

Doctora

CARMEN YANETH ZAMBRANO HINESTROZA

JUEZ CUARTA ADMINISTRATIVA DEL CIRCUITO DE POPAYAN

E. S. D.

REF. Radicado: 19001333300420220013300

Demandantes: ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO Y OTROS.

Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS.

Medio de control: Reparación Directa

LUIS GUILLERMO SERRANO ESCOBAR, en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, con todo respeto y dentro de la oportunidad procesal, me permito referirme a las contestaciones y excepciones presentadas por las entidades demandadas, así mismo, por las aseguradoras que han sido llamadas en garantía, en los siguientes términos:

I. FRENTE A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL:

La NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en procura de eximirse de la responsabilidad que le asiste en este asunto, argumenta que no tiene a su cargo la prestación de servicios de salud como los que le fueron prodigados a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO. De igual forma, señala que el Ministerio solo es un ente que fija políticas en materia de salud y que dentro de sus labores no se encuentran las de ejercer control, vigilancia ni seguimiento a procedimientos médicos y prestación de servicios de salud.

Para fundamentar la contestación, se alude, de manera muy general, a la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), en particular, a las funciones que cumplen el Ministerio de Salud, las Entidades Promotoras de Salud -EPS- y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud -IPS-.

Posterior a ello, realiza una serie de “precisiones finales” en las que la entidad reitera que es un ente rector de las políticas generales en materia de salud y riesgos profesionales y no es una entidad prestadora de servicios de salud. Asimismo, que el proceso de selección del personal asistencial es competencia de cada entidad territorial o institución prestadora de servicios de salud, por lo que cada entidad cuenta con autonomía para designar y contratar personal, así como para ejercer control respecto de su conducta.

De igual manera, señala que las entidades que prestan los servicios de salud “*no pueden comprometer la responsabilidad del Ministerio de Salud y Protección Social, pues no dependen administrativamente de éste*” y que los funcionarios del Ministerio no intervienen en la prestación de servicios de salud en ningún lugar del territorio nacional.

Todo lo anterior, lleva a que se planteen una serie de excepciones con miras a que se le exonere de cualquier responsabilidad.

1.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA:

La entidad propuso las siguientes excepciones de mérito:

- 1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL:** En la cual se contrae a manifestar que no le asiste ninguna responsabilidad en este asunto, por cuanto el Ministerio de Salud no tiene participación alguna en la prestación de servicios de salud a los usuarios, ya que las EPS, a través de su red de prestadores, son las llamadas a garantizar los servicios que requieran sus afiliados.
- 2. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL:** Donde argumenta que el daño alegado no sería imputable al actuar del Ministerio, dado que no fue quien dio lugar a la inadecuada prestación de salud. Asimismo, alega que no se evidencia una actuación administrativa u

omisión por parte del Ministerio, ni un nexo entre los hechos y las funciones de la cartera.

3. **INEXISTENCIA DE LA FACULTAD Y CONSECUENTE DEBER JURÍDICO DE ESTE MINISTERIO PARA PAGAR OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD:** Donde alega que como no presta servicios de salud ni ejerce funciones de aseguramiento y de inspección, vigilancia y control, entonces, no resulta procedente que se la responsabilice por actos ajenos de entidades que generaron el daño.
4. **COBRO DE LO NO DEBIDO:** Argumentando que es consecuencia de que no surgen a la vida jurídica las obligaciones reclamadas.
5. **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS ENTIDADES DEMANDADAS.** Alega que no existe ninguna norma que establezca la solidaridad entre las entidades demandadas.

Frente a estos argumentos, nos permitimos manifestar que NOS OPONEMOS a que se declaren en este caso, toda vez que lo endilgado a la entidad demandada no corresponde a que tenga dentro de sus funciones la prestación de servicios de salud, eso es claro y no se repercute, lo que se le reprocha a esta entidad demandada es que omitió el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control que le han sido asignadas por la Constitución y la ley.

Como se indicó en la demanda, la Constitución Política establece que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado y, a su vez, la Ley 10 de 1990, vigente en virtud del artículo 152 de la Ley 100 de 1993, precisa que la prestación de los servicios de salud, en todos sus niveles, es un servicio a cargo de la Nación. Aunado a lo anterior, se sabe que, si bien este servicio se puede prestar a través de otras entidades públicas, e incluso de particulares, también es cierto que le corresponde al Estado – Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, como órgano rector del sistema de salud (art. 4 – Ley 1438 de 2011), garantizar que todos los usuarios reciban la prestación del servicio en condiciones de calidad y eficiencia, máxime cuando existe un Sistema Obligatorio de la Garantía de la Calidad de la Atención en Salud (SOGCS), que está orientado a mejorar los resultados en la atención a los usuarios, a través de la accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad de los servicios (Decreto 780 de 2016 – Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social).

Por tal motivo, a la entidad demandada le corresponde asumir como suyos, en nombre del Estado, los efectos dañosos que se les causen a los usuarios, por la irregularidad en la prestación de un servicio que constitucional y legalmente son de cargo del Estado. La imputación en los hechos que aquí se demandan, devienen de que el Estado se sirve de prestadores particulares para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y que, por virtud del principio de garantía, adopta el papel de garante ante los usuarios, con miras a que se les garantice que recibirán la prestación en condiciones de calidad y eficiencia.

De manera, que si esto no sucede y los prestadores privados de los cuales se vale el Estado para realizar un servicio que es de su cargo, cometen irregularidades que no dan lugar al cumplimiento de la prestación en los términos de calidad a los cuales se ha comprometido el Estado a través de las normas constitucionales y legales, los daños que padezcan los usuarios le son atribuibles a LA NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, que es la que tiene la personería jurídica del Estado, pues a través de los particulares este amplía el espectro de su actuación y eso lleva a que se haga responsable solidariamente por la actuación irregular generadora de daños que aquellos producen en la prestación del servicio de salud.

Y es que esto cobra mucho más sentido por cuanto las funciones del Estado no se pueden limitar mínimamente a la habilitación de unos particulares para prestar el servicio de salud y ya con eso señalar que se desliga de cualquier responsabilidad por los hechos dañosos que se generen en el desarrollo de esa actividad, aquello no puede ser concebido porque en últimas a quién le corresponde prestar ese servicio es al Estado, tal y como lo consagra la misma Constitución Política.

Por lo tanto, si el privado habilitado no cumple con los principios rectores del sistema de general y, en general, no brinda una atención de calidad a los ciudadanos generando con

ello daños irreversibles a los pacientes, pues no solo responde éste por su acción, sino que también el Estado a través de sus instituciones -como el Ministerio de Salud- debe responder por esos daños debido a que radica en éste el deber de garantizar una adecuada prestación del servicio de salud.

2.1. Frente a la oposición en el decreto de la prueba solicitada por la parte demandante:

La entidad demandada solicita que se niegue la prueba solicitada por la parte demandante concerniente a lo siguiente:

“2.5. Oficiese al *MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL*, para que con destino al proceso se sirva informar:

a. *¿Qué medidas de Inspección, Vigilancia y Control había adoptado esa cartera para vigilar que en septiembre de 2020 la CLINICA LA ESTANCIA DE POPAYÁN estuviera cumpliendo con los requisitos de los servicios habilitados, en particular el de cirugía general?*

b. *¿Cuántas visitas de Inspección, Vigilancia y Control se realizaron en el mes de septiembre de 2020 a la CLINICA LA ESTANCIA DE POPAYÁN para evidenciar que se estuviera cumpliendo con los requisitos de los servicios habilitados?*”.

Las razones que justifican su oposición consisten en afirmar básicamente que las funciones de inspección, vigilancia y control le son ajenas por no haber sido asignadas a la entidad estatal. Así mismo, citando diferentes disposiciones normativas de forma incompleta y conveniente para encontrar respaldo a su dicho, termina concluyendo que no puede *“referirse a un asunto ajeno a sus atribuciones”*.

Finalmente, alega que la prueba es inconducente e impertinente *“al no guardar relación alguna con los hechos de la demanda – presunta “falla en la prestación del servicio médico”*.

Contrario a lo manifestado por esta entidad, la prueba solicitada cumple con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad para el presente proceso.

Estos requisitos han sido entendidos por el Consejo de Estado de la siguiente manera: *“La conducencia se refiere a la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere. La pertinencia trata de la importancia y relación entre los hechos que se pretenden demostrar o desvirtuar. La utilidad consiste en la necesidad de que la prueba sea útil para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos que interesan al proceso”¹²*.

Conforme a lo anterior, la prueba que fue solicitada por la parte demandante es conducente para poder convencer al juez sobre la omisión en las funciones que le han sido encargadas a esta entidad demandada.

Aquí se hace oportuno advertir que el ente público limita la causa del litigio en la falla en la prestación del servicio médico, entendiendo esto exclusivamente como el acto médico generador del daño, sin embargo, lo que olvida la entidad demandada es que la atención de la salud y el ejercicio de funciones de vigilancia y control están a cargo del Estado (artículo 49 de la Constitución Política de 1991), por lo tanto, si bien los privados colaboran para efectos de lograr el cumplimiento de ese servicio público, el Estado no puede desprenderse de la responsabilidad que aún le asiste cuando se abstiene de no vigilar ni controlar al particular y mucho menos cuando ante esa inacción se produce un daño a alguna persona.

En tal sentido, no resulta ser cierto lo dicho por la entidad demandada ya que es el mayor órgano representativo del Estado en materia de salud y esto implica que sea el encargado de garantizar que la prestación del servicio -por un ente público o privado- se realice en condiciones adecuadas, idóneas, de calidad, entre otros.

¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Tomo II Pruebas Judiciales, octava edición, Ed. ABC Bogotá, 1984, págs. 114 y ss.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 22 de marzo de 2013. Radicación Número: 76001-23-31-000-2010-01486-01(45426). Actor: Luz Emérita Hernández de Mesa. Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

De manera que con la prueba se requiere indagar si efectivamente esta entidad está dando cumplimiento a esas funciones, pues al no hacerlo está permitiendo que privados continúen prestando un servicio inadecuado, sin calidad, deficiente y que provoca hechos como el que es demandado. Esto, precisamente, es lo que demuestra al mismo tiempo la pertinencia de la prueba solicitada, ya que no puede seguirse exonerando al Estado con el simple argumento de que como son los privados los que prestan el servicio de salud entonces son estos y no el Estado quien debe responder, olvidando por completo que es a este último a quien se le ha encargado la prestación, vigilancia y control del servicio de salud.

Por lo que se considera que existe una clara relación entre la falla en la prestación del servicio médico en que incurrió la Clínica La Estancia y la inacción del ente público ante el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control que le han sido asignadas, toda vez que el Estado habilitó a un ente privado para prestar un servicio de salud, pero este provocó un daño irreversible en la salud de una paciente al no brindarlo en condiciones de calidad y eficiencia.

Por otra parte, con relación a la utilidad de la prueba, es dable señalar que se cumple en esta oportunidad porque a través de las preguntas que se han realizado en la prueba solicitada por la parte demandante, el juez podrá darse cuenta si efectivamente la entidad omitió sus funciones y si esto contribuyó a la materialización del daño que se le produjo a la paciente. En otras palabras, es gracias a la prueba solicitada que al juez se le dará el conocimiento necesario para determinar si efectivamente se acataron y materializaron las funciones que le han sido asignadas al Ministerio, o, en su defecto, no hizo nada y debe ser responsabilizada.

Sumado a lo anterior, debe destacarse que la doctrina en estos casos donde se repercute el decreto y practica de alguna prueba ha señalado que es dable acudir al principio del “*favor probationes*”, el cual “*representa siempre estar a favor de las pruebas*”³.

Otra parte de la doctrina, considera esto como una máxima que consiste en que es preferible incurrir en un exceso en la admisión de las pruebas que su inadmisión⁴. Así mismo, se ha denominado como la flexibilización de la admisión ante una “*prueba justificada*” aplicable cuando exista una duda razonable sobre algún aspecto debatido en el proceso judicial.⁵

Jorge Kielmanovich afirma que el principio del favor probationes pretende estarse “*por un criterio amplio en favor de la producción, admisión y eficacia de las pruebas*”, en beneficio del proceso judicial.

En ese orden de ideas, si bien el principio de *favor probationes* tiene un desarrollo amplio en la doctrina internacional, consideramos que puede aplicarse en este caso, comoquiera que es preferible que dicha prueba repose en el expediente para que el juez pueda tener mayores elementos probatorios a la hora de decidir este asunto, evitando con ello que no existan los suficientes medios de prueba, pues como lo dice uno de los autores citados con sustento en la jurisprudencia española, es mejor que exista un exceso en la admisión de la prueba y no una carencia probatoria por haberse denegado la inclusión de un medio de prueba.

En conclusión, la prueba cumple los requisitos que exigen para su decreto (pertinencia, conducencia y utilidad) y, así mismo, en aras de materializar el principio “*favor probationes*”, es de suma importancia para el litigio que lo solicitado como prueba sea decretado y practicado.

II. FRENTE A LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA

El DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARÍA DE SALUD, en procura de eximirse de la responsabilidad endilgada, argumenta que no tiene a su cargo la prestación de servicios de salud como los que le fueron prodigados a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO y

³ Encontrado en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/17569e8046e1186998ae9944013c2be7/Principios+generales+que+rigen+la+actividad+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=17569e8046e1186998ae9944013c2be7>

⁴ Encontrado en: <https://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/a-proposito-del-juicio.pdf>.

⁵ Encontrado en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5633/1/T2285-MDP-Chumi-El%20deber.pdf>

que ha cumplido con sus deberes de inspección, vigilancia y control. Para fundamentar la contestación, se alude extensamente a un informe suscrito por el señor Gustavo Adolfo Gómez López, profesional universitario del Centro Regulador de Servicios Ambulatorios de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL, quien rinde un “concepto de auditoría médica” respecto al caso.

No obstante, nos oponemos desde ya a que se tenga como prueba el mencionado concepto, por cuanto se presenta como una auditoría, pero expone conclusiones médicas que son propias del dictamen de un perito y en este caso, el informe no reúne los requisitos contenidos en el artículo 226⁶ del Código General del Proceso, pues entre otras cosas, no se precisa la identidad completa de quien lo rinde, no se aportan los documentos relacionados con su formación académica y experiencia profesional, ni tampoco se acompaña de la literatura médica que le sirve de fundamento, por lo que no se puede concluir que lo emite una persona experta e idónea, ni mucho menos imparcial, considerando que se trata de un funcionario adscrito a una de las entidades demandadas. Aunado a lo anterior, en el documento se afirma que el DEPARTAMENTO DEL CAUCA no es responsable por los daños ocasionados a los demandantes, cuando eso lo debe establecer el Despacho y no un trabajador dependiente de una de las entidades demandadas en este proceso.

En primer lugar, en el mencionado concepto se alude a la historia clínica de ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO y se exponen algunos términos médicos relacionados con el caso (hernia inguinal), pero sin citar en ningún momento la literatura médica de la cual se extraen las explicaciones a los mismos. Tampoco se acompaña de ninguna referencia bibliográfica, ni se aportan los documentos o guías médicas en las cuales aparentemente se basa.

Más adelante, se concluye y trata de establecerse la relación entre la cicatriz que presenta la paciente y los actos médicos, precisando aspectos que, como decimos, son propios de un dictamen pericial.

Posterior a ello, se indica que la entidad demandada “no es una IPS” y que la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A. de Popayán ha sido visitada por el área de calidad de la SECRETARÍA DE SALUD y se señalan fechas de visitas en los años 2016 a 2020. No obstante, no se allega ninguna documentación que permita establecer que, en efecto, las visitas se hicieron, ni tampoco se anexa ningún resultado obtenido con ocasión de las mismas. De hecho, frente al cumplimiento de los requisitos por parte de la CLÍNICA LA ESTANCIA, se indica: “Sí, algunos servicios”, pero nunca se precisa cuáles son los servicios que cumplen, y cuáles no, con los estándares de calidad que debe vigilar el DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARÍA DE SALUD, como una de las entidades responsables de efectuar este seguimiento dentro del sistema de seguridad social.

En tal sentido, pese a que se afirma que la SECRETARÍA DE SALUD “*cumple con sus funciones tanto en lo que respecta a Inspección, vigilancia y Control, como en aspectos de promover y vigilar acciones en programas de salud pública, Planes de Intervenciones*

⁶ ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA. La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. (...)

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.

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración.
2. La dirección, el número de teléfono, número de identificación y los demás datos que faciliten la localización del perito.
3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.
4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.
5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.
6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.
7. Si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50, en lo pertinente.
8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.
9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.
10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

Colectivas, Promoción y Prevención de la salud en la población caucana”, ello no aparece probado por ninguna parte con el supuesto “concepto”, ni tampoco se aportan otros documentos que permitan establecer que ello es así, máxime cuando en este caso la carga de probar se invierte, en el sentido de que, si la entidad estatal pretende eximirse de responsabilidad por omisión en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, le corresponde acreditar que sí ha realizado las gestiones pertinentes para cumplir con las mismas. Pese a lo anterior, en el presente asunto, no se allegó ninguna prueba tendiente a demostrar que el DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARÍA DE SALUD verificó el cumplimiento de las condiciones de calidad exigidas a la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A, como prestadora de servicios de salud en la ciudad de Popayán para el momento de los hechos.

Finalmente, el concepto concluye que la entidad demandada DEPARTAMENTO DEL CAUCA no es responsable por los daños ocasionados a los demandantes y tampoco del daño estético producido a la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO:

“Lo ocurrido con la paciente ESTHER SARAI VICTORINO, es manejada por el personal asistencial de esa clínica, las decisiones que se tomaron fueron del personal médico de la clínica, que no fue conocida en su debido momento por la Secretaria, como se dijo anteriormente nunca intervino en la atención de la misma, por lo tanto no se le puede acusar de ser causante de daño a la salud, afectación psicofísica, daño estético (cicatriz), por lo que no es responsable de haberle ocasionado ningún daño ni psíquico ni físico a esta paciente, considero de que no hay ninguna responsabilidad de la Secretaria de Salud Departamental del Cauca.”
(Subraya fuera del texto).

Este extracto lo que permite colegir es que el “concepto de auditoría” no busca informar al Despacho sobre las actuaciones de la SECRETARÍA DE SALUD respecto de la inspección, vigilancia y control de instituciones prestadoras de salud como la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A., en lo que respecta al caso de la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, sino que lo que se pretende es argumentar que en el caso no hay responsabilidad del Estado, cuando, reiteramos, esto lo debe establecer el Despacho a partir de lo que aparezca probado en el proceso y en virtud de un análisis frente al cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas a la entidad territorial.

2.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA:

La entidad propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:** En la cual se contrae a manifestar que no le asiste ninguna responsabilidad en este asunto, por cuanto la demanda se trata de actos médicos respecto de los cuales la entidad no tiene ninguna intervención, pues dentro de sus funciones no se encuentra la actividad médica, la cual desplegaron de forma autónoma e independiente los galenos de la Clínica La Estancia S.A. Además, refiere que la SECRETARÍA DE SALUD cumplió con las funciones de inspección, vigilancia y control que le han sido atribuidas, en conclusión, a su criterio a la entidad demandada no se le puede acusar de “no cumplir u omitir sus funciones y mucho menos de falla en el servicio, pues nunca le prestó ningún servicio de salud a la paciente”.
2. **INEXISTENCIA DEL DERECHO INVOCADO Y EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEMANDADO:** La cual afirma que se deriva de la anterior excepción, considerando que si no existe responsabilidad del DEPARTAMENTO DEL CAUCA entonces no puede prosperar la acción.
3. **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN:** esta excepción la sustenta al considerar que la “Ley 60 y 100 de 1993, los Decreto 056 de 1975 y 1292 de 1994”, determinan de forma clara que no les ha sido asignada la función de prestar servicios asistenciales, y, con ello, termina concluyendo que no tiene ninguna obligación para indemnizar perjuicios ante situaciones donde el hecho generador del daño sea la prestación de servicios de salud.
4. **FALTA DE PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD POR PRESENTARSE EL HECHO DE UN TERCERO:** Argumentando nuevamente que el DEPARTAMENTO DEL CAUCA no tuvo

injerencia en la prestación de los servicios de salud a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, pues no está dentro de sus funciones la prestación directa de estos servicios y refiere que estas corresponden a la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.

5. EN CUANTO AL TIPO Y RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEMANDADA: esta excepción nuevamente se fundamenta argumentándose que la entidad demandada no prestó ningún servicio de salud a la paciente y que la atención se realizó con médicos autónomos sin ningún tipo de intervención de la Secretaría de Salud. Por lo que solicita la desvinculación del presente proceso.

Así mismo, reitera que las funciones asignadas a la entidad demandada son entre otras la inspección, vigilancia y control, sin embargo, a pesar de afirmar esto no realiza un recuento detallado de las actuaciones realizadas en cumplimiento de esas funciones.

Frente a estos argumentos, conviene señalar que NOS OPONEMOS a que se declaren en este caso, toda vez que la responsabilidad que se le atribuye en este asunto al DEPARTAMENTO DEL CAUCA no deviene de la prestación de servicios de salud a la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, pues resulta claro que a la entidad territorial no le corresponde brindar ese tipo de atención. Lejos de ello, lo que se pretende es la responsabilidad por omisión en el ejercicio correcto y oportuno de las funciones de inspección, vigilancia y control, respecto de la calidad en la prestación de servicios de salud como los que le fueron brindados a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO en la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A de Popayán.

Lo anterior, considerando que la Ley 715 de 2001 es clara en señalar, en su artículo 43, que a los departamentos les corresponde “*dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción*” y en el mismo sentido, el Decreto 1011 de 2006, compilado en el Decreto 780 de 2016, por medio del cual se crea el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del SGSSS, dispone que las entidades departamentales serán responsables de “*verificar el cumplimiento de las condiciones exigibles a los Prestadores de Servicios de Salud en lo relativo a las condiciones de capacidad técnico-administrativo y de suficiencia patrimonial y financiera*”⁷.

En esa medida, debe atenderse al análisis de la omisión como criterio de imputación de responsabilidad en este caso, sin que para ello resulte necesario verificar la existencia de una relación causal entre la conducta que se reprocha y el daño, pues lo que se argumenta es que la entidad incurrió en una omisión, consistente en la inobservancia de sus obligaciones frente al control de la prestación de servicios de salud en su jurisdicción, por ende, como de la omisión no se puede verificar el dogma causal, el argumento de la entidad demandada respecto al nexo de causalidad entre la atención prestada y el daño no resulta procedente.

De igual forma, pese a que la entidad demandada argumenta que sí ha cumplido con sus deberes, lo cierto es que no aporta ninguna prueba tendiente a demostrarlo, ya que solamente se cita el concepto de auditoría donde se indica lo siguiente:

“(…)

CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.

Está habilitada: **SI**

Código de habilitación: **1900107025**

Carácter: **Privado.**

Complejidad: **Media**

Ha sido visitada por área calidad: **SI**

Últimas visitas fechas: 20200616; 20200616; 20200511; 20200415; 20200317; 20200302; 20200220; 20191129; 20191126; 20191107; 20190429; 20190422; 20190326; 20190305; 20181012; 20180831; 20180716; 20180605; 20180525; 20170616; 20160729, **Cumple con los requisitos: Si, algunos servicios.**

⁷ Artículo 2.5.1.3.2.13. del Decreto 780 de 2016.

Lo que demuestra que cumple con sus funciones tanto en lo que respecta a Inspección, vigilancia y Control, como en aspectos de promover y vigilar acciones en programas de salud pública, Planes de Intervenciones Colectivas, Promoción y Prevención de la salud en la población caucana entre otras.” (Se destaca).

Es decir, se señala que sí se ha inspeccionado a la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A, no obstante, no se allega ninguna constancia de que las visitas se efectuaron en las fechas indicadas, ni tampoco se conocen cuáles fueron los resultados que arrojaron las mismas. Aunado a lo anterior, se indica que la entidad cumple con los requisitos, pero solo en “*algunos servicios*”, sin embargo, no se precisa cuáles servicios son los que cumplen con los requisitos, así que bien pueden haberse prestado servicios por fuera de los estándares de calidad.

De modo que, se quedan en simples afirmaciones del DEPARTAMENTO DEL CAUCA lo relacionado con el cumplimiento de sus funciones de control y vigilancia respecto de la prestación de servicios de salud en su jurisdicción, pues no aparece demostrado el despliegue de los recursos e instrumentos con los que cuenta, como autoridad sanitaria, para garantizar la calidad en la atención de salud. Lo dicho por esta entidad son afirmaciones sin ningún soporte probatorio que demuestre que efectivamente se cumplieron las funciones de inspección, vigilancia y control que legalmente le han sido asignadas.

2.2. FRENTE A LAS PRUEBAS APORTADAS:

1. Oficio CRAS 2021 No. 205 del 09 de agosto de 2021, suscrito por el señor Gustavo Adolfo Gómez López, profesional del Centro Regulador de Servicios Ambulatorios de la Secretaría de Salud Departamental.

Como se indicó anteriormente, nos oponemos a que se decrete como prueba este concepto, por cuanto excede la finalidad para la cual se presenta y porque expone conclusiones médicas que son propias del dictamen de un perito, sin reunir los requisitos establecidos por la ley para la validez de un dictamen pericial (art. 226 C.G.P.). Además, afirma que a la entidad demandada no le asiste responsabilidad en el presente asunto, cuando lo cierto es que este aspecto lo debe dilucidar el Despacho y no un funcionario adscrito a una de las entidades demandadas.

Ahora bien, si en gracia de discusión el Despacho incorpora este oficio como prueba dentro del proceso, consideramos que el mismo no podría tener una calidad distinta a una mera prueba documental, pues no puede fungir como un dictamen pericial ya que no reúne los requisitos del mismo y no proviene de una persona acreditada como idónea e imparcial para rendirlo, es más, no se sabe que profesión tiene quien suscribe dicho documento.

III. FRENTE A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CLÍNICA LA ESTANCIA S.A:

La CLÍNICA LA ESTANCIA S.A. se opone a las pretensiones de la demanda al considerar que no existe “*culpa, falta o falla en la atención médica brindada*”, ya que se considera que “*la conducta médica brindada al paciente fue acorde a la lex artis*”.

Así mismo, alega que “*la tasación de perjuicios morales es una facultad exclusiva del señor juez*”, lo que no es cierto en esta clase de procesos ante esta jurisdicción, puesto que lo dicho por la parte demandada se predica de los procesos que se llevan a cabo ante la jurisdicción ordinaria, donde el juez realiza la tasación de dichos perjuicios a su arbitrio, sin embargo, debe indicarse que en esta jurisdicción contenciosa administrativa ya existe, desde el año 2014, un criterio unificado sobre los valores que pueden reconocerse por el perjuicio moral, ya sea por muerte⁸ o lesiones personales⁹, lo que ha derivado en que el juez contencioso administrativo los aplique y ordene conforme a lo establecido en estas tablas indemnizatorias. Esto es relevante, toda vez que lo que se ha solicitado en el escrito de la demanda como indemnización de perjuicios para los demandantes se atempera a dichos parámetros y no los excede ni los desconoce.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Radicación Número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251) Actor: Ana Rita Alarcon Vda. de Gutierrez y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Radicado: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172). Actor: Gonzalo Cuellar Penagos y otros. Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Por otra parte, a lo largo del escrito se habla repetidamente para oponerse a los hechos de la demanda y a las pretensiones de una supuesta inexistencia de culpa por parte de la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A., no obstante, debe destacarse que en esta jurisdicción y, particularmente, en esta clase de procesos en donde se pretende la responsabilidad patrimonial a raíz de una falla médica, la culpa no es un elemento esencial para que se acceda y responsabilice a las entidades demandadas, por el contrario, la culpa no solo es insustancial de cara al análisis que debe realizar el juez, sino que también es ajena a los tres elementos que contempla el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. De manera que lo dicho por el apoderado de esta entidad demandada no tiene la virtualidad de enervar ninguna de las pretensiones planteadas en la demanda.

Ahora bien, la contestación a los hechos de la demanda se basa simplemente en afirmar que no le consta nada de lo mencionado, así mismo, que se *“atiene a lo que se pruebe”* en el proceso y que todo lo dicho corresponde a apreciaciones subjetivas de la parte demandante sin que tengan *“ningún tipo de fundamento técnico o científico”* que lo soporte.

No obstante, nada de estas afirmaciones son ciertas, ya que en esta etapa procesal nos permitimos allegar el dictamen pericial rendido por el especialista en cirugía general, doctor JACOBO EVARISTO PÉREZ PÉREZ, quien conforme a la historia clínica que la propia institución médica demandada nos suministró luego de presentar diversas acciones de tutela, determinó y concluyó que, en el presente caso, la cirugía realizada el 11 de septiembre de 2020 *“fue ineficaz”*, pues a su criterio y revisada la historia clínica *“el cirujano no logró identificar el defecto herniario inguinal izquierdo directo”* sin que existiera *“una explicación satisfactoria sobre la dificultad en identificar el defecto herniario de la paciente en la primera cirugía”*.

Así mismo, concluyó lo siguiente que respalda de manera contundente lo afirmado en el escrito de la demanda:

“CONCLUSIONES

Del análisis del caso de ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO se pueden sacar las siguientes conclusiones:

(...) 3.- La falta de corrección del defecto condujo a una segunda cirugía, efectuada el 25-01-2021 y en la cual se logró la identificación precisa de la naturaleza del defecto (era inguinal y no crural) y su corrección con malla.

4.- Debido a que fue sometida a una primera cirugía ineficaz, la paciente tuvo que asumir unos riesgos anestésicos y quirúrgicos en la segunda intervención, riesgos que se hubiera evitado si se hubiera identificado y corregido adecuadamente la hernia inguinal que padecía.

5.- Existe una imprecisión en la nota operatoria de la primera intervención relacionada con el diagnóstico preoperatorio y que no corresponde a la situación clínica de la paciente.

6.- Existe una falta de rigor sistemática identificada en varias partes de la historia clínica respecto de la lateralidad del defecto herniario, asunto que riñe con los protocolos actuales de seguridad del paciente y a los que los especialistas deben adherirse. En la nota operatoria de la segunda intervención el cirujano no menciona el lado que operó y esta omisión puede generar dudas sobre la calidad de la cirugía.”.

De conformidad con lo anterior, me permito manifestar que solo con las conclusiones a las que llegó el perito en el dictamen pericial que se aporta en esta oportunidad procesal, se logra demostrar y reafirmar todo lo señalado en el escrito de la demanda, en especial, lo concerniente a la falla en la prestación del servicio de salud en la que incurrió la institución médica demandada en la cirugía ineficaz e inadecuada que le practicó el 11 de septiembre de 2020 a la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO y que la dejó con una secuela (cicatriz) en su cuerpo irreversible e irreparable.

Sumado a lo anterior, especial mención debe realizarse frente a la oposición al hecho séptimo en donde esta entidad demandada indica que lo manifestado es falso al argumentar que *“teniendo en cuenta que en la historia clínica correspondiente a la Sra. Victoriano (sic), se encuentran consignados todos los consentimientos informados suscritos por la paciente,*

para cada uno de los procedimientos quirúrgicos que le fueron realizados en Clínica La Estancia S.A., y los cuales se aportan con el presente escrito.”

Frente a esta oposición debe manifestarse varias situaciones que no derivan precisamente en que la entidad demuestre de forma fehaciente que obtuvo el consentimiento informado de la paciente VICTORINO VELASCO para la cirugía realizada el 11 de septiembre de 2020 en esta institución médica.

Lo primero en indicarse es que la entrega de la historia clínica junto a los consentimientos informados y demás documentación concerniente a toda la prestación del servicio de salud por parte de la Clínica La Estancia implicó la presentación de diversas acciones de tutela que terminaron siendo favorables para la paciente y en donde la entidad se le ordenó que debía hacer entrega de esta documentación, lo que implica que tuvo varias oportunidades de entregarnos lo correspondiente.

Sin embargo, a pesar de solicitarlos y de incluso existir diversos fallos judiciales en el que se le ordenó la entrega de toda la documentación relacionada con la atención suministrada a la paciente, la entidad no tuvo lealtad procesal y no entregó la totalidad de los consentimientos informados que tenía su poder, pues conforme se puede apreciar con la historia clínica que se aportó junto a la demanda tan solo se nos entregó los consentimientos informados para la segunda cirugía con fecha del “19/Octubre/20” y del “22-9-20” (obrantes a folio 72 y 73 del documento digital “5.5.Historia clínica y documentación Esther Sarai Victorino Velasco.pdf”).

Empero, los consentimientos informados de la primera cirugía no nos fueron entregados en ninguna oportunidad y solo se vienen a conocer por esta parte procesal en esta oportunidad cuando la entidad demandada lo aporta como prueba.

Lo anterior, es relevante para el caso porque el peritaje rendido por el doctor JACOBO EVARISTO PÉREZ se realizó con base en la historia clínica que nos fue entregada por la Clínica La Estancia S.A y que corresponde a la misma que aportamos junto al escrito de la demanda, donde se reitera que no se encontraban ni nos fueron entregados los consentimientos informados para la primera cirugía, esto derivó en que el perito afirmara a la pregunta quinta que *“En los documentos de la historia clínica remitidos, no se encontró el consentimiento informado para la intervención efectuada el 11-09-2020.”*

Lo que resultaba ser cierto a la fecha en que se realizó y entregó el peritaje (31 -08-202), pues conforme a la historia clínica que había sido entregada por esta institución médica demandada esos consentimientos no se encontraban ni se conocían y solo vinieron a aparecer ahora que la clínica demandada contesta la demanda, actuación que a todas luces termina siendo reprochable y que es contraria a la lealtad y buena fe procesal.

Pero, más allá de esta situación debe manifestarse que esta situación no le resta valor alguno a las respuestas, análisis y conclusiones a las que llegó el perito en su dictamen pericial ni mucho menos con este nuevo documento que se aporta por parte de la entidad demandada se prueba y acredita que para la primera cirugía que efectivamente se le realizó a la paciente, esta haya otorgado el consentimiento informado.

Todo lo contrario, el documento que fue allegado como consentimiento informado indica claramente que la cirugía que se le va a realizar a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO es *“HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA”* (folio 44 de la contestación de la demanda de esta entidad), pero brilla por su ausencia en este documento la explicación ardua y detallada sobre los beneficios y riesgos de no realizarla abierta o por vía laparoscópica, tal y como lo afirmamos en el escrito de la demanda, lo que deriva en que de ser valorado por su señoría este documento no se atempera a un correcto y adecuado consentimiento informado, sino simplemente a un formato general y preimpreso que se utiliza para todas las intervenciones, pero donde no se cumple a cabalidad con el mandato que tienen los galenos de obtener el consentimiento informado luego de explicar y consagrar todo lo relacionado con la intervención que se le va a practicar al paciente.

Y más grave aún resulta ser lo concerniente a que la paciente suscribió este formato de consentimiento informado para la realización de una *“HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA”*, pero terminaron operándola por una cirugía que nunca consintió, pues conforme a la historia clínica que aportamos, está demostrado que el día 11 de septiembre de 2020 se le practicó a la paciente una *“EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA”* (folio 70 del

documento digital “5.5. Historia clínica y documentación Esther Sarai Victorino Velasco.pdf”).

Esto lleva a demostrar, de forma fehaciente, que no es cierto que la entidad demandada obtuvo todos los consentimientos informados para las cirugías que le fueron practicadas a la paciente, por el contrario, el formato de consentimiento informado que se aporta en esta oportunidad da cuenta de que el personal médico a cargo de la clínica demandada no obtuvo el consentimiento informado para la primera cirugía que finalmente se le realizó a la paciente, esto es para la “*EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA*”, y, por tal motivo, no solo se trasgredieron los derechos de la joven VICTORINO VELASCO, sino que también se configuró otra falla en la prestación del servicio de salud al haberse realizado una cirugía sin haber obtenido el consentimiento informado de la paciente. Deficiencia que a su vez se suma a la falla médica que se presentó en el acto médico ineficaz e inadecuado que se le practicó donde no se corrigió la hernia que presentaba la paciente y donde lo único que se le hizo fue dejarle injustificadamente una secuela irreversible en su cuerpo (cicatriz).

De manera que contrario a lo afirmado por esta institución y más allá de la no entrega oportuna de todos los consentimientos informados que suscribió la paciente para las cirugías que le fueron realizadas, se tiene que la joven VICTORINO VELASCO se le practicó una cirugía que nunca consintió, de la cual nunca conoció los riesgos propios y donde nunca se le informó que quedaría con una cicatriz en su cuerpo, lo que deriva en una evidente falla en la prestación del servicio médico.

Finalmente, frente a lo mencionado al hecho noveno debe indicarse que se referirá más adelante, por cuanto lo que fue dicho en esta oportunidad es reiterado para fundamentar la excepción propuesta denominada “*ACTO MÉDICO CON PERTINENCIA, DILIGENCIA Y CUMPLIMIENTO DE PROTOCOLOS E NEXISTENCIA (sic) DE LOS ELEMENTOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD*”, a la cual se hará la correspondiente oposición.

En tal sentido, me permito manifestar que la entidad demandada propone una serie de excepciones con miras a que se enerven las pretensiones y exista una exoneración de cualquier responsabilidad en este asunto, lo que no es procedente.

3.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA:

La entidad propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD COMO CONSECUENCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA Y ATENCIÓN MÉDICA POR PARTE DE CLÍNICA LA ESTANCIA S.A: esta excepción se fundamenta alegando que para exonerarse de responsabilidad se requiere de acreditar “*un actuar diligente y cuidadoso durante los procedimientos suministrados a los pacientes*” y citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia concluye que conforme a lo dicho por este alto tribunal en la “*responsabilidad médica se puede enervar probando la debida diligencia del prestador de servicios de salud*”.

Así mismo, sin que se acuda a medios de prueba como la historia clínica de la paciente y se realice un análisis de la atención suministrada en contraste con los protocolos médicos, termina afirmando que la clínica demandada “*atendió al paciente con los estándares prescritos por los protocolos médicos aplicables al momento de su atención*”.

2. INEXISTENCIA DE CULPA Y/O DAÑO IMPUTADO EN LOS HECHOS DE LA DEMANDA: se fundamenta indicando que debe probarse los hechos alegados y que estos no tienen ningún soporte técnico y/o científico, pues corresponden a “*presunciones e interpretaciones del apoderado de la parte demandante*”.

Termina afirmado sin sustento alguno probatorio y sin brindar argumentos o explicaciones que lo realizado por el personal médico de la clínica se atemperó a la *lex artis*, conforme al “*cuadro clínico presentado por la Sra. ESTHER SARAI VICTORIANO (sic)*”.

3. ACTO MÉDICO CON PERTINENCIA, DILIGENCIA Y CUMPLIMIENTO DE PROTOCOLOS E NEXISTENCIA (sic) DE LOS ELEMENTOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD: en esta excepción se reitera lo relacionado con los elementos

de la responsabilidad que para el demandado son la *“culpa, el perjuicio y la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio”*. Así mismo, indica que la *“culpa”* debe ser probada, ya que a su criterio no se está *“dentro de un régimen de culpa presunta”*, sino *“de culpa probada”*.

Posteriormente, argumenta que no hay prueba *“que con absoluta certeza determine la culpa por parte del personal médico, ni de la institución prestadora de salud CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.”*.

De igual forma, sin indicar la literatura médica en la que se fundamenta termina afirmando que *“las hernias crurales no son de presentación a los 18 años por ende una vez programada la cirugía y la anestesia era posible explorar el área crural”*. Me permito manifestar que de aceptarse esto (que no se sabe de dónde se saca) no demuestra una inexistencia de falla médica, sino todo lo contrario, al reafirma lo que hemos reprochado y endilgado en el escrito de la demanda, pues si la literatura indicaba eso, entonces, no se entiende la razón por la cual se insistió en una hernia crural y no se ordenaron más exámenes para poder determinar la ubicación del saco herniario. Además, si lo que se requería desde un principio era una exploración nunca se explicó tal situación a la paciente ni se le hizo firmar el consentimiento informado para esa intervención, lo que derivó en que se la sorprendiera con algo que no había sido explicado ni ordenado por el médico tratante.

Luego de indicar lo siguiente hay un acápite denominado *“Relación de hechos e intervenciones”*, en donde parece ser que la explicación proviene del doctor Herrera, quien practicó la primera cirugía, puesto que se afirma que en el quirófano junto a Ana María Lourido, residente de segundo año, realizan la intervención en donde supuestamente a la paciente *“Le explico que hare un abordaje por debajo de la ingle femoral derecha, debido a que a su edad es estadísticamente baja la posibilidad de una hernia crural o femoral”*.

Afirma en su narración este médico que la paciente estaba con *“anestesia raquídea”*, pero que en ese momento ella *“expresa angustia”* y que al explorar el conducto femoral *“no evidencio la hernia”*, por lo que se lo comenta y explora el canal sin evidenciar patología.

Lo llamativo de esta narración es que indica lo siguiente *“decido terminar el acto operatorio y solicitar un TAC pélvico, para verificar una patología oculta herniaria”*, examen diagnóstico que debía hacerse antes de operarla y no después cuando se le hizo no solo una intervención que nunca consintió, sino que también una cirugía que fue ineficaz y que le dejó un daño estético (cicatriz de gran magnitud).

Finalmente, trae a colación una serie de conceptos médicos sobre *“hernia congénita y adquirida”* que no tienen relevancia con el caso bajo análisis, luego de señalar esto, se refiere frente a la segunda intervención y a la situación médica de la paciente para concluir que a ella se le prestó servicio *“acorde a la patología”* que presentaba y que fue tratada por *“profesionales con la experticia para manejar esa patología”*.

4. INDETERMINACIÓN DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS Y FALTA DE PRUEBA DE LOS MISMOS: alega que las pretensiones se han formulado sin prueba alguna y que la tasación es general sin que se *“indique el fundamento de los mismos”*.
5. CARGA DE LA PRUEBA DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS: citando una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se indica que corresponde a la parte demandante demostrar la responsabilidad civil del *“asegurado”* y finalmente termina diciendo lo siguiente *“Carga de la prueba de los perjuicios reclamados de acuerdo con el principio ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI”*.

Con relación a estas excepciones que fueron planteadas por la clínica demandada, me permito manifestar que ME OPONGO a estas o cualquier otra que implique exonerar a esta entidad de la responsabilidad que le asiste, comoquiera que está demostrada fehacientemente la falla en la prestación del servicio médico en la que se incurrió y que provocó el daño estético que se demanda.

Lo primero, es que como se indicó en el escrito de la demanda, la ecografía practicada el día 05 de abril de 2019 en la entidad demanda arrojó como resultado que la paciente presentaba una “*HERNIA CRURAL IZQUIERDA REDUCTIBLE*”.

El día 21 de agosto de 2020, el doctor Guillermo Vallejo Vallecilla con base en esa ecografía y sin solicitar otros exámenes reitera que presenta una hernia crural o femoral, pero termina diagnosticando inexplicablemente una “*HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA*” y ordenando una “*HERNIORRAFIA INGUINAL + COLOCACIÓN DE MALLA*”, que terminan siendo distintas y con un código diferente tal y como lo indica el doctor JACOBO EVARISTO PÉREZ en el acápite de “*ANÁLISIS DE LOS HECHOS*” del dictamen pericial que nos permitimos allegar en esta oportunidad:

*“Si bien es cierto que la hernia inguinal y crural o femoral son patologías que acontecen en áreas anatómicas vecinas, **no son lo mismo y se espera que el especialista tenga la máxima precisión diagnóstica al programar un procedimiento quirúrgico. Además, existe un código aparte para las hernias crurales o femorales**”.*

Es más, este perito destaca precisamente que existe una “incoherencia” entre lo interpretado con base en la ecografía y el diagnóstico final, pues a la pregunta número 3 donde se indaga sobre esta situación se contesta lo siguiente:

*“El especialista cirujano relaciona el diagnóstico ecográfico de hernia crural, sus hallazgos durante el examen físico son de hernia crural izquierda y la conclusión que consigna en los apartes “ANALISIS” y “PLAN Y MANEJO” ratifican la existencia de una “hernia femoral” (sinónimo de hernia crural) pero el diagnóstico final anotado es K409: HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA. **Es evidente la incoherencia entre lo descrito en la primera parte de la historia clínica de la consulta externa preoperatoria y el diagnóstico final, teniendo en cuenta que existe un código en el manual de Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10), específico para la hernia crural o femoral: K419, HERNIA FEMORAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, SIN OBSTRUCCION NI GANGRENA.**”*

Aunado a lo anterior, el perito da claridad sobre que estos dos tipos de hernias son completamente distintos y que en aras de tener rigor en el ejercicio del acto médico se requiere determinar con precisión su ubicación:

“9. En la historia clínica se consigna indistintamente que el diagnóstico de la paciente era una hernia crural y después de dice que era una hernia inguinal. ¿Se trata de la misma hernia o son diferentes? ¿Qué indica en relación a la buena práctica médica el hecho de que no se precisara cuál tipo de hernia tenía la paciente?”

RESPUESTAS:

9.1.: **Son dos tipos de hernias diferentes que se alojan en la misma área anatómica y que de hecho pueden coexistir.** La hernia inguinal es la que se produce por una debilidad en el anillo inguinal profundo (hernia inguinal indirecta) o en la pared posterior del trayecto o canal inguinal (hernia inguinal directa). La hernia crural, también llamada femoral, es la que se produce por la dilatación del anillo femoral y se ubica unos pocos milímetros por debajo de las hernias inguinales.

9.2.: **El diagnóstico de una hernia debe ser lo más preciso posible y para ello se utiliza el examen físico y las imágenes diagnósticas. Si la clínica y las imágenes orientan hacia un determinado tipo de hernia, dicho diagnóstico debe mantenerse en forma consistente en todos los documentos del periodo preoperatorio, pues no son diagnósticos intercambiables. Si los hallazgos operatorios cambian, lo cual es factible por la proximidad anatómica de las regiones inguinal y crural, dichos hallazgos deben relacionarse claramente en la historia pues justifican el cambio del plan quirúrgico. Respecto de la buena práctica médica, la falta de precisión o el uso indiferente de diversos diagnósticos sin soporte clínico ni de imágenes diagnósticas, refleja ausencia de rigor en el ejercicio del acto médico y dicha carencia de rigor puede llevar a procedimientos quirúrgicos equivocados, afectando lo que hoy se conoce como seguridad del paciente.**

Aspectos todos que respaldan lo dicho en el escrito de la demanda y que son relevantes porque en últimas se ordenó una intervención sin tener claridad sobre lo que efectivamente tenía la paciente y se incurrió en contradicciones tanto en la evaluación de la ecografía como en el diagnóstico final, lo que no era lo ideal ni se atempera al rigor que se exige en el ejercicio del acto médico conforme a lo dicho por el perito.

Ahora bien, como no se tenía claridad sobre la ubicación del saco herniario y no se ordenaron más exámenes diagnósticos que permitieran vislumbrar tales aspectos, el doctor Jorge Augusto Herrera, galeno distinto al médico tratante, decidió realizar una intervención diferente no solo a la que fue ordenada por el médico Vallejo Vallecilla, sino también a la que fue consentida por la paciente.

Estas afirmaciones se ven respaldadas por lo dicho por el propio perito en el dictamen pericial que se aporta, pues al contestar la pregunta número 6 en la que se le pone de presente la nota operatoria del 11 de septiembre de 2020 y se la contrasta con la valoración realizada el 21 de agosto de 2020 por el médico tratante, se afirma lo siguiente:

6.1.: El diagnóstico "OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS" se utiliza cuando un paciente consulta por dolor en el abdomen y el médico no encuentra una causa específica del dolor. La "EXPLORACION INGUINAL VIA ABIERTA" es un procedimiento quirúrgico diagnóstico que consiste en una incisión transversa sobre la región inguinal a estudio, la disección del contenido del trayecto inguinal y la revisión del área crural, con el propósito de evaluar una anormalidad palpable o identificada por estudios de imagen y cuyo origen preciso no se ha podido establecer por medios no invasivos.

6.2.: En la consulta efectuada el 21-08-2020 el Dr. Guillermo Vallejo Vallecilla anotó como diagnóstico el código K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA SIN OBSTRUCCION, y que no coincide con el diagnóstico preoperatorio descrito en la intervención: "OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS". En cuanto al procedimiento solicitado y programado, "HERNIORRAFIA INGUINAL + COLOCACION DE MALLA", tampoco coincide con el realizado "EXPLORACION INGUINAL VIA ABIERTA".

Esto es reafirmado en la respuesta siguiente en la que se le indaga sobre lo siguiente: **"7. ¿Conforme a la anterior respuesta significa que uno fue el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante doctor Guillermo Vallejo Vallecilla y otro el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico realizado por el cirujano que practicó la cirugía doctor Jorge Augusto Herrera?"**, ante lo cual se contesta:

"RESPUESTA: Así es, se hizo un diagnóstico preoperatorio y se solicitó un procedimiento que resultaron diferentes al diagnóstico preoperatorio y cirugía realizada, documentados en la nota operatoria del 11-09-2020."

Deficiencia que implicó como el médico mismo lo señala en una CIRUGÍA INEFICAZ, al no corregir el defecto herniario existente y que aquejaba a la paciente:

"12. ¿La "EXPLORACIÓN INGUINAL VIA ABIERTA" que le fue realizada a la paciente ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO corrigió la hernia que presentaba?

RESPUESTA: No logró identificar la hernia que presentaba la paciente y por ello no fue corregida. En otras palabras, fue una cirugía ineficaz.

Lo que es reiterado en otra respuesta en el que se le indaga que se expuso a la paciente a una incisión que se amplió y a riesgos anestésicos y quirúrgicos innecesarios:

"15. ¿Significa lo anterior que esta cirugía fue ineficaz, de tal manera que la incisión, el riesgo anestésico y el riesgo quirúrgico de esta cirugía no cumplió su propósito?

RESPUESTA: Si, la cirugía fue ineficaz pues no cumplió su propósito de corregir el defecto herniario que presentaba la paciente y que efectivamente tenía."

Es más, en las conclusiones a las que llegó el perito luego de revisar la historia clínica de la paciente y de analizar la actuación realizada por el personal médico de la clínica demandada, permiten demostrar la falla en el servicio que se viene alegando y que se le endilga a la institución médica:

“CONCLUSIONES

Del análisis del caso de ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1.- El principal cuestionamiento a la intervención practicada el 11-09-2020 es que fue ineficaz: el cirujano no logró identificar el defecto herniario inguinal izquierdo directo.

(...) 4.- Debido a que fue sometida a una primera cirugía ineficaz, la paciente tuvo que asumir unos riesgos anestésicos y quirúrgicos en la segunda intervención, riesgos que se hubiera evitado si se hubiera identificado y corregido adecuadamente la hernia inguinal que padecía.

5.- Existe una imprecisión en la nota operatoria de la primera intervención relacionada con el diagnóstico preoperatorio y que no corresponde a la situación clínica de la paciente.”.

Por otra parte, el perito también cuestionó desde su experiencia la razón por la cual no se pudo corregir la hernia de la paciente en la primera cirugía que le fue realizada, contestando lo siguiente:

“14. ¿Conforme a su experiencia qué explica que el médico Jorge Augusto Herrera no haya encontrado la hernia inguinal que tenía la paciente y mucho menos la haya corregido?

RESPUESTA: *La nota operatoria no permite deducir una explicación de dicho hallazgo, pues no describe una anatomía anormal o inflamación aguda o crónica que hubieran podido dificultar el hallazgo de la hernia. Si se analiza desde el punto de vista de técnica quirúrgica, es posible que la disección haya sido insuficiente y que por ello tanto el defecto como el saco herniario no hubieran sido identificados en el momento de la exploración quirúrgica.”.*

Y en el acápite de conclusiones se indica que **“2.- No hay una explicación satisfactoria sobre la dificultad en identificar el defecto herniario de la paciente en la primera cirugía.”**, lo que deriva en que se presentó una situación de impericia que impidió lograr corregir la hernia en la primera cirugía y tener que realizar una segunda cirugía, ya que conforme lo dice el perito con una intervención vía abierta como la que fue practicada en la primera cirugía se podía corregir una hernia crural o inguinal:

“21. ¿El resultado de esta segunda operación que le fue realizada a la paciente era el que se esperaba de la primera cirugía?

RESPUESTA: *El plan quirúrgico programado para la primera intervención era la corrección de una hernia crural, que finalmente resultó ser inguinal directa, mediante un abordaje abierto. Debido a que no se logró identificar el defecto herniario, la paciente tuvo que ser sometida a una segunda intervención con el fin de lograr dicho propósito. Cabe aclarar que con el abordaje abierto inicial se hubiera podido corregir tanto un defecto inguinal como uno crural.”.*

Sumado a lo anterior, otro cuestionamiento del perito y que hemos destacado en el escrito de la demanda corresponde a que previamente a la primera cirugía no se ordenaron todos los exámenes que se requerían, pues lo cierto es que la paciente luego de ser intervenida en una primera oportunidad se le ordenó la realización de un TAC de abdomen y pelvis que dio un resultado totalmente distinto al de la ecografía, el cual fue **“HERNIA INGUINAL IZQUIERDA”**.

Esta diferencia en los resultados tanto de la ecografía como del TAC fueron destacados por el perito así:

“19. ¿Existe alguna diferencia entre los resultados encontrados en la ecografía realizada el día 05 de abril de 2019 (HERNIA CRURAL IZQUIERDA REDUCTIBLE) y lo evidenciado en el TAC de abdomen y pelvis que fue realizado el día 12 de septiembre de 2020 (Hernia inguinal izquierda descrita con cambios inflamatorios adyacentes) un día después de haberle realizado la primera intervención quirúrgica?

RESPUESTA: *Sí hay diferencia pues la ecografía evidenció una hernia crural y la TAC una hernia inguinal. Sin embargo, debido a que la sensibilidad del TAC es del 83% y a que dichos defectos herniarios puede distar uno del otro sólo unos milímetros, el cirujano debe tener siempre en cuenta la posibilidad de encontrar uno u otro tipo de hernia y estar preparado para corregirla.”.*

Y es que luego de realizarse el TAC en la segunda intervención el defecto herniario pudo ser encontrado y corregido, contrario a lo sucedido en la primera cirugía, donde no se tuvo la técnica adecuada para hacerlo ni se tenía claridad sobre la ubicación exacta de la hernia máxime si se tiene en cuenta que no siempre se señaló su lateralidad, es más esto último es lo que también cuestiona el perito de toda la atención médica suministrada por la clínica demandada, pues no es algo menor y de poca incidencia en el diagnóstico:

“10. En la historia clínica se consigna indistintamente que la hernia es del lado izquierdo, que la hernia es del lado derecho. ¿Es esto indiferente? ¿Qué indica en relación a la buena práctica médica el hecho de que no se precisara este aspecto en la historia clínica?

RESPUESTA: *Precisar la lateralidad en las hernias de la región inguino-crural es parte esencial del diagnóstico médico y de la buena práctica médica. No es un asunto menor pues puede llevar a errores quirúrgicos como incidir el lado no enfermo del paciente. La ausencia de una referencia a la lateralidad en esta patología es tan grave como un error de lateralidad y refleja falta de rigor y de adherencia a las normas básicas de la elaboración de una historia clínica quirúrgica.”.*

Aspecto que también reitera a modo de conclusión: **“6.- Existe una falta de rigor sistemática identificada en varias partes de la historia clínica respecto de la lateralidad del defecto herniario, asunto que riñe con los protocolos actuales de seguridad del paciente y a los que los especialistas deben adherirse. En la nota operatoria de la segunda intervención el cirujano no menciona el lado que operó y esta omisión puede generar dudas sobre la calidad de la cirugía.”.**

Finalmente, en aras de demostrar que era evitable el daño estético que se le produjo a la paciente (cicatriz) por una cirugía abierta que fue ineficaz y con deficiencias en la técnica quirúrgica, el perito señala que las incisiones por vía laparoscópica son mucho “más pequeñas” que las que deben realizarse en una intervención vía abierta:

“22. ¿La cicatriz quirúrgica de una cirugía por laparoscopia, como la practicada a la paciente en esta segunda intervención, es más pequeña que una cirugía abierta como la practicada inicialmente por el médico Jorge Augusto Herrera el día 11 de septiembre de 2020?

RESPUESTA: Las incisiones de las intervenciones efectuadas por vía laparoscópica son más pequeñas que las de sus contrapartes por vía abierta.”

Esto demuestra que en el presente caso efectivamente existe una doble falla en el servicio:

Por una parte, se tiene lo relacionado con la doble trasgresión al consentimiento informado de la paciente, pues en el formato de consentimiento informado que fue aportado por la parte demandada en esta contestación a la demanda, se evidencia que no se le advirtió de los riesgos estéticos de la intervención ordenada por el médico tratante (HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA).

Así mismo, es de destacar que es inexistente el consentimiento informado para la cirugía que finalmente le realizaron y que nunca consintió la paciente (EXPLORACIÓN INGUINAL), esto deriva en que la paciente nunca otorgó algún tipo de consentimiento informado para

que se le realizara este procedimiento quirúrgico y eso corresponde a una falla en el servicio, debido a que es un imperativo para los galenos obtener el debido consentimiento informado para realizar cualquier intervención quirúrgica.

Por otra parte, también se encuentra demostrada la falla en la prestación del servicio médico a raíz de la primera cirugía que le fue realizada a la paciente que se deriva de varias situaciones: (i) no se ordenaron los exámenes diagnósticos que se requerían previo a la cirugía para establecer de forma adecuada la ubicación de la hernia, (ii) a lo largo de la historia clínica se tiene por probado que inicialmente con la ecografía se determinó una hernia crural, pero de forma inexplicable y contradictoria se diagnosticó una hernia inguinal, que no resulta ser lo mismo, así mismo, tampoco durante el manejo de la historia clínica se determinó de forma clara la lateralidad de la hernia, lo que para el perito resulta inadecuado y contrario al rigor en el ejercicio del acto médico, (iii) de igual forma, se expuso a la paciente a distintos riesgos (analgésicos, quirúrgicos y demás) por una primera cirugía que fue ineficaz, donde no se pudo ni siquiera encontrar el defecto herniario para corregirlo a pesar de la gran incisión que se realizó, y, (iv) existe una impericia en la primera cirugía, por cuanto no se hizo una adecuada técnica quirúrgica que permitiera identificar la hernia y corregirla, ya sea si esta hubiera sido una hernia crural o inguinal, ya que de conformidad con lo indicado por el perito en su dictamen pericial, la vía abierta que fue utilizada en la primera cirugía permitía encontrar esos defectos herniarios ya sea femorales o inguinales, aspecto que no se logró por el cirujano y que finalmente derivó en la necesidad de una nueva cirugía con los riesgos anestésicos, quirúrgicos y demás que esto amerita.

Todo esto llevó a que efectivamente la paciente quedara con un daño estético irreversible por todas estas fallas que se presentaron en el acto médico a cargo de los galenos de la clínica demandada.

Es evidente que lo indicado previamente que se deriva y encuentra respaldo en las pruebas que obran en el expediente, en especial, la historia clínica y el dictamen pericial que aportamos en esta oportunidad, desvirtúan los argumentos dados por la entidad demandada en las excepciones planteadas en su contestación, y, en su lugar, implican que se deba acceder a las pretensiones de la demanda por estar acreditados diáfamanamente los elementos de la responsabilidad que se endilga a la entidad demandada por lo sucedido en la atención médica suministrada a la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO.

3.2. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL ALLEGADO POR LA CLÍNICA LA ESTANCIA S.A:

Al momento de contestar la demanda, la Clínica La Estancia decide aportar un dictamen pericial rendido por el doctor Hanier Hernán Agudelo Ledezma, especialista en cirugía general, en el que se indica de forma contradictoria y sin brindar explicación alguna que inicialmente se diagnosticó una hernia inguinal izquierda donde *“el primer evaluador clínicamente considera crural”*, pero que posteriormente *“resulta ser inguinal izquierda”*.

Así mismo, reitera lo que sucedió en este caso relacionado con el hecho de que en la primera cirugía no se encontró el defecto herniario y que como la paciente continuó con la sintomatología, entonces, se le tuvo que realizar una *“tomografía abdominal total que confirmó la presencia de hernia inguinal”*.

Sin embargo, procede a realizar afirmaciones en las que no detalla su dicho ni da las explicaciones necesarias propias de un dictamen pericial alegando que el médico Vallejo Vallecilla no incurrió en un mal diagnóstico porque a su criterio *“no es posible definir si la hernia es crural o inguinal”*, alegando que la *“ecografía de canal inguinal orienta hacia un diagnóstico o complementa la orientación clínica”*. Lo llamativo es que este perito pasa por alto que finalmente el médico mencionado diagnosticó una *“HERNIA INGUINAL UNILATERAL”* y contradice como se verá más adelante lo dicho por el perito JACOBO EVARISTO PÉREZ PÉREZ, cuyo dictamen pericial aportamos y que indica que lo ideal es que se determine con claridad la ubicación de la hernia.

De igual forma, advierte que es posible que durante la realización de la cirugía que le fue realizada a la paciente el día 11 de septiembre de 2020 dada la técnica quirúrgica no sea necesario *“realizar exploración quirúrgica del espacio preperitoneal para corrección de hernias crurales”* y que el no haber encontrado la hernia no solo se debió a la inexistencia de hernia crural, sino también a que la técnica quirúrgica no permitía encontrar el defecto herniario.

Para defender el otorgamiento del consentimiento informado, se indica que toda herniorrafía “*conlleva la exploración del canal inguinal*”, pero luego se contradice afirmando que “*al no encontrar hernia inguinal, el procedimiento realizado fue una exploración inguinal*”. Más allá de esta contradicción, lo llamativo es que de aceptarse tal situación (que no es cierta conforme lo indica el dictamen pericial que nosotros aportamos) igual se vulneraría el consentimiento informado porque en el formato que se allegó no reposa tal situación ni la explicación que ahora de forma conveniente aparece en este proceso judicial.

La contradicción antes evidenciada se termina de confirmar al contestar la pregunta octava por parte de este perito, pues afirma que la exploración de la vía inguinal fue pertinente “*desde el punto de vista quirúrgico y ante el diagnóstico previo de hernia crural*”, ya que se requería para “*evaluar presencia de otro tipo de hernia*”. Afirmación que deriva en que para este perito son distintas las cirugías que le fueron practicadas y que aún pretendiendo acudir a la exploración inguinal, el cirujano no pudo encontrar el defecto herniario existente y que aquejaba a la paciente.

Posteriormente, brinda respuestas que no encuentran soporte alguno y que corresponde a un análisis del juzgador como lo es concluir si existe o no un error médico y de si se operó a la paciente conforme a los protocolos y a la *lex artis*, preguntas que desde este momento nos oponemos a que sean valoradas por el Despacho, ya que ese análisis le corresponde realizarlo a su señoría y no deben efectuarse en un peritaje.

Finalmente, es importante destacar una respuesta dada por este perito y es la número trece, ya que se advierte que en la segunda cirugía se le “*ofreció la mejor técnica quirúrgica para realización y corrección de la hernia inguinal izquierda*”, pero eso refuerza aún más que era la vía laparoscópica la que “*era la mejor técnica quirúrgica*” y no la que en un principio se le practicó a la paciente no solo porque derivó en que no se encontrara el defecto herniario, sino que también esa técnica le produjo un daño estético irreversible a la paciente.

Dicho lo anterior, nos permitimos realizar la contradicción del dictamen pericial aportado en los siguientes términos: el artículo 218 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, establece:

ARTÍCULO 218. PRUEBA PERICIAL. <Artículo modificado por el artículo 54 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> *La prueba pericial se regirá por las normas establecidas en este código, y en lo no previsto por las normas del Código General del Proceso.*

Las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en este código.

El dictamen pericial también podrá ser decretado de oficio por el juez.

Cuando el dictamen sea aportado por las partes o decretado de oficio, la contradicción y práctica se regirá por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, para efectos de la contradicción de los dictámenes aportados por las partes se debe remitir a lo normado en el Código General del Proceso, en cuyo artículo 228 se dispone que la contraparte puede efectuar la contradicción de un dictamen aportado solicitando la comparecencia del perito a audiencia, aportando otro dictamen o realizando ambas actuaciones, así:

ARTÍCULO 228. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. **La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido**

para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. (...)”.

CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL

En virtud de lo anterior nos permitimos:

1. Aportar un dictamen pericial rendido por el médico cirujano general Dr. JACOBO EVARISTO PÉREZ PÉREZ.
2. Solicitar la comparecencia del perito médico HANIER HERNÁN AGUDELO LEDESMA, quien realizó el peritaje aportado por la Clínica La Estancia, con el fin de efectuar el respectivo contradictorio.

Respecto del peritaje aportado por nosotros y rendido por el Dr. JACOBO EVARISTO PÉREZ PÉREZ, médico especialista en cirugía general, quien analizó la historia clínica del paciente, nos permitimos resaltar lo siguiente:

“1.- La paciente ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO de 18 años fue valorada en consulta externa de cirugía general el 21-08-2020. Durante el examen físico se evidenció una hernia crural izquierda (también llamada hernia femoral), la cual se confirmaba con una ecografía efectuada previamente (05-04-2019) y aportada por la paciente. Se anota el diagnóstico codificado K 409: hernia inguinal unilateral. **Si bien es cierto que la hernia inguinal y la hernia crural o femoral son patologías que acontecen en áreas anatómicas vecinas, no son lo mismo y se espera que el especialista tenga la máxima precisión diagnóstica al programar un procedimiento quirúrgico. Además, existe un código aparte para las hernias crurales o femorales.** Se programa para herniorrafia inguinal, técnica que no es idéntica a la utilizada para corregir una hernia crural, aunque la vía de abordaje es la misma. En el folio 93 se aporta el resultado de la ecografía de tejidos blandos de pared abdominal y de pelvis, efectuada el 05-04-2019, donde se describen claramente los hallazgos y el diagnóstico final de hernia crural izquierda reductible, que coincide con el diagnóstico clínico del cirujano.

2.- Se relaciona en la historia clínica un antecedente de trauma en región inguinal, a partir del cual la paciente refiere el síntoma presencia de masa inguinal. **No se precisa la lateralidad. También se relaciona la ecografía que precisó el diagnóstico sin especificar la lateralidad del hallazgo ecográfico. En las patologías que pueden afectar áreas anatómicas derecha o izquierda, como las hernias inguinales o crurales, es de máxima importancia especificar durante el registro de la historia clínica la lateralidad, pues es parte integral del diagnóstico.**

3.- El 11-09-2020 (folio 5) es admitida en la Clínica La Estancia para el procedimiento quirúrgico. Se registra a las 14:58 por auxiliar de enfermería, en el documento de admisión, que se va a efectuar una “HERNIORRAFIA INGUINAL IZQUIERDA + MALLA”. A las 15:09 es valorada por médico general quien anota como antecedente HERNIA CRURAL IZQUIERDA. **Los registros evidencian que aún en el momento previo a la cirugía, no había claridad sobre el diagnóstico preciso de la paciente y se utilizaban los términos inguinal y crural como sinónimos, sin serlo.”**

El perito en el análisis de los hechos afirma contundentemente que a la paciente en la cirugía del 11 de septiembre de 2020 se le realizó una cirugía y se le dio un diagnóstico totalmente diferente, lo que resulta ser totalmente contrario a lo dicho en el peritaje aportado por la clínica demandada:

“4.- A las 17:30 (folio 11) **se practica la intervención EXPLORACION INGUINAL VIA ABIERTA, con diagnóstico preoperatorio R104: OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS. Es claro que éste no era el diagnóstico preoperatorio que indicó la intervención quirúrgica. Dentro de los hallazgos se especifica que no se encontró hernia inguinal ni hernia femoral.** No menciona la presencia de variaciones anatómicas, inflamación aguda o crónica o cualquier otra dificultad que hubiera podido impedir o dificultar una disección y exploración adecuada de la región inguino-crural izquierda de la paciente. El cirujano

que practicó la intervención fue el Dr. Jorge Augusto Herrera Chaparro, diferente del especialista Guillermo Vallejo Vallecilla, quien examinó la paciente en consulta externa y programó la paciente. **El cirujano anota que realizó un reforzamiento de la pared posterior con prolene 1, procedimiento que no tendría indicación alguna si se es coherente con los hallazgos descritos que no evidenciaron hernias ni alteraciones anatómicas en la región inguino-crural.**

Así mismo, el perito alega que no hubo rigurosidad con expresar claramente la lateralidad de la hernia e incluso, manifiesta que en parte de la historia clínica de la paciente se presenta un error al señalar que la hernia se ubica en el lado derecho:

“6.- El 22-09-2020 (folio 47), o sea 12 días luego de la exploración inguinal izquierda, es valorada en consulta externa de cirugía con hallazgo al examen físico de hernia inguinal DERECHA. Llama la atención la lateralidad pues no coincide con lo descrito en las valoraciones previas recientes ni con los hallazgos de las imágenes diagnósticas. Se programa entonces para corrección de la hernia mediante abordaje laparoscópico, sin especificar lateralidad. El diagnóstico final es K409, HERNIA INGUINAL UNILATERAL, nuevamente sin especificar lateralidad. Es evidente entonces una falta de rigor diagnóstico persistente y reiterativo a lo largo de la historia clínica, respecto tanto del tipo específico de hernia como de su lateralidad. Se menciona repetidamente que fue discutida en Junta de pared abdominal, pero no hay soporte documental de dicha junta en la historia clínica.

7.- El 25-01-2021 (folio 51) a las 7:00 am la paciente es llevada nuevamente a cirugía y se le realiza una herniorrafia inguinal vía laparoscópica. Al ingreso, en nota de médico general de las 6:49 se especifica que está programada para herniorrafia inguinal izquierda. Sin embargo, en la descripción de la operación (folio 57) no se menciona en ningún momento la lateralidad de la intervención. En los hallazgos sólo se menciona hernia inguinal directa sin más datos. Ese hecho es notable pues en la consulta prequirúrgica el cirujano describió una hernia inguinal derecha y confirma un patrón de falta de rigor diagnóstico en la historia clínica.

8.- El consentimiento informado para la cirugía por vía laparoscópica tampoco especifica lateralidad, hecho llamativo dadas las circunstancias de la paciente y lo descrito en la consulta prequirúrgica de cirugía general.”.

Ahora bien, con relación a que el 11 de septiembre de 2020 se le realizó una cirugía y se le dieron unos diagnósticos distintos a los planteados por el médico tratante desde la valoración del 21 de agosto de 2020, el perito es claro en reafirmarlo de la siguiente manera:

“6. Al realizar el procedimiento quirúrgico el día 11 de septiembre de 2020, el médico Jorge Augusto Herrera en la Nota Operatoria realizada a las 18:20:52 horas, estableció como diagnóstico preoperatorio: “OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS” y diagnóstico posoperatorio “OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS”. Y en descripción de cirugía identificó la cirugía que se le iba a practicar a la paciente así: “542001 – EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA”. ¿En qué consiste este diagnóstico y el procedimiento realizado por el médico Jorge Augusto Herrera? ¿Y si estos son el mismo diagnóstico y el mismo procedimiento quirúrgico ordenados por el doctor Guillermo Vallejo Vallecilla en la orden médica enunciada en el numeral 4 anterior?

RESPUESTAS:

6.1.: El diagnóstico “OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS” se utiliza cuando un paciente consulta por dolor en el abdomen y el médico no encuentra una causa específica del dolor. La “EXPLORACION INGUINAL VIA ABIERTA” es un procedimiento quirúrgico diagnóstico que consiste en una incisión transversa sobre la región inguinal a estudio, la disección del contenido del trayecto inguinal y la revisión del área crural, con el propósito de evaluar una anomalía palpable o identificada por estudios de imagen y cuyo origen preciso no se ha podido establecer por medios no invasivos.

6.2.: En la consulta efectuada el 21-08-2020 el Dr. Guillermo Vallejo Vallecilla anotó como diagnóstico el código K409 HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA SIN OBSTRUCCION, y que no coincide con el diagnóstico preoperatorio descrito en la intervención: “OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS”. En cuanto al procedimiento solicitado y programado, “HERNIORRAFIA INGUINAL + COLOCACION DE MALLA”, tampoco coincide con el realizado “EXPLORACION INGUINAL VIA ABIERTA

7. ¿Conforme a la anterior respuesta significa que uno fue el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante doctor Guillermo Vallejo Vallecilla y otro el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico realizado por el cirujano que practicó la cirugía doctor Jorge Augusto Herrera?

RESPUESTA: Así es, se hizo un diagnóstico preoperatorio y se solicitó un procedimiento que resultaron diferentes al diagnóstico preoperatorio y cirugía realizada, documentados en la nota operatoria del 11-09-2020.

8. ¿Esta no coincidencia entre el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico ordenado y el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico practicado se corresponde con las reglas de la lex artis ad hoc y con la buena práctica médica?

RESPUESTA: Respecto de las cirugías programadas o electivas, el cirujano debe realizar el procedimiento que efectivamente programó y para el cual el paciente firmó un consentimiento. Si durante la intervención los hallazgos operatorios se apartan del diagnóstico preoperatorio y es absolutamente necesario, por el bien del paciente, efectuar un procedimiento o procedimientos diferentes o adicionales al programado, se debe anotar una justificación médica en la nota operatoria en el aparte “HALLAZGOS”. En este caso, el cirujano efectivamente anotó que no encontró hernia inguinal ni crural y por eso sólo practicó una “EXPLORACION INGUINAL” pero, tanto la información clínica y los estudios de imagen preoperatorios, así como los datos clínicos, de imágenes y hallazgos quirúrgicos de la siguiente intervención (efectuado el 25-01-2021) demostraban y demostraron que tales hallazgos no coincidían con la realidad anatómica de la paciente. En este caso particular no se puede hablar de equivocación pues el cirujano operó el lado correcto e hizo la incisión correcta, de acuerdo a la programación. Lo que es cuestionable es que no hubiera podido identificar la hernia de la paciente y que hubiera realizado un procedimiento inútil a la luz de sus propios hallazgos, como el reforzamiento de la pared posterior del canal inguinal (folio 11). También es cuestionable que hubiera cambiado el diagnóstico preoperatorio pues es claro que la paciente no iba a ser intervenida por un dolor inespecífico, sino por una hernia crural aparentemente confirmada con ecografía.

Estas deficiencias advertidas por el doctor PÉREZ PÉREZ llevan a que se indique que la operación fue INEFICAZ:

“12. ¿La “EXPLORACIÓN INGUINAL VIA ABIERTA” que le fue realizada a la paciente ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO corrigió la hernia que presentaba?

RESPUESTA: No logró identificar la hernia que presentaba la paciente y por ello no fue corregida. En otras palabras, fue una cirugía ineficaz.

(...) 15. ¿Significa lo anterior que esta cirugía fue ineficaz, de tal manera que la incisión, el riesgo anestésico y el riesgo quirúrgico de esta cirugía no cumplió su propósito?

RESPUESTA: Si, la cirugía fue ineficaz pues no cumplió su propósito de corregir el defecto herniario que presentaba la paciente y que efectivamente tenía.”

Lo que deriva en que se pueda afirmar que, si una cirugía se cataloga como INEFICAZ, quiere ello decir que la prestación del servicio de salud fue deficiente y contrario a la *lex artis*, desvirtuando con ello todo lo dicho en el dictamen pericial aportado por la clínica demandada.

Aunado a lo anterior, el doctor JACOBO EVARISTO PÉREZ es claro en señalar que era posible con la técnica que fue utilizada por el cirujano en la primera oportunidad corregir hernias crurales e inguinales, sin embargo, no se hizo de forma acorde porque la disección fue “insuficiente”, máxime si se tiene en cuenta que no había ninguna anomalía que hubiese dificultado el hallazgo de la hernia:

“14. ¿Conforme a su experiencia qué explica que el médico Jorge Augusto Herrera no haya encontrado la hernia inguinal que tenía la paciente y mucho menos la haya corregido?”

RESPUESTA: La nota operatoria no permite deducir una explicación de dicho hallazgo, pues no describe una anatomía anormal o inflamación aguda o crónica que hubieran podido dificultar el hallazgo de la hernia. Si se analiza desde el punto de vista de técnica quirúrgica, es posible que la disección haya sido insuficiente y que por ello tanto el defecto como el saco herniario no hubieran sido identificados en el momento de la exploración quirúrgica.

(...) 21. ¿El resultado de esta segunda operación que le fue realizada a la paciente era el que se esperaba de la primera cirugía?

RESPUESTA: El plan quirúrgico programado para la primera intervención era la corrección de una hernia crural, que finalmente resultó ser inguinal directa, mediante un abordaje abierto. Debido a que no se logró identificar el defecto herniario, la paciente tuvo que ser sometida a una segunda intervención con el fin de lograr dicho propósito. Cabe aclarar que con el abordaje abierto inicial se hubiera podido corregir tanto un defecto inguinal como uno crural.”

Y todo lo anterior es relevante porque al haberse realizado vía abierta la primera cirugía provocó una incisión mayor que la que podía hacerse en una intervención vía laparoscópica:

“22. ¿La cicatriz quirúrgica de una cirugía por laparoscopia, como la practicada a la paciente en esta segunda intervención, es más pequeña que una cirugía abierta como la practicada inicialmente por el médico Jorge Augusto Herrera el día 11 de septiembre de 2020?”

RESPUESTA: Las incisiones de las intervenciones efectuadas por vía laparoscópica son más pequeñas que las de sus contrapartes por vía abierta.

Situación que demuestra que era completamente evitable que a la paciente se la dejara con un daño estético (cicatriz) si se hubiera tomado los exámenes diagnósticos que se requerían para ubicar el defecto herniario y, así mismo, optar porque el abordaje de la hernia desde el primer momento se realizara por laparoscopia y no vía abierta.

Finalmente, el doctor concluye como lo hemos indicado previamente al oponernos a las excepciones lo siguiente:

“CONCLUSIONES

Del análisis del caso de ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- 1.- El principal cuestionamiento a la intervención practicada el 11-09-2020 es que fue ineficaz: el cirujano no logró identificar el defecto herniario inguinal izquierdo directo.*
- 2.- No hay una explicación satisfactoria sobre la dificultad en identificar el defecto herniario de la paciente en la primera cirugía.*
- 3.- La falta de corrección del defecto condujo a una segunda cirugía, efectuada el 25-01-2021 y en la cual se logró la identificación precisa de la naturaleza del defecto (era inguinal y no crural) y su corrección con malla.*
- 4.- Debido a que fue sometida a una primera cirugía ineficaz, la paciente tuvo que asumir unos riesgos anestésicos y quirúrgicos en la segunda intervención, riesgos*

que se hubiera evitado si se hubiera identificado y corregido adecuadamente la hernia inguinal que padecía.

5.- Existe una imprecisión en la nota operatoria de la primera intervención relacionada con el diagnóstico preoperatorio y que no corresponde a la situación clínica de la paciente.

6.- Existe una falta de rigor sistemática identificada en varias partes de la historia clínica respecto de la lateralidad del defecto herniario, asunto que riñe con los protocolos actuales de seguridad del paciente y a los que los especialistas deben adherirse. En la nota operatoria de la segunda intervención el cirujano no menciona el lado que operó y esta omisión puede generar dudas sobre la calidad de la cirugía.”

Con lo cual se demuestra la falla en la prestación en el servicio médico en el que incurrieron la clínica demandada y desvirtúa por completo lo dicho por el doctor Hanier Hernán Agudelo Ledezma en el dictamen pericial que aportó la entidad demandada en esta oportunidad procesal.

IV. FRENTE A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S:

La ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD -SANITAS S.A.S- se opone a la prosperidad de las pretensiones alegando que tuvo poca participación en el presente caso, por cuanto *“los servicios no fueron dispensados por ésta”* y solo *“se limitó a la cobertura de los servicios”* que la paciente requirió. Situaciones que llevan a afirmar que no puede ser responsabilizada en este caso.

Así mismo, se opone porque considera que lo solicitado no tiene un *“fundamento legal y jurídico”* y que a su vez no existe prueba de los perjuicios deprecados.

Con relación a los hechos de la demanda en su gran mayoría alega que no le consta y que corresponden a situaciones ajenas a la entidad que representa que deben ser probadas.

No obstante, destacamos algunas de las oposiciones que se efectuaron frente a los hechos, por ejemplo, al hecho quinto se cita una serie de conceptos médicos sobre la hernia inguinal y femoral, empero, en la literatura citada se indica lo siguiente: ***“en ocasiones la inspección física resulta difícil distinguir una hernia femoral de una inguinal, en estos casos se acude a la ayuda de estudios complementarios de imagen como ecografía, tomografía o resonancia magnética”.***

Lo que refuerza la teoría que hemos planteado en la demanda correspondiente a que era necesario que a la paciente se le ordenaran todas las ayudas diagnósticas al alcance previo a la realización de la primera cirugía para precisamente determinar la ubicación de la hernia existente y que aquejaba a la joven VICTORINO VELASCO.

Al hecho sexto, la entidad afirma que *“en el Código CIE10, no hay codificación para el término “crural” con lo cual se demuestra una vez más que este es sinónimo del término femoral”*, situación que nunca se ha puesto en duda, de hecho, eso mismo se señala en la demanda dado que la hernia crural o femoral son lo mismo.

Al hecho séptimo, se cita el consentimiento informado que ahora es conocido tanto por la EPS como por la clínica demandada, pero que nunca fue entregado a la paciente a pesar de interponer varias acciones de tutela. En tal sentido y como lo dijimos previamente, este formato de consentimiento informado que se allega en esta oportunidad no demuestra la obtención del mismo para la cirugía que le fue practicada en la primera cirugía a la paciente, comoquiera que se indica en este documento que se le realizará una *“HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA”* y a la paciente se le terminó haciendo una *“EXPLORACIÓN INGUINAL”* que nunca fue consentida por ella porque no existe ningún formato de consentimiento informado con su firma para realizar tal intervención.

Así mismo, a pesar de allegar dicho documento puede afirmarse que ni siquiera puede considerarse como un verdadero consentimiento informado no solo porque es inteligible (como el mismo apoderado de la EPS lo señala), sino que también no reposa la explicación de los beneficios o contraindicaciones de una cirugía vía abierta o por laparoscopia, ni mucho menos se establece expresamente el riesgo de quedar de por vida con una cicatriz

como la realizada a la joven VICTORINO VELASCO. De manera que ni siquiera ese documento que se aporta en esta oportunidad demuestra que se obtuvo en debida forma el consentimiento informado de la paciente para la cirugía que fue ordenada por su médico tratante, pero que finalmente no fue tomada en cuenta al serle realizada otra completamente distinta.

Al hecho noveno, esta entidad indica que al no encontrarse el defecto herniario se descartó entonces el diagnóstico dado de *“HERNIA INGUINAL UNILATERAL”* y se optó por consignar en la historia clínica el que *“hiciera alusión a las manifestaciones clínica de la paciente”* que fue el de *“dolor abdominal”* y lo llamativo es que afirma que *“como en el momento de la cirugía el especialista no contaba con información adicional, registro (sic) en la historia clínica el diagnostico presuntivo de “OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS”*.

Aquí debe traerse nuevamente a colación lo dicho por el perito JACOBO EVARISTO PÉREZ, quien indicó que se hizo intervenciones distintas a las que fueron ordenadas por el médico tratante en la valoración del 21 de agosto de 2020 y donde la exploración inguinal que finalmente le fue realizada a la paciente fue INEFICAZ.

Luego de referirse a los hechos de la demanda, la entidad demandada plantea una serie de excepciones con miras a que se le exonere de cualquier responsabilidad que son las siguientes:

4.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ENTIDAD DEMANDADA:

La entidad propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. INEXISTENCIA DE UNA ACTUACIÓN CULPOSA Y/O NEGLIGENTE POR PARTE DE EPS SANITAS: alega que la EPS solo tiene facultades de aseguramiento y de cobertura económica de todos los servicios médico – asistenciales incluidos en el POS.

De igual forma, manifiesta que conforme a los medios de prueba la EPS expidió todas las autorizaciones de medicamentos a su cargo. Por lo que afirma que cualquier deficiencia en la atención brindada a la paciente no puede ser trasladada a la EPS porque su función es solo *“facilitar el acceso de sus afiliados a los servicios de salud”*.

2. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DESPLEGADO POR EPS SANITAS, LAS ATENCIONES MÉDICA ASISTENCIALES SUMINISTRADAS POR LOS PRESTADORES DEMANDADOS Y EL RESULTADO OBTENIDO Y RECLAMADO COMO DAÑOSO: se fundamenta indicando que se deben demostrar tres elementos *“la culpa, el Daño y el Nexo Causal”* y luego indica que, en este caso, no hay culpa porque *“ningún funcionario de EPS Sanitas participó en el proceso de atención en salud”*.

Los demás argumentos de esta excepción se basan en señalar una situación que se presentó con una persona distinta y que no corresponde con el presente caso, por ende, no se hará ninguna manifestación frente a este tema.

3. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD // LAS OBLIGACIONES DE EPS SANITAS EN SU CONDICIÓN DE ASEGURADORA SON DISTINTAS A LA RESPONSABILIDAD DE LA IPS EN SU CALIDAD DE PRESTADORA EFECTIVA DEL SERVICIO: nuevamente se refiere a una persona distinta de la aquí demandante que le permiten fundamentar esta excepción, sin embargo, concluye que *“ninguna disposición legal indica que EPS Sanitas tiene una obligación solidaria con las IPS, ni mucho menos con los profesionales de la salud”* puesto que cada uno cumple funciones distintas.
4. ESTIMACIONES DESMESURADAS E INJUSTIFICADAS DE LAS PRETENSIONES: ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: alega que existe una tasación de perjuicios desproporcionada y afirma que lo solicitado no tiene fundamento alguno porque no se han probado el nexo causal entre el daño y la actuación adelantada por EPS Sanitas.

Afirma que se debía “*detallar en la estimación del juramento estimatorio la forma o el porqué de dichos perjuicios y sus solicitantes presentando un cálculo razonado de los mismos*”, lo que no es cierto pues el juramento estimatorio como se verá más adelante no es un requisito que se exija por el CPACA en la demanda.

Finalmente, cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre perjuicio moral y su tasación, que en esta oportunidad basta con advertir que no son aplicables en esta jurisdicción por la existencia de sentencias de unificación que establecen las tablas indemnizatorias.

Frente a estas excepciones que han sido propuestas por esta entidad nos permitimos manifestar que NOS OPONEMOS a que se declaren en este caso. Lo primero porque si bien es cierto la entidad tiene funciones de aseguramiento y, a su vez, le ha sido encargado lo relacionado con autorizar servicios, entre otros, empero, también es cierto que ni su competencia se limita exclusivamente a dichas funciones ni su responsabilidad en la atención en salud se queda simplemente en asegurar a los usuarios.

Es claro que las EPS tienen una responsabilidad mayor en el sistema de salud colombiano, a tal punto que el simple hecho de que contraten la atención con terceros no los exonera de ninguna responsabilidad ante deficiencias que se presenten, puesto que entre el afiliado y la EPS nace un vínculo jurídico donde surgen obligaciones como el deber de garantizar un idóneo, de calidad y adecuado servicio de salud.

Muestra de lo anterior ha sido la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado que ante casos de deficiencias o fallas en la prestación del servicio que provocan responsabilidad médica se ha condenado tanto a la prestadora del mismo como a la EPS a la que se encontraba afiliada la víctima, ya que su responsabilidad no se desvanece por el simple hecho de que lo preste un tercero.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado en fallos del 30 de octubre de 2013 (Rad.24985), 20 de octubre de 2014 (Rad.27029) y del 28 de mayo de 2015 (Rad.46466), determinó que, si las EPS no prestan el servicio de forma directa, ese “*hecho no desvanece por sí sola la responsabilidad en cabeza de la EPS (...), por cuanto el servicio en sentido jurídico y de afiliación lo prestó la demandada mediante la IPS y los respectivos profesionales médicos*”¹⁰. (Negrilla y subrayado propio).

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que también el Consejo de Estado en distintas sentencias ha señalado que las EPS son responsables frente a sus usuarios, ya que este último no “*tiene libertad plena para elegir el profesional de la salud o la institución hospitalaria que va a brindarle atención médica*”¹¹. Lo que se presenta en este caso, ya que a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO no se le permitió escoger la institución prestadora de salud, sino que este fue impuesto por la EPS a la cual estaba afiliada.

Así mismo la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto que la responsabilidad solidaria de la EPS no solo surge por el hecho de que al usuario se le imponga tanto la institución prestadora como el médico tratante, sino que también hay responsabilidad de dichas instituciones dado que las EPS se encargan de fijar los “*procedimientos, características y autorizaciones*” para la prestación del servicio de salud; en palabras de este alto tribunal se dice lo siguiente:

“Nótese entonces, que la EPS, en el caso de autos CAJANAL, es quien impone a los afiliados la institución y el personal médico a través de los cuales prestará el servicio de salud, sin que los cotizantes o beneficiarios tengan la libertad de escoger el médico o la institución tratante, y, a su turno, también es la EPS la que fija los procedimientos, características y autorizaciones por medio de las cuales las instituciones y el personal médico por ella contratado, prestará el servicio de salud, no obstante la autonomía técnica, científica y administrativa pactada a favor del contratista.

¹⁰Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de octubre de 2013. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 66001-23-31-000-1998-00181-01 (24985).

¹¹Ibídem. También el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad solidaria en otros pronunciamientos: 1) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de mayo de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, rad. 08001- 23-31-000-2002-02178-01 (46466). 2) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 54001- 23-31-000-1999-00827-01 (27029).

Significa lo anterior, en contravía a lo considerado por el A quo y la entidad demandada, que la EPS y la IPS son solidariamente responsables ante los afiliados y usuarios del sistema. Al respecto, la legislación civil, contentiva del régimen de obligaciones acogido por el ordenamiento jurídico colombiano, estatuyó una larga clasificación de las obligaciones, dentro de la cual contempló las obligaciones solidarias o *in solidum*, que permiten al acreedor exigir el total de la deuda a cualquiera de los deudores, por virtud de una convención, un testamento o de la ley.

En el caso de autos, en virtud de la ley, específicamente del artículo 2344 del Código Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, la obligación es solidaria en tanto la mencionada norma estableció que en los eventos en que el daño es causado por dos o más personas, éstos son responsables solidariamente ante el deudor.

“Artículo 2344. Responsabilidad Solidaria. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350¹² y 2355¹³”.

De modo pues, que excepto en los eventos en que el daño tiene ocurrencia como consecuencia de una edificación en ruina o cosas que caen o son arrojadas de lo alto, **cuando la culpa, en nuestra materia “la falla”, ha sido cometida por dos personas, verbigracia, por la EPS y la IPS, éstos son solidariamente responsables de reparar a las víctimas”**.¹⁴

Esta serie de interpretaciones, también, se han dado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en donde ya se encuentra consolidado que en estos asuntos de responsabilidad médica es jurídicamente procedente condenar de forma solidaria tanto a la entidad que tiene a su cargo la afiliación del paciente y a quien presta como tal el servicio de salud:

*“(…) la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, **son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.** (CSJ SC de 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01, reiterada en SC8219 de rad. 2003-00546. Destacado extraño).”*¹⁵

De hecho, en reciente fallo expedido el 04 de febrero de 2022¹⁶ por el Consejo de Estado, en un asunto de responsabilidad médica, se reiteró la jurisprudencia que esta Corporación Judicial ha expedido sobre la responsabilidad solidaria de la EPS y la institución que presta el servicio de salud:

“En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que las EPS, al ser las encargadas directas de la prestación del servicio de salud de sus

¹² **ARTICULO 2350. RESPONSABILIDAD POR EDIFICIO EN RUINA.** El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.

¹³ **ARTICULO 2355. RESPONSABILIDAD POR COSA QUE CAE O SE ARROJA DEL EDIFICIO.** El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 54001- 23-31-000-1999-00827-01 (27029).

¹⁵ Reiterado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2021. SC3919-2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. María Adriana Marín. Sentencia del 04 de febrero de 2022. Radicado: 85001-23-31-000-2007-00125-01 (47549). Actor: Alexander Fernández Bermúdez y otros. Demandado: Capresoca Eps y otros.

afiliados, también deben responder por la inapropiada prestación del servicio médico de los profesionales adscritos a la clínica, quienes actúan en su representación¹⁷:

En lo que respecta al segundo interrogante, relacionado con la responsabilidad administrativa en la que incurren las EPS como consecuencia de la inapropiada prestación del servicio médico por parte de los profesionales adscritos a ésta, se tiene que hacer precisión que las actuaciones desplegadas por los médicos de una EPS, se entienden realizadas por ésta última, ya que estos profesionales están ejerciendo funciones en su representación, tal como sucede con las IPS con las que suscriben contrato las EPS para que sean aquellas las que físicamente presten los servicios de atención médica.

Habida cuenta de lo expuesto hasta el momento, están llamados a ser declarados responsables administrativa y patrimonialmente y a ser condenados en los mismos términos el oftalmólogo Roberto Ruiz Aranibar y la EPS Risaralda, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala en el sentido de que “cuando un prestador de servicio médico lo hace por cuenta de otro, jurídicamente lo atiende éste; no pueden confundirse el sujeto prestador físico con el sujeto prestador jurídico”¹⁸, lo cual significa que en este caso, para la Sala es tan responsable el médico, como la entidad que celebró el contrato con aquel para que brindara los servicios a sus afiliados.

Conforme a lo anterior y, comoquiera que en primera instancia quedaron probadas las negligencias médicas que determinaron la muerte del menor Yeferson Fernández Pulido, la única conclusión que de ello se puede derivar es que la responsabilidad de Capresoca EPS también se vería comprometida, por ser la prestadora jurídica de los servicios de salud de la víctima.”

De conformidad con lo anterior, se puede colegir que no resulta ser cierto ninguno de los argumentos dados para fundamentar las excepciones planteadas, dado que las funciones y la responsabilidad de la EPS SANITAS no solo se limita a asegurar, expedir autorizaciones y contratar con terceros la prestación del servicio, esto no es cierto, su deber y responsabilidad con los afiliados se extiende hacia la obligación de garantizar calidad, continuidad y buena prestación del servicio de salud, por lo tanto, si con quien contrata no cumple con esos parámetros y provoca un daño en los afiliados, es a la EPS la que a la par de la IPS debe responder por los perjuicios que se causen por este tercero, tal y como lo ha ordenado en sus fallos tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado.

Lo anterior, también desvirtúa la inexistencia de la responsabilidad solidaria entre EPS e IPS, puesto que esos altos tribunales han reconocido que en esta clase de asuntos surge ese tipo de responsabilidad dada la manera en que se ha configurado el sistema de salud y la existencia de obligaciones que surgen de las relaciones jurídicas que nacen exclusivamente entre las EPS y los afiliados.

Visto lo anterior, la responsabilidad que le asiste a EPS SANITAS nunca ha sido reprochada desde el punto de vista de alguna deficiencia o demora en la autorización de intervenciones y/o medicamentos, no se entiende la razón por la cual en la contestación se advierte algo como eso, a contrario sensu, lo que se reprocha y se le endilga es que la paciente ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO al momento de la cirugía que le generó el daño estético estaba afiliada a esta EPS, por ende, era deber de esta entidad garantizarle una prestación del servicio adecuada, de calidad y exenta de daños dado el vínculo jurídico que había nacido entre esta institución y la paciente, sin embargo, eso no ocurrió y la IPS con la que se contrató el servicio provocó un daño antijurídico que debe ser indemnizado por ambos entes tanto el que lo produjo como por quien tiene la relación jurídica con la paciente, que es precisamente la EPS.

4.2. FRENTE A LA OBJECCIÓN DE LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA:

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, expediente: 24985. Posición reiterada por esta Subsección en la sentencia del 3 de julio de 2020, expediente: 57854, MP: Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, exp. n.º 15178, C.P. María Helena Giraldo; en el mismo sentido, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, exp. n.º 17959, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de mayo de 2013, exp. n.º 24832, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

En la contestación se realiza una objeción de la estimación razonada de la cuantía con fundamento en el artículo 206 del C.G.P, ya que se considera que lo solicitado en el escrito de la demanda no cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales.

De igual forma, advierte que conforme al artículo 82 del C.G.P es requisito realizar el juramento estimatorio y que de todos modos la tasación es excesiva sin que se atempere a lo establecido en la jurisprudencia, solicitando que sea el Despacho quien realice la regulación de los mismos y ordene el pago de la sanción que el C.G.P consagra cuando se presenta una diferencia entre lo solicitado y lo probado.

Frente a esta oposición me permito manifestar que no es aplicable en este caso, debido a que el juramento estimatorio no es un requisito de la demanda conforme a lo establecido por el CPACA en su artículo 162:

“ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

- 1. La designación de las partes y de sus representantes.*
- 2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.*
- 3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.*
- 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*
- 5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.*
- 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.*
- 7. <Numeral modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital.*
- 8. <Numeral adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación se inadmitirá la demanda.
De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.
En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda, la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado.”.*

Como se puede apreciar, esta normatividad no exige ningún juramento estimatorio y tan solo habla de que debe existir una “*estimación razonada de la cuantía*”, pero de ninguna manera esto corresponde a las exigencias de lo establecido como requisitos en la ley 1564 de 2012 (CGP) ni mucho menos trae consigo ninguna sanción por excederse en la estimación, lo que implica que sea improcedente la solicitud.

Así mismo, el CPACA no establece ninguna disposición que permita objetar la tasación de perjuicios, por lo que lo realizado no tienen ningún sustento normativo, pues la aplicación del CGP es de remisión para suplir vacíos y lo relacionado con los requisitos de la demanda

no corresponde propiamente a tal situación, comoquiera que el propio CPACA los señala y el legislador optó porque el requisito de la demanda fuera una estimación razonada y no el juramento estimatorio.

Finalmente, tampoco es procedente tal objeción porque lo solicitado en el escrito de la demanda se atempera a las tablas indemnizatorias que el propio Consejo de Estado ha señalado en su jurisprudencia sin que sea excesivo su tasación.

En conclusión, lo solicitado no es procedente por no encontrar sustento alguno en el CPACA y porque no es cierto, ya que lo solicitado por perjuicios se tasó conforme a lo establecido por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa en las sentencias de unificación sobre estas materias.

4.3. OPOSICIÓN A LA PRUEBA SOLICITADA DE DECLARAR EL TESTIMONIO DE LA AUDITORA DE LA EPS SANITAS:

La entidad demandada solicita a su señoría que con la finalidad “*de aclarar y dar las explicaciones pertinentes sobre los protocolos y la atención médica brindada a la paciente y las circunstancias que mediaron en la atención de la paciente Sarai Esther Victorino*”, se decrete la recepción del testimonio de la “*Doctora Claudia Gonzalez Valencia en calidad de testigo técnico y auditora de EPS Sanitas, quien podrá ser ubicada en la Calle 100 No. 11b-67. Correo electrónico claudipgonzalez@epssanitas.com, para que precise al Despacho lo que le conste respecto de los servicios autorizados por la EPS, los tratamientos y procedimientos efectuados y en general sobre los hechos contentivos de la demanda.*”

Frente a esta prueba solicitada por la entidad demandada, nos oponemos a que sea decretada por las siguientes razones:

1) La prueba **es impertinente** para el proceso, comoquiera que aquí no se está cuestionando ni el procedimiento de autorización ni la celeridad con la que se hizo ni mucho menos si se cumplió con la trazabilidad del proceso de autorización de los servicios de salud que requería la paciente.

Tal y como lo ha mencionado la jurisprudencia del Consejo de Estado, fundamentándose en la doctrina nacional, la pertinencia corresponde a:

*“la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas “deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia”.*¹⁹

Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso.^{20”21}

En ese sentido, el testimonio que pueda rendir la auditora de la EPS SANITAS no guarda relación alguna con el objeto de la Litis y no va a traer mayor conocimiento ni técnico ni científico sobre la atención prestada a la paciente. Por lo tanto, la solicitud que realiza la entidad demandada se circunscribe en un hecho inocuo, alejado de los fines del presente asunto y de la responsabilidad que recae sobre la entidad demandada.

2) Aunado a lo anterior, esta prueba no puede ser decretada por cuanto la entidad demandada no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 212 del Código General del Proceso para la solicitud de testimonios, dicha disposición señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 212. PETICIÓN DE LA PRUEBA Y LIMITACIÓN DE TESTIMONIOS. Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre,

¹⁹ López Blanco, Op. cit, pág. 74.

²⁰ Ibídem.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 05 de marzo de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-28-000-2014-00111-00. Ver también: 1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de febrero de 2020. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 11001-03-24-000-2013-00045-00. 2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta de Decisión de Pérdida de Inversión, sentencia del 06 de febrero de 2020. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-15-000-2019-01602-00.

domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y **enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.** (...)”

Teniendo en cuenta lo anterior y si se revisa la solicitud realizada por parte de la entidad demandada en su escrito de contestación, se tiene que la entidad no cumple con enunciar de forma concreta los hechos que son objeto de la prueba, simplemente hace un señalamiento general y abstracto sin que su argumentación sea concreta o al menos tenga alguna relación con el presente asunto. Por lo tanto, no solo la prueba pedida por la EPS SANITAS es impertinente, sino que también fue solicitada sin cumplir con los requisitos establecidos en la norma procesal para su petición.

Finalmente, la prueba no es útil por cuanto no va a brindar al juez mayor conocimiento sobre la responsabilidad médica que se endilga, ya que el medio de prueba solicitado simplemente se va a limitar sobre *“lo que le conste respecto de los servicios autorizados por la EPS”*, aspectos que no se reprochan y que nada tienen que ver con las razones por las cuales se demandó a este ente.

IV. FRENTE A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ASEGURADORA CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A:

La aseguradora **CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A**, por medio de apoderado judicial, se opuso a todas las pretensiones de la demanda alegando que no hay ningún tipo de responsabilidad *“en cabeza de la entidad demandada por los hechos que se le imputan”* y que la atención en salud suministrada por la entidad asegurada fue *“oportuna, especializada, de calidad y de conformidad con los protocolos y la lex artis ad hoc”*.

Con relación a los hechos de la demanda manifiesta que no le constan y que deberá probarse cada uno de ellos con los medios de prueba que oportunamente se aporten o decreten.

Sin prueba pericial u otra que respalden su dicho, el apoderado de la aseguradora manifiesta que, según la literatura médica, *“las hernias crurales no son de presentación a los 18 años por ende una vez programada la cirugía y la anestesia era posible explorar el área crural”*. De igual forma, que es *“complicado distinguir entre una hernia femoral (crural) y una hernia inguinal”*, que implican que ante tales situaciones *“se recurre a estudios complementarios de imagen como ecografías, tomografías o resonancias magnéticas, los cuales desempeñan un papel crucial en la diferenciación y evaluación del contenido herniario”*.

Ante lo anterior, es importante manifestar que, en principio, tales afirmaciones no tienen un sustento científico, pues se advierte de forma general que se revisó *“la literatura médica”*, pero no se indica ni la fuente ni la referencia de dónde sacó la información.

Así mismo, lo dicho sobre la dificultad en el diagnóstico conlleva a que se demuestre y reafirme la responsabilidad que hemos endilgado, pues si lo que presentaba mi representada era un diagnóstico “complicado” con más verás se debía ordenar los exámenes y estudios pertinentes para diferenciar el diagnóstico y no errar en la realización de una cirugía que no corrigió ninguna hernia.

Por otra parte, no es cierto que sea posible en una cirugía programada y con anestesia proceder a *“explorar el área crural”*, pues mi representada consintió para una **“HERNIORRAFIA INGUINAL + COLOCACION DE MALLA”** y no para ningún otro procedimiento correspondiente a alguna exploración inguinal o crural. De manera que, al transgredirse dicho consentimiento, eso también es una falla en el servicio, sin que sea aceptable que como la paciente ya estaba programada y con anestesia entonces era viable hacer otro procedimiento no consentido por la paciente.

Frente a lo manifestado en el hecho séptimo, relacionado con que la paciente firmó el consentimiento informado para la cirugía del 11 de septiembre de 2020, tal situación no es cierta y conlleva a que se reiteren los mismos argumentos aducidos al momento en que esta parte procesal dio contestación a las excepciones planteadas por Clínica La Estancia, por cuanto dicho consentimiento solo pudo ser conocido en el desarrollo de este proceso judicial a pesar de haberlo solicitado en varias oportunidades e, incluso, interponiéndose acciones de tutela para su entrega.

De igual forma, se destaca que el documento que fue allegado como consentimiento informado indica claramente que la cirugía que se le va a realizar a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO es “*HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA*” (folio 44 de la contestación de la demanda por parte de CLÍNICA LA ESTANCIA), pero brilla por su ausencia en este documento la explicación ardua y detallada sobre los beneficios y riesgos de no realizarla abierta o por vía laparoscópica, tal y como lo afirmamos en el escrito de la demanda, lo que deriva en que de ser valorado por su señoría este documento no se atempera a un correcto y adecuado consentimiento informado, sino simplemente a un formato general y preimpreso que se utiliza para todas las intervenciones, pero donde no se cumple a cabalidad con el mandato que tienen los galenos de obtener el consentimiento informado luego de explicar y consagrar todo lo relacionado con la intervención que se le va a practicar al paciente.

Y más grave aún resulta ser lo concerniente a que la paciente suscribió este formato de consentimiento informado para la realización de una “*HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA*”, pero terminaron operándola por una cirugía que nunca consintió, pues conforme a la historia clínica que aportamos, está demostrado que el día 11 de septiembre de 2020 se le practicó a la paciente una “*EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA*” (folio 70 del documento digital “5.5. Historia clínica y documentación Esther Sarai Victorino Velasco.pdf”).

Sumado a lo anterior, al hecho **décimo quinto** se advierte acudiendo a la historia clínica de la paciente que, el día 14 de septiembre de 2020 a las 10:24, fue valorada por psicología quien a su criterio dicha profesional consignó y destacó que “*no había síntomas de ansiedad ni depresión asociados con la hospitalización y las intervenciones médicas*”, sin embargo, la nota médica no fue transcrita en su totalidad, comoquiera que se pasó por alto que dicha profesional también consignó lo siguiente que da cuenta de que la paciente sí se vio afectada con lo sucedido:

“INTERCONSULTAS

INTERCONSULTA PORP: SICOLOGIA

OBSERVACIONES

Pacinte (sic) en pop ded día 11/09 muy aprehensiva con la mamá, llanto constante, rechaza la comida y le manifiesta a la mamá" yo estaba feliz en Santander" , se escucha discutir entre las dos y paciente es muy reiterativa en no sentirse bien en la institución, clínicamente la paciente no presenta alteraciones, su herida no está sangrando tampoco con cambios, además su hemograma está con anemia leve, se solicita valoración por psicología, tiene pendietne definir reintervención por cirugía

RESULTADOS:

Paciente de 18 años de edad, ingresa al servicio con cuadro clinico de Hernia Inguinal.

Consciente, orientada en las esferas autopsiquica/alopsiquica, aseo y arreglo personal acorde a la circunstancias, facies compuesta establece contacto verbal y visual espontaneamente, pensamiento en curso/contenido estable, capacidad mnesica presente, movimientos voluntarios antálgico, sin alteración senso perceptiva, intropección aceptable y juicio de la realidad adecuado.

*Paciente que refiere condicion general estable de salud, salvo dolor agudo en zona pelvica; **se evidencia semiología significativa de afecto eutimico, pensamientos automaticos de reacción de shock y minusvalia por las secuelas físicas post-quirurgica.***

Lo anterior demuestra que la paciente sí tuvo una afectación en su psiquis luego de lo sucedido en la Clínica La Estancia que, si bien se descartó alguna situación de ansiedad y depresión, sí conllevó a “*pensamientos automáticos de reacción de shock y minusvalía por las secuelas físicas post -quirurgica*”, lo que demuestra una clara alteración en su estado de salud mental a raíz de lo que le sucedió a ella.

Ahora, luego de referirse tanto a los hechos de la demanda como a las pretensiones, se alegan las siguientes excepciones con miras a enervar lo pretendido en este proceso:

1. **“Ausencia de falla en el servicio de Clínica La Estancia S.A y existencia de consentimiento informado”**: para sustentar esta excepción se refiere a parte de la historia clínica para concluir que no se logra probar ni se evidencia que exista algún *“incumplimiento de la lex artis aplicable al caso”*, por lo que a su criterio *“la historia clínica del paciente y demás pruebas del plenario dan cuenta de la diligente atención médica brindada por el asegurado”*.

Se reitera que como la paciente ya tenía programada la cirugía y estaba anestesiada, entonces, se justificaba proceder a *“explorar el área crural para confirmar la impresión diagnóstica”*, sin embargo, ello no es cierto, pues mi representada no consintió para dicho procedimiento y, por lo tanto, nada justificaba la exploración que le fue realizada.

Manifiesta que no hay ningún reporte en la historia clínica que dé cuenta de un *“diagnóstico erróneo”*, comoquiera que a su criterio el TAC que le fue realizado demostró que *“efectivamente presentaba una Hernia Inguinal Izquierda”*, que a su vez fue corregida en el procedimiento que le fue realizado el día *“25 de enero de 2021”*.

Finalmente, advierte que el riesgo de intervención fue indicado en el consentimiento informado que suscribió la paciente para la cirugía del 11 de septiembre de 2020, en tal sentido, concluye que *“al haberse incluido la necesidad de un nuevo procedimiento como uno de los riesgos informados, se considera que la paciente fue debidamente informada sobre esta posibilidad”*.

2. **“Ausencia de daño antijurídico”**: fundamenta esta excepción alegando que en realidad no hay ningún daño, ya que a su criterio lo que se presenta y pide por la parte demandante es *“un daño inexistente para endilgar responsabilidad al extremo pasivo de la litis”*, argumentando que ello es así porque *“no se hace alusión a una desmejora en la salud de la joven Esther, a la pérdida de oportunidad en la atención en salud, a una lesión ocasionada por la acción u omisión de las demandadas y mucho menos, a la muerte de la paciente”*.

Señala que no hay prueba que demuestre los perjuicios morales deprecados a raíz de lo sucedido a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, ya que a su criterio no puede desprenderse ningún dolor o sufrimiento porque la atención suministrada por la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A fue diligente, cuidadosa y respetuosa a la *lex artis ad-hoc*, lo que no pudo generar ningún perjuicio.

Por otra parte, afirma que por la atención que se le realizó por psicología el día 14 de septiembre de 2020 se logra demostrar que *“la estancia en el hospital y las intervenciones quirúrgicas no generaron ansiedad ni depresión en la paciente u otro evento adverso emocional”*.

Finalmente, advierte que la cicatriz con la que quedó la paciente *“no fue en vano o innecesaria como lo quiere hacer ver la parte actora”*, ya que a su criterio fue a raíz de dicha cirugía *“que se pudo advertir que era necesario la realización de otros estudios para determinar las acciones a seguir por el equipo médico”*, así mismo, destaca que *“No hay evidencia que respalde la idea de que la cicatriz haya tenido un impacto psicológico en la paciente o que vaya a afectar su relación con su entorno”*.

3. **“Improcedencia de la reparación de los perjuicios solicitados”**: esta excepción se fundamenta alegándose que no hay prueba que acredite la existencia de causalidad entre lo endilgado a la entidad asegurada y los daños que son alegados, así mismo, destaca que tampoco hay *“culpa en cabeza de las entidades demandadas, ni mucho menos la existencia y cuantía de los perjuicios inmateriales y materiales cuya reparación se pretende”*.

Finalmente, señala que *“los montos solicitados por concepto de estos perjuicios superan las tarifas reconocidas por jurisprudencia del Consejo de Estado”*.

4. “**Improcedencia de una sentencia condenatoria**”: la cual se fundamenta alegando que hay “*inexistencia de los elementos de la Responsabilidad en cabeza de la entidad que represento*”.

5.1. OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LLAMADA EN GARANTÍA CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A:

Con relación a estas excepciones que fueron planteadas por la aseguradora CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA S.A, llamada en garantía por la CLÍNICA LA ESTANCIA, me permito manifestar que **ME OPONGO** a estas o cualquier otra que implique exonerar a su llamante de la responsabilidad que le asiste, comoquiera que está demostrada fehacientemente la falla en la prestación del servicio médico en la que se incurrió y que provocó el daño estético que se demanda.

La presente oposición se hace en los mismos términos en los que se hizo previamente la contestación y excepciones presentadas por la CLINICA LA ESTANCIA, sin embargo, se añade que que los mismos argumentos dados por parte de la entidad aseguradora son contradictorios, pues dice en un principio que la hernia crural e inguinal es de difícil diagnóstico por lo que se requiere de que al paciente se le ordene todos los exámenes e imágenes diagnósticas, pero a pesar de que ello no sucedió en este caso, procede a afirmar que hubo una atención completamente diligente, de calidad y que atendió a la *lex artis ad hoc*.

No obstante, como vemos en virtud de lo manifestado por el peritaje que se aporta, ello no fue así y está demostrado que hubo unas deficiencias en la atención de la paciente que derivaron en un manejo inadecuado con una intervención “*ineficaz*”, que tan solo le sirvió para dejarle un daño estético irreversible a la paciente.

Es por las anteriores deficiencias y aquellas que han sido destacadas por el especialista en cirugía general, cuyo peritaje ya reposa en el expediente, que se sigue insistiendo en que la atención que le fue suministrada a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO no fue adecuada, de calidad y no se le suministró todos los exámenes diagnósticos de forma previa a la operación del 11 de septiembre de 2020 ni se le advirtió de los riesgos de realizarle una cirugía vía abierta ni consintió para la cirugía que le fue realizada el 11 de septiembre de 2020, que hubiesen evitado una cirugía “*ineficaz*” que la dejó con una cicatriz irreversible (totalmente evitable) y que ha derivado en afectarla en su salud psicofísica.

Por lo que no es posible alegar que, en este caso, se cumplió la *lex artis ad hoc* y no se presentó ningún actuar irregular cuando lo cierto es que en el peritaje de parte que aportamos, se desvirtúa por completo tales situaciones al destacarse las falencias en que se incurrió y que derivaron en la lesión física que se demanda.

Ahora, esta entidad aseguradora ha hecho referencia sobre el consentimiento informado de la cirugía realizada el 11 de septiembre de 2020, advirtiendo que el riesgo de reintervención fue consignado en dicho documento, siendo consentido por la paciente.

Lo primero que debe decirse ante esto es que en la demanda en un inicio se alegó que había vulneración del consentimiento informado en la medida en que no había sido entregado ante las diversas solicitudes que se presentaron y que incluso derivaron en la presentación de acciones de tutela con sentencias favorables a la peticionaria. Ante esa no entrega, se endilgó a la entidad demandada advirtiendo que no existía ningún consentimiento para la operación del 11 de septiembre de 2020 y que ello generaba una falla en la prestación del servicio.

Sin embargo, a pesar de solicitarlos y de incluso existir diversos fallos judiciales en el que se le ordenó la entrega de toda la documentación relacionada con la atención suministrada a la paciente, la entidad no tuvo lealtad procesal y no entregó la totalidad de los consentimientos informados que tenía su poder, pues conforme se puede apreciar con la historia clínica que se aportó junto a la demanda tan solo se nos entregó los consentimientos informados para la segunda cirugía con fecha del “19/Octubre/20” y del “22-9-20” (obrantes a folio 72 y 73 del documento digital “5.5.Historia clínica y documentación Esther Sarai Victorino Velasco.pdf”).

Empero, los consentimientos informados de la primera cirugía no nos fueron entregados en ninguna oportunidad y solo se vinieron a conocer cuando la entidad demandada contestó la demanda y lo aportó como prueba.

Pero, más allá de ello, lo que se destaca es que con dicho documento se demuestra que mi representada suscribió un consentimiento informado para la cirugía de “*HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA*”, pero la terminaron operando por “*EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA*”, tal y como lo demuestra la nota operatoria de la cirugía realizada el 11 de septiembre de 2020.

Lo anterior *per se* ya conlleva a que se vulnere el consentimiento informado de la paciente por realizarle una cirugía distinta a la que finalmente consintió y en donde aparecen algunos de los riesgos propios de la cirugía.

Empero, se destaca como se hizo al momento de contestar las excepciones de la CLÍNICA LA ESTANCIA, que también se vulnera el consentimiento informado de la paciente porque brilla por su ausencia en ese documento la explicación ardua y detallada sobre los beneficios y riesgos de realizar la intervención vía abierta o por vía laparoscópica, tal y como lo afirmamos en el escrito de la demanda, lo que deriva en que al valorarse por su señoría dicho documento puede evidenciar que no se atempera a un correcto y adecuado consentimiento informado, sino simplemente a un formato general y preimpreso que se utiliza para todas las intervenciones, pero donde no se cumple a cabalidad con el mandato que tienen los galenos de obtener el consentimiento informado luego de explicar y consagrar todo lo relacionado con la intervención que se le va a practicar al paciente.

De manera que no es cierto la afirmación aducida por la entidad aseguradora relacionada con que la paciente consintió en debida forma la cirugía que le fue practicada el día 11 de septiembre de 2020, pues como se puede constatar, la paciente suscribió ese formato de consentimiento informado para la realización de una “*HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA*”, pero terminaron operándola por una cirugía que nunca consintió, pues conforme a la historia clínica que aportamos, está demostrado que el día 11 de septiembre de 2020 se le practicó a la paciente una “*EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA*” (folio 70 del documento digital “5.5. Historia clínica y documentación Esther Sarai Victorino Velasco.pdf”).

En ese sentido, tampoco es aceptable el argumento alegado por la aseguradora relacionado con que al ser una cirugía programada y estar anestesiada se justificaba realizar otra cirugía que no había consentido y cuyos riesgos no le habían sido informados. Eso es contrario a la normatividad que regula el consentimiento informado, en particular, el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, cuyo tenor es el siguiente:

“ARTÍCULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. *Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente*, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”

Y es que al suscribirse un consentimiento informado por parte de un paciente se avala exclusivamente el procedimiento que se dispone en el documento, aceptando los riesgos que se indican, sin embargo, ello no conlleva a que como se suscribe un consentimiento informado, entonces, ya se avala cualquier otra cirugía que el galeno realice y que el paciente no consintió y cuyos riesgos son desconocidos porque no le fueron informados.

A lo anterior, es viable destacar algunos fallos expedidos por el Consejo de Estado donde se ha dispuesto que un verdadero consentimiento informado es aquel que se circunscribe cuando se abarca todos los riesgos propios de la intervención que se va a realizar y que consintió el paciente, haciéndose responsable a las entidades cuando realizan un procedimiento que no ha sido consentido por el paciente o donde no se han informado expresamente los riesgos.

Por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre de 1995²², consideró que el sólo hecho de no obtener el consentimiento informado del paciente compromete la responsabilidad del centro asistencial, así la intervención quirúrgica se hubiere efectuado en forma adecuada. Allí se dijo:

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 10.301, C.P. Daniel Suárez Hernández.

“De otra parte no está acreditado en el proceso, y tal carga probatoria era de la demandada, que como secuela postoperatoria de esta intervención, pudiera resultar lesionado el nervio recurrente, causar la parálisis de las cuerdas vocales y ocasionar la disfonía que actualmente padece la señora Emilse Hernández de Pérez, así se actuara con la diligencia y cuidado indispensables para esta clase de operaciones quirúrgicas. Menos aún se estableció que dicha señora hubiera sido informada de la ocurrencia de tales lesiones como un riesgo inherente a la tiroidectomía. Así las cosas, estima la Sala que en el subjuice sí opera la presunción de falla del servicio y por lo tanto la apreciación que hizo el tribunal para reconocer la existencia de la falla o falta del servicio deberá mantenerse.”

En sentencia del 29 de enero 1998, la Sección Tercera decidió un caso en el que una paciente consintió ser operada de una hernia inguinal en el lado izquierdo y el médico la operó del lado derecho, con lo que, a juicio de dicha Corporación, aparte de la falla medica se extralimitó el consentimiento otorgado por la paciente²³:

“Así, la Sala considera que debió tomar las precauciones necesarias relativas a la información previa sobre el estado de la paciente, procurando la historia clínica con anticipación, para su consulta y tener en cuenta que la paciente Alba Miriam Molano se encuentra anestesiada y por ello inconsciente, razón por la cual el cirujano desbordó el consentimiento dado para un fin concreto.”

En el año 2007, la Sección Tercera de esta Corporación se pronunció así en un caso en el que a una mujer al realizarle una cirugía para extracción de quistes de los ovarios se le practicó una histerectomía o extracción del útero:

“Debe anotarse, en primer lugar, que la autorización genérica del Hospital Regional de Sincelejo, para realizar los procedimientos médicos y quirúrgicos requeridos, suscrita por la demandante y su hermana, no puede entenderse como un consentimiento informado. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento del paciente debe ser expreso, éste debe haber sido debidamente informado de las consecuencias del tratamiento que se le va a realizar y la carga de la prueba del mismo corresponde al demandado.

(...) En el presente caso, la Sala manifiesta su conformidad con la premisa básica de que el consentimiento informado es un principio, por lo que su aplicación debe adecuarse al caso concreto y acepta además que puede ser acreditado por diversos medios de prueba, no solo mediante un documento que contenga la voluntad expresa del paciente. Aceptando las dos anteriores condiciones o presupuestos, se considera que en el caso materia de análisis no se otorgó el consentimiento por parte de la actora.

En todo caso, en la autorización genérica de tratamiento médico suscrito por la paciente y su hermana ni siquiera se enuncia tal procedimiento. Su condición tan general y abstracta, paradójicamente la priva de contenido.

La información ilustrada, idónea, concreta y previa a la cirugía no se brindó a la paciente, por el contrario, el único tratamiento propuesto, del que se tiene constancia, es el legrado obstétrico. Tampoco se puede establecer que en el curso de los preparativos para la cirugía se brindó tal información, ni se puede concluir que la paciente entendía “sacarse la matriz” como histerectomía y que correspondía a la sigla “HTA”. Aún concluyendo que eso fuera así, no obra ninguna prueba que permita deducir que se le explicó en que consistía el procedimiento y cuales eran sus consecuencias. Debe reiterarse que en el campo médico se parte del supuesto de la ignorancia o desconocimiento del paciente en la materia y de sus características particulares, respecto de las cuales no se hizo ninguna referencia en la historia clínica.

(...) Debe agregarse que no se presentaba ninguna circunstancia de incapacidad o urgencia que excusara tal consentimiento. Se concluye, entonces, que en el presente caso no se estructuró el consentimiento informado que se requería para practicar la histerectomía a la demandante Emilse Salmo Herrera, lo que es un

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1998, rad. 10807, C.P. Jesus María Carrillo Ballesteros.

derecho estatutario del paciente y de manera consecucional, un correlativo deber del galeno²⁴.”.

En sentencia del 15 octubre del 2008, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió el caso de un menor que cayó de un tercer piso fracturándose el brazo. Los médicos ortopedistas lo intervinieron de inmediato sin el consentimiento informado de los padres y lo anestesiaron sin percatarse de un trauma craneoencefálico que padecía el menor y que al parecer fue la causa de un paro cardio-respiratorio que le dejó en estado vegetal y, posteriormente, le causó la muerte:

“Cabe agregar que no se surtió el trámite del consentimiento informado cuando se decidió intervenir quirúrgicamente al menor Rodríguez de forma apresurada. El único documento que obra dentro del expediente es la autorización de servicios suscrita por el padre del menor, en relación con todos los servicios médicos, de laboratorio y quirúrgicos que pudieran requerirse (...) Para la Sala, el anterior documento no contiene una autorización debidamente informada de los padres del paciente, pues no se les advierte sobre las particularidades del procedimiento quirúrgico, los riesgos del mismo, ni las posibles secuelas que podrían sobrevenir, máxime cuando se trataba de una cirugía que podía esperar²⁵.”.

El 28 de febrero del 2011, la Sección Tercera se pronunció en un caso donde a una señora a la cual le practicaron un legrado que implicó la perforación de las trompas de Falopio y le fueron extraídas sin su consentimiento:

“Respecto del consentimiento informado, se ha sostenido²⁶ que es deber legal de los médicos brindar información a las personas sobre los procedimientos que juzgan convenientes para el restablecimiento o mejoramiento de su estado de salud, así como sobre las ventajas y riesgos que se derivan de los mismos y sobre las alternativas, en caso de existir -Ley 23 de 1985, artículo 15-; deber que implica que los profesionales de la ciencia médica sólo puedan proceder a la realización de dichos procedimientos en el evento de que los pacientes, o en su defecto sus representantes, brinden su consentimiento de manera libre. Ese deber de los médicos y su correlativo derecho para los pacientes tiene fuente constitucional y se cimienta, (sic) de un lado, en el principio de la buena fe que debe inspirar las relaciones entre las personas, especialmente, tratándose de una relación profesional en la cual una de las partes tiene la ventaja del conocimiento, frente a la ignorancia del otro, y de otra, en los derechos fundamentales a la dignidad humana -art. 1º Constitución Política-, la autonomía -art. 16 Ibídem- y la libertad -art. 28 Ibídem- de los pacientes, que se traduce en el poder de disposición de su cuerpo, en la elección moral de sus alternativas y modelos de vida²⁷”.

El 22 de agosto de 2012, la Subsección B de la Sección Tercera resolvió el caso de una persona, a quién le fue amputada una pierna por encima de la rodilla cuando había autorizado la amputación a la altura del antepie.

“Con base en el material probatorio que reposa en el expediente, la Sala considera que la pérdida de la extremidad, fue ocasionada por la evolución de la enfermedad que aquejaba al actor, y no por las intervenciones quirúrgicas realizadas por el I.S.S., para mejorar la salud del paciente.

17.8. Con las pruebas arrimadas al proceso, especialmente la historia clínica del paciente, no pudo demostrarse que la pérdida de la extremidad inferior padecida por el señor Raúl Camargo Avendaño hubiese sido consecuencia de una posible falla médica.

17.9. La Sala encuentra acreditado que el personal médico y paramédico del ISS actuó con la diligencia requerida para la atención en debida forma de la enfermedad padecida por el señor Raúl Camargo Avendaño. En efecto, en la historia clínica quedaron consignados la atención y los procedimientos realizados al paciente, así como la administración de los medicamentos para tratar de detener su dolencia.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, rad. 16.098, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre del 2008, exp. 16350, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P. Danilo Rojas Betancourth
Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 15737, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B” sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 25000232600019970521801 (20027), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Frente a lo anterior, la parte demandante no logró demostrar que el tratamiento dispensado hubiera sido inadecuado.

17.10. Por otra parte, la Sala no encuentra probado que el paciente haya autorizado la cirugía de amputación de su miembro inferior izquierdo a la altura de supracondíleo y, tampoco que el paciente haya sido informado claramente acerca de dicha intervención, sino que había entendido que la amputación se realizaría al nivel del antepie, por lo que se evidencia un daño imputable al servicio médico del I.S.S.

17.11. Si bien es cierto el consentimiento informado no necesariamente debe plasmarse por escrito, sino que puede presentarse en forma tácita, también lo es que, corresponde a la parte demandada probar que dicho consentimiento fue otorgado por el paciente o sus familiares autorizados, lo cual no ocurrió en este caso²⁸.

De conformidad con lo anterior, se pueden trasladar cada uno de esos argumentos a este caso, pues está demostrado que la paciente firmó un formato preimpreso de consentimiento informado que da cuenta de que ella consintió a que se le practicara una “**HERNIORRAFIA INGUINAL + MALLA**” y no lo que finalmente le fue realizado que correspondió a una “**EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA**”.

De manera que, contrario a lo dicho por esta aseguradora, no se atempera a la *lex artis ad hoc* que la paciente consintiendo una determinada cirugía, se le terminó realizando otra totalmente distinta que no consintió y cuyos riesgos fueron desconocidos por completo porque no le fueron informados.

Así mismo, si en gracia de discusión se considera que ese consentimiento informado abarca el procedimiento que le fue realizado, me permito destacar que tampoco lo suscrita por mi representada da cuenta de que le informaron todas las ventajas y desventajas de una intervención vía abierta o laparoscópica, ni se establecieron todos los riesgos que podía ser generados por una cirugía como esas, en particular, los riesgos estéticos con los que podía quedar al realizarse esa forma de abordaje.

Todo lo anterior, desvirtúa por completo lo alegado por la aseguradora en su contestación y demuestra que no es tan cierto que ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO haya dado su consentimiento informado para la cirugía que finalmente le fue realizada el día 11 de septiembre de 2020 consistente en una “**EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA**”, comoquiera que aquella nunca fue consentida y sus riesgos no le fueron informados.

Sumado a lo anterior, la aseguradora alega que la realización de la cirugía del 11 de septiembre de 2020 trajo beneficios para la paciente, pues haberla realizado permitió que se pudiera corregir el defecto herniario en la segunda cirugía.

Tal situación no conlleva a que se justifique una intervención que para el perito fue “ineficaz”, debido a que lo cierto es que se llevó a una paciente para realizarle un procedimiento sin tener claridad sobre la ubicación exacta de la hernia, es más, la propia aseguradora da cuenta de que fue con el TAC que se ordenó luego de realizarse la primera cirugía que se pudo evidenciar el defecto herniario, pues bueno dicho examen diagnóstico debía ordenarse antes y no después de la primera cirugía, lo que demuestra precisamente el error en el que se incurrió.

De manera que, junto a la trasgresión a la vulneración al consentimiento informado, que constituye por sí misma una falla en el servicio, converge al mismo tiempo, otras fallas en la prestación del servicio a raíz de la primera cirugía que le fue realizada a la paciente que se deriva de varias fallas como lo son: (i) no se ordenaron los exámenes diagnósticos que se requerían previo a la cirugía para establecer de forma adecuada la ubicación de la hernia, (ii) a lo largo de la historia clínica se tiene por probado que inicialmente con la ecografía se determinó una hernia crural, pero de forma inexplicable y contradictoria se diagnosticó una hernia inguinal, que no resulta ser lo mismo, así mismo, tampoco durante el manejo de la historia clínica se determinó de forma clara la lateralidad de la hernia, lo que para el doctor JACOBO PEREZ PEREZ, cirujano general que rindió el dictamen pericial resulta inadecuado y contrario al rigor en el ejercicio del acto médico, (iii) de igual forma, se expuso

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

a la paciente a distintos riesgos (analgésicos, quirúrgicos y demás) por una primera cirugía que fue ineficaz, donde no se pudo ni siquiera encontrar el defecto herniario para corregirlo a pesar de la gran incisión que se realizó, y, (iv) existe una impericia en la primera cirugía, por cuanto no se hizo una adecuada técnica quirúrgica que permitiera identificar la hernia y corregirla, ya sea si esta hubiera sido una hernia crural o inguinal, ya que de conformidad con lo indicado por el perito en el dictamen pericial que aportamos, la vía abierta que fue utilizada en la primera cirugía permitía encontrar esos defectos herniarios ya sea femorales o inguinales, aspecto que no se logró por el cirujano y que finalmente derivó en la necesidad de una nueva cirugía con los riesgos anestésicos, quirúrgicos y demás que esto amerita.

Por otra parte, la aseguradora afirma que hay “ausencia de daño antijurídico” porque a criterio de la aseguradora hay un daño inexistente al no presentarse una muerte, pérdida de oportunidad o una desmejora en la salud de la paciente.

Como se puede evidenciar, la aseguradora resta por completo importancia al daño estético con el que quedó la paciente luego de una cirugía “ineficaz” que no le trajo ningún beneficio para su salud y que no se hizo luego de haberse ordenado los exámenes que se requería, por ello, es dable advertir a su señoría que la cicatriz con la que quedó mi representada trajo consigo una grave afectación para ella que se acrecienta mucho más por la edad en la que tuvo que enfrentar una situación como esas.

Por ende, no compartimos ni consideramos que sea ajustado que se reduzca el daño estético que padece mi representada a una situación que es de poca relevancia y que se considera como un daño inexistente por no haberla llevado a la muerte, pues lo cierto es que al presentarse una lesión como esas en una mujer tan joven provoca una afectación clara e injustificada a su salud no solo física, sino también psicológica.

Por lo que no es cierto que el daño no sea antijurídico y que sea inexistente, por cuanto, al acudir a la noción básica de daño antijurídico se tiene que, según el Consejo de Estado, aquel se refiere a una *“lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho²⁹, que contraría el orden legal³⁰ o que está desprovista de una causa que la justifique³¹, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida³², violando de manera directa el principio alterum non laedere, en tanto resulta contrario al ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre.”³³*.

Lo que precisamente se presenta en este caso donde se lesionó un interés protegido por el ordenamiento jurídico, que no encuentra amparo ni justificación en lo que le fue realizado a ella como paciente y cuya actuación dejó a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO con una cicatriz que resultó a todas luces injustificada por realizarle un procedimiento “ineficaz” que no corrigió ninguna hernia, teniendo que ser intervenida en una segunda oportunidad.

Por lo tanto, no puede ser avalado el argumento dado por la aseguradora en la medida en que el daño antijurídico se encuentra plenamente acreditado y demostrado con los medios de prueba que se aportaron y que se verán reafirmadas con aquellas pruebas que se practicarán luego del decreto que haga su señoría.

Finalmente, me permito destacar que los perjuicios deprecados en el escrito de la demanda se encuentran plenamente acreditados y su tasación se hizo con sustento en las tablas indemnizatorias que ha implantado el Consejo de Estado en su precedente judicial, en particular, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014³⁴, la cual establece los baremos indemnizatorios en caso de lesiones, por lo que no es viable acoger la excepción

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad.: 11945

³⁰ Cfr. De Cupis, Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Ángel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.1975. Pág.90.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867.

³² Cosso, Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pág. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán, Italia.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Nicolás Yepes Corrales. Sentencia del 07 de diciembre de 2021. Radicación Número: 25000-23-26-000-2012-00494-01(54626). Actor: Jaime Enrique Gómez Herrera. Demandado: Bogotá Distrito Capital

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 28 de agosto de 2014. C.P. Olga Mérida Valle De La Hoz. Rad. 50001-23-15-000-1999-00326-01 (31172). Actor: Gonzalo Cuellar Penagos y otros.

planteada por la asegurada sobre este tema, pues lo pedido atiende dichas reglas jurisprudenciales.

En conclusión, todo lo antes dicho desvirtúa por completo que las excepciones planteadas por la aseguradora llamada en garantía por CLÍNICA LA ESTANCIA S.A sean reconocidas, comoquiera que los elementos exigidos para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado están plenamente acreditados, en especial, la falla en la prestación del servicio de salud en que se incurrió y que derivó en la grave lesión irreversible que padece la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, con la cual deberá vivir el resto de sus días.

5.2. Manifestación sobre lo indicado por esta aseguradora frente a los testimonios solicitados por la parte demandante y el dictamen pericial psicológico:

Esta llamada en garantía alega que se opone a que se decreten los testimonios solicitados por la parte demandante porque a su criterio *“la solicitud no cumple con los requisitos señalados en el artículo enunciado (art. 212 CGP), en particular, carece de enunciación concreta de los hechos objeto de prueba”*.

Con relación al dictamen pericial psicológico pedido en el escrito de la demanda esta aseguradora se opone a su decreto al afirmar que *“conforme a la normatividad procesal referida, ello no es procedente pues los demandantes tenían la carga de aportar el mencionado dictamen al proceso en la debida oportunidad”*.

Contrario a estas oposiciones, me permito manifestar que no están llamadas a prosperar por las siguientes razones:

Al revisar el escrito de la demanda se puede evidenciar que fueron solicitadas la prueba testimonial de los médicos que atendieron a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO y de personas que conocen a mis representados, los cuales pueden dar cuenta de lo sucedido, así como, de las relaciones familiares y demás aspectos relevantes al presente asunto.

Por ende, no resulta ser cierto que no se haya indicado el objeto de la prueba, por cuanto al revisar la solicitud que se hizo de los médicos se señaló lo siguiente:

*“5.1. Cítese y hágase comparecer a los siguientes médicos, para que bajo la gravedad del juramento **manifiesten lo que les conste en relación con los hechos de la demanda:***

*- Dr. **JORGE AUGUSTO HERRERA CHAPARRO**, **quien fue el médico que intervino a la paciente el día 11 de septiembre de 2020.** Este galeno podrá ser citado a través de la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.*

*-Dr. **GUILLERMO VALLEJO VALLECILLA**, **quien fue el médico que ingresó a la paciente y posteriormente realizó la segunda operación a la paciente.** Este galeno podrá ser citado a través de la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.”.*

Lo que demuestra que efectivamente se manifestó que los médicos solicitados con su testimonio pueden dar cuenta sobre lo relacionado con los hechos de la demanda porque fueron quienes intervinieron y trataron a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO VICTORINO.

Ahora, frente a los otros testigos deprecados se cumplió con cada una de las exigencias, e, incluso se indicaron las preguntas que se realizarán, lo que demuestra efectivamente lo que buscan probar:

“5.2. Cítese y hágase comparecer a las siguientes personas:

- MAGDALENA FLOR SALAZAR, quien puede ser contactada a través del correo electrónico: magdaflorsalazar@gmail.com

- JOHAN WBEIMAR FERNANDEZ MUÑOZ, quien puede ser contactado a través del correo electrónico: jwfernandez@unicauca.edu.co

- ARBEY ANTE SALAZAR, quien puede ser contactado a través del correo electrónico: arbeyantesalazar@gmail.com

- FLOR ALVAREZ, quien puede ser contactada a través del correo electrónico: florsitalvarez@gmail.com

- JOSE RAFAEL CORTES BOTINA, quien puede ser contactado a través del correo electrónico: saludcauca20@gmail.com

O en su defecto, pueden ser citados a través de mi oficina de abogado, en la carrera 10 N # 50N-35 de Popayán o al correo electrónico serranoescobar@gmail.com. Para que bajo la gravedad del juramento manifiesten lo que les conste en relación con los hechos de la demanda y depongan al tenor del siguiente interrogatorio:

a. Si conocen de vista, trato y comunicación a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, YANET DEL PILAR VELASCO MUÑOZ, JAIRO ENRIQUE VICTORINO RODRÍGUEZ, DANNA KATHERINE VICTORINO VELASCO, LUZ ELENA MUÑOZ DE VELASCO y EUDORO VELASCO OJEDA, en caso afirmativo desde cuanto hace de dicho conocimiento y la razón de ello.

b. Conforme al conocimiento que de los anteriores tienen, sírvase manifestar qué relación tiene ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, con las demás personas antes mencionadas y cómo estaba integrada su familia.

c. Sírvase manifestar al Despacho donde vivían las personas antes mencionadas, con quien vivían, y lo que les consta sobre las relaciones familiares y espirituales que entre los mismos existían (si se querían o no).

d. Si conocen a que se dedicaba ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO en septiembre de 2020.

e. Si le consta que le pasó a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO en septiembre del año 2020 en la Clínica La Estancia S.A?

f. Si le consta cómo afectó a su salud tanto física como estética, las consecuencias que le quedaron del fallido procedimiento médico que se le practicó a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO en la Clínica La Estancia S.A en septiembre del año 2020?

g. Le pongo de presente dos fotografías para que indiquen si se corresponden con las cicatrices que le quedaron a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO.

h. Si les consta los efectos morales que sobre las personas anteriormente enunciadas ha tenido la lesión personal (cicatriz) que le fue producida en la Clínica La Estancia S.A. a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO.

i. Si les consta de qué manera variaron las condiciones de existencia de los demandantes, o cómo les cambió la vida, a raíz de la lesión personal (cicatriz) que le fue producida en la Clínica La Estancia S.A. a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO.

j. Las demás que en su oportunidad formularé y las que el señor Juez tenga a bien efectuar.”.

De conformidad con lo anterior no solo se indicó toda la información de ubicación de estas personas y se indicó que podían dar cuenta de los hechos de la demanda, sino que también se indicaron las preguntas que se le realizarán, las cuales permiten evidenciar el objeto de la prueba y la información que traerán al proceso.

Lo anterior amerita que se cumpla con las exigencias del artículo 212 del Código General del Proceso, así mismo, con la conducencia, utilidad y procedencia de las pruebas solicitadas por cuanto: (i) son relevantes para demostrar lo que se ha alegado en el escrito de la demanda, (ii) van a traer más elementos para que la juzgadora adopte una decisión de fondo, y, (iii) son medios de prueba que son conducentes porque sus respuestas van a demostrar lo que se pretende acreditar tanto con las falencias en la atención de salud en que se incurrieron como en las afectaciones que experimentan y experimentaron los demandantes.

Por otra parte, con relación al dictamen pericial de un perito psicólogo, manifiesto que no es cierto que dicha prueba debía aportarse al proceso “*en la debida oportunidad*” y, por lo tanto, no debe decretarse. Para resolver esta negativa es de suma relevancia acudir a la ley 1437 de 2011 donde se encuentra las etapas que tienen las partes para aportar o solicitar pruebas, así:

“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.”

Como se puede apreciar, tanto la demanda como la oposición a las excepciones es una oportunidad probatoria que tiene la parte demandante para solicitar e incorporar pruebas, máxime si se trata de dictámenes periciales donde la normatividad es clara en señalar que se puede presentar o solicitar la designación del perito dentro de las oportunidades probatorias.

De manera que no es cierto que el dictamen pericial psicológico que se solicitó desde el escrito de la demanda y que se reitera en esta oportunidad no debe ser decretado, pues el mismo CPACA establece que dicha prueba puede aportarse o solicitarse después de radicarse la demanda y en el momento de presentar oposición a las excepciones, como es este caso.

Por lo tanto, las pruebas tanto testimoniales como el peritaje psicológico cumplen con las exigencias de la ley para su decreto y práctica, lo que lleva a rechazar la oposición propuesta, y, en su lugar, ordenar su decreto y práctica de la prueba.

VI. FRENTE A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA ASEGURADORA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO:

La aseguradora **EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO**, por medio de apoderado judicial, se opuso a todas las pretensiones de la demanda alegando que no se acredita ningún elemento para que proceda la responsabilidad estatal, pues a su criterio la llamante EPS SANITAS S.A.S cumplió a cabalidad “*con sus funciones de empresa promotora de salud al autorizar y cubrir todos y cada uno de los servicios requeridos por la paciente*”.

Así mismo, alega que no existe ninguna prueba que dé cuenta del nexo de causalidad “*entre la conducta de la demandada y el daño que se reclama*”, por lo que considera que como ello no se logra acreditar, entonces, no hay lugar a ordenar el pago de ninguna indemnización.

Ahora, frente a los hechos de la demanda se indica que no le consta ninguno porque todo lo alegado son “*circunstancias totalmente ajenas y desconocidas*” para la aseguradora llamada en garantía, quien no tiene ninguna relación con los hechos expuestos.

Alega para algunos hechos que se hizo una transcripción parcial de la historia clínica y que la parte demandante efectuó manifestaciones subjetivas que no tienen ningún soporte técnico o científico.

Luego de referirse tanto a los hechos de la demanda como a las pretensiones, se alegan las siguientes excepciones con miras a enervar lo pretendido en este proceso:

1. **“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA E.P.S. SANITAS S.A.S., POR AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO.”**: señala que con sustento en las pruebas obrantes en el expediente no se logra acreditar la *“culpa de las instituciones demandadas”*, lo que a su criterio conlleva a que se afirme que no existe ninguna *“falla en el servicio médico suministrado”*.

Señala que se requiere en esta clase de asuntos de responsabilidad médica de probar *“la existencia de un acto médico producido con culpa y la presencia de un daño que tenga un nexo causal con dicho acto médico”*.

Por otra parte, alega que las obligaciones de los médicos son de medios y que para exonerarse de responsabilidad se requiere de demostrar la *“debida diligencia en los servicios de salud suministrados”*.

Advierte, sin ninguna prueba que así lo acredite, que la CLÍNICA LA ESTANCIA realizó un actuar médico diligente a la demandante, brindándole a la paciente lo que requería, señalando que su atención fue ajustada a la *lex artis* y que la historia clínica de la joven VICTORINO VELASCO da cuenta de la *“pericia de los profesionales de la salud”*.

Así mismo, que su llamante la EPS SANITAS autorizó todos los procedimientos que requirió la paciente, sin que dicha entidad hubiese participado en los diagnósticos y tratamientos médicos, comoquiera que su obligación se limita solo a garantizar de forma oportuna la prestación del servicio de salud.

2. **“EL TRATAMIENTO SUMINISTRADO A LA SEÑORA ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, FUE ADECUADO, DILIGENTE, CUIDADOSO, CARENTE DE CULPA Y CON SUJECCIÓN A LOS PROTOCOLOS”**: esta excepción se fundamenta alegando que la paciente desde que llegó a la CLÍNICA LA ESTANCIA se la atendió oportunamente y se le practicó lo que ella requería sin que la EPS demandada impusiera algún obstáculo.

Señala que el daño que se endilga a las entidades demandadas no es posible atribuirlo a la EPS SANITAS, por cuanto no fue quien lo produjo, y, que si bien recibió atención médica por la CLÍNICA LA ESTANCIA, que es una IPS afiliada, todo lo realizado por esta se atemperó a los protocolos médicos y todo lo que ella requería en aras de restablecer su salud.

3. **“LA OBLIGACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO”**: esta excepción se sustenta argumentándose que los médicos contraen obligaciones de medios y no de resultados, sin que el fracaso del tratamiento o la falta de éxito genere algún tipo de incumplimiento.

Luego de citar jurisprudencia al respecto de la Corte Suprema de Justicia, se consignó que la atención médica que le fue suministrada a la paciente no tuvo ningún límite en los recursos técnicos y humanos que disponía la clínica, sino que por el contrario se puso a disposición de la paciente todo lo que ella necesitaba.

4. **“EXCEPCIONES PLANTEADAS POR QUIEN FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A MI PROCURADA”**: esta excepción se sustenta coadyuvando todas las excepciones propuestas por EPS SANITAS que le sean favorables a la llamada en garantía.
5. **“LOS PERJUICIOS MORALES DEPRECADOS POR EL EXTREMO ACTOR, DESCONOCEN LOS BAREMOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS POR EL MÁXIMO ÓRGANO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.”**: se fundamenta alegando que lo pedido es exorbitante al considerarse -sin ninguna prueba- que la lesión que se produjo a la paciente *“se enmarca como máximo entre el 1% y el 10%”* y como no se pidió lo que era, solicita que se desestime el perjuicio moral por tal situación.
6. **“OPOSICIÓN FRENTE AL DAÑO A LA SALUD”**: señala que no se aportó ninguna prueba que demuestre este perjuicio y destaca que solo puede ser reconocido a la víctima directa, tal y como lo ha consagrado la jurisprudencia.

7. **“GENÉRICA O INNOMINADA”**: se solicita que se declare cualquier otra excepción que se llegue a probar en el desarrollo del proceso en virtud de lo consagrado en el artículo 282 del Código General del Proceso.

6.1. OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LLAMADA EN GARANTÍA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO

Con relación a estas excepciones que fueron planteadas por la aseguradora EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO, llamada en garantía por la EPS SANITAS, me permito manifestar que **ME OPONGO** a estas o cualquier otra que implique exonerar a esta entidad de la responsabilidad que le asiste, comoquiera que está demostrada fehacientemente la falla en la prestación del servicio médico en la que se incurrió y que provocó el daño estético que se demanda.

La anterior oposición se fundamenta en las mismas razones que previamente se han señalado en las que se demuestra cada uno de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, pero se añade y destaca que si bien EPS SANITAS no fue la entidad donde fue operada la paciente, si era la EPS a la que estaba afiliada la paciente y quien contrató con la Clínica La Estancia su atención, de manera que las obligaciones que tenía con la lesionada no se limitaban exclusivamente a su aseguramiento o simplemente a autorizar servicios.

Tal y como se ha advertido a lo largo del proceso, la EPS no se exonera por el simple hecho de contratar la atención de los afiliados con un tercero, por cuanto ya se ha establecido que entre la EPS y los afiliados nace un vínculo jurídico donde surgen obligaciones para las EPS como el deber de garantizar un idóneo, de calidad y adecuado servicio de salud.

Y es que en varios pronunciamientos tanto de la Corte Suprema de Justicia³⁵ como del Consejo de Estado³⁶ se ha dejado claro que ante casos de deficiencias o fallas en la prestación del servicio que provocan responsabilidad médica se ha condenado tanto a la prestadora del mismo como a la EPS a la que se encontraba afiliada la víctima, ya que su responsabilidad no se desvanece por el simple hecho de que lo preste un tercero. Fallos que ya fueron destacados en el escrito de contestación de excepciones de la EPS SANITAS y que no amerita volver a reiterarse en esta oportunidad.

En ese sentido, no es posible reconocer la excepción planteada por la aseguradora llamada en garantía relacionada con que EPS SANITAS autorizó todos los servicios que requirió la paciente y que por ello no debe ser responsabilizada, por cuanto los deberes a cargo de la EPS van más allá de dicha actuación y conlleva la garantía para su afiliado de recibir una prestación del servicio de salud de calidad, continua y adecuada, por ende, si ello no se cumple y el tercero con el que se contrató genera algún daño es la EPS la llamada también a responder junto a la IPS que provocó el daño, tal y como lo ha establecido en sus fallos tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado.

Ahora, frente a lo relacionado con las excepciones sobre los perjuicios solicitados, me permito manifestar que lo solicitado se encuentra ajustado a los baremos establecidos por el Consejo de Estado en su precedente y no resultan nada excesivo, pues sin prueba alguna y acudiendo solo a su criterio, la aseguradora llamada en garantía señala que la lesión con la que quedó mi representada se *“enmarca como máximo entre el 1% y el 10%”*, restándole importancia a lo que sucedió y pasando por alto que es un daño estético con el que debe vivir de por vida una joven debido a una cirugía que fue ineficaz y no corrigió su patología.

Todo lo anterior, desvirtúa por completo que las excepciones planteadas por la aseguradora llamada en garantía sean reconocidas, comoquiera que los elementos exigidos para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado están plenamente acreditados, en

³⁵ Reiterado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2021. SC3919-2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de octubre de 2013. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 66001-23-31-000-1998-00181-01 (24985). También el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad solidaria en otros pronunciamientos: 1) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de mayo de 2015, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, rad. 08001- 23-31-000-2002-02178-01 (46466). 2) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 54001- 23-31-000-1999-00827-01 (27029). 3) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. María Adriana Marín. Sentencia del 04 de febrero de 2022. Radicado: 85001-23-31-000-2007-00125-01 (47549). Actor: Alexander Fernández Bermúdez y otros. Demandado: Capresoca Eps y otros.

especial, la falla en la prestación del servicio de salud en que se incurrió y que derivó en la grave lesión irreversible que padece la joven ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO y con la cual deberá vivir el resto de sus días.

6.2. Manifestación sobre lo indicado por esta aseguradora frente al dictamen pericial aportado por la parte demandante:

Esta llamada en garantía alega que el dictamen pericial *“fue presentado de forma extemporánea por el extremo activo”* al considerarse que se allegó *“con posterioridad a la presentación de la demanda por la parte actora”*.

Nuevamente, se acude al artículo 212 de la ley 1437 de 2011 en la cual la normatividad es clara en establecer las etapas que tienen las partes para aportar pruebas, siendo la oposición a las excepciones una oportunidad probatoria que tiene la parte demandante para solicitar e incorporar pruebas, máxime si se trata de dictámenes periciales pues se consagra que se puede presentar o solicitar la designación del perito dentro de las oportunidades probatorias.

De manera que no es cierto que por el hecho de no haberse aportado el dictamen pericial con el escrito de la demanda se presentó de forma extemporánea, pues el mismo CPACA establece que dicha prueba puede aportarse o solicitarse después de radicarse la demanda y en el momento de presentar oposición a las excepciones, como es este caso.

En virtud de ello y en aras de que no exista duda de que el dictamen pericial rendido por el doctor JACOBO PEREZ PEREZ fue oportunamente aportado en este proceso, se remite a todas las partes dentro de esta oportunidad dada la oposición a las excepciones propuestas por esta llamada en garantía.

VII. SOLICITUD PROBATORIA

PRUEBAS POR PRACTICAR:

1. DICTAMEN DE PARTE: Como lo hemos venido resaltando a lo largo de este memorial, nos permitimos aportar para que obre en el proceso el dictamen pericial realizado por el DR. JACOBO EVARISTO PÉREZ PÉREZ, médico especialista en cirugía general, con miras a que se admita e ingrese como prueba.

El fundamento de esta solicitud probatoria se encuentra en el artículo 227 del Código General del Proceso, que indica que “[l]a parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas(...)”. Y en concordancia con ello, se encuentran los artículos 212 del CPACA, que dispone cuáles son las oportunidades probatorias en procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así:

“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.”*

Y el artículo 218 ibidem, que establece la procedencia de los dictámenes de parte, judiciales y de oficio dentro de los procesos contenciosos administrativos:

“ARTÍCULO 218. PRUEBA PERICIAL. *<Artículo modificado por el artículo 54 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La prueba pericial se regirá por las normas establecidas en este código, y en lo no previsto por las normas del Código General del Proceso.*

Las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en este código.

El dictamen pericial también podrá ser decretado de oficio por el juez.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la contestación de excepciones es una oportunidad para solicitar o aportar pruebas, por ende, nos permitimos aportar el dictamen antes mencionado, rogando a su señoría, se sirva decretar el mismo para que obre dentro del proceso. **Conforme a lo anterior, me permito informar al Despacho que desisto del peritaje judicial solicitado en la demanda frente a esta especialidad.**

2. DICTAMEN PSICOLOGICO: Teniendo en cuenta la normatividad previamente indicada y como se ha presentado oposición al decreto de la prueba de un dictamen pericial psicológico, me permito reiterar la solicitud probatoria elevada desde el escrito de la demanda, el cual consiste en lo siguiente:

“DICTAMEN PERICIAL:

Con todo respeto solicito que de la lista de auxiliares de la justicia se nombre un perito PSICÓLOGO para que valore a ESTHER SARAI VICTORINO VELASCO, y establezca la afectación psicológica con la que ha quedado como consecuencia de las secuelas que le produjo la fallida y errónea intervención quirúrgica de la “EXPLORACIÓN INGUINAL VÍA ABIERTA” que le fuera practicada el 11 de septiembre de 2020 en la Clínica La Estancia S.A. Lo anterior para probar el daño a la salud en su esfera psicológica que sufrió la paciente.”.

En vista de lo anterior y al reiterarse esta prueba en esta etapa probatoria (contestación de excepciones), se destaca que es totalmente procedente su decreto y práctica por cumplir con las exigencias legales para tales fines.

VIII. ANEXOS:

1. Se aportan los fallos de tutela y los correos electrónicos con las historias clínicas que fueron remitidas por la Clínica La Estancia S.A. en cumplimiento de los fallos de tutela o previos a estos, que dan cuenta de que no se remitió en ninguna oportunidad el consentimiento informado para la primera cirugía que esa entidad adjuntó al escrito de contestación de la demanda.
2. Dictamen pericial rendido por el doctor DR. JACOBO EVARISTO PÉREZ PÉREZ, médico especialista en cirugía general junto a sus correspondientes anexos.

IX. PETICIÓN

Con base en las anteriores consideraciones y conforme a los medios probatorios obrantes en el proceso, ruego a su señoría declarar no probadas las excepciones formuladas, y acceder a las súplicas de la demanda.

De la señora Juez, con todo respeto,



LUIS GUILLERMO SERRANO ESCOBAR
C.C.12.134.988 de Neiva
T.P. 68.302 del C.S.J.