha: 4/MAR/2024

JHONIER VALLEJO LÓPEZ, abogado titulado e inscrito identificado con cédula de ciudadanía 15.962.733 y Tarjeta Profesional 193.590 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en condición de apoderado de los demandantes dentro del proceso de la referencia presento RECURSO DE APELACIÓN en contra de la Sentencia 022/2024 del 16/FEB/2024 notificada el día 19 de febrero de 2024 de forma electrónica, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. Oportunidad.

El numeral quinto de la sentencia recurrida dispuso “NOTIFÍQUESE esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA”, artículo que establece que la sentencia se notificará “mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales.” El artículo 205 del CPACA por su parte establece que la notificación por medios electrónicos “se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.”.

Mediante Auto de Unificación proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado adoptó como regla de unificación jurisprudencial que «La notificación de las sentencias por vía electrónica prevista en el inciso primero del artículo 203 del CPACA se entenderá realizada una vez transcurridos dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 del CPACA».

De conformidad con lo anterior la sentencia de primera instancia fue notificada el 19 de febrero de 2024 por medios electrónicos, por lo que los dos días hábiles siguientes transcurrieron el 20 y 21 de febrero de 2024. El término para interponer el recurso de apelación transcurre desde el día 22 de febrero de 2024 hasta el día **6 de marzo de 2024.**

2. La sentencia de primera instancia.

La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda y declaró probadas las excepciones de los accionados y de las entidades llamadas en garantía, al haber concluido que, pese a que fue acreditada la existencia de daño pero no la imputación de este a los demandados. La decisión de primera instancia fue fundamentada en los siguientes razonamientos.

- Dio valor probatorio al dictamen pericial aportado por el demandado Jhon Jairo Esorcía, afirmando que *“se acreditó que la elaboración del dictamen estuvo a cargo de una persona con conocimientos especializados en medicina y urología y al tratarse el litigio de hallar respuesta a un problema jurídico relacionado con la atención médica brindada; para el Despacho, se encuentra acreditada con suficiencia la idoneidad del perito, más aún si se valora la experiencia que como médico informó.”*
- No se pronunció sobre la tacha al testigo Roberto Fominaya. Respecto a la validez de dicho testimonio simplemente manifestó que *“las declaraciones fueron recepcionadas conforme a derecho, respetando el derecho de audiencia, defensa y contradicción”*, otorgando pleno valor probatorio al mismo.
- Citando la Sentencia de 28 de abril de 2010, Rad. 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087) del Consejo de Estado, señaló que no se le debe imputar responsabilidad subjetiva por el título jurídico falla del servicio al SES, a la ESE, ni al médico, ni a las aseguradoras llamadas en garantía, en tanto:
 - Para el *a quo* no se demostró en el procedimiento quirúrgico practicado el 22 de septiembre de 2016, vulneración de los estándares de calidad exigidos por la *“lex artis”*
 - Se probó que la complicación medica que se dio en el procedimiento quirúrgico realizado el 22 de septiembre de 2016, corresponde a una complicación que se encuentra dentro de los riesgos de este tipo de cirugías o cualquier otro procedimiento de este tipo y que el paciente tenía conocimiento de la misma.

- No se logró evidenciar científicamente relación directa e inequívoca (nexo causal) entre los procedimientos médicos realizados por los centros hospitalarios implicados y la disfunción eréctil que sufre el demandante
- Dio plena validez e importancia al dictamen pericial allegado por el demandado John Jairo Escorcia. Sobre el particular mencionó que el médico que rindió el informe *“es un especialista con amplio conocimiento y experiencia en temas vasculares y urológicos que permiten determinar que la conclusión a la que se llega el despacho se encuentra fundada en los testimonios y dictámenes de personas con la suficiente experticia sobre el tema que nos compete, del que se concluye que las entidades demandadas y las llamadas en garantía no son responsables del perjuicio reclamado por el demandante, pues como lo mencionaron en lo relatos los médicos especialistas sostuvieron que anatómicamente y fisiológicamente no es posible la relación de la lesión en el femoral sufrida por el demandante con la disfunción eréctil que padece el mismo, además agregan ambos, que científicamente tampoco se encuentra acreditado el nexo causal en el presente asunto.”*
- Desestimó el dictamen practicado por la Junta Regional de Invalidez de Caldas y del cual el medico JUAN MAURICIO CORTES LOPEZ, por cuanto, para el despacho, “el dictamen emitido por la Junta no consiste en determinar si la causa de la disfunción del señor DUVAN GARCIA, **fue como consecuencia de la cirugía de herniorrafía y la lesión ocasionada en la arteria femoral, sino que únicamente determinan si existe disfunción eréctil**”.
- **Respecto al examen ECOGRAFÍA DOPLER** practicado por BOSTON MEDICAL GROUP el 23 de septiembre de 2019, allí se consigna lo siguiente “...DIAGNOSTICO: Disfunción Eréctil ANALISIS: paciente con de probable origen orgánico mixto (vascular con predominio neurogénico desencadenado desde la complicación de procedimiento de herniorrafía inguinal)...” **es decir las causas de la disfunción eréctil no son concluyentes pues se habla de un probable origen**, no existiendo la certeza de las causas de la disfunción.
- Señaló que en el presente caso la disfunción eréctil podía ser causada por la edad del sr. Duván García o por el consumo del medicamento prazosina, vasodilatador utilizado para tratar la hiperplasia prostática que este padece.

3. Fundamentos de la apelación.

En el presente recurso de apelación se demostrará la ilegalidad de la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

- i) **La sentencia recurrida otorga pleno valor probatorio a un dictamen pericial que fue aportado de forma extemporánea** al expediente judicial, en abierto desconocimiento del artículo 212 del CPACA que establece las oportunidades procesales para aportar pruebas. La valoración del dictamen pericial por parte del juez es violatorio del debido proceso al desconocer las formas propias del proceso judicial y los términos perentorios e improrrogables que las partes tienen para acreditar sus actuaciones.
- ii) **La sentencia recurrida otorga pleno valor probatorio a un dictamen pericial que carece de suficiencia técnica, científica, experimentos y procedimientos del perito para arribar a la conclusión sostenida** por el perito. Más aún, la sentencia recurrida resaltó la importancia del dictamen pericial de cara a la decisión finalmente adoptada, pese a las serias inconsistencias presentadas en la contradicción del dictamen por parte del perito.
- iii) **La sentencia recurrida otorga pleno valor probatorio al testimonio del médico Roberto Carlos Fominaya pese a que éste tiene interés directo dentro del proceso** y por tanto, debía ser calificado como un testigo sospechoso. Más aun, la sentencia recurrida resaltó la importancia del testimonio del dr. Fominaya de cara a la decisión adoptada pese a que durante su interrogatorio el testigo asumió en varias oportunidades el comportamiento de una parte dentro del proceso, al punto de manifestar que podía ejercer su derecho de defensa, facultad que solo le está reservada a las partes procesales.
- iv) **La sentencia recurrida incurre en defecto sustantivo al encontrar probada como posible causa de la disfunción eréctil el consumo de prazosina, pese a que en el expediente no existe prueba de su consumo y que existen otras pruebas que desvirtúan que este haya sido el causante de dicha patología.**
- v) **La decisión recurrida incurrió en defecto fáctico al otorgar pleno valor probatorio a dos pruebas que adolecen de irregularidades legales (testimonio del dr. Fominaya y peritaje del dr. Dussan), al tiempo que desconoció otras pruebas que fueron aportadas en debida forma,** que son idóneas para demostrar que el sr. Duván García padece una disfunción eréctil de origen neurogénico ocasionada por la lesión de nervios durante las cirugías que le fueron practicadas por los demandados.

- vi) La decisión recurrida incurrió en defecto sustantivo por violación al principio de congruencia, así como en defecto fáctico por haber pasado por alto el hecho que el consentimiento informado que fue suscrito para la intervención quirúrgica realizada en el hospital Felipe Suárez se encontraba viciado de invalidez, en tanto para su obtención el médico Jhon Jairo Escorcia ejerció adujo una calidad que legalmente no tenía en lo que constituye además el delito de suplantación personal y/o ejercicio ilegal de la profesión.
- vii) La decisión recurrida incurrió en defecto sustantivo al pasar por alto que no existió consentimiento informado **respecto a los procedimientos quirúrgicos que le fueron realizados a mi procurado en SES Hospital de Caldas.**

3.1. Asunto preliminar. Acreditación de la existencia de daño.

En el presente proceso no es objeto de debate la existencia de daño en cabeza del sr. Duván García y de otros demandados, tal como bien lo tuvo probado el a quo en la sentencia de primera instancia. La presente precisión se realiza toda vez que la sentencia recurrida da por cierto el daño como primer elemento de la responsabilidad pero termina denegando las pretensiones de la demanda por encontrar no probada la imputación fáctica y jurídica. Así se lee a página 58 de la sentencia recurrida, donde se afirma:

*“En consecuencia, **si bien se encuentra acreditado uno de los elementos de la responsabilidad como es del daño, al no probarse la imputación jurídica del mismo, no logra configurarse el nexo causal**, es decir que se probó por parte de los demandados que no existe científicamente relación directa e inequívoca (nexo causal) entre los procedimientos médicos realizados por los centros hospitalarios implicados y la disfunción eréctil que sufre el señor DUVAN GARCIA y por tanto no se evidencia la alegada falla en el servicio atribuida a las demandadas, motivos por los cuales el Despacho negará las pretensiones de la demanda.”*

El presente recurso de apelación se ubica pues, en sede de imputación como segundo elemento constitutivo de responsabilidad, bajo el entendido que el daño fue suficientemente demostrado como bien lo tuvo probado el fallador de primera instancia.

3.2. La sentencia recurrida fundamenta su decisión en un dictamen pericial que no tiene ningún valor probatorio y que no debió ser practicado ni incorporado al expediente judicial.

A continuación, se demostrará que la sentencia de primera instancia desconoció los términos procesales perentorios y de orden público para aportar pruebas al expediente judicial. Más aún, dicha prueba fue incorporada al expediente judicial siendo la prueba que

más importancia dio el fallador para proferir su decisión. Dicho yerro reviste de tal gravedad que puede incluso configurar un defecto procedimental absoluto susceptible de ser protegido mediante acción de tutela.

El problema jurídico sobre el cual versa este cargo de apelación se resume en establecer si **¿Podía el juez de primera instancia fundar su decisión en una prueba que fue aportada de forma extemporánea por parte del demandado?**

La respuesta a este problema jurídico es que no se podía basar la decisión recurrida en una prueba que no fue aportada oportunamente dentro del proceso, pues esto implica el desconocimiento de un término perentorio e improrrogable según se explica a continuación:

- El artículo 212 del CPACA establece como oportunidades para aportar pruebas al expediente judicial las siguientes:

ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

*En primera instancia, son oportunidades **para aportar o solicitar la práctica de pruebas:** la demanda y su **contestación**; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.*

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

- El artículo transcrito es absolutamente claro en señalar que las pruebas **serán apreciadas por el juez** únicamente cuando se soliciten, practiquen e incorporen en las oportunidades previstas. Para el caso del demandado, dichas oportunidades no son otras que la contestación de la demanda y la contestación de la reforma de la demanda.
- Respecto a la prueba pericial el mismo artículo señala que las partes **deberán aportarla dentro de las oportunidades procesales para allegar pruebas al expediente.**
- El artículo 172 del CPACA por su parte, establece que el término de traslado de la demanda será por el término de 30 días, plazo que comenzará a correr una vez cumplido el término previsto en el artículo 199 de la misma ley y dentro del cual **“deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención”**.

- Quiere esto decir que para las fechas en que acaecieron los hechos que nos ocupan el demandado tenía 30 días para contestar la demanda y solicitar o aportar pruebas, término que comenzaba a correr una vez cumplidos los 15 días de que trataba el artículo 199 del CPACA vigente para la época.
- Respecto de la reforma de la demanda el artículo 173 del CPACA dispone que de la reforma de la demanda “se correrá traslado mediante notificación por estado **y por la mitad del término inicial**”, esto es, el demandado cuenta con 15 días para contestar la reforma de la demanda.
- El artículo 117 del Código General del Proceso aplicable por el principio de integración normativa del artículo 306 del CPACA¹ establece por su parte que los términos procesales para realización de los actos procesales de las partes son “**perentorios e improrrogables**”², sobre lo cual López Blanco anota lo siguiente:

*“Si bien es cierto que todos los términos revisten el carácter de legales por estar instituidos en el código, este nombre se da a aquellos plazos que numéricamente señalan las normas y que tienen como características esenciales las de ser, **por regla general, perentorios e improrrogables, conforme lo indica el inciso primero del art. 117** en el que se indica que “Los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.”, norma que admite como excepción lo señalado en el art. 119 del CGP en el sentido de permitir la renuncia de un término cuando se establece exclusivamente a favor de un determinado sujeto procesal, como sería, por ejemplo, el caso del término del traslado de la demanda que bien puede el demandado renunciarlo total o parcialmente.*

¹ **ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

² **ARTÍCULO 117. PERENTORIEDAD DE LOS TÉRMINOS Y OPORTUNIDADES PROCESALES.** Los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.

(...) A falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias, y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y la solicitud se formule antes del vencimiento.

(...) Resumiendo lo dicho, acerca de los términos legales, se tiene lo siguiente: están fijados por las normas en forma exacta; son improrrogables y perentorios, salvo precisas excepciones.

Del caso concreto.

- Para el caso que nos ocupa se lee a página 51 y 52 de la sentencia de primera instancia lo siguiente:

*“Dicho dictamen del médico Urólogo MAURICIO DUSSAN, es acorde con lo manifestado por el Medico Cirujano Vascular FOMINAYA, pues en el mismo sentido señala que no hay relación de causalidad entre la cirugía practicada, la lesión de la arteria femoral y la disfunción eréctil, pues el perito señala que arteria lesionada se encuentra distante de la que produce la erección, que la arteria lesionada es una arteria externa y las arterias que cumplen con la función sexual son arterias internas. **A lo relatado debe dársele plena validez e importancia, ya que como se estableció en el proceso, es un especialista con amplio conocimiento y experiencia en temas vasculares y urológicos que permiten determinar que la conclusión a la que se llega el despacho se encuentra fundada en los testimonios y dictámenes de personas con la suficiente experticia sobre el tema que nos compete,** del que se concluye que las entidades demandadas y las llamadas en garantía no son responsables del perjuicio reclamado por el demandante, pues como lo mencionaron en lo relatos los médicos especialistas sostuvieron que anatómicamente y fisiológicamente no es posible la relación de la lesión en el femoral sufrida por el demandante con la disfunción eréctil que padece el mismo, además agregan ambos, que científicamente tampoco se encuentra acreditado el nexo causal en el presente asunto.”³*

- Nótese que para el fallador, la presunta prueba pericial allegada por el demandado Jhon Jairo Escorcia es fundamental de cara a la decisión adoptada que negó las pretensiones de la demanda.
- **El fallo recurrido se encuentra viciado de un defecto procedimental absoluto** al incorporar y adoptarse la decisión sobre una presunta prueba pericial **que fue allegada por fuera de las oportunidades procesales descritas en el artículo 212 del CPACA, en tanto el médico John Jairo Escorcia presentó de manera extemporánea la contestación de la demanda y la contestación de la reforma de la demanda.** Esto quiere decir que tanto la contestación de la demanda como la contestación de la reforma a la demanda del mencionado médico debieron tenerse

³ Folios 51 y 52 de la sentencia de primera instancia.

por no presentadas. No obstante, el a quo no solo incorporó dichas piezas procesales al expediente, sino que fundó su decisión en el informe pericial que fue allegado con dichas contestaciones.

- En el archivo "057 Notificación Personal.pdf" del cuaderno principal obra constancia de notificación personal del auto admisorio de la demanda al abogado Juan Manuel Gómez Montoya apoderado especial de Jhon Jairo Escorcía. Dicha diligencia tuvo lugar el día **9 de septiembre de 2019.**

Manizales, nueve (09) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

1

NOTIFICACIÓN PERSONAL

En la fecha compareció el abogado JUAN MANUEL GÓMEZ MONTOYA identificado con T.P.213.814, quien se presenta como apoderado del señor JHON JAIRO ESCORCIA ROCHA, a efectos de notificarse personalmente del auto del 18 de febrero de 2019, que admitió la demandada dentro del medio de control de REPARACIÓN DIRECTA promovido por la el señor SANDRO IVÁN GARCÍA y OTROS, contra la ESE HOSPITAL FELIPE SUÁREZ DE SALAMINA y OTROS.

Al notificado se le hace entrega de copia de la demanda, sus anexos y del auto admisorio de la demanda en medio digital.

- Esto quiere decir que el término de traslado de la demanda previsto en el artículo 172 del CPACA transcurrió entre el día 1 de octubre de 2019, esto es, cumplidos los quince días de que trataba el artículo 199 del CPACA vigente para la época, y el día **14 de noviembre de 2019.**
- Pese a que el médico John Jairo Escorcía debía presentar la contestación de la demanda a más tardar el día 14 de noviembre de 2019, dicha contestación únicamente fue allegada al proceso el día **28 de noviembre de 2019** (ver archivo 081Contestacion Jhon Jairo Escorcha" del cuaderno principal:

Manizales, noviembre de 2019



Señor:

JUEZ SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES
Ciudad.-

**MEDIO DE CONTROL
RADICADO
DEMANDANTES
DEMANDADOS
ASUNTO**

**REPARACION DIRECTA
17-001-33-39-006-2018-00539-00
DUVAN GARCIA Y OTROS
JHON JAIRO ESCORCIA ROCHA Y OTROS
CONTESTACION JHON JAIRO ESCORCIA ROCHA**

JUAN MANUEL GOMEZ MONTOYA, mayor de edad, vecino de Manizales, identificado con la cédula de ciudadanía número 75.107.901 de Manizales, Abogado con Tarjeta Profesional N° 213.814 del Consejo Superior de la Judicatura, me dirijo a su despacho para **CONTESTAR la demanda del asunto, según el poder especial, amplio y suficiente que me fuera conferido para tal efecto por el señor Jhon Jairo Escorcía Rocha, según como sigue:**

- Fue en la contestación de la demanda donde el médico allegó el informe pericial que fue tenido en cuenta por el a quo para proferir su decisión, tal como se observa a folios 1 a 5 del archivo 083Anexo 2 – Prueba del cuaderno principal,
- También la reforma a la demanda **fue contestada extemporáneamente por el demandado John Jairo Escorcía**. En audiencia de fecha 12/AGO/2020 el juzgado le concedió un término de 15 días hábiles para contestar la reforma a la demanda, el cual vencía el día **3 de septiembre de 2020**. No obstante, la contestación de la reforma a la demanda únicamente fue allegada el día 29 de septiembre de 2020, esto es, **26 días después de vencido el plazo de que trata el artículo 172 del CPACA** (archivo 136Correo cuaderno principal):

RV: Contestación Reforma proceso 2018 - 539

Juzgado 06 Administrativo - Caldas - Manizales <admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 29/09/2020 8:41

Para: Marly Jineht Bohorquez Jimenez <mbohorqj@cendoj.ramajudicial.gov.co>

1 archivos adjuntos (312 KB)

contestacion reforma jhon jairo escorcia (1).pdf;

De: Juan Manuel Gomez Montoya <juanogomez11@hotmail.com>

Enviado el: lunes 28 de septiembre de 2020 2:47 p. m.

Para: Juzgado 06 Administrativo - Caldas - Manizales <admin06ma@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Contestación Reforma proceso 2018 - 539

Buenas tardes remito contestación a la reforma del presente proceso. En correo separado enviare a las demás partes del proceso correo con escrito de contestación

- Téngase presente que si bien el auto de fecha 12/AGO/2020 que otorgó nuevo término fue objeto de recurso de apelación, el mismo fue concedido en el efecto devolutivo conforme lo establece el parágrafo del artículo 243 del CPACA. Esto implica que no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada según el artículo 323 del Código General del Proceso.
- La contestación de la reforma de la demanda contenía una nueva petición de término para aportar el dictamen pericial⁴. No obstante, **la solicitud del decreto de la prueba fue extemporáneo y por lo tanto, nuevamente no podía tenerse en cuenta por haberse formulado por fuera del término judicial que le fue otorgado al demandado en la audiencia del 12 de agosto de 2020.**
- La única prueba que se podía derivar de la contestación extemporánea de la demanda y de su reforma por parte del médico John Jairo Escorcia era la **confesión de que trata el artículo 97 del Código General del Proceso** según el cual ***“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.”***

⁴ Folio 57 archivo 137ContestaDDOS cuaderno principal.

- No obstante lo anterior, el fallo recurrido no solo no aplicó la presunción de que trata el artículo 97 del CGP, sino que incorporó al proceso judicial y fundó la decisión de primera instancia en una prueba que había sido aportada de forma extemporánea **dos veces por parte del demandado, hecho que por demás fue advertido por el suscrito en diversas oportunidades procesales.**
- La incorporación del dictamen pericial del médico Mauricio Eduardo Dussan Rojas, así como su valoración como elemento esencial de la decisión de primera instancia no solo es contraria a derecho por violar los artículos 97 del CGP, 172 y 173 del CPACA, sino que puede incluso configurar un defecto procedimental absoluto como quiera que dicho informe fue aportado por fuera de los términos legales, perentorios e improrrogables previstos para tal efecto.

3.3. La prueba pericial aportada por el médico John Jairo Escorcía y suscrita por el médico Mauricio Dussan es parcializada y no cumple con los requisitos para que sea valorado como un dictamen pericial al carecer de rigor científico y carecer de objeto de prueba.

El segundo yerro del fallador de primera instancia fue darle valor probatorio al documento denominado dictamen pericial que fue suscrito por el medico Mauricio Dussan pese a que el mismo **no cumplía con ninguno de los requisitos legales del dictamen pericial.**

El el juez debió desestimar el dictamen pericial porque este carece **de solidez, de claridad, no es exhaustivo ni preciso, no contiene claridad sobre los fundamentos que sustentan la conclusión allí expresada, y además, en la audiencia de contradicción del dictamen el perito mostró un total desconocimiento de las reglas que regulan dicho medio de prueba, al tiempo que presentó respuestas fueron imprecisas e inconsistentes, que incluso se contradecían con los documentos científicos que allegó como anexos del dictamen.** Adicionalmente quedó demostrado en la audiencia de contradicción que el perito no conocía ni tuvo en cuenta la totalidad de la historia clínica del sr. Duván García, pese a que a página 1 del dictamen afirma que dicho dictamen fue rendido con base en la historia clínica.

Más grave aún, el juez de primera instancia otorgó pleno valor probatorio a un dictamen pericial cuyo objeto fue indeterminado **y únicamente fue establecido o supuesto por el perito, hecho que quedó plenamente demostrado en la audiencia de contradicción del dictamen.** La sentencia recurrida fundamenta su decisión en el dictamen allegado, pese a que en la misma audiencia de contradicción quedó en evidencia que el perito únicamente tuvo en cuenta para emitir su opinión los documentos que le favorecían al médico **John Jairo Escorcía, quedando en entredicho además, la imparcialidad del dictamen.**

En síntesis, se demostrará que ningún valor tiene el dictamen pericial que fundamentó la decisión recurrida, por cuanto no contiene claridad ni suficiencia técnica o científica.

- El artículo 226 del Código General del Proceso establece como requisitos mínimos que debe cumplir una prueba para ser considerada como dictamen pericial, los siguientes:

“ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA. *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.*

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito

El perito deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.”

- Si bien el incumplimiento de dichos requisitos no genera como consecuencia automática la invalidez del dictamen, sí genera un deber adicional del juez respecto a su valoración. Para el caso concreto el juez de primera instancia omitió aplicar las reglas de apreciación del dictamen descritas en el artículo 232 del Código General del proceso, según el cual “El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, **teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos**, la idoneidad del perito y **su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.**”
- A folios 1 A 4 del archivo 083Anexo 2 – Prueba obra informe suscrito por el medico Mauricio Rojas Dussan, al cual el juez de primera instancia dio pleno valor probatorio como dictamen pericial, pese a que no cuenta con los requisitos mínimos para ser considerado como tal.
- Al observarse el informe se observa que el mismo está compuesto de 4 folios. En la primera página el médico describe los hechos relatados en la demanda referidos a la intervención quirúrgica realizada a mi prohijado y el estado en que fue recibido en el Hospital de Caldas. El aporte personal del médico consta de **dos párrafos** que lo llevan a concluir que no existe relación entre la lesión y la cirugía correctora de la lesión realizada al señor Duvan García, según se ve a continuación:

Tengo para aportar lo siguiente: En calidad de medico urólogo idóneo en el tema de impotencia o disfunción eréctil.

La erección masculina o proceso por el cual el pene se pone rígido y consigue sostenerse así hasta conseguir eyacular es un proceso complejo, donde interviene dos cámaras dentro del pene llamados cuerpos cavernosos los cuales se llenan de sangre al entrar dicha sangre a través de unos vasos sanguíneos identificados como arterias los cuales estimulan una membrana (barrera) llamada túnica albuginia la cual hace que las venas por donde debería salir esa sangre se cierran y la sangre se contiene dentro del pene consiguiendo estar rígido el tiempo necesario.

Las arterias que llevan la sangre al pene se llaman bulbouretral, arteria uretral, arteria dorsal del pene y arteria cavernosa. Hay una de cada una para cada lado del pene. Estas arterias provienen de una arteria principal llamada pudenda interna que a la vez es la rama terminal de las arterias hipogástricas que a la vez son ramas de las arterias iliacas internas que a la vez son ramas de las arterias iliacas comunes. Se ha documentado científicamente como los traumas en la región pélvica pueden lesionar las arterias pudendas internas, en lenguaje común el espacio donde se encuentra la vejiga que es el centro de una línea trazada paralela al pubis. La región inguinal derecha se encuentra en una región de esa misma línea en el lado derecho. Motivo por el cual no existe documentación científica en la actualidad que identifique las lesiones de la arteria iliaca externa ni de la arteria femoral común ni de la vena femoral común como causante de daño de la arteria pudenda interna y causar impotencia; así mismo, nunca en mis 20 años de experiencia como urólogo encontré un paciente que haya sido sometido a la cirugía de DERIVACION CON PROTESIS VASCULAR SEMIANILLADA desde la ARTERIA ILIACA EXTERNA hasta LA FEMORAL COMUN. Tampoco encontré documentación científica que hable de impotencia como resultado de dicha cirugía.

Lo anteriormente expuesto me hace concluir que no existe relación alguna entre la lesión y la cirugía correctora de la lesión de los vasos realizada al señor Duvan García y la queja de impotencia realizada por el.

- El informe no cumple con los requisitos mínimos para ser valorado como un dictamen pericial. En efecto, en dicho informe se menciona que el médico Mauricio Dussan es profesional idóneo en temas de disfunción eréctil, **pero no señala si cuenta con publicaciones relacionadas con la materia del peritaje o como está sustentada dicha experiencia, tal como lo ordena el numeral 4 del artículo 226 del CGP.**
- El informe **no contiene una la lista de casos en que el médico Mauricio Dussan ha sido designado como perito en los últimos 4 años.** De hecho, la idoneidad del perito como auxiliar de la justicia quedó desvirtuada en la audiencia de

contradicción del dictamen, donde reconoció que no ha rendido dictámenes periciales en otros procesos judiciales.

- En el informe **no existe una declaración de exámenes, métodos, experimentos e investigaciones utilizados** por el perito en dictámenes anteriores, ni mucho menos contiene una declaración de los exámenes, métodos y experimentos empleados para elaborar el informe que fue a la postre presentado como dictamen pericial. Con ello el informe tampoco cumple con los requisitos previstos en los numerales 8 y 9 del artículo 226 del CGP.
- El informe presentado por el médico Mauricio Dusan no contiene una delimitación del objeto del dictamen pericial. **El objeto del dictamen pericial fue supuesto por el mismo perito, tal como este lo afirmó en audiencia de contradicción del dictamen (min. 1:23:00, archivo “209AudienciaPruebas):**

“JUEZ: Doctor, la pregunta que le están haciendo es: Cuál fue la pregunta que a usted le hizo el demandado para rendir el dictamen, es decir, cuál era el objeto de su dictamen.

***DR. DUSAN:** Ah bueno, eso sí lo entiendo. Gracias doctora. Es deducir, inducir, si existe relación entre la injuria que se ocasionó o la corrección de la injuria con la queja del paciente de disfunción eréctil.*

***JHONIER VALLEJO:** ahora sí. Cómo esa es la pregunta, muéstrenos en qué parte de su dictamen usted dice que esa es la pregunta; usted tiene que partir como perito de una pregunta y un objeto que usted va a resolver, muéstrenos en qué parte de su dictamen esta esa pregunta.*

***JHONIER DUSAN:** No, yo no lo coloqué ahí.*

***JHONIER VALLEJO:** Ah, ok. Quiere decir que usted terminó opinando sobre una cosa que no puso como objeto de su dictamen en su escrito [interrupción]*

***DR. DUSAN:** Las cosas tacitas supongo que existen ¿no?, no solamente lo nominal sino lo tácito, o sea que se sobreentiende.*

***JHONIER VALLEJO:** Ok. Quiere decir que usted realizó un análisis de acuerdo con lo que usted consideró que era lo tácitamente le estaban preguntando.*

***DR. DUSAN:** Sí.”*

- El objeto del peritaje debe ser definido por la parte y no supuesto por el perito. Este error es tan grave que en el antiguo régimen de contradicción del dictamen daría lugar a la objeción por error grave, tal como lo manifiesta el Consejo de Estado reiteradamente al señalar que:

“Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.”⁵

- El juez de primera instancia otorgó pleno valor probatorio al dictamen pericial, pese a que en la misma audiencia de contradicción del dictamen el perito reconoció que los documentos aportados con el informe **no versaban sobre la relación entre la lesión padecida por Duván García y la cirugía que le fue realizada**. Esto quiere decir que la conclusión del dictamen no se sustenta en literatura científica, documentos ni mucho menos, en procedimientos o exámenes realizados:

“JHONIER VALLEJO: Diga si es cierto que dentro de los documentos que aporta no existe información específica que apoye la conclusión del dictamen según la cual no existe relación entre la lesión y la cirugía correctora de la lesión de los vasos realizada por el señor Duván García y la queja de la impotencia.

DR. DUSAN: No encontré documentación al respecto doctor, no encontré ninguna lesión de ese tipo que ocasionen disfunción eréctil.

JHONIER VALLEJO: Claro. Pero mi pregunta es, de los siete documentos que usted aportó donde aborda específicamente este problema quirúrgico, si es así indíquenos cuál es la página y cuál es el documento.

DR. DUSAN: No, no, no tengo.

- El informe presentado tampoco aportó los documentos examinados, pese a que supuestamente se trató de un dictamen pericial sobre historia clínica. Este hecho quedó en evidencia dentro de la audiencia de contradicción del dictamen:

“JHONIER VALLEJO: Usted dice que realizó un dictamen de análisis de historia clínica, sin embargo, con su dictamen pericial no aportó la historia clínica que

⁵ Consejo de Estado, SECCION PRIMERA Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009) Radicación número: 25000-23-27-000-2004-02049-01(AP), reiterada en sentencia 27001233100020080007801 (41520), Jul. 21/18.

analizó. Explíquenos, si el dictamen recae sobre una historia clínica por qué no aportó la historia clínica que revisó.

DR. DUSAN: No soy abogado, yo simplemente cogí los documentos que me aportaron y los miré y los analicé. (...)

JHONIER VALLEJO: Ok. Si usted no adjuntó la historia clínica analizada explíquenos cómo podemos saber si analizó los documentos completos o si sólo contó con información parcializada que le haya entregado el demandado.

DR. DUSAN: Es muy fácil identificar si yo dije alguna mentira o alguna inexactitud de lo que yo escribí, pero yo creo que no la dije, a no ser que usted tenga algún dato diferente a lo que yo dije.”

- Respecto a la metodología utilizada, es claro que el médico Dussan no examinó, o no incluyó toda la historia clínica del sr. Duván García. De hecho, en audiencia de contradicción del dictamen reconoció que la historia clínica no era suficiente para determinar la causa de la disfunción eréctil del sr. Duván García y sin embargo, de manera contradictoria concluyó que con base en dicha historia clínica que la causa de la disfunción eréctil no podía ser la herniorrafía fallida. Veamos:

“DR. VALLEJO: Claro. Usted inició su presentación diciendo que la probabilidad es cero y que usted está completamente seguro, pero resulta que sólo revisó la historia clínica y nos dice que eso no es suficiente, ya nos dijo en una respuesta anterior que la historia clínica no es suficiente. Por qué no mencionó en su dictamen que en todo caso para determinar cuál era la causa debían hacerse una serie de exámenes y pruebas clínicas según los mismos artículos que usted adjunta.

DR. DUSAN: Doctor, porque no me interesa doctor, a mí lo único que me interesó fue saber que la lesión, que la injuria que el paciente recibió, la injuria quirúrgica no es la causa de la impotencia, no más.”

- Téngase presente que en tratándose de dictámenes periciales, el eje fundamental que lo sustenta es la metodología y la rigurosidad técnica con que son emitidos. De allí que **el dictamen “ (...) será eficaz cuando en él consten los fundamentos de las conclusiones, habida cuenta que “si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes”;** y continúa diciendo: “(...) Corresponde al juez apreciar ese aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a

adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable”.⁶

- El fallador de primera instancia tampoco tuvo presente que el dictamen fue emitido de manera parcializada, pues en el mismo **únicamente se incluyó la información que le favorece al dr. John Jairo Escorcia para sustentarse la conclusión**. Así quedó en evidencia en la audiencia de contradicción del dictamen:

“JHONIER VALLEJO: Revise la historia clínica del señor Duvan García. Le pido al Despacho que por favor vamos al documento 10, página 31, el capítulo de enfermedad actual por favor, ahí se ve en pantalla, ahí donde dice refiere que no ha tenido erecciones después de la lesión vascular y además presenta dolor a nivel de toda la región inguinal con entumecimiento al trabajar. Si una de las complicaciones de las operaciones de las hernias son las lesiones de nervios y neuralgias residuales y en su dictamen hace referencia a esa consulta del 2 de noviembre, explíquenos por qué omite ese referencial dolor y entumecimiento de la zona inguinal al trabajar que relata el señor Duván García en esa misma consulta.

DR. DUSAN: El mismo artículo responde eso, doctor; la probabilidad es mínima y tendría que ser incapacitante que en ningún momento lo refiere ahí, dolor tenemos todos después de una cirugía, y estamos hablando de una herniorrafia no de una herniorrafia complicada.

JHONIER VALLEJO: El paciente en la realización de la herniorrafia la cirugía no pudo realizarse, se lesionaron varios vasos sanguíneos, tuvo que ser remitido por un riesgo vital, como usted mismo lo menciona en su dictamen; ¿y usted cree que la herniorrafia no fue una herniorrafia complicada?

DR. DUSAN: No, doctor me entendió mal o me hice entender mal. Sí fue una herniorrafia complicada. Pero es que el dolor es probable que se le pueda atribuir a la herniorrafia, pero de ahí a que usted lo vaya a certificar, o sea para mí eso es falso. (...)

JHONIER VALLEJO: Claro, pero la consulta que se le ha puesto de presente es del año 2017, más de un año después de haber sido operado; y la pregunta es concreta. Si hay una acusación de dolor, de impotencia, de entumecimiento, y una de las complicaciones es precisamente las neuralgias, usted por qué no refirió en su dictamen [interrupción], permítame le hago la pregunta, por qué no se refirió en su dictamen a la técnica operatoria y a la posible lesión de nervios del señor Duvan García.

DR. DUSAN: Porque no considero que tenga que ver con impotencia de él.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera: C. P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Exp. N° 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432)

JHONIER VALLEJO: Pero no lo dijo así en el dictamen, ese punto no lo tocó.

DR. DUSAN: Bueno.”

- El fallador de primera instancia no valoró que el dictamen omitió incluir dentro del análisis, el diagnóstico de disfunción eréctil realizado por Boston Medical Group, hecho que fue expresamente reconocido por el médico Dussan. De hecho, **este refirió que no se pronunció sobre el diagnóstico de Boston Medical Group porque simplemente discrepa del concepto rendido por dicha institución:**

“JHONIER VALLEJO: Muy bien. En el expediente judicial obra historia clínica del señor Duván García de la Institución Boston Medical Group que incluye prueba doppler de arterias cavernosas con alprostadil 20mg, exámenes de laboratorio de globulina transportadora hormonas sexuales, prolactina, testosterona. Y hay una conclusión que dice que el señor padece disfunción eréctil de probable origen orgánico mixto vascular de predominio neurogénico desencadenado desde la complicación del procedimiento de herniorrafia e inguinal. La pregunta es concreta, y es: ¿Usted contó con esta información de la historia clínica del señor Duvan García para hacer su dictamen?

DR. DUSAN: Yo sí recuerdo haber leído algo de Boston Medical ¿cierto?, no recuerdo específicamente que haya relación o que ellos hayan aducido relación entre el acto quirúrgico y la lesión vascular con la impotencia del paciente, pero yo sí recuerdo haber leído algo que tuvo que ver con eso; (...)

DR. VALLEJO: Si usted contó con esa información tan precisa de un diagnóstico que decía que el señor Duván García padecía una disfunción eréctil de origen vascular de predominio neurogénico y que se desencadenó desde la herniorrafia Inguinal, usted porque no consideró esa información en su dictamen y no hace ningún análisis sobre ella.

DR. DUSAN: Es imposible, es imposible que la lesión como tal ocasione laceración anatómica, ocasione eso que usted está diciendo, es imposible, no es posible, no es posible, no es posible.

DR. VALLEJO: (...) Usted tuvo en sus manos información del señor Duvan García de cara al proceso porque decía que padecía una disfunción eréctil ocasionada desde la herniorrafia inguinal y usted no la consideró ni la analizó en su dictamen. ¿Eso es lo que quiere decir?

DR. DUSAN: Sí, lo que yo quiero decir es que los pareceres son pareceres, y los pareceres son propios de los médicos como supongo de los abogados; pero el parecer mío no concuerda con cualquier otro parecer que haya dicho Boston Medical o algo así, porque eso es absolutamente falso, o sea no es posible, no es posible desde el punto de vista anatómico.”

- A pesar de que el perito reconoce que existen métodos científicos y exámenes para diagnosticar la disfunción eréctil no realizó ningún examen al señor Duván García pero tampoco advirtió que la sola revisión de historia clínica no era suficiente.

JHONIER VALLEJO: *Muy bien. Ya voy a terminar señora Juez, me faltan un par de preguntas. Le pido al Despacho que por favor le ponga de presente al testigo nuevamente el dictamen, el documento, artículo que se denomina la disfunción eréctil, de Johann Eduardo Ardila. Este es uno de los artículos que usted adjunta en su dictamen, menciona una serie de exámenes necesarios para diagnosticar la disfunción eréctil, entre ellos examen físico, cardiovascular, genital, pruebas de laboratorio, inyección combinada con vasodilatadores, entre otros. La pregunta es si usted realizó alguna de estas pruebas al señor Duvan García.*

DR. DUSAN: *No lo conozco al señor Duvan.*

JHONIER VALLEJO: *Muy bien. Diga si es cierto que, de acuerdo con el artículo mencionado, la sola revisión de la historia clínica no es suficiente para determinar la causa de la disfunción eréctil*

DR. DUSAN: *No, no es suficiente; pero para mí es suficiente para determinar que no tiene que ver con la cirugía ni con la injuria; ya la [...] tiene que analizársela a él. (...)*

JHONIER VALLEJO: *Claro. Usted inició su presentación diciendo que la probabilidad es cero y que usted está completamente seguro, pero resulta que sólo revisó la historia clínica y nos dice que eso no es suficiente, ya nos dijo en una respuesta anterior que la historia clínica no es suficiente. Por qué no mencionó en su dictamen que en todo caso para determinar cuál era la causa debían hacerse una serie de exámenes y pruebas clínicas según los mismos artículos que usted adjunta.*

DR. DUSAN: *Doctor, porque no me interesa doctor, a mí lo único que me interesó fue saber que la lesión, que la injuria que el paciente recibió, la injuria quirúrgica no es la causa de la impotencia, no más.*

- Es clara la parcialidad del perito pues lo único que le interesaba era expresar que la injuria quirúrgica no fue la causa de la impotencia. Es decir, más que un perito el médico obró como defensor técnico del demandado.
- Pero una de los aspectos más graves del dictamen es que los documentos que aporta como sustento científico contradicen sus propias conclusiones. Ante la confrontación en audiencia termino desconociendo el documento y

finalmente diciendo que no lo recordaba. Nos referimos específicamente a un artículo científico aportado por el médico Dusan donde se evidencia **que la disfunción eréctil puede generarse por lesión de los nervios, esto es, puede tener origen neurogénico.** No obstante, el mismo médico afirma desconocer dicho documento y posteriormente señala que el mismo no hace parte de su dictamen:

*“JHONIER VALLEJO: Muy bien. Ahora revise el artículo, complicaciones de las cirugías, el mismo documento 83, página 106. Hay un capítulo que dice lesiones de nervios, exactamente ahí que está en pantalla, columna derecha. Dicho artículo indica: Los nervios que potencialmente pueden lesionarse son el iliohipogástrico, ilioinguinal y las ramas genital y crural del nervio genitocrural. Por ejemplo, el nervio el ilioinguinal en el 40% de los pacientes presenta una distribución anormal localizándose por debajo o por dentro del cremáster, incluso en ocasiones las fibras son tan finas que no pueden identificarse. **Diga si es cierto que de acuerdo al mencionado artículo una de las complicaciones que puede presentar las cirugías de las hernias, es precisamente el título del artículo, es la lesión de los nervios de la zona inguinal.**”*

DR. DUSAN: Es cierto, doctor.

*JHONIER VALLEJO: Por favor revise el artículo denominado, le pido al Despacho que por favor vayamos al documento 083, página 88. Muy bien. Este es un documento que se denomina la Neuralgia de la Fundación del Dolor. En la parte introductoria del artículo dice, si de pronto se lo pueden compartir en pantalla completa para que él lo pueda ver bien, dice la neuralgia residual crónica como complicación post operatoria de diversas técnicas quirúrgicas es un síndrome con una incidencia del 3%. Reúne un conjunto de entidades que pueden llegar a invalidar al paciente. A continuación, se reporta un **caso clínico de neuralgia por lesión quirúrgica de las ramas sensitivas de los nervios abdominogenitales y de la rama genital del nervio genitouretral.** De acuerdo a lo anterior, diga si es cierto que de acuerdo con el mencionado artículo las neuralgias residuales son dolores crónicos que como complicación post operatoria pueden llegar a invalidar al paciente.*

DR. DUSAN: Sí es cierto, doctor.

*JHONIER VALLEJO: Muy bien. Ahora revise el mismo artículo, página 89, párrafo 4º. El párrafo 4º habla de un tratamiento que le aplicaron a una persona con neuralgia crónica después de la cirugía. **Diga si es cierto que en el caso clínico analizado el paciente que tenía la neuralgia sólo pudo volver a tener relaciones sexuales después de pasadas 4 semanas de iniciado un tratamiento que incluye infiltraciones en los nervios y medicamentos.** Por favor revise la literatura del párrafo 4º de ese documento.*

DR. DUSAN: Le escucho, doctor.

JHONIER VALLEJO: *Sí señor, diga si es cierto que en ese caso clínico el paciente sólo pudo volver a tener relaciones después de 4 semanas de tratamiento que incluía infiltraciones de sus nervios y medicamentos.*

DR. DUSAN: *Pues cómo le voy a decir si es cierto si lo que está diciendo el artículo; el artículo es el que está diciendo que es cierto, no yo.*

JHONIER VALLEJO: *Por eso, usted como médico dígame si eso hace parte de su dictamen y si ese artículo que usted aporta dice eso que yo le estoy diciendo.*

DR. DUSAN: *No, eso no hace parte de mi dictamen.*

JHONIER VALLEJO: *¿Quiere decir que este documento que usted está viendo no fue aportado por usted?*

DR. DUSAN: *Sí señor.*

JHONIER VALLEJO: *Ok. Entonces quiero dejar constancia al Despacho, que este documento que me fue remitido a mí y que hace parte del expediente que fue aportado con la contestación de la demanda es desconocido por el perito.*

DR. DUSAN: *No, que no recuerdo, doctor.*

DR. VALLEJO: *Ah, ok, no recuerda. Ok."*

En síntesis, el fallador de primera instancia otorga pleno valor probatorio a un dictamen pericial que presentó serias inconsistencias en su formulación y en su correspondiente sustentación por parte del perito. Dichas inconsistencias lejos de constituir meros asuntos de forma colocaron en entredicho la imparcialidad del perito, siendo éste un requisito de validez del dictamen. Dichas inconsistencias también generan serias dudas respecto a si el perito usó o no métodos o procedimientos propios de la ciencia médica para llegar a su conclusión, o si solamente rindió una opinión de acuerdo a lo que encontró procedente pronunciarse, como efectivamente sucedió.

Todo lo expuesto hace que la valoración que el a quo dio al dictamen pericial del médico Mauricio Dussan se aleje de los postulados de la sana crítica en abierta contradicción del artículo 232 del Código general del proceso según el cual el juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, **teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia**, y las demás pruebas que obren en el proceso.

3.4. La sentencia recurrida otorgó pleno valor probatorio y fundó su decisión en el testimonio del médico Roberto Fominaya, sin haber dado trámite a la tacha formulada en audiencia de pruebas. El juez de primera instancia fundó su decisión en un testimonio parcializado y con interés en las resultas del proceso.

A continuación se demostrará que la sentencia de primera instancia es ilegal por estar sustentada en las declaraciones de un testigo sospechoso parcializado y con interés en las resultas del proceso, además de haber sido

- El artículo 211 del Código General del Proceso establece:

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. **El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”**

- En el archivo “201TachaTestigo” del cuaderno principal obra tacha del testimonio del médico Roberto Carlos Fominaya Pardo en razón a su interés en las resultas del proceso. La mencionada tacha del testigo tenía como fundamento los siguientes puntos:
 - Según puede apreciarse en la historia clínica del señor Duvan García, el doctor Roberto Carlos Fominaya Pardo es el médico especialista en cirugía cardiovascular que realizó las intervenciones al señor Duvan García en el SES Hospital de Caldas el día 22 de septiembre de 2016. Dicha cirugía se efectuó justo después de la fallida intervención en el Hospital Departamental Felipe Suarez de Salamina Caldas el mismo día.
 - La demanda tenía como objeto de litigio la fallida cirugía realizada en el Hospital Departamental Felipe Suarez de Salamina Caldas, así como la intervención realizada en el SES Hospital de Caldas por el doctor Roberto Carlos Fominaya Pardo, de las cuales se sostuvo que fueron la fuente del daño sufrido por señor Duván García.
 - El doctor Roberto Carlos Fominaya Pardo tiene interés en las resultas del proceso debido a que al ser uno de los posibles causantes inmediatos de los daños y perjuicios al señor Duván García, el SES Hospital de Caldas y/o las

aseguradoras de esta entidad podría reclamar del mencionado galeno y/o de su aseguradora el reembolso de cualquier eventual condena impuesta a la entidad prestadora de Salud.

- Igualmente, el señor Duván García y su familia pudieran tener acción de responsabilidad civil extracontractual en su contra para perseguir el pago de eventuales perjuicios sufridos por estos.
 - Por tal razón el médico tiene un claro interés en que **no** se declare responsable al SES Hospital de Caldas y que dicha declaración haga tránsito a cosa juzgada en su beneficio. Esto por supuesto mina su imparcialidad e independencia, razón por la cual oportunamente fue propuesta tacha por sospecha del testigo.
- El Consejo de Estado ha señalado que los testimonios rendidos por personas que tienen o tuvieron vínculo laboral con alguna de las partes **tienen el carácter de testimonios sospechosos, por lo cual deben ser valorados con especial severidad y de cara a las demás pruebas que obren en el expediente.** Veamos:

*“A su vez, el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil **definió como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que, en todo caso, dependerán del concepto del juez, por cuanto la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes o tengan algún sentimiento o interés, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad**, circunstancia de más para justificar que el juez se encuentre obligado a recepcionar el testimonio aunque el testigo sea tachado de sospechoso.*

*Ahora bien, la valoración probatoria es la actividad intelectual desplegada por el juzgador frente a los medios probatorios, para establecer la fuerza de convicción o de certeza que representan cada uno de ellos dentro de determinado proceso. Para el desarrollo de la apreciación de las pruebas, la doctrina jurídica procesal ha identificado diferentes sistemas dentro de los cuales se encuentran el de la íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, el sistema de la tarifa legal o prueba tasada y **el régimen de la sana crítica o persuasión racional, consagrado en los códigos modernos**, entre ellos el Código de Procedimiento Civil Colombiano que dispone en su artículo 187 que el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con*

base en las reglas de la sana crítica, es decir de la lógica, la ciencia y la experiencia:

De modo tal que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba el de la sana crítica que requiere la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las mismas, mediante la observancia de las citadas reglas. "Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano.

En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente.

Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento" Es así como, la valoración mediante la sana crítica, requiere, además, el análisis en conjunto de las pruebas y un ejercicio de ponderación de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a cada una, desechando sólo aquellas que encuentre ilegales, indebidas o inoportunamente allegadas al proceso.

Así, debe señalarse con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, según se infiere de lo dicho en líneas anteriores, no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad."

- En la sentencia recurrida **no se resolvió la tacha formulada contra el testigo** conforme lo ordena el inciso del artículo 211 del Código General del Proceso. En contraposición el a quo valoró el testimonio del médico Roberto Fominaya, señalando que *"las declaraciones fueron recepcionadas conforme a derecho,*

respetando el derecho de audiencia, defensa y contradicción”, otorgando pleno valor probatorio al mismo.

La sentencia recurrida en ningún momento se refirió al vínculo que tiene el médico Fominaya con el SES Hospital de Caldas, ni mucho menos valoró si dicho testimonio podía tener el mismo valor probatorio que los demás medios de prueba que obran en el expediente.

- No se discute aquí que el testimonio del médico Fominaya debía ser valorado, sino el papel preponderante que la sentencia de primera instancia dio al mismo, al punto de fundar su decisión en gran medida, apoyada sobre dicha deposición. Así se observa a folio 55 de la sentencia de primera instancia, donde se resalta el valor probatorio de dicha prueba testimonial por parte del a quo, al señalar que:

*“También queda desvirtuado el argumento referente a que el procedimiento quirúrgico que ocasionó la “**LESION DE ARTERIA FEMORAL COMUN Y DE ILIACA EXTERNA DERECHA DE MAS DEL 50% DE LA CIRCUNFERENCIA, LESION DE VENA FEMORAL COMUN 25% CIRCUNFERENCIAL**”, no fue la causante de la disfunción eréctil, pues como quedó **explicado por el Médico Cirujano Vascular FOMINAYA PARDO y el Urólogo MAURICIO DUSSAN, es imposible que dicha lesión produzca disfunción eréctil, pues la lesión se produjo en sitio diferente por donde circula las arterias que tienen que ver con la función sexual**, ambos médicos coinciden en afirmar que la causa de la disfunción eréctil (...)”⁷*

- La valoración probatoria del a quo respecto al testimonio del médico Fominaya es contraria a la sana crítica: Dio total relevancia a un testimonio rendido por persona que cuenta con un vínculo laboral con uno de los demandados y que además es de uno los agentes que en los términos de la demanda cometió el hecho dañoso. Luego, el testimonio debía ser valorado con estricto rigor, más aún si se tiene en cuenta que el testigo fue entrevistado en su calidad de especialista en un tema técnico, más su testimonio no requería exigencias legales como la sustentación de sus opiniones en documentos científicos, ni debía demostrar el estricto cumplimiento de la lex artis a través de medios de prueba distintos a su palabra. En otras palabras, el médico Fominaya no debía ser estrictamente técnico o científico en su testimonio, más sí lo fue cuando lo requería para proteger la responsabilidad del SES Hospital de Caldas.
- Las leyes de la sana crítica obligaban a realizar una valoración estricta del testimonio, criterio de valoración que nunca se dio. No obstante, **durante el**

⁷ Página 55 de la sentencia recurrida.

desarrollo del mismo testimonio se puso en tela de juicio la imparcialidad del testigo, según se muestra a continuación:

- En primer lugar, llama la atención que un médico doblemente especialista (cirujano general y vascular) no sepa que es una anemia post hemorrágica aguda, estado en que se encontraba el sr. Duván García cuando ingresó al quirófano del Dr. Fominaya. Veamos:

“DR. VALLEJO: En respuesta anterior usted dijo que el cirujano venía presionando la herida para evitar el sangrado. Le voy a mostrar el documento 23, página 67, historia clínica, sobre un diagnóstico precisamente que tiene relación con el sangrado para hacerle una pregunta. En esta parte de la historia clínica vemos estos diagnósticos de manejo en unidad, vemos en el diagnóstico 7 dice: Anemia posthemorrágica aguda persistente. Sobre esto le quiero preguntar doctor, en qué consiste ese diagnóstico y cuál fue la causa.

DR. FOMINAYA: Doctor, no tengo idea de qué es una anemia aguda persistente. (...)

- Pese a que el Dr. Fominaya no parece entender el diagnóstico del Sr. Duván García cuando ingresó al quirófano, sí parece tener conocimientos suficientes para llegar a conclusiones de otras especialidades médicas como la urología y la sexología, tal como quedó evidenciado a lo largo de su testimonio:

“DR. VALLEJO: Cuéntenos si pueden existir disfunciones eréctiles de origen diferente al vascular; por ejemplo, neurológico, nervioso, o por otras causas, usted mencionó solo el vascular, pero díganos si pueden existir otras causas que puedan dar lugar a [[interrupción]

DR. FOMINAYA: Sí pueden existir de causa neurológica pero obviamente desde los nervios comprometidos en la erección ¿no?, y pues en la ingle no va a pasar ningún nervio que irrique, que inerve que en este caso sería la palabra, que inerve la región genital. entonces también se cae de su propio peso de que sea una disfunción neurogénica secundaria al trauma vascular. Entonces sí, obviamente sí hay disfunción neurogénica y también aterosclerótica de causa vascular porque también se tiene que decir que hay una causa vascular, pero por la edad hacen aterosclerosis, se llenan de calcio, se tapan y no hay buena perfusión, pero de las arteria que están mucho más arriba, o sea es una disfunción vascular pero no por el trauma vascular, o sea es una disfunción vascular aterosclerótica

puede ser, o sea que se tapan las arterias en un paciente que fue fumador, hipertenso, que tiene una edad importante así no tenga el trauma vascular, pues va a hacer una disfunción eréctil.”

- Dicha declaración se sale del ámbito de ejercicio del dr. Fominaya, quien es cirujano vascular pero no neurólogo. Pero además, dicha declaración se queda sin sustento al ser desvirtuada por la información académica que aportó el médico Mauricio Dusan en el dictamen pericial, donde quedó claro que sí puede generarse disfunción eréctil por afectación de nervios de la zona inguinal producto de la cirugía:

“JHONIER VALLEJO: *Muy bien. Ahora revise el artículo, complicaciones de las cirugías, el mismo documento 83, página 106. Hay un capítulo que dice lesiones de nervios, exactamente ahí que está en pantalla, columna derecha. Dicho artículo indica: Los nervios que potencialmente pueden lesionarse son el iliohipogástrico, iliohinguinal y las ramas genital y crural del nervio genitocrural. Por ejemplo, el nervio el iliohinguinal en el 40% de los pacientes presenta una distribución anormal localizándose por debajo o por dentro del cremáster, incluso en ocasiones las fibras son tan finas que no pueden identificarse. Diga si es cierto que de acuerdo al mencionado artículo una de las complicaciones que puede presentar las cirugías de las hernias, es precisamente el título del artículo, es la lesión de los nervios de la zona inguinal.*

DR. DUSAN: *Es cierto, doctor.”*

- La parcialidad del testigo queda en evidencia con sus afirmaciones categóricas respecto a que la causa de la disfunción eréctil no pueden ser las cirugías practicadas **pese a que el mismo reconoce que no ha realizado exámenes médicos al señor Duván García y que desconoce su estado de salud después de la cirugía que le realizara:**

“JHONIER VALLEJO: *Cuéntenos si usted conoce el estado actual de salud del señor Duvan García, específicamente toda la conformación de su zona genital, si tiene la hernia que le trataron de [interrupción].*

DR. FOMINAYA: *Doctor, yo ya le respondí; yo soy cirujano vascular y lo conocí hasta el 30 de septiembre, no tengo porqué conocerlo si tiene hernia, si tiene disfunción eréctil, si tiene problemas de otra índole, yo no tengo porqué saberlo ni tengo por qué responderle eso. (...)*

JHONIER VALLEJO: *Cuéntenos si para diagnosticar la causa de la disfunción eréctil existen exámenes especializados, y de ser así de qué clase.*

DR. FOMINAYA: Doctor, la disfunción de origen vascular cuando nos llega una consulta vascular pues le hacemos ciertos estudios vasculares como puede ser una ecografía doppler de testículo, pletismografía, angiografías, pero para difusión vascular; si hay una disfunción no vascular pues la maneja el urólogo, un sexólogo no, un sexólogo da consejos ¿cierto?, no hace intervenciones sobre los genitales, ahí sería el urólogo, básicamente. (...)

JHONIER VALLEJO: Como última pregunta. Diga si le ha hecho exámenes físicos o de laboratorios al señor Duvan García para determinar la causa de la disfunción eréctil.

DR. FOMINAYA: No. Doctor, como le dije yo lo conocí el 22 al 29, 30 de septiembre que sale del Hospital, y no soy médico tratante de él de ninguna índole, entonces no conozco su estado actual ni su estado después del 30 de septiembre de 2016 (...)."

- Prueba adicional de que el testigo debía ser calificado como sospechoso por tener interés en las resultas del proceso **es que durante su testimonio habló en diversas ocasiones en nombre del SES Hospital de Caldas, parte demandada, así como si el mismo testigo fuera parte dentro del proceso judicial.** En esencia durante su testimonio el Dr. Fominaya ejercía su derecho de defensa respecto a los hechos de la demanda pese a que no obra como parte dentro del proceso. Más aun, llegó incluso a excluir de responsabilidad al dr. Jhon Jairo Escorcia, pese a que ninguna pregunta se le había formulado sobre el particular. Esto quiere decir que el testigo ejerció el derecho de defensa y contradicción dentro del proceso con ocasión a las preguntas formuladas por el suscrito, pese a que dicho derecho únicamente es predicable de las partes dentro del proceso judicial:

JHONIER VALLEJO: Cuéntenos si tiene la condición de urólogo o sexólogo que permita diagnosticar la causa de la disfunción eréctil.

DR. FOMINAYA: (...) No hubo afectación de la circulación para producir disfunción eréctil por el trauma accidental ocasionado durante una cirugía electiva **ni mucho menos por la reparación vascular porque eso sí pues tengo derecho de hacerlo, pues, yo soy, le estoy salvando la vida al paciente y supuesta, y yo, todavía existe la duda de que hubo un mal manejo por parte del SES y mío y como le digo yo tengo derecho a defenderme.** Entonces yo le digo que no hay ninguna posibilidad y se cae de su propio peso de que haya un daño en la disfunción eréctil. **Que el paciente tenga disfunción eréctil no lo dudo, que un sexólogo o un urólogo digan que padece disfunción eréctil bien; pero de que sea de origen vascular ahí sí le digo que no, que sea secundario a un procedimiento que se le hizo en el hospital, no. Que sea por la lesión que le ocasionó el doctor accidentalmente operándolo en Salamina, no.** De origen vascular porque yo soy cirujano vascular, soy experto en cirugía vascular.

Queda claro que la sentencia de primera instancia fundó su decisión en un testimonio parcializado de una persona que con interés directo en las resultas del proceso, cuya parcialidad quedó demostrada durante la audiencia de pruebas al realizar aseveraciones contundentes sobre la disfunción eréctil del sr. Duván García pese a que el mismo reconoce **no haber hecho exámenes para determinar dicha patología, ni conoció del estado de salud de mi procurado con posterioridad a la cirugía.**

3.5. La sentencia recurrida dejó de lado material probatorio legítimamente aportado al proceso judicial, que demuestra que la impotencia del sr. Duván García es de origen neurogénico como consecuencia de daños ocasionados en nervios de la zona inguinal.

El fallo de primera instancia fundó su decisión en dos pruebas: Un dictamen pericial aportado extemporáneamente y con serias falencias durante su formulación y sustentación, así como en un testimonio rendido por testigo sospechoso en razón a su vínculo laboral con uno de los demandados. Tanto el médico Fominaya como el médico Dussan aceptaron que no realizaron examen alguno al sr. Duvan García, pese a que ambos reconocen la existencia de exámenes y procedimientos para develar el origen de la disfunción eréctil.

Pero adicionalmente el fallo de primera instancia dejó de apreciar pruebas que acreditan el origen orgánico de la disfunción eréctil sufrida por el sr. Duván García como producto de las intervenciones quirúrgicas fallidas. Dicho material probatorio fue allegado en debida forma al expediente y sin embargo, no fue tenido en cuenta por el a quo.

- El diagnóstico de **disfunción eréctil de origen orgánico** se encuentra soportado en las siguientes pruebas que **no fueron tenidas en cuenta o no se les dio valor probatorio por parte del fallador de primera instancia:**

Documento 010 del expediente digital, páginas 23 a 25, Consulta de marzo de 2017:

HOSPITAL DEPARTAMENTAL FELIPE SUAREZ ESE
 NIT:890801026-8
 Código de Habilitación:176530064601
 CALLE 3 9a-21 - 8595192-8595196 - 8595306 - SALAMINA

DATOS BÁSICOS DEL PACIENTE
 Identificación: CC 4558301
 Nombre: GARCIA DUVAN
 F. de Nacimiento: 09/05/1950 Edad: 66 A 10 M 5 D
 Teléfono Fijo: 3217875393 Teléfono Celular:
 Entidad: SALUDVIDA EPS S.A. Dirección: BARRIO GALAN
 Municipio: SALAMINA

Contrato: 17653-21173

HISTORIA CLINICA DE CONSULTA
 Tipo de Consulta: Consulta Ambulatoria Por Medico General
 Fecha de Consulta: 14/03/2017 15:07:35

SIGNOS VITALES
 Presión Arterial: Sistólica: 120 Diastólica: 85 F.C. 72 F.R. 16 T° 37.0 °C

MEDIDAS ANTROPOMÉTRICAS
 Peso 82 Talla 179 122.25 SobrePeso

MOLESTIAS
 DOLOR INGUINAL DERECHO

ANTECEDENTES
 HACE 6 MESES HERMBIORRAFIA INGUINAL DERECHA, REMITIDO A MANIZALES POR RUPTURA DE VASO ARTERIAL INTRAOPERATORIO. REFIERE DISFUNCIÓN ERECTIL DESPUES DE LA CIRUGIA

(...)

EXAMENES
 EXAMEN DE PARES CRÁNEALES, GLASGOW 15/12
 TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL TRONCO
 TRASTORNO DE LA RELACION SEXUAL

Documento 010 del expediente digital, páginas 23 a 25, Consulta del 2 de noviembre de 2017:

HOSPITAL DEPARTAMENTAL FELIPE SUAREZ ESE
 NIT:890801026-8
 Código de Habilitación:176530064601
 CALLE 3 9a-21 - 8595192-8595196 - 8595306 - SALAMINA

HISTORIA CLINICA DE ESPECIALISTA
DATOS BÁSICOS DEL PACIENTE
 Identificación: CC 4558301
 Nombre: GARCIA DUVAN
 F. de Nacimiento: 09/05/1950 Edad: 67 A 5 M 24 D
 Teléfono Fijo: 3217875393 Teléfono Celular:
 Entidad: SALUDVIDA EPS S.A. Dirección: BARRIO GALAN
 Municipio: SALAMINA

Contrato: II NIVEL
 Fecha de atención: 02/11/2017 16:35:18
 N° de Ingreso: 491981

Motivo de consulta
 PACIENTE REFIERE QUE HACE 1 AÑO SE LE REALIZO INJERTO DE PROTESIS VASCULAR EN FEMORAL DERECHA POR LESION EN ACTO QUIRURGICO DE HERNIORRAFIA INGUINAL.

Enfermedad actual
 REFIERE QUE NO HA TENIDO ERECCIONES DESPUES DE LA LESION VASCULAR, Y ADEMAS PRESENTA DOLOR A NIVEL DE TODA LA REGION INGUINAL CON ENTUMECIMIENTO AL TRABAJAR.

Finalidad
 No aplica Causa externa Enfermedad general

Examen físico
PRESENTA BUENA CICATRIZACIÓN, A NIVEL INGUINAL DERECHO AL TACTO SE PALPA LO QUE PODRÍA SER UNA PROTUBERANCIA, TESTÍCULOS DE TAMAÑO NORMAL.
Tipo de diagnóstico principal: Confirmado Nuevo
DX principal: K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA
DX relacionado: N48 IMPOTENCIA DE ORIGEN ORGANICO

Documento 078 del expediente digital, página 2, Consulta del 2 de noviembre de 2017. Consulta con médico sexólogo del Boston Medical Group:

Examen Físico
Examen Físico
FC (lat/min): 78 - FR (resp/min): 16 - TA (mm/Hg): 120/80 - PESO (kg): 80,00 - TALLA (m): 1,79 - Cabeza: Si - Cardio / Pulmonar: Si - Abdomen: Si - Genitales: Si - Extremidades: Si - Neurológico: Si -
Biotensiometría
Índice derecho: 2 - Índice izquierdo: 2 - Glande: 2
Prueba de erección
Diligencia consentimiento informado para test: Si - PGE: 50 - Dosis: 50 - Hora del test: 10:45 - Hora de revisión: 11:00 -
Resultado
Resultado de la erección: 80.00% - Presencia de dolor: No - EVA: 0
DOPPLER EN ERECCIÓN 5 MINUTOS DESPUÉS DE APLICAR FIC

Diagnóstico
Disfunción Erectil - IIFE-DE: Severa
Análisis: Paciente con cc.de DE de probable origen orgánico-mixto (vascular, de predominio neurogénico), desencadenado desde complicación de procedimiento de herniorrafia inguinal.

Documento 078 del expediente digital, página 10, Ecografía Doppler de vasos del pene, Diagnostimed:

DIAGNOSTIMED

La mejor imagen diagnóstica

PACIENTE: GARCIA DUVAN
DOCUMENTO: 4558301

Manizates, 02 de octubre de 2019

ECOGRAFÍA DOPPLER COLOR DE VASOS DEL PENE CON AGENTE VASOACTIVO.

37

ISO 15011
CC-CER 211111

ISO 15011
CC-CER 211111

(...)

CONCLUSIÓN:

- **Importantes signos de fuga venosa.**

Documento 2, cuaderno 4, del expediente digital, Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Caldas.

6. Fundamentos para la calificación del origen y/o de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional

Título I - Calificación / Valoración de las deficiencias

Diagnósticos y origen

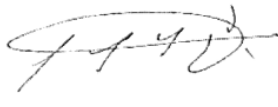
CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico	Fecha	Origen
K402	Hernia inguinal bilateral, sin obstrucción ni gangrena			Enfermedad común
N484	Impotencia de origen orgánico			Enfermedad común
F332	Trastorno depresivo recurrente, episodio depresivo grave presente sin síntomas psicóticos	* No se observa mejoría médica máxima.		Enfermedad común
S355	Traumatismo de vasos sanguíneos ilíacos			Enfermedad común

Es de destacar que este dictamen es suscrito por 2 médicos cirujanos tal como puede verse en la siguiente imagen:

8. Grupo calificador


Juan Mauricio Cortes López
Médico ponente
Médico Cirujano Especialista en Salud
Ocupacional
ReTHUS 10116289

Es un copl.
original, el
desto, junto
- Social


José Fernando Jiménez Vélez
Abogado Especialista en Seguridad Social
Tarjeta Profesional N° 37143


Mauricio Mejía Mejía
Médico Cirujano Especialista en Salud
Ocupacional
ReTHUS 10266738

- Declaración del médico Juan Mauricio Cortez López en audiencia de contradicción del dictamen en la que indicó:

*“Este es un paciente de 71 años, quien refiere un cuadro de varios años de evolución de aparición de masa a nivel inguinal, por lo cual fue intervenido en el Hospital de Salamina. **En el momento de la intervención presentó una complicación, una ruptura de la arteria femoral** por lo cual fue remitido al Hospital S.E.S. de la ciudad de Manizales para una intervención de urgencia, **dejando como secuela una alteración en su parte sexual con disfunción eréctil.** (...)*

Y, encontramos pues la secuela que deja esa lesión de la arteria femoral afectando una irrigación a nivel del órgano masculino, encontrando por un examen que se llama un eco doppler venoso a través del pene una insuficiencia de éste lo cual genera una impotencia orgánica. (...)

JHONIER VALLEJO L.: *Muy bien. En dicho resumen se indica doppler en erección 5 minutos después de aplicar [...]. Explíqueme por favor doctor a este Despacho en qué consiste esta prueba y para qué se utiliza.*

DR. CORTÉS: Esta prueba es para mirar la funcionalidad de la erección del pene bajo una estimulación que hacen invitro ¿sí?, y mira la respuesta en la cual se puede mantener o no mantener erecto el miembro masculino sexual del hombre y nos determina si es competente o no es competente. En este caso pues de acuerdo a la ecografía y al concepto del sexólogo dice que tiene una deficiencia o una impotencia de tipo orgánico, o sea no logra el tiempo necesario y la turgencia necesaria para poder mantener una relación sexual de forma adecuada.”

- El médico sexólogo Germán Eduardo Quiroz, después de examen físico y prueba Doppler de erección diagnóstica:

“DISFUNCIÓN ERECTIL –IIFE-DE: Severa.

Análisis: Paciente con cc de DE de probable origen orgánico mixto (vascular, de predominio neurogénico) desencadenado desde complicación de procedimiento de herniorrafia inguinal”.

- En la mencionada consulta el médico sexólogo Germán Eduardo Quiroz ordena Doppler de Arterias Cavernosas con Alprostadol 20 mg, así como exámenes de laboratorio Globulina Transportadora de hormonas sexuales, Prolactina Basal y Testosterona Total; estos últimos a fin de descartar causas hormonales de la disfunción eréctil.
- El 2/OCT/2019 el señor DUVAN GARCÍA se realiza Ecografía Doppler Color de Vasos del Pene con Agente Vasoactivo obteniendo los siguientes resultados:

“CONCLUSIÓN

Importantes signos de fuga venosa.”

- El 8/OCT/2019 el señor DUVAN GARCÍA se realiza los exámenes prescritos por el médico sexólogo Germán Eduardo Quiroz con el fin de evaluar causas hormonales de la disfunción eréctil siendo los resultados completamente normales.
- Después de revisar los resultados de los exámenes el día 8/OCT/2019 el mismo médico concluye “Nota de evolución: **iguales condiciones desde el punto de vista sexual (...) Se recomienda igual manejo terapéutico.**”

- Téngase presente que el mismo Dr. Dussan aceptó durante la audiencia de **contradicción del dictamen que la disfunción eréctil puede tener origen neurogénico por la afectación de nervios cercanos a la zona inguinal.** Veamos:

“JHONIER VALLEJO: Muy bien. Ahora revise el artículo, complicaciones de las cirugías, el mismo documento 83, página 106. Hay un capítulo que dice lesiones de nervios, exactamente ahí que está en pantalla, columna derecha. Dicho artículo indica: Los nervios que potencialmente pueden lesionarse son el iliohipogástrico, ilioinguinal y las ramas genital y crural del nervio genitocrural. Por ejemplo, el nervio el ilioinguinal en el 40% de los pacientes presenta una distribución anormal localizándose por debajo o por dentro del cremáster, incluso en ocasiones las fibras son tan finas que no pueden identificarse. Diga si es cierto que de acuerdo al mencionado artículo una de las complicaciones que puede presentar las cirugías de las hernias, es precisamente el título del artículo, es la lesión de los nervios de la zona inguinal.

DR. DUSAN: Es cierto, doctor.”

- También el dr. Fominaya señaló que puede existir disfunción eréctil de origen neurogénico, así:

JHONIER VALLEJO: Cuentenos si pueden existir disfunciones eréctiles de origen diferente al vascular, por ejemplo neurológico, nervioso o por otras causas, usted mencionó solo el vascular pero díganos si pueden existir otras causas que puedan dar lugar.

DR. FOMINAYA. Sí pueden existir de causa neurológica pero obviamente de los nervios comprometidos en la erección no?(...) Sí obviamente hay disfunción neurogénica y también arterioesclerótica de origen vascular (...)

- El mismo médico Dussan señaló que los exámenes realizados por Boston Medical Group son idóneos para determinar la causa de la disfunción eréctil del sr. Duván García. Veamos:

“JHONIER VALLEJO: Diga cuales son las pruebas científicas recomendadas para diagnosticar la disfunción eréctil y **sus causas.**

DR. DUSAN: El test de impotencia que le hicieron es una prueba bastante buena que ayuda a identificar que tiene un problema de arterias y de

nervios, de arteriolas y de nervios” (archivo 209Audiencia Pruebas, minuto 1:40:00)

- Por su parte, la Junta de Calificación de Invalidez de Caldas concuerda con el diagnóstico del médico sexólogo. Ello queda en evidencia en sustentación del dictamen en el que el médico Cortés señala:

*“Este es un paciente de 71 años, quien refiere un cuadro de varios años de evolución de aparición de masa a nivel inguinal, por lo cual fue intervenido en el Hospital de Salamina. **En el momento de la intervención presentó una complicación, una ruptura de la arteria femoral** por lo cual fue remitido al Hospital S.E.S. de la ciudad de Manizales para una intervención de urgencia, **dejando como secuela una alteración en su parte sexual con disfunción eréctil.** (...)*

*Y, encontramos pues la secuela que deja esa **lesión de la arteria femoral afectando una irrigación a nivel del órgano masculino.** encontrando por un examen que se llama un eco doppler venoso a través del pene una insuficiencia de éste lo cual genera una impotencia orgánica. (...)*

JHONIER VALLEJO L.: Muy bien. En dicho resumen se indica doppler en erección 5 minutos después de aplicar [...]. Explíqueme por favor doctor a este Despacho en qué consiste esta prueba y para qué se utiliza.

DR. CORTÉS: Esta prueba es para mirar la funcionalidad de la erección del pene bajo una estimulación que hacen invitro ¿sí?, y mira la respuesta en la cual se puede mantener o no mantener erecto el miembro masculino sexual del hombre y nos determina si es competente o no es competente. En este caso pues **de acuerdo a la ecografía y al concepto del sexólogo dice que tiene una deficiencia o una impotencia de tipo orgánico,** o sea no logra el tiempo necesario y la turgencia necesaria para poder mantener una relación sexual de forma adecuada.”

“JHONIER VALLEJO L: En uno de los apartes dice: Abdomen. **Se observa deformidad testicular derecho con induración y presencia de líquido.** Por favor doctor, explíqueme al Despacho en qué consiste la deformidad testicular con induración y presencia de líquido que usted le encontró al señor Duvan García al momento de la consulta.

DR. CORTÉS: **Esto se llama una hidrocele y esto se debía a una fuga de sangre que presenta el señor a nivel de las venas a nivel testicular que produce que aumente el tamaño, y de esa fuga de sangre es lo que genera**

la impotencia en el paciente ya que esa sangre al fugarse del sistema no llega al pene donde debe tener la turgencia para mantenerlo en erección adecuada.

- Como puede verse existen diferentes pruebas y exámenes realizados que demuestran cual es la causa de la disfunción eréctil, entre ellas, la fuga venosa, el hidrocele y la deformidad testicular, circunstancias que desconoce el Dr. Fominaya y que desvirtúan totalmente su testimonio.
- **En resumen, obran dos diagnósticos de la secuela y causa del propio Hospital Departamental Felipe Suarez por dos médicos diferentes, dictamen de sexólogo realizado después de realizar pruebas clínicas cuyos resultados obran en el proceso, así como dictamen de un cuerpo colegiado de médicos como la junta de calificación de invalidez que son coherentes y concordantes. Sin embargo, la sentencia optó por darle validez a una prueba extemporánea que no cumple requisitos y al testimonio de un testigo sospechoso, cuya tacha no fue analizada y cuyas conclusiones son equivocadas de acuerdo al caudal probatorio recaudado. Esto evidencia un claro defecto fáctico por indebida valoración probatoria.**
- Cabe mencionar que la sentencia de primera instancia dejó de lado el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez el mismo **“únicamente determinan si existe disfunción eréctil, para ello tienen en cuenta historia clínica y los hechos narrados por el solicitante del dictamen y un examen denominado ECOGRAFIA DOPPLER, practicado por BOSTON MEDICAL GROUP el 23 de septiembre de 2019”**.
- **No obstante, bajo dicho criterio de decisión debió dejar de lado el dictamen pericial rendido por el Dr. Dussan, toda vez que este también era un dictamen que versaba sobre la historia clínica conformada por la totalidad de exámenes practicados al sr. Duván García.** Por demás, tanto los exámenes realizados por Boston Medical Group como los realizados por la Junta de Calificación de Invalidez tuvieron en cuenta la realidad del sr. Duván García, al realizarse exámenes físicos directos, situación que no ocurrió con el médico Dussan ni mucho menos con el médico Fominaya.
- **Valga además resaltar que además de que el supuesto dictamen del médico Dusan también era sobre historia clínica esta ni siquiera obraba como soporte. Es decir, dicho dictamen ni siquiera puede considerarse de historia clínica pues no existe certeza de que documentos le fueron suministrados y que presuntamente examinó. Con todo la sentencia da validez a este dictamen y se lo resta al de la junta de calificación quien está conformada por un equipo**

médico imparcial y que para sus conclusiones no solo contó con la historia clínica sino que realizó exámenes físicos al señor Duvan García.

- Pese a que para la juez no existe documentación científica de la disfunción eréctil de origen vascular, perdió de vista que incluso los médicos Dussan y Fominaya aceptaron en audiencia que la disfunción eréctil también puede ser de origen neurogénico por afectación de nervios en la zona inguinal, el cual es un riesgo de la herniorrafía realizada al sr. Duvan García, tal como **como expresamente es señalado en el examen realizado por Boston Medical Group.**
- Así las cosas, mi procurado sí demostró que la causa de la disfunción eréctil fue de origen neurogénico a través de exámenes médicos **indóneos realizados por Boston Medical Group**, tal como fuera validado por la Junta de Calificación de Invalidez. Además de lo anterior, no existe en la historia clínica del señor Duván García ningún antecedente de haber sufrido con disfunción eréctil de manera anterior a la fallida herniorrafía, situación que fue corroborada en la audiencia de pruebas por su exesposa Fabiola García quien relató:

“JHONIER VALLEJO: Pregunta 2.- Cuéntenos cómo era el desempeño sexual del señor Duván García antes de las cirugías que le practicaron a finales del año 2016.

SRA. FABIOLA: Excelente doctor, excelente.

JHONIER VALLEJO: Pregunta 3.- Infórmele al Juzgado si las cirugías practicadas a finales del año 2016 tuvieron algún efecto en la salud; y de ser así, de qué clase, en la salud del señor Duvan García.

SRA. FABIOLA: No malísima, doctor, desde que le hicieron la cirugía todo cambió, en la salud de él, en las relaciones sexuales, todo cambió. (...)

JHONIER VALLEJO: Pregunta 5.- Díganos si la impotencia sexual que usted nos ha referido del señor Duvan García, tuvo algún efecto en la vida amorosa con usted.

SRA. FABIOLA: Sí doctor, hasta la separación.

JHONIER VALLEJO: Pregunta 7.- Cuando fue la última vez que usted tuvo relaciones sexuales con el señor Duvan García

SRA. FABIOLA: Antes de la cirugía. (...)

JHONIER VALLEJO: *Pregunta 9.- Cuéntenos cómo ha sido su estado de ánimo después de los problemas de salud y sentimentales que ha tenido con el señor Duvan García.*

SRA. FABIOLA: *No muy mal doctor, tanto física como mentalmente.”*

- Es de resaltar además que la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial cada vez más pacífica según la cual el nexo causal puede probarse a través de indicios, entre ellas, mediante sentencias 30/ENE/1998 Exp. 11.650 C.P. Daniel Suarez Hernández; 3/MAY/1999 Exp. 11.169 C.P. Ricardo Hoyos Duque; 11/MAY/1999, Exp. 11.949 C.P. Daniel Suarez Hernández; 7/OCT/1999, Exp. 12.655 C.P. María Elena Giraldo Gómez; 25/OCT/2016, Exp. 38.555. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico⁸.

En el presente caso no solo las pruebas directas antes mencionadas señalan la fallida intervención del 22/SEP/2016 como causa de los daños a la salud sufridos por el señor DUVAN GARCÍA sino que los indicios conducen a la misma conclusión. Según se ha dicho, el medico JHON ESCORCIA no estaba habilitado para practicar la cirugía y no tenía experiencia en la materia. En la intervención lesiona dos de los vasos más importantes de la zona intervenida, siendo este riesgo del 0,5 al 1% según testimonio del Dr. Fominaya. Con esto se genera un riesgo vital y solo con posterioridad a la intervención que tuvo que realizar SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD para salvar su vida el señor DUVAN GARCÍA empieza a consultar por disfunción eréctil, diagnóstico que no aparece con anterioridad en su historia clínica.

- Así las cosas, respecto de la disfunción eréctil de origen orgánico **existen 4 diagnósticos emitidos por 5 médicos distintos y 3 instituciones diferentes e independientes a saber:**
 - o El mismo Hospital Departamental Felipe Suarez en consultas de 14 de marzo de 2017 y 2 de noviembre de 2017 por médico general y cirujano general respectivamente.
 - o El Boston Medical Group en consulta del 2 de noviembre de 2017 con médico sexólogo.
 - o Junta de Calificación de Invalidez de Caldas el 13 de enero de 2022, dictamen que es suscrito, entre otros, por 2 médicos cirujanos.

⁸ Al respecto puede consultarse SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. De la Responsabilidad Patrimonial del Estado ,Grupo Editorial Ibañez, Bogotá 2018, Tomo I. Pág. 468-470

- Sobre la causa de la disfunción eréctil el médico sexólogo realizó diferentes pruebas y concluyó:

“DISFUNCIÓN ERECTIL –IIFE-DE: Severa (...) de probable origen orgánico mixto (vascular, de predominio neurogénico) desencadenado desde complicación de procedimiento de herniorrafia inguinal”.

- Contrario a lo afirmado por el a quo, **el consumo de medicamentos para la prostatitis como causante de la disfunción eréctil queda descartada, no solo con la historia clínica donde nada se refiere al respecto, sino con el testimonios de Fabiola García. Veamos:**

“DR. MORENO: Muchas gracias, señorita. Buenos días señora María. Pregunta 1.- Indíqueme por favor al Despacho de todo el tiempo de convivencia que usted estuvo con el señor Duván, indique al Despacho si él en alguna ocasión padeció de la próstata.

SRA. FABIOLA: No doctor, en el conocimiento que tengo con él no, no doctor, nunca lo he llegado a llevar al médico por la próstata o que esté tomando droga, no, yo no tengo conocimiento de eso.

- El médico Cortes de la junta de calificación de invalidez también descarta la edad o el consumo de medicamentos como causa de la disfunción eréctil. Veamos:

“DR. OCAMPO: Gracias, señora Juez. Quiero preguntarle al doctor si nos puede indicar que es una disfunción de origen orgánico que se le relata ahí en ese dictamen.

DR. CORTÉS: **La disfunción de origen orgánico se refiere a que la causa es algo anatómico u orgánico, no es una disfunción por decir algo por la edad,** la disfunción eréctil que presentamos los hombres cuando entramos en la andropausia ¿sí?, sino en este caso se encontró una causa detectable y diagnosticada por un examen como fue el Eco Doppler donde se veía la fuga sanguínea por eso se determina que es de origen orgánico. (...)

DR. MEDINA: Estaba preguntándole al doctor si conocía los efectos secundarios del suministro de la prazosina, concretamente a lo que se refiere a la pérdida o disminución de capacidad eréctil, o sea la impotencia.

DR. CORTÉS: Sí, si lo conozco, pero en este caso tiene mayor fuerza la evidencia desde el punto de vista del daño y la fuga que tiene desde el punto de vista sanguíneo determinado pues por un examen objetivo que fue el eco doppler de los vasos del pene; entonces si no hubiese otra razón para el señor tener una impotencia diferente a la toma del medicamento pues podríamos hacer esa injerencia, pero no a todos los pacientes que toman prazosina les va a dar impotencia.”

- Otro de los indicios más concluyentes es que el resultado obtenido en la intervención del médico ESCORCIA es desastroso. Como lo afirma el ex presidente del Consejo de Estado Ramiro Saavedra “aunque la obligación sea de medios, lo que se espera normalmente es la curación del paciente y por tanto, un daño es un resultado anormal, por lo cual al médico le corresponde demostrar que dicho resultado no es producto de su negligencia.”⁹
- Así mismo, en eventos de resultados absolutamente contrarios a los esperados como el que nos ocupa, es posible aplicar la teoría de la falla virtual sobre la cual el mencionado jurista manifiesta:

*“La teoría de la falta o la culpa virtual (faute virtuelle) es de origen francés, y se erige como otra de las modalidades en las que puede simplificarse la carga de la prueba del demandante y acortar el camino hacia una declaratoria de responsabilidad. Básicamente la teoría indica que, ante un resultado anormal que excede los resultados previstos y conocidos de un determinado procedimiento médico, es posible tener por probada la negligencia en el desarrollo de dicho procedimiento. Aunque no existe unanimidad en cuanto a su identificación con la presunción judicial lo cierto es que frente al resultado totalmente anormal, se traslada el punto de atención a las figuras ya tratadas por su parecido inclusive como la presunción de culpa en todo caso en algunos eventos se le suma la presunción de causa, porque cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal se está en presencia de un modo de prueba elíptico conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa. C. de E. SCA. Sección tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009. Exp. 18.364. C.P. Enrique Gil Botero.”*¹⁰

⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. De la Responsabilidad Patrimonial del Estado, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá 2018, Tomo I. Pág. 443-444.

¹⁰ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Op. Cit. Pag. 474.

Con lo anterior queda demostrada la existencia de material probatorio que da cuenta del origen orgánico de la disfunción eréctil padecida por el sr. Duván García, pruebas que no fueron valoradas y a las que se restó valor probatorio por parte del juez de primera instancia.

3.6. La sentencia da valor a consentimiento informado obtenido mediante la comisión del delito de suplantación personal ya que para ello el médico dijo ser cirujano sin estar habilitado. Esto hace que el consentimiento sea invalido y la responsabilidad objetiva.

Falta de congruencia de la sentencia de primera instancia hace que se encuentre viciada por un defecto sustantivo, así como por defecto fáctico por deficiente valoración probatoria.

A lo largo del proceso judicial fue narrado de forma contundente que el médico John Jairo Escorcia no se encontraba habilitado para realizar cirugías como la herniorrafia que le realizó al sr. Duván García en el Hospital Felipe Suárez. De ello dan cuenta los hechos **4.1.2.1. a 4.1.2.28.** de la reforma de la demanda, donde se describió tal situación a detalle, así como los alegatos de conclusión en los que se reiteró dicho motivo de inconformidad.

Pese a lo anterior, la sentencia de primera instancia tampoco realizó ningún pronunciamiento ni anotación sobre el particular.

De tal gravedad reviste la omisión del fallador de primera instancia que hace que la sentencia se encuentre viciada por un defecto sustantivo por violación al principio de congruencia de las sentencias. Recuérdese que dicho principio tiene asidero en el artículo 187 del CPACA y en el artículo 281 del Código General del Proceso, sobre el cual la sentencia C-209 de 2016 que el principio de congruencia no solo se fija a partir de las pretensiones de la demanda, sino también del asunto sometido a conocimiento del juez, **de las alegaciones de las partes y de la actividad probatoria, es decir, el principio de congruencia debe observarse respecto a lo alegado y lo probado en el proceso, así:**

*1.El principio de congruencia de la sentencia, que orienta la teoría general del proceso, **implica la obligación del juez de fallar conforme al asunto sometido a su conocimiento, es decir, el ejercicio de la jurisdicción esta condicionado por el thema decidendum fijado por las partes en sus alegaciones y actividad probatoria, por lo que debe proferir una decisión con fundamento en lo alegado y probado en el proceso**¹¹. Así, para el profesor **MORALES** “(...) la sentencia debe ser clara y en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (...)”¹²*

¹¹ Vescovi, E. Teoría general del proceso. Temis. Bogotá, 1984, pág. 53.

¹² Morales Morales, M. Curso de derecho procesal civil, parte general, Ediciones Lerner, Bogotá, 1960, pág. 438

*El artículo 281 del Código General del Proceso establece que: “La sentencia deberá estar en consonancia **con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.**”*

- La sentencia T-455 de 2016 reiteró que el principio de congruencia se configura a partir de los hechos y las pruebas discutidos en el proceso, al tiempo que reiteró que la falta de congruencia de la sentencia configura una vía de hecho susceptible de ser protegida mediante la acción de tutela, pues este garantiza el derecho de acceso a la administración de justicia:

*“... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a **tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”**. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso”¹³.*

24.2. De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir **que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso**. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (*extra petita*) o en la que otorgue más de lo pedido (*ultra petita*), **pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento**. El principio de congruencia de la sentencia, **además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.**

- Finalmente la sentencia T-082 de 2023 realizó un recuento jurisprudencial estableciendo: i) Que la falta de congruencia de la sentencia conlleva la configuración del defecto sustantivo y procedimental, ii) El incumplimiento del principio de congruencia debe ser de entidad suficiente para poner en riesgo o impedir el ejercicio

¹³ Sentencia T-450 de 2001. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

de derechos fundamentales, iii) La violación del principio de congruencia vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, iv) El principio de congruencia es un principio de validez de las sentencias, y v) El principio de congruencia es aplicable en todas las áreas del derecho.

El caso concreto. La sentencia de primera instancia guardó silencio respecto a los hechos y pruebas que demostraron que el médico John Jairo Escorcia no estaba habilitado para realizar cirugías a mi procurado.

- El fallador de primera instancia omitió emitir pronunciamiento respecto a la totalidad de los hechos y pruebas que dan cuenta del ejercicio ilegal de la profesión del médico John Jairo Escorcia, **así como del vicio del consentimiento informado por un error en la persona a la que se daba autorización para realizar la cirugía.** Lo anterior dejando de lado que se desplegó una ardua labor probatoria en la demostración del vicio del consentimiento informado, al tiempo que se demostró que el médico no contaba con la convalidación del título de cirujano general ni tenía inscrita dicha especialidad en el Registro Único del Talento Humano en Salud - ReTHUS- al momento de la realización de la cirugía al señor Duván García.
- Así mismo se logró demostrar en evidencia que, según el material probatorio recaudado, **tanto el mencionado galeno como el Hospital Departamental Felipe Suarez tenían conocimiento de la falta de convalidación de la especialidad y de la no inscripción en el ReTHUS del profesional y aún así realizaron los actos tendientes a la obtención del consentimiento informado y/u omitieron dar información sobre el incumplimiento de tales requisitos.** Esta culpa grave en materia civil equivale al dolo, el cual fue determinante del error en la calidad de la persona en el que incurrió el señor Duvan García al dar autorización para la realización de una cirugía a un supuesto “cirujano”, calidad y habilitación legal que no tenía el mencionado médico.
- Las pruebas que omitió tener en cuenta el juez para proferir su decisión son las siguientes:
 - o **Respuesta de fecha 04/NOV/2017:** El Colegio Médico Colombiano informó que el mencionado profesional se encuentra inscrito **como “Médico”** y que “no suministra soportes académicos y demás documentos exigidos por el Ministerio de Salud y Protección Social para este trámite.”
 - o **Oficio No. D.G. -172-18 de fecha agosto 25 de 2018:** El HOSPITAL DEPARTAMENTAL FELIPE SUAREZ entrega copia de título de “Medico y Cirujano” de la Universidad Libre de Colombia y de especialista en Cirugía General de la Universidad de Zulia de la República Bolivariana de Venezuela este último de fecha **25/ABR/2016.**

- **Respuesta de fecha 17/SEP/2017 la Universidad Libre de Colombia manifiesta:**

“Al numero 2.2.1. “Si el diploma de “MÉDICO Y CIRUJANO” otorgado por la Universidad Libre al médico Jhon Escorcía Rocha, identificado con C.C. 72.181.684, corresponde a un título de pregrado” al respecto le informo lo siguiente del egresado de esta universidad:

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN	TÍTULO	ACTA	FECHA DE GRADO	SECCIONAL
Jhon Jairo Escorcía Rocha	72.181.684	<u>Pregrado</u> como MÉDICO Y CIRUJANO	2825	25/07/1997	BARRANQUILLA

- Mediante documento de fecha 4/OCT/2019 el Colegio Médico Colombiano manifiesta:

Numeral 2.2.3. “Si el diploma de “MÉDICO Y CIRUJANO” otorgado por la Universidad Libre de Colombia al médico Jhon Escorcía Rocha, identificado con C.C. 72.181.684, corresponde a un título de pregrado.

De acuerdo a su solicitud es preciso informar que el título de medicina corresponde a un título de pregrado. (...)

Numeral 2.2.5. “Si el título de “MÉDICO Y CIRUJANO” otorgado por la Universidad Libre de Colombia al médico Jhon Escorcía Rocha, identificado con C.C. 72.181.684, le permite a dicho profesional inscribirse en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud – ReTHUS y practicar la especialidad de CIRUGÍA GENERAL en el territorio nacional.

Frente a lo anterior es preciso aclarar que (...) el título expedido por la Universidad libre (sic) solo sirve para certificar su ejercicio como médico general (...).

- **Oficio de fecha 3/SEP/2019 emitido por el Ministerio de Salud y aportado con la reforma de demanda se concluye:**

“Me permito informar que los requisitos para el ejercicio de las profesiones u ocupaciones del área de la salud se encuentran establecidos en la Ley 1164 de 2007, el Decreto 4192 de 2010, la Resolución 3030 de 2014 y los actos administrativos por medio de los cuales se les ha delegado funciones públicas a algunos Colegios Profesionales. (...)

*a) **Título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida** (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado) (...) **Si el título se obtuvo en el extranjero, debe presentarse la convalidación por parte de autoridad competente, actualmente es el Ministerio de Educación Nacional.** (...)*

*c) **Obtener el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud – ReTHUS, según lo definido en el artículo 23 de la Ley 1164 de 2007.** (...)*

*3. **Cuando el inscrito requiera ejercer una especialidad o especialización**”.*

*De acuerdo a lo anterior, para ejercer la profesión de Medicina y/o alguna de sus especialidades Médico Quirúrgicas, debe cumplir con los requisitos anteriormente expuestos, **no es posible que un médico general realice (sic) las competencias propias de un médico especialista** (...)*”.

- **Oficio 2019-ER-226911 del 16 de agosto de 2019:** El Ministerio de Educación Nacional manifestó que la convalidación se dio con posterioridad a la fecha de la cirugía -documento 078 del expediente digital, página 44-:



Correo: jvallejolopez16@gmail.com
Destino:

Bogotá D.C., 16 de Agosto de 2019

No. de radicación
anterior:

2019-ER-226911



2019-EE-117315

Señor
JHONIER VALLEJO LOPEZ
Peticionario
NAUFFAL - LEGAL BOUTIQUE
Correo: jvallejolopez16@gmail.com
Manizales Caldas

Asunto: Verificación de resolución.

Respetado Señor,

De manera atenta y de acuerdo con su solicitud, le remitimos copia del acto administrativo expedido por el Ministerio de Educación Nacional a nombre de la siguiente persona.

NOMBRES Y APELLIDOS	No DE RESOLUCIÓN	FECHA	TÍTULO	INSTITUCIÓN QUE EXPIDIÓ EL TÍTULO	ONVALIDO/NO CONVALIDO	PRESENTO RECURSO
JHON JAIRO ESCORTIA ROCHA	22328	30 DE NOVIEMBRE DEL 2016	ESPECIALISTA EN CIRUGÍA GENERAL	UNIVERSIDAD DEL ZULIA, VENEZUELA	SI	NO

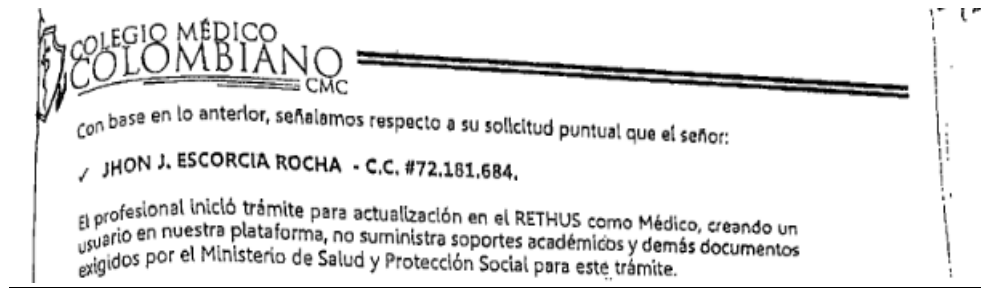
- **Interrogatorio al señor Jhon Jairo Escorcía:** En audiencia de interrogatorio de parte manifestó que la resolución de convalidación del título únicamente le fue notificada el 1 de diciembre de 2016, esto es, con posterioridad a la cirugía practicada a mi procurado:

“JHONIER VALLEJO L.: Yo le pido al Despacho que reconvenga al demandado para que conteste, él no ha contestado la pregunta. La pregunta es si sólo hasta el 1º de diciembre recibió la notificación de convalidación. Él no ha contestado lo que le estoy preguntando, y para efectos del conteo [interrupción]

SR. ESCORTIA: La notificación la recibí el 1º, sí señor, sí la recibí a partir del 1º de diciembre.”

- Para el 22/SEP/2016, fecha de realización de la cirugía al señor Duván García el médico Escorcía tampoco estaba inscrito en el ReTHUS como especialista en cirugía general. Esto porque en primer lugar la convalidación solo le fue notificada el 1/DIC/2016 y en segundo término porque ni siquiera para el 4 de noviembre de 2017 tenía inscrita esta especialidad tal como se desprende de respuesta de fecha **04/NOV/2017** del Colegio Médico

Colombiano en la que informó que el mencionado profesional se encontraba inscrito **como “Médico”**:



14

- **Oficio Nro. D.G.-252-19 del 17 de septiembre de 2019:** En este documento el Hospital Felipe Suárez dejó claro que **tenía conocimiento sobre la falta de convalidación de título universitario del médico John Jairo Escorcía, así:**

“Para la realización de la cirugía practicada al señor DUVAN GARCÍA, el 22 de septiembre de 2016, el profesional aportó certificado expedido por la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, el cual refiere que el profesional por usted mencionado está autorizado para ejercer como MEDICO Y CIRUJANO en Colombia.”¹⁵

Como se dejó claramente explicado para dicha fecha el médico no había convalidado su título de especialista en cirugía general ni estaba inscrito en el ReTHUS en dicha especialidad. Por su parte el título de “Medico y cirujano” corresponde a un título de pregrado que no permite ejercer las competencia de un especialista como expresamente lo indicaron el Colegio Médico Colombiano y el propio Ministerio de Salud.

- Ninguna de las pruebas enlistadas fue tomada en cuenta por el a quo, quien nada dijo respecto al demostrado ejercicio ilegal de la profesión de cara a la realización de la cirugía al señor Duván García por el médico Escorcía.
- El fallador de primera instancia no aplicó tampoco el artículo 22 de la Ley 1164 de 2007 **“Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no esta autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley”**, entre ellas, la convalidación y el registro en el ReTHUS.

¹⁴ Ver documento 010, Anexo 8 del expediente digital.

¹⁵ Ver documento 078, Anexos reformad de demanda, página 52, expediente digital.

- El fallador de primera instancia no tuvo en cuenta que el médico John Jairo Escorcía era conocedor de que no cumplía con los requisitos para ejercer la profesión al momento de la cirugía:

“JHONIER VALLEJO L.: Pregunta 7.- Diga si es cierto entonces que, para el 22 de septiembre de 2016, fecha de realización de la cirugía del señor Duvan García, el Ministerio de Educación no le había notificado la convalidación de su título de cirujano general.

DR. ESCORCIA: No había dado esa resolución, pero sí me había enviado un documento donde dice que ya estaba listo para emitir el concepto de la convalidación, y telefónicamente ya habían informado que estaba aprobado, que lo único que faltaba era el trámite de realización de la resolución.

JHONIER VALLEJO L.: Pregunta 8.- Diga si es cierto que, para el 22 de septiembre de 2016, fecha de realización de la cirugía al señor Duvan García, no se encontraba inscrito en el Registro Único Nacional de Talento Humano en Salud como cirujano general.

SR. ESCORCIA: No señor.

JHONIER VALLEJO L.: ¿No estaba inscrito?

SR. ESCORCIA: No estaba inscrito.”

- A pesar de tener plena conciencia de no cumplir requisitos, el Dr. Escorcía se le presentó al señor Duván García como médico cirujano, omitiendo aclararle dicha situación al paciente. Esto lo confesó el mismo galeno en el interrogatorio de parte:

“JHONIER VALLEJO L.: No le he hecho la pregunta. Diga si es cierto que para el momento de tomar el consentimiento informado al señor Duvan García usted se le presentó como el médico cirujano encargado de realizar la cirugía.

SR. ESCORCIA: Sí me le presenté.

JHONIER VALLEJO L.: Pregunta 12.- Diga si es cierto que usted en ningún momento le advirtió al señor Duvan García que no le habían convalidado el título de cirujano general y que no se encontraba inscrito en el Rethus como especialista en cirugía general.

*SR. ESCORCIA: **No, el señor no me preguntó eso, tampoco había la necesidad de decirlo** porque sí estoy en la capacidad porque soy cirujano general porque tenía un documento donde me dice que faltaba nada más la emisión de la resolución (...).*"

- Todo lo expuesto deja en evidencia que la sentencia de primera instancia incurrió en defecto fáctico¹⁶, en tanto, de haber considerado todas las pruebas que demuestran el ejercicio ilegal de la profesión y los vicios del consentimiento, hubiese declarado responsabilidad en cabeza del hospital Felipe Suárez de Salamina y del médico John Jairo Escorcia, pues según se demostrará a continuación, todo error en el consentimiento **es un hecho generador de responsabilidad**.

Consecuencias del ejercicio ilegal de la profesión por parte del médico John Jairo Escorcia.

- La presentación como médico cirujano sin tener tal condición de acuerdo a la ley claramente constituye un engaño. Adicionalmente, el conocimiento del incumplimiento de requisitos legales y el querer de realizar el acto quirúrgico a pesar de la inobservancia de los requisitos legales constituye un claro comportamiento doloso. También lo constituye desde el punto de vista civil según la definición de dolo del artículo 63 del Código Civil que establece:

***“Artículo 63. Culpa y dolo.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. **Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.**”*

Claramente el Dr. Escorcia, al realizar una cirugía sin cumplir los requisitos legales actuó con culpa grave equivalente al dolo en materia civil.

- Con negligencia, poca prudencia y por tanto con culpa lata o dolo también actuó el Hospital Departamental Felipe Suarez al contratar y permitir la realización de una cirugía a un profesional no habilitado por la ley para tal propósito.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-459 de 2017. El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales se presenta cuando el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión porque dejó de valorar una prueba o no la valora dentro de los cauces racionales y/o denegó la práctica de alguna sin justificación

- El artículo 26 Constitucional dispone que *“Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, **salvo aquellas que impliquen un riesgo social.**”* Una de las que implica un riesgo social es precisamente la medicina y sus especialidades y por eso su ejercicio está regulada, entre otras, en la Ley 23 de 1981 y la Ley 1164 de 2007.
- El artículo 18 de la Ley 1164 de 2007 *“Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud”* indica en su artículo 18 lo siguiente:

“ARTÍCULO 18. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES Y OCUPACIONES DEL ÁREA DE LA SALUD. Las profesiones y ocupaciones del área de la salud se entienden reguladas a partir de la presente ley, por tanto, **el ejercicio de las mismas requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:**

1. Acreditar una de las siguientes condiciones académicas: (...)

c) **Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero** de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en estos.”

Por su parte, el artículo 22 ibídem, vigente para la fecha de la cirugía del señor Duván García establecía:

“ARTÍCULO 23. DEL REGISTRO UNICO NACIONAL DEL TALENTO HUMANO EN SALUD. Créase el Registro Unico Nacional del Talento Humano en Salud consistente en la inscripción que se haga al Sistema de Información previamente definido, del personal de salud que cumpla con los requisitos establecidos para ejercer como lo señala la presente ley, **proceso con el cual se entiende que dicho personal se encuentra certificado para el ejercicio de la profesión u ocupación.**”

- Sin el cumplimiento de los anteriores requisitos los profesionales de la salud no podían ejercer las respectivas actividades so pena de incurrir en ejercicio ilegal de la profesión. Así se desprende de lo contemplado en el artículo 22 de la misma ley que establece:

“ARTÍCULO 22. DEL EJERCICIO ILEGAL DE LAS PROFESIONES Y OCUPACIONES DEL ÁREA DE LA SALUD. Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no esta autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley.”

- Ahora bien, el actuar doloso del Dr. Escorcía y el Hospital Departamental Felipe Suarez vicia el consentimiento informado otorgado por el señor Duván García privándolo de toda validez y eficacia según pasa a explicarse.
- El concepto de “consentimiento” no es definido en las normas sobre el ejercicio de la profesión médica ni por normas administrativas. Esta figura se encuentra regulada en el Código Civil y ha sido desarrollada principalmente por doctrinantes del derecho privado.

Al respecto Guillermo Ospina Fernández sostiene:

*“En el lenguaje vulgar, consentir también significa adherir unilateral y voluntariamente a algo, y en ese sentido el artículo 1502 del Código Civil dice que **“para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:...que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicios”**”¹⁷*

- De acuerdo con lo anterior, para que una persona se obligue por una declaración de voluntad no solo basta que manifieste su asentimiento, sino que dicha manifestación se encuentre libre de vicios.

Al respecto el artículo 1508 del Código Civil establece que “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.”

- Sobre el dolo, el mismo autor sostiene:

*“Según la definición de POTHIER, “el dolo es toda especie de artificio de que alguien se sirve para engañar a otro.” Aplicando este concepto en punto de la formación de los actos jurídicos **el dolo consiste en cualquier maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a sorprender a la víctima y a provocar su adhesión, bien sea sobre el acto general, bien sea sobre ciertas condiciones de él.** (...)*

*Sin embargo, este requisito de que el dolo deba ser obra de una de las partes para que constituya vicio de la voluntad, no debe limitarse en nuestro sistema jurídico a los casos en que las maniobras fraudulentas provengan directamente de uno de los contratantes, porque basta la complicidad de estos en el dolo de un tercero para que dicho efecto se produzca. (...) Más aún, **la doctrina uniforme de los tratadistas considera que ni siquiera es indispensable la complicidad positiva de las partes en el dolo de un tercero, sino que es suficiente su complicidad negativa**; es decir, que no es necesaria la participación activa de estas en las maniobras dolosas, sino*

¹⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Séptima edición, Editorial Temis, Bogotá 2009. Pág. 144.

que basta con que una de ellas tenga conocimiento de que un tercero está engañando a la otra parte para que solo silencio implique complicidad. (...) Esta solución doctrinal está bien fundamentada porque, como hemos visto, la reticencia y el silencio pueden constituir manifestaciones dolosas caracterizadas; (...).¹⁸

- Lo anterior significa que no solo el conocimiento del no cumplimiento de requisitos para ejercer la cirugía general y su realización a pesar de su inobservancia constituyen dolo. También lo constituye la reticencia y el silencio tanto del Dr. Escorcia como del Hospital Departamental Felipe Suarez constituyen actos dolosos.
- Pero en el presente caso no solo se presenta dolo como vicio del consentimiento. También se presenta error. Precisamente, sobre el error en la persona el artículo 1512 ibídem señala que “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.”

En relación con esta clase de error Guillermo Ospina Fernández, con fundamento en posturas similares de Claro Solar y Alessandri manifiesta:

“Por último, debe tenerse en cuenta que el artículo 1502 del Código Civil comprende por igual el error acerca de la identidad de la persona y el error acerca de las calidades de esta. Uno y otro constituyen vicios del consentimiento, siempre que tal identidad o tales calidades sean el móvil o motivo determinante de la voluntad de los agentes. Así, si yo celebré un contrato con Pedro para la prestación de servicios médicos, pero queriendo contratar con Juan, cuya reputación científica conozco de oídas y me determina a buscarlo, mi voluntad queda viciada por error in persona. Otro tanto sucede cuando celebro el contrato con el propio Pedro, a quien he atribuido erróneamente la calidad de médico, que él no tiene.”^{19,20}

Es absolutamente claro que el consentimiento queda viciado si existe error en las calidades de la persona a la que se otorga cuando estas son el motivo determinante de la manifestación de voluntad. El ejemplo no puede ser más exacto al caso analizado: ello sucede por ejemplo cuando se atribuye a una persona la calidad de médico que no tiene o en este caso, cuando se otorga la calidad de cirujano de la que legalmente carece.

¹⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Séptima edición, Editorial Temis, Bogotá 2009. Págs. 202 a 205.

¹⁹ Cfr. CLARO SOLAR, Ob. Cit., t. XI, núm. 785; ALESSANDRI y SOMARRIVA, Ob. Cit., t. IV, núm. 157.

²⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y otro, Op. Cit. Pág. 194.

No existe duda que el motivo que induce al otorgamiento del consentimiento para la realización de un procedimiento quirúrgico es que quien lo va a realizar sea un cirujano. Pero no basta que tenga el título. Es necesario que legalmente se encuentre habilitado. Si dicha habilitación legal el profesional no puede ejercer dicha especialidad o en otros términos legalmente carece de ella.

- Es decir, en el presente caso no solo existe dolo por parte del Dr. Escorcia y el Hospital Departamental Felipe Suarez **sino que este genera error en el señor Duván García sobre la persona a la que otorga su consentimiento. Esto queda en evidencia en las siguientes imágenes:**

Hospital Departamental
Felipe Suárez
E.S.E.
Socorro - Caldas
NIT. 890.801.026-8

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA Y OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
(En cumplimiento de la Ley 23 de 1981)

NOMBRE COMPLETO: Duván García

En forma voluntaria consiento en que el(la) doctor(a) Alfonso Jaime Escorcia Roca

como cirujano(a) y el ayudante que el(ella) designe me realicen _____

COMO TRATAMIENTO PARA Hernia Inguinal Derecha

Entiendo que esta cirugía consiste básicamente en Herniorrafia Inguinal

...ación, además comprendo y acepto el alcance y los riesgos justificados de posible prevención que conlleva el procedimiento quirúrgico que aquí autorizo. En tales condiciones consiento que me realice CIRUGÍA.

Ciudad y Fecha: _____

Firma del Paciente: Duván García

Firma del Cirujano Encargado: Alfonso Jaime Escorcia Roca

C.C. _____

MEDICO CIRUJANO

Nótese que la información dada en el documento es contraria a la realidad pues el Dr. Escorcia no tiene la condición legal de cirujano. Además, este médico no tiene reparo en presentarse como cirujano como expresamente lo confesó. El consentimiento informado además se materializa sobre documento con membrete del Hospital Felipe Suarez, lo que genera confianza en que dicha institución avala y respalda dicha información. Adicionalmente,

tanto el médico como el Hospital Felipe Suarez callan la circunstancia de falta de convalidación e inscripción, lo que también fue confesado por el galeno. Esto constituyen conductas claramente fraudulentas y engañosas que configuran dolo.

Estas maniobras llevaron a que el consentimiento se otorgara debido a que el señor JHON JAIRO ESCORCIA ROCHA tenía supuestamente la condición de cirujano. Sin embargo, para dicho fecha el galeno no tenía habilitada dicha especialidad según la legislación colombiana, estándole prohibido ejercerla.

- **Es decir, el consentimiento informado se logra mediante el ocultamiento de información sobre el ejercicio ilegal de la profesión y en posible ejecución del delito de falsedad personal.** Al respecto Camilo Iván Machado Rodríguez en su artículo La adecuación típica del ejercicio ilegal de la actividad médica en España y Colombia señala:

“Ahora bien: de la lectura del articulado de la ley en mención, se observa que en el artículo 18 se establece de una forma clara cuáles son los requisitos para el ejercicio de la profesión médica y demás ocupaciones en materia de salud; se menciona que a partir de la vigencia de la ley, para el ejercicio de actividades médicas se necesitarán los siguientes requisitos:

1. Acreditar una de las siguientes condiciones académicas: (...)

c) Convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo a las normas vigentes. Cuando existan convenios o tratados internacionales sobre reciprocidad de estudios la convalidación se acogerá a lo estipulado en éstos.

2) Estar certificado mediante la inscripción en el Registro Único Nacional. (...)

Finalmente, en esta nueva ley se hace alusión al ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones del área de la salud en el artículo 22. (...)

Pero mientras todo lo anterior ocurre, aquellas personas que ejercen como médico o especialista o subespecialista, de lege ferenda deberán ser sancionadas administrativamente y, en la actualidad, se les podrá imputar un delito de falsedad personal. (...)

I delito de falsedad personal

Esta figura típica, regulada en el artículo 296 del Código Penal colombiano, prescribe que

*El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o **se atribuya** nombre, edad, estado civil, **o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito** [cursivas añadidas].*

Su aplicación a los supuestos de hecho que aquí se analizan, en donde el sujeto activo se atribuye calidades que no posee, bien por no ser personal sanitario o porque aun siéndolo no posee una determinada cualificación de especialista o subespecialista, se adecua al tipo penal en mención, dado que está atribuyendo una calidad que efectivamente conlleva efectos jurídicos.²¹

- Así las cosas, un consentimiento informado obtenido en ejercicio ilegal de la profesión y con posible comisión de delito no puede tener ningún efecto jurídico según lo expuesto previamente. Esto porque el derecho no puede amparar aquello que es producto de comportamientos que el mismo ordenamiento jurídico califica como ilegal e incluso como posible conducta delictual.
- Respecto a la ausencia de consentimiento informado o los defectos en su otorgamiento por **no informar al paciente todo lo relacionado con el procedimiento a realizar, el Consejo de Estado ha sido contundente en declarar la responsabilidad médica.**²²

*“Respecto del consentimiento informado del paciente para la realización de procedimientos médicos o suministro de medicamentos, se ha precisado que deben reunirse los siguientes elementos: i) el médico debe dar a conocer a las personas los procedimientos convenientes para restablecer o mejorar la salud; las ventajas y sus riesgos y las eventualidades que puedan llegar a presentarse en su curso con ocasión de o con posterioridad de la intervención, es decir, de señalar los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre una persona y la existencia de medios alternativos; ii) **la información debe ser proporcionada de***

²¹ Machado Rodríguez, C.I. 2009. La adecuación típica del ejercicio ilegal de la actividad médica en España y Colombia. Universidad Externado de Colombia, Derecho Penal y Criminología. 30, 88 (jun. 2009), 61–92.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia Radicado: 41001233100020070009901 (60508) Demandante: Jaime Chacón Hernández y otros. Sentencia del 30 de noviembre de 2023.

manera clara, completa, explicada e inteligible para el paciente, quien, además, iii) **debe expresar el consentimiento de manera clara, inequívoca, libre de coacción, es decir, libre de vicios y en uso de sus facultades cognitivas.**

(...) Cabe resaltar que la información que suministra el médico es un presupuesto para que el paciente ejerza de manera autónoma el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, de allí su carácter trascendental en materia de procedimientos médicos, más aún cuando se parte del supuesto de su ignorancia en estos asuntos.
(...)

(...) Como se observa, en casos en los cuales se ha comprobado que el proceder de los médicos ha sido el adecuado, pero fue ausente del consentimiento informado, puede abrirse la opción para la indemnización de perjuicios morales, en tanto si bien, la salud del paciente no empeoró, no fue informado del riesgo que tenía la intervención; por tanto, la conclusión lógica es que, en caso de haber existido dicho consentimiento, la materialización del riesgo no comprometía la responsabilidad de la entidad demandada.”

- En la misma línea el Consejo de Estado ha afirmado contundentemente que la ausencia de consentimiento informado o los vicios en su otorgamiento **es un hecho generador de responsabilidad con independencia de la imputación del daño, así:**

“Se puede decir que la ausencia de consentimiento es per se generadora de responsabilidad en cabeza del tratante, aun cuando los resultados negativos que de la operación se sigan no sean otra cosa que la realización de un riesgo inherente o, incluso, una consecuencia inevitable. En otras palabras, se puede decir que el paciente asume los riesgos consentidos (y previamente informados), mientras que por lo que vaya más allá de tal consentimiento responde el médico, según el régimen de la responsabilidad objetiva. (...)

La razón por la que la intervención realizada sin el debido consentimiento informado genera responsabilidad no solamente deriva de exigencias en la prestación del servicio sino especialmente de profundas exigencias de respeto a la dignidad humana del paciente. En efecto, como no aceptó el riesgo –y por ende la intervención- el paciente pierde protagonismo en un procedimiento que no se le puede atribuir en absoluto, deviene en acto de otro,

*solo admisible si este pierde su condición de persona. Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que la intervención aunque recae sobre su humanidad desconoce la integridad y la inviolabilidad que ésta comporta. **Aparte de lo anterior, la intervención médica realizada sin el consentimiento del paciente comporta, salvo casos excepcionales, violación directa de la ley y los reglamentos tocantes a la profesión médica.**”²³*

De acuerdo con lo anterior, es claro que la ausencia de consentimiento por un error en la persona a la que se otorgaba autorización para realizar intervención quirúrgica **es una acción generadora de responsabilidad**. La sentencia de primera instancia incurrió en un defecto sustantivo por violación al principio de congruencia y en defecto fáctico por falta de valoración del acervo probatorio que demuestra de manera suficiente que el médico John Jairo Escorcia ejerció ilegalmente la profesión y que el Hospital Felipe Suárez actuó con negligencia al adelantar los trámites del consentimiento informado.

3.7. Ausencia de consentimiento informado de la cirugía realizada por SES Hospital de Caldas.

Además de existir un vicio en el consentimiento informado otorgado al hospital Felipe Suárez, **tampoco fue suscrito consentimiento informado respecto a la cirugía realizada por SES Hospital de Caldas, hecho que nuevamente, es generador de responsabilidad en cabeza de esta entidad.**

Nuevamente la sentencia de primera instancia incurrió en defecto fáctico al no tener como probados los hechos que sustentan la ausencia de consentimiento informado, hechos que de manera inequívoca la hubiesen llevado a declarar la prosperidad de las pretensiones, así:

- En las página 2 y 53 del documento No. 23 del expediente digital aparece el siguiente formato de consentimiento informado:

²³ Sección Tercera, Subsección B C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, 12 de diciembre de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12661-01(27493)

Yo **DUVAN GARCIA**

Cédula Ciudadanía Número: 4558301

Identificado con el documento de identidad tipo:
en pleno uso de mis facultades mentales, libre

y voluntariamente declaro:

Que he sido informado por el médico sobre la naturaleza y propósito de la transfusión, los riesgos de ella, las alternativas disponibles para tratarme y las consecuencias de no recibir este tratamiento.

Entiendo que la transfusión en general (glóbulos rojos, plaquetas y plasma) se basa en la necesidad de aportar externamente alguno o algunos de los componentes de la sangre que estén deficitarios en cantidad o calidad. La sangre utilizada para transfusiones proviene de donantes sanos que no reciben ninguna compensación económica por la donación y es estudiada ampliamente para detectar posibles infecciones; a pesar de ello, debido a los "falsos negativos" de las técnicas y a los períodos de incubación de los procesos infecciosos, pueden llegar a presentarse riesgos o complicaciones, como:

1. INFECCIONES: SIDA, hepatitis B, C, Delta y G; Citomegalovirus, Enfermedad de Chagas, Paludismo, Sífilis, HTLV, herpes, entre otras.
2. INMUNOLÓGICOS: Reacción hemolítica potencialmente letal, urticaria, choque anafiláctico, enfermedad de injerto contra huésped, trali, púrpura postransfusional, refractariedad a plaquetas, inmunosupresión, entre otros.

También me informan que otras posibilidades de tratamiento son: cristaloides, coloides, autotransfusión, transfusión homóloga, factores de crecimiento y hierro parenteral, entre otros.

He tenido la oportunidad de exponer todas mis inquietudes y dudas, y he obtenido respuestas satisfactorias. Por lo tanto, doy consentimiento para la transfusión, entendiendo que puedo revocarlo cuando lo desee.

Firma del Paciente:

CC:4558301

- Como puede verse el formato de Servicios Especiales de Salud se refiere exclusivamente a transfusión de sangre y hemoderivados **y no a intervenciones quirúrgicas**. De entrada este hecho demuestra la inexistencia de consentimiento informado para la cirugía que fue realizada al sr. Duván García en SES Hospital de Caldas.
- **Es de destacar que según declaración rendida por el Medico Roberto Carlos Fominaya el señor Duván García al ingreso se encontraba con estabilidad hemodinámica. Adicionalmente, ante pregunta del Dr. Ocampo consistente en que "Si usted no hubiera estado en ese momento y lo hubieran tenido que llamar, se hubiera demorado 20, 30 minutos para ver intervenido a este paciente, si no se hubiera hecho, si usted no hubiera estado en ese momento, qué hubiera pasado con él."**
- **El Dr. Fominaya contesta:** "Entonces en cuanto a la pregunta, si yo no hubiese estado en el Hospital obviamente pues entre más rápido se repare una lesión vascular hay menos posibilidad de que el paciente pierda la extremidad y hay menos sangrado y pues el paciente pierda la vida; entonces obviamente si me demoro 20,

30 minutos en llegar pues no creo que vaya a diferir mucho el resultado en cuanto a la atención acá en un Hospital de 3er. 4º Nivel (...).”

- Esto significa que Servicios Especiales de Salud contaba con el tiempo suficiente para tomar el consentimiento informado al señor Duván García.
- En todo caso, según la página 53 del documento No. 34 del expediente electrónico, el señor Duván García fue remitido a Servicios Especiales de Salud en compañía de su esposa como puede verse en la siguiente imagen:

EVOLUCIÓN	FOLIO 46
A. IDENTIFICACIÓN García Duván No. Historia Clínica: 4558301 Edad: 66 años Sexo: H Servicio: Ambulancia Nombre EPS: S/vida	
B. ORDENAMIENTO Fecha: 22-09-16 Hora 2+15 p.m. Ingresa paciente al servicio de cirugía para procedimiento quirúrgico hernioplastia inguinal derecha, <u>llega acompañado de familiar, se prepara para cirugía con LEV SSN + Premedicación. No toma medicamentos, Peso 75 Kg TA 130/80.</u> Gloria Elsy Hernández. 22-09-16 Hora: 13+05 Recibo paciente en el servicio de quirófano consciente, orientado, afebril, hidratado con signos vitales de TA: 115/70, FC: 89, SPO2: 92% con accesos venosos permeables pasando SSSN 0.9% x 500cc, Gelofusine IV x 500ml, con sonda Foley conectado a sistolo a libre drenaje, <u>salimos como urgencia vital en compañía de esposa.</u> Médica Natalia Medina y Cirujano Jhon Escorcia, durante el traslado se nota tranquilo y colaborador, es ingresado directamente al quirófano del Hospital de Caldas donde el cirujano acepta sin ninguna complicación. Paula A. Gallego.	

De acuerdo con lo anterior, en imposibilidad de firma del consentimiento informado por el señor Duván García al menos su esposa debió firmar el referido documento. Sin embargo, en la historia clínica no reposa el mencionado consentimiento para los actos quirúrgicos y procedimientos realizados por Servicios Especiales de Salud.

4. Petición.

- 4.1. Se conceda el recurso de apelación interpuesto.

- 4.2. Se REVOQUE la sentencia de primera instancia y en consecuencia, se concedan las pretensiones de la demanda.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Jhonier Vallejo López', written in a cursive style.

JHONIER VALLEJO LÓPEZ

C.C. 15.962.733

T.P. 193.590 del C.S.J.