

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C” ESCRITURAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., Diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021).
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

Expediente	110013331032 2012 00233 01
Sentencia	SC3-08-21-2383
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandantes	ALEXANDER LARGO LOPEZ
Demandados	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL
Asunto	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	FALLA MEDICA – PROCEDIMIENTO DE EXTIRPACIÓN DE LOS TESTÍCULOS Y REASIGNACIÓN DE GÉNERO, FALTA DE ACREDITACION – IMPOSIBILIDAD DE CONSTRUIR INDICIO PARA ACREDITAR HECHOS – VALOR PROBATORIO DE NOTA PERIODISTICA

De conformidad a lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA 20-11567, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se ordenó la suspensión de los términos judiciales, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia originada en el coronavirus - COVID-19, desde el 16 de marzo de 2020 al 01 de julio siguiente, reiniciando a partir de ésta última fecha el conteo de los términos judiciales.

Se trata de recurso de apelación promovido contra sentencia proferida en proceso regido por el Código Contencioso Administrativo – CCA, y por consiguiente, sin modificación por virtud de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, aplicando en lo que corresponda, la normativa del Decreto legislativo 806 de 2020, y en este orden, surtido el trámite previsto en el artículo 212 del precitado CCA, modificado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010, encuentra para que la Sala provea.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desatar el recurso de apelación promovido por la activa, ALEXANDER LARGO LOPEZ, **para que se revoque** la sentencia calendada nueve (09) de noviembre de

dos mil veinte (2018), proferida por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, **que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demandada, NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL, denegó las pretensiones de la demanda** y no se pronunció respecto de las costas.

II. ANTECEDENTES EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. DEMANDA Y ARGUMENTOS DE LA ACTIVA

El señor Alexander Largo López, actuando a través de apoderado judicial y por vía del medio de control de reparación directa, promovió demanda contra la Nación – Instituto Colombiano de Seguro Social en liquidación¹ y el Ministerio de Protección Social, con las siguientes pretensiones:

- Se declare administrativa y solidariamente responsable a las demandadas por la falla en el servicio en la que incurrieron.
- Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las demandadas a pagar a favor del demandante la suma de 400 smlmv, por cada uno de los perjuicios causados, a saber, moral, daño a la salud, alteración a condiciones de existencia y daño a la vida de relación y por perjuicios materiales, o lo que se logre probar.

En fundamento aduce, en síntesis, los siguientes hechos:

Conforme reseña la demanda, que el 14 de agosto de 1972, nació ALEXANDER LOPEZ LARGO en la clínica San Pedro Claver del Instituto de Seguro Social, hijo de CARLOS ALBERTO LARGO y AUTORA LOPEZ ZABALA. A los quince días de haber nacido, le fue practicada una cirugía de reasignación de sexo, por parte del médico tratante, dado que presentaba micropene y los testículos no descendieron, instruyendo a los padres de este, para que a medida que fuera creciendo lo fueran moldeando psicológicamente como mujer.

En la Notaria Decima del Círculo de Bogotá, se asentó registro de nacimiento con el nombre de ALEXANDER LARGO LOPEZ, correspondiente a su género,

¹ En liquidación al momento de su vinculación

modificado por resolución 2009 de 19 de julio de 1973, de la Superintendencia de Notariado y Registro, asignándole el nombre de **SANDRA PATRICIA LARGO LOPEZ**.

Desde los 12 años, recibió tratamiento con estrógenos y a los 18 años se le practicó una cirugía para construirle una Neovagina y se le pusieron implantes de silicona en los senos, en la ciudad de Quito – Ecuador, donde residía para ese momento.

Al no sentirse identificado con su género, el 2 de noviembre de 2010 **SANDRA PATRICIA LARGO LOPEZ** se practicó exámenes genéticos cuyo resultado fue que su cariotipo es 46 XY, sexo cromosómico masculino normal, igualmente se practicó ecografía pélvica, revelando que no tiene ovarios ni útero. Lo anterior motivo a que se sometiera a una serie de operaciones y tratamientos de reversa, recuperando el sexo masculino que realmente corresponde; sin embargo, la extirpación de sus testículos es irreversible, así como las consecuencias de los tratamientos que recibió durante décadas.

III. SENTENCIA OBJETO DE ALZADA

El Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, con providencia adiada 9 de noviembre de 2018, declaro la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Salud y Protección Social y denegó las pretensiones de la demanda, por no encontrar demostrada la responsabilidad extracontractual imputada, advirtiendo que no obra dentro del plenario copia de la historia clínica en donde se registren las condiciones médicas alegadas por el demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La activa pretende se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se estimen las pretensiones de la demanda², y esgrime en fundamento que, si bien y conforme refiere la providencia objeto de alzada, no obra copia de la historia clínica del demandante - ALEXANDER LARGO LOPEZ, es igualmente cierto, y no fue contrastado por el Juzgador de Primera Instancia, que es un hecho no imputable a la víctima directa aquí accionante, y no fue allegada por la pasiva, por no disponer de la misma.

² Escrito del 23 de noviembre de 2018, ver folios 736 al 751 de la continuación cuaderno principal de la demanda.

Depreca en esta secuencia, que con fundamento en el informe periodístico del programa televisivo séptimo día, se construya un indicio, que permita tener por cierto los hechos que sustentan la demanda.

V. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Con auto del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019) **se admitió el recurso de apelación** promovido por el extremo activo, y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público y por estado a los extremos procesales.

5.2. Mediante proveído del doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) se negaron por improcedentes los medios de pruebas solicitados por el recurrente, por no cumplirse con los parámetros establecidos en el artículo 214 del decreto 01 de 1984.

5.3. Por auto del cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020) **se corrió traslado para alegar de conclusión.** Prerrogativa ejercida por la pasiva FIDUAGRARIA como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales. La activa y el Ministerio Público, guardaron silencio.

5.1.1. La pasiva, se limita a solicitar se confirme la sentencia de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VÁLIDEZ.

Advertido que el asunto se promovió en vigencia del Código de Contencioso Administrativo C.C.A, e integraba primigeniamente, con el Código de Procedimiento Civil – CPC, como norma supletoria o de aplicación subsidiaria, compendio este último que fue derogado por el Código General del Proceso - CGP, adoptado mediante la Ley 1564 de 2012, aplicable en esta jurisdicción y específicamente en el denominado esquema escritural, desde junio de 2014³, y por consiguiente encontraba en rigor para el momento en que se promovió el recurso que nos ocupa, **se tiene conforme sigue:**

³ Consejo de Estado, Auto de Unificación del 25 de junio de 2014, C.P.Enrique Gil Botero, Rad, No. Interno 49299, y Auto del 25 de junio de 2015, Ra. No. Interno 50508

6.1.1. Se reitera la competencia de esta Corporación para conocer del recurso de apelación que nos ocupa, contrastados en criterio del factor funcional y en consonancia con el numeral 1º del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A, el hecho que la sentencia apelada fue proferida en primera instancia por juez administrativo, y en orden del factor territorial y en consonancia con el literal f) del numeral 2º del artículo 134D de la misma codificación, el hecho que el evento del que se alega fuente del daño antijurídico de cuyos perjuicios se pretende indemnización, acaeció en Bogotá D.C.

6.1.2. Encuentran satisfechos los requisitos de sustentación clara, suficiente y pertinente del recurso de alzada, en contraste con la sentencia que es objeto del mismo. Requerimiento que tiene fundamento normativo en los incisos 3º y 4º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso - CGP, en cuanto disponen que, *tratándose de la apelación de una sentencia, el recurrente debe precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión y para su sustentación será suficiente que el apelante exprese las razones de su inconformidad con la providencia objeto de alzada.*

Premisa a la que agrega, el artículo 320 del mismo estatuto procesal que prescribe:

“(…) El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión (…)”

Habiendo precisado el Consejo de Estado en el reseñado contexto normativo, *que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de fondo debe señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en que incurrió el juez de primera instancia al resolver la Litis presentada.*

6.1.3. Destacan satisfechos los presupuestos procesales del medio de control de reparación directa, verificación que realiza en ejercicio del control de legalidad de que trata el numeral 12 del artículo 42 del CGP, en particular los concernientes a oportunidad de la demanda y legitimación en la causa.

6.1.3.1. Es así contrastado que **la demanda se promovió el 31 de mayo de 2012** y en consecuencia dentro de los dos (2) años siguientes al conocimiento del daño,, por cuanto en el caso concreto, Alexander López Largo conoció del daño, extirpación de los testículos y reasignación de género, ni quien tomó la decisión de

que se practicara tal cirugía a quien según cromosomas es de sexo masculino, fuente de su pretensión indemnizatoria, el 2 de noviembre de 2010, cuando según exámenes logro constatar genéticamente su sexo es masculino, y fortalece el juicio de oportunidad, conjugado que en virtud del artículo 21 de la Ley 640 de 2001⁴, procede descontar los tiempos del trámite de la conciliación prejudicial.

6.1.3.2. En materia de legitimación procesal en la causa destaca que, en medio de control de reparación directa, por pasiva, emerge con la imputación que hace la activa, a la demandada como generadora del daño. En tanto que la legitimación procesal por activa se da con la invocación del accionante, de ser víctima directa o indirecta del evento dañoso, y en contraste con el caso concreto destaca que primera instancia declaro la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social, situación que no fue objeto de apelación y por ende se tiene como decisión consolidada.

Ahora bien, en apelación concurre como accionada el Instituto de Seguros Sociales en liquidación – Patrimonio Autónomo de Remanentes ISS – Fiduagraría entidad que, en tesis del demandante fue la entidad prestadora del servicio de salud generadora del daño.

6.1.4. No se advierte irregularidad que configure nulidad procesal, c como quiera que, contrastada la actuación surtida en primera y segunda instancia, avizora que sometió a las ritualidades establecidas en el Código Contencioso Administrativo - CCA, para el proceso ordinario.

6.2 - LIMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

6.2.1. Reiterado que la alzada que ocupa a esta Sala de Decisión, se rige por el Código Contencioso Administrativo -CCA, y de manera supletoria o subsidiaria, por el Código General del Proceso - CGP, cabe señalar que en el caso concreto la apelación debe ser resuelta con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por la activa - recurrente, por cuanto trata de apelante único, y conforme al artículo 328 del precitado C.G.P., el tópico se reglamenta así:

“(…) El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos

⁴(…) La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20, de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.

previstos por la ley.

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado **toda** la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” (Suspensivos y negrillas fuera de texto).

Advertido que en orden de la transcrita preceptiva, la habilitación Juez de Segunda Instancia para resolver en sede de apelación sin limitaciones, encuentra condicionada a que ambas partes hayan impugnado **toda** la sentencia, y contrastado el caso en concreto emerge no satisfecho el indicado presupuesto, por cuanto la PASIVA no recurre la sentencia.

6.2.2. Premisa que se advierte aplica, sin perjuicio del control de legalidad, que se dio por superado en decisión parcial que antecede (6.1.3.).

6.2.3. Asimismo asume como excepción la subregla de hermenéutica comprensiva del recurso de apelación, teniendo como precedente de autoridad, Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, conforme a la cual, la competencia del juez de segunda instancia frente al recurso de quien actúa como apelante único, de controvertir un aspecto global de la sentencia, comprende todos los asuntos contenidos en ese rubro general, aunque de manera expresa no se hayan referido en el recurso de alzada. Puntualizó el Alto Tribunal así:

“(…) si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.

En el caso concreto, la entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revisara la decisión de declararla administrativamente responsable (...), y de condenarla a pagar indemnizaciones en cuantías que, en su criterio, no se compadecen con la intensidad de los perjuicios morales padecidos por algunos de los demandantes.

En consecuencia, la Sala, atendiendo al criterio expuesto y a la prohibición de la reformatio in pejus, revisará todos aquellos aspectos que son desfavorables a la entidad demandada y que son consecuencia directa de la declaratoria de su responsabilidad, lo cual incluye -en el evento de ser procedente- no solo la condena por perjuicios morales, sino también por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.”⁵

En este orden y decantando en el caso en concreto, no procede acudir al enunciado juicio comprensivo, contrastado que no hubo condena en costas y, por consiguiente, en el evento de ser confirmada la sentencia objeto de apelación, armoniza en este rubro con la subregla de esta Subsección conforme a la cual, no es suficiente resultar vencido para soportar la referida carga.

6.3. FIJACIÓN DEL DEBATE

6.3.1. La controversia se suscita en esta instancia, porque en tesis de la activa, **de los medios de prueba que reposan en el plenario, es posible consolidar un indicio y tener como probada la falla medica imputada a la demandada, derivando daño antijurídico para el demandante - ALEXANDER LARGO LOPEZ**, concretada por la decisión y práctica de extirpación de sus testículos y reasignación de género, sin efectuar previamente, el correspondiente estudio de cromosomas.

6.3.2 En contraste la sentencia desestimatoria de pretensiones argumenta que, **la activa no probó la falla en el servicio alegada, al no obrar copia de la historia clínica del paciente no es posible tener por acreditada responsabilidad alguna por parte de las demandadas.**

6.3.3 En el descrito panorama fáctico procesal, corresponde a esta Sala de Decisión, determinar sobre la procedencia o no, de revocar la sentencia objeto de alzada, y según haya lugar, acceder al reconocimiento de perjuicios morales, materiales y daño a la salud deprecados por la activa, y se tienen como **problemas jurídicos**:

⁵ [IB](#). Sala Plena. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 06 de abril de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005).

- (i) ¿Del material probatorio arrimado al plenario, emerge indicio que acredita de la demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que infligió daño antijurídico al demandante por cambio de género errado, con ocasión al decidir y practicar extirpación de los testículos y reasignación de género, sin efectuar previamente la prueba de cariotipo, o no se configura, los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado?

En caso de evidenciar responsabilidad extracontractual del Estado;

- (ii) ¿Es determinable el monto indemnizatorio a reconocer a favor de ALEXANDER LARGO LOPEZ, por conceptos de perjuicio moral, lucro cesante y daño a la salud, con apoyo en su historia clínica, la literatura médica y el arbitrio judicial, o debe proferirse condena en abstracto?

6.4. ASPECTOS SUSTANCIALES.

6.4.1- En labor de desatar los interrogantes planteados es tesis de la Sala, que no encuentra probado que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES realizara en la humanidad de SANDRA PATRICIA LARGO hoy ALEXANDER LARGO LOPEZ el procedimiento de extirpación de los testículos y reasignación de género, ni que el mismo se efectuara sin realizarse la prueba de cariotipo, ante una carencia absoluta de medios de prueba.

No es posible consolidar como lo pretende la activa, de la nota periodística del programa televisivo Séptimo Día, todo un indicio que permita tener por ciertos todos los hechos en que se sustentan la demanda, pues no obran otros medios de prueba que permitan tener por cierto ninguno de los hechos alegados como hechos dañosos y construir a partir de aquellos el indicio alegado; y es que en tal sentido debe reiterarse lo señalado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el sentido de que **los informes de prensa no tienen, por sí solos, la entidad suficiente para probar la existencia y veracidad de la situación que narran y/o describen**, por lo que su eficacia probatoria depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente.

Por consiguiente, no prospera el recurso de alzada promovido por activa, en consecuencia, será CONFIRMADA la sentencia de primera instancia a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

6.4.1. En fundamento y previo análisis del caso en concreto, se tienen las siguientes **premisas normativas:**

6.4.1.1. El daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad pública accionada, son los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, advertido que la cláusula general del deber indemnizatorio del Estado, encuentra en el artículo 90 Superior, conforme al cual, *el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas,* y comprende los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual, e integra con el artículo 2º Ibidem, en virtud del cual, *las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.*

En el descrito panorama normativo, indica la doctrina del H. Consejo de Estado, que el juez de la responsabilidad patrimonial del Estado, debe constatar la antijuridicidad del daño y elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico de imputación, es decir, no la mera causalidad material, sino *establecer la imputación jurídica y la imputación fáctica*⁶. Advertido además que en igual sentido concluye la Corte Constitucional⁷.

6.4.1.2. El daño antijurídico es aquel que comporta una aminoración en una situación favorable y que el afectado no encuentra en la obligación de soportar, y exige como condiciones de existencia que sea personal, directo y cierto o actual. Bajo la consideración que por su carácter personal exige la violación a los derechos subjetivos de la persona damnificada, independientemente a que provenga de un hecho que afecte en forma inmediata, o mediata en virtud del daño sufrido por otro, con quien el damnificado tiene relación. En este último evento se predica la existencia de daño reflejo, que es el menoscabo soportado por persona distinta del damnificado inmediato. Caso del daño patrimonial y moral que se ocasiona a los parientes de la víctima.

⁶ "La imputatio juris y la imputatio facti", CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-619 de 2002 y C-918 de 2002.

Por el carácter directo, el daño supone un nexo de causalidad respecto del perjuicio, de forma que este sea consecuencia de la alteración negativa que comporta el primero, y solo indemnizable en cuanto provenga del mismo

El carácter cierto del daño refiere a su real acaecimiento, es decir, que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine efectos jurídicos, ello es que el daño debe existir y hallarse probado para que origine el derecho a obtener un resarcimiento. Certeza igualmente exigible del daño consolidado o actual como del daño futuro.

El H. Consejo de Estado, advierte del daño antijurídico, que el ordenamiento no contiene una disposición que consagre su definición, y puntualiza:

"(...)se refiere a "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho", de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado, se ha de probar inicialmente la existencia del daño antijurídico, el cual debe ser cierto "es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas" -, (...) la existencia de un daño antijurídico, (...) constituye el fundamento mismo de la responsabilidad, de suerte que "si no hay daño no hay responsabilidad" y "sólo ante su acreditación, hay lugar a explorar la imputación del mismo al Estado".⁸ (Suspensivos y subrayado fuera de texto)

Consecuentemente, no todo daño asume como daño antijurídico, y el carácter de antijurídico estriba, en que el afectado no tiene la obligación de soportarlo.

6.4.1.3. La falla probada en el servicio y la pérdida de oportunidad son los títulos de imputación en responsabilidad estatal por la actividad médico hospitalario. Advertido que, si bien en el derecho de daños el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar⁹.

Bajo tal paradigma la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga al juez la obligación de utilizar frente a

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901), Actor: DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., Demandado: NACIÓN – CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y OTRO, Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 13 de junio de 2016. Expediente 850012331000200500630-01(37.387). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación, por cuanto su uso debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria del caso en concreto.

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una subregla en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual, es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, y se exige a la activa acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste¹⁰.

En evolución jurisprudencial, donde la Alta Corporación Judicial transitó por los regímenes de falla presunta del servicio y carga dinámica de la prueba, retornando a partir del año 2006¹¹, al régimen de falla probada del servicio¹². Título jurídico de imputación por excelencia¹³, que contiene un control de legalidad del acontecer del Estado en la prestación de los servicios que provee, y presupone que exista una obligación legal o normativa a cargo de la autoridad pública, incumplida por su acción u omisión, que deriva en un daño antijurídico indemnizable.

Control de legalidad que, en imputación de responsabilidad por falla en el servicio médico asistencial, se realiza en principio, en marco de los contenidos obligacionales establecidos en la Ley 23 de 1981¹⁴ y su reglamentación.

6.4.1.3.1. La pérdida de oportunidad en estructuración de la responsabilidad extracontractual del Estado en prestación del servicio de salud, se define como la frustración de una esperanza, dirigida a la consecución de un resultado que pondría a la persona en una situación más favorable a la previa o la evitación de un perjuicio¹⁵. En este orden presupone un elemento de incertidumbre sobre las probabilidades del resultado beneficioso, y un elemento de certeza respecto a que la falla en el servicio le arrebató la posibilidad de participar en las probabilidades.

Se exige un grado de incertidumbre razonable, bajo la consideración que no toda probabilidad es susceptible de edificar una pérdida de oportunidad, sino solo aquella

¹⁰ IB. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Expediente 660012331000200100063-01(25075). C.P. Danilo Rojas Betancourt.

¹¹ IB. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente 15772. C.P. Ruth Stella Correa.

¹² Ver evolución en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de febrero de 2015, Expediente 25000-23-26-000-2005-01356-01(38149); C.P. Olga Mérida Valle De La Hoz.

¹³ Ver sobre noción de falla del servicio y elementos en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 2008, Expediente 76001-23-31-000-1994-00736-01(15263), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁴ Por la cual se dictan normas en materia de ética médica

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Expediente 25869. M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

que permite razonar que, ante la inexistencia de la falla en el servicio la persona tendría la probabilidad de obtener el resultado favorable.

Es de precisar, que la pérdida de oportunidad se ha abordado desde dos enfoques¹⁶: **(i)** como un daño autónomo, del que deriva un perjuicio con identidad propia que puede indemnizarse¹⁷, y **(ii)** como factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria y se utiliza para suplir la falta de prueba en el nexo causal directo entre la falla del servicio y el daño.

Paradigmas en orden de los cuales, la indemnización del perjuicio en pérdida de oportunidad se viene abordando también y básicamente bajo dos (2) esquemas: **(i)** la indemnización como daño autónomo, y **(ii)** la indemnización del perjuicio en una proporción reducida, equivalente al porcentaje de oportunidad pérdida.

Asumiendo como requisitos que deben concurrir para que exista la pérdida de oportunidad como daño indemnizable, los siguientes:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio; es decir, no se trata de la vulneración de un derecho subjetivo consolidado sino el grado de probabilidad en grado suficiente de que el hecho dañoso le cercenó la expectativa de obtener la ganancia o bien o evitar perjuicio.

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; es decir, lo indemnizable es que debido al hecho dañoso se pierde la probabilidad de obtener la ventaja o bien o evitar la desventaja, se diferencia del lucro cesante, por ejemplo, porque este rubro consiste en la pérdida de ganancia cierta mientras que el primero es una pérdida de una ganancia probable.

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; es decir, aquí se analiza la idoneidad fáctica y jurídica del afectado para obtener o alcanzar el provecho¹⁸.

¹⁶ **IBÍDEM.** Sentencia del 24 de octubre de 2013. Expediente 25.869. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ **IB.** Sentencia del 25 de agosto de 2011. Expediente 19718. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En este fallo se reconoce este rubro indemnizatorio de manera autónoma a los demandantes, padres e hijos, de la víctima directa del daño y diferente al daño moral.

¹⁸ **IB.** Sentencia del 31 de mayo de 2016. Expediente 630012331000200300261-01(38267). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

En conclusión, si existe certeza sobre la causa del daño, torna desacertada la aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad, y consecuente el análisis del nexo causal desde la perspectiva de la probabilidad. De forma que aplica en sede de la imputación fáctica, ante la insuficiencia de prueba del nexo causal entre hecho dañoso y daño, o en situaciones de duda o incertidumbre en el nexo causal.

Aproximándose en cada caso en concreto y dependiendo de las pruebas técnicas de que disponga, al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de pérdida de la oportunidad y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, y la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, debe ser proporcional al porcentaje que se restó el beneficio con la falla en el servicio.

6.4.1.4. El principio de la carga de la prueba como sucedáneo de certeza, encuentra fundamento en comprensión de la jurisdicción contencioso administrativa, porque en marco del ordenamiento positivo, cada uno de los extremos procesales del litigio encuentra obligado a probar determinados hechos y circunstancias cuya falta de acreditación conlleva una decisión adversa a sus intereses o pretensiones. Bajo el descrito paradigma la doctrina define la carga de la prueba, *como una regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente.*

En este orden d ideas, probar es establecer la veracidad de una proposición cualquiera, y trasmutado al proceso judicial, comporta, “(...) someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra”¹⁹. Dirige a producir en el juez el estado de certeza, el pleno convencimiento sobre la existencia o no de un hecho, y su sucedáneo conjugado el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, corresponde a elemento que por tener propiedades parecidas puede reemplazarlo.

6.4.1.4.1- Retomando la regla general, es de puntualizar que, corresponde a la activa probar los fundamentos de hecho de sus pretensiones y a la accionada los de su excepción o defensa, y que en este sentido prescribía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil – CPC, vigente para cuando se promovió la demanda, y abrió el proceso a pruebas, y que en esta premisa no difiere del vigente artículo 167 del Código General del Proceso -CGP, sin perjuicio de la atribución que

¹⁹Tratado de Derecho Civil, Marcel Planiol y Georges Ripert.

éste confiere al juez de distribuir la carga de la prueba, de oficio o a solicitud de parte, en oportunidad de su decreto, practica o cualquier otro momento antes de fallar.

Marco normativo al que adiciona el artículo 1757 del Código Civil – C.C, conforme al cual, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, y que circunscribe el principio de la carga de la prueba como sucedáneo de certeza, de forma que si existe duda sobre los hechos que sustentan la demanda, sus pretensiones serán declaradas infundadas.

6.4.1.2 - En esta secuencia reviste importancia que el régimen probatorio en la jurisdicción contenciosa administrativa se rige por las disposiciones consagradas en el Código General del Proceso CGP, por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en este sentido el artículo 165 del precitado CGP, consagra como medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, **el testimonio** de terceros, el **dictamen pericial**, la inspección judicial, los documentos, los **indicios**, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. Para la admisión de las pruebas, la práctica y los criterios de valoración son conforme al principio de la sana crítica, observando la pertinencia y conducencia para acreditar los hechos en controversia

La prueba testimonial es medio idóneo para acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que ocurre un hecho, siempre que el declarante sea coherente en el relato de los mismo, porque presenció los mismos y tiene certeza de la manera en que sucedieron, en tanto, no se enjuicie su imparcialidad, la cual puede cuestionarse mediante tacha¹⁹ en razón de parentesco, dependencia, sentimiento o interés en relación con las partes o sus apoderados, mientras no se realice cuestionamiento alguno al testigo, su dicho reviste relevancia y eficacia para llevar certeza al Juez de la existencia de un hecho.

Así mismo, la prueba indiciaría es un medio probatorio indirecto, que a partir de un hecho indirecto llamado “indicador” se infiere o deduce, lógicamente, el hecho directo, llamado “indicado”. Al respecto el Consejo de Estado, recordó:

*“Los indicios son medios de prueba indirectos y no representativos, como sí lo son el testimonio y la prueba documental, y no pueden ser observados directamente por el juez, como por ejemplo sucede en la inspección judicial. **En la prueba indiciaría el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de recias de la***

experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso.

Por eso, al margen de las controversias que se suscitan en la doctrina en relación con este aspecto, puede afirmarse que el indicio se integra con los siguientes elementos:

Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos: los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso.

-Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento.“(...)”²⁰. (Subraya de la Sala)

6.5. CASO CONCRETO.

6.5.1. Aspectos Probatorios.

6.5.1.1.. En el presente asunto, el proceso se abrió a pruebas el 19 de noviembre de 2013, ello es, la comunidad probatoria relevante para la controversia planteada en segunda instancia, se rige en principio por las formalidades previstas en el Código de Procedimiento Civil -CPC; encuentra integrada por documentales, testimoniales y dictamen pericial, en su integridad fue recaudada en primera instancia, y se avizora eficaz. Se advierte que si bien el precitado CPC, fue derogado por la Ley 1564 de 2012, por la que se adoptó el Código General del Proceso - CGP, su aplicación en jurisdicción contencioso administrativa y en particular respecto de los procesos del denominado esquema escritural caso en concreto, se predica a partir de junio de 2014²⁰.

6.5.1.1.1- En este orden destaca de la documental, que es de carácter público y, por consiguiente, amparada con presunción de veracidad y autenticidad que no fue desvirtuada, y en la oportunidad de su agregación al proceso, no se promovió tacha.

6.5.1.1.2. En cuanto a las testimoniales, se tiene que fueron decretadas y practicados a solicitud de la activa y vertidas por María Cleofe Saldaña Quintero, Ángel Estuardo Núñez Sánchez, Rubén Isaac Valenzuela Cornejo y Gulnura del Mar Freire Gómez. Destaca, que no media tacha, y en criterio de esta Sala evidencian espontaneidad y coherencia en la ciencia de su dicho.

²⁰ Consejo de Estado, Auto de Unificación del 25 de junio de 2014, C.P.Enrique Gil Botero, Rad, No. Interno 49299, y Auto del 25 de junio de 2015, Ra. No. Interno 50508

6.5.1.1.3. Las pericias, en especialidad de psicología y urología, evidencian debidamente fundadas, aunque resultan insuficientes para tener por probado del daño fuente de pretensión indemnizatoria ni su nexo causal con la accionada. Asume relevancia en tamiz de su contradicción, que aducida por la activa²¹, se surtió su contradicción en audiencia pública²²; en curso de la que, el Perito acreditó su idoneidad e imparcialidad, y aclaró el contenido del experticio, con intervención de todos los sujetos procesales; además y con antelación a la precitada diligencia, se surtió traslado del dictamen, y quienes integraban para entonces, el contradictorio por pasiva, guardaron silencio en oportunidad de solicitar aclaración, complementación u objeción por error.

6.5.1.1.4. Las crónicas periodísticas prueban su difusión, y para tener certidumbre sobre la veracidad de sus imágenes e información, debe establecerse un nexo o vínculo del hecho con los demás medios de prueba obrantes en el proceso.

Es así que conforme a los lineamientos del antecedente judicial del Consejo de Estado, que retoma esta Sala de Decisión, *la información que allí aparece consignada no puede ser admitida dentro del proceso como si se tratara de una prueba testimonial, dado que aquélla carece de los requisitos esenciales que identifican este tipo de medio probatorio, en particular porque se trata de una información que no fue suministrada ante un funcionario judicial, no fue rendida bajo la solemnidad del juramento, ni el autor del reporte periodístico dio cuenta de lo que en el mismo se consigna*²³ Asimismo, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa admite que estos documentos podían tenerse como un indicio contingente si, valorados racional, ponderada y conjuntamente con la totalidad del acervo probatorio, resultaban indicativos de la veracidad de la ocurrencia de los hechos²⁴. En sentencia del 29 de mayo de 2012²⁵, la Sala Plena del Consejo de Estado señaló que los informes de prensa no tienen, por sí solos, la entidad suficiente para probar la existencia y veracidad de la situación que narran y/o describen, por lo que su eficacia probatoria depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por lo tanto, “... cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias,

²¹ Ver folios 364 a 398 ibidem.

²² Psicólogo Daniel Andrés Bossio Socadaqui

²³ Véanse, entre otras, las siguientes sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 41001-23-31-000-1997-09458-01(22945)A, Actor: FLAMINIO ORTIZ SOTELO Y OTROS, Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA; 21 de junio de 2007, exp. 25 627, C.P. Alier Eduardo Hernández; 19 de agosto de 2009, exp. 16 363, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; 10 de junio de 2009, exp. 18 108, C.P. Ruth Stella Correa; 2 de febrero de 2009, exp. 23 067, C.P. Enrique Gil Botero; 10 de marzo de 2011, exp. 20.099, C.P. Ruth Stella Correa.

²⁴ Sentencias de 25 de julio de 2011, exp. 19 434, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 19 de octubre de 2011, exp. 20 861, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y 15 de febrero de 2012, exp. 20 880, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

²⁵ Expediente n.º 11001-03-15-000-2011-01378-00, C.P. Susana Buitrago de Valencia.

crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como un indicador para el juez, quien, a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos...”²⁶

En consideración a los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, la Sala dará valor probatorio a la nota periodística emitida en el programa Séptimo día, *en el sentido de considerar que está demostrada la divulgación de ciertos hechos en medios de comunicación de amplia circulación*, según se dejará explicado en el siguiente punto de las consideraciones de la presente providencia. En caso de que exista correspondencia entre los sucesos narrados por el reporte periodístico y los hechos señalados por las demás pruebas del proceso, se tendrán por ciertos los hechos narrados en tales medios de convicción, según la postura contenida en las providencias a las que se hizo referencia en los acápites anteriores.

6.5.1.2. Finiquitando revisten relevancia para el debate en segunda instancia, y reitera se recaudaron en su integridad en primera instancia, los siguientes **medios de prueba**:

Circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho generador del daño		
Registro civil de nacimiento N° 720814	Expedido por la Notaria Decima de Bogotá de SANDRA PATRICIA LARGO LOPEZ, hija de AURORA LOPEZ ZABALA y CARLOS ALBERTO LARGO el 14 de agosto de 1972, fecha de inscripción 30 de agosto de 1972.	Fl 1 c2
Registro civil de nacimiento N° 41367344	Expedido por la Notaria Decima de Bogotá de ALEXANDER LARGO LOPEZ, hijo de AURORA LOPEZ ZABALA y CARLOS ALBERTO LARGO el 14 de agosto de 1972, fecha de inscripción 01 de diciembre de 2011.	Fl 2 c2
Sentencia proferida el 3 de octubre de 2011 por el Juzgado Primero de Familia	A través de la cual se accedió a autorizar la modificación en el registro civil de nacimiento de Sandra Patricia Largo López, de sexo femenino a masculino y con el nombre de Alexander Largo López	Fl. 3 al 8 c2
De la falla en el servicio		
Respuesta rendida por el Instituto de Seguros Sociales el 30 de junio de 2010, a solicitud de entrega de historia clínica elevada por la señora AURORA LÓPEZ ZABALA	En la que reseña: <i>“En atención a sus peticiones de fecha 21,22 y 23 de junio de 2010, las cuales fueron recibidas en el Departamento de Atención Ambulatoria de la EPS – ISS Seccional Cundinamarca del 22 y 24 de junio del presente año, en la que requiere la entrega de su historia clínica y la de su hija SANDRA PATRICIA LARGO LOPEZ, de los años 1973 y 1974 respectivamente, o sea de hace 36 y 37 años respectivamente, me permito informarle que La Resolución 1995 de 1999 en su artículo 15 dice: “por la cual se establecen normas para el manejo de la historia clínica”</i> <i>“RETENCION Y TIEMPO DE CONSERVACION, la historia clínica debe conservarse por un periodo mínimo de 20 años contados a partir de la fecha</i>	Fl. 10 c2

²⁶ Cabe señalar que este planteamiento acerca del valor indiciario de los recortes de prensa fue objeto de una aclaración de voto expresada en los siguientes términos por los magistrados Stella Conto Diaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth: “... Centralmente debe advertirse que, en determinados eventos, atendiendo, verbi gratia, la naturaleza de la noticia, el espectro de difusión y la calidad de los medios que la comunicaron, puede el juez considerar que se trata de un hecho notorio que no requiere prueba adicional, pues las notas periodísticas otorgan esa naturaleza.// Es que, por ejemplo, casos como desastres naturales de repercusión nacional que son registrados en detalle por todos los medios de comunicación no podrían recibir el mismo trato, ni tampoco debería aplicarse la jurisprudencia vigente para hechos que impactan al colectivo en general y por lo mismo son registrados por la opinión pública hasta convertirse en temas de discusión en cualquier foro social.// Por tanto, el llamado de la presente aclaración tiene por objeto morigerar el precedente vigente para que en cada caso el juez, orientado por su sana crítica, pueda darle a las notas e informaciones periodísticas un alcance superior al de la simple veracidad de su sola difusión y pueda, dependiendo del sub iudice, tener el hecho como notorio y, por lo mismo, relevarlo de cualquier exigencia de prueba adicional, estimando entonces cierto el contenido que a nivel nacional registren los medios de comunicación, atendiendo también a su grado de credibilidad social.// Además, no puede desconocerse que la publicación de determinada información, puede tenerse como un indicio grave que, apoyado con otras pruebas, permita alcanzar un grado de convencimiento sobre la certeza del hecho noticioso, esto a partir de su confiabilidad...”.

	<i>de la última atención. Mínimo cinco (5) años en el archivo de gestión del prestador de servicios de salud, y mínimo quince (15) años en el archivo central. Una vez transcurrido el término de conservación la historia clínica podrá destruirse"</i>	
Examen ecopelvico	Del 22 de octubre de 2010, en el que se reseñó "imágenes compatibles con próstata y vesícula seminales"	Fl 15 c 2
Certificado médico del Hospital Vozandes Quito	En el que se certificó que el paciente LARGO LOPEZ SANDRA PATRICIA, con historia clínica No 742779-01, fue atendida por consulta externa el 10 de marzo de 2011, luego de su evaluación psíquica se constata que su identidad de género y autoafirmación de masculinidad se halla indeleble. Por tanto, se concluye que su orientación sexual es heterosexual masculino	Fl. 17 c2
Protocolo operatorio	En el que se advierte como procedimientos realizados a Sandra Patricia Largo López, remoción de material de implante mamario y reconstrucción de aureolas.	
Cd contentivos del programa Séptimo Día		Fl. 42 c 2
Testimonio rendido por María Cleofe Saldaña Quintero	Quien manifestó conocer a Alexander Largo a mediados del 2010, quien para dicho momento se identificaba como Sandra, advirtiendo conocer de la situación que presentaba para ese momento por cuanto manifestaba tener gusto por las mujeres pero no ser lesbiana, señaló que Sandra confronto a su familia quien le manifestó que al momento de nacer nació como niño, sin embargo, a los quince días de nacido el medico con sus testículos le había hecho una vagina y había entregado a sus padres como una niña. Agregó la afectación económica, moral, y social que tuvo el demandante con ocasión a enterarse de lo acaecido.	Fl. 36 y 37 c2
Testimonio rendido por Ángel Estuardo Núñez Sánchez	Quien manifestó conocer a la Sandra Largo desde hace 20 años, y posteriormente conocer a Alexander Largo debido a su transformación, agrega que su relación es de amistad y laboral y resalta la afectación familiar, social y personal que conllevó para Sandra Largo conocer todo lo ocurrido desde el momento de su nacimiento.	Fl. 605 a 606 c3
Testimonio rendido por el señor Rubén Isaac Valenzuela Cornejo	Quien manifestó conocer a la Sandra Largo desde hace 10 años, y posteriormente conocer a Alexander Largo debido a su transformación, manifiesta que siempre fue una persona muy aislada y triste.	Fl 610 c 3
Testimonio rendido por Gulnura del Mar Freire Gómez	Quien manifestó conocer a la Sandra Largo y posteriormente conocer a Alexander Largo, afirma que con ocasión a su consulta espiritual advirtió que Sandra era realmente un hombre pese a que toda su vida había vivido como mujer, apoyo a Sandra en su cambio de género, y resalta la gravedad de la situación psicológica, familiar y social por la que atravesó.	Fl 619 a 620 c 3
Dictamen pericial rendido por el medico urólogo Julio Eduardo Ferrer Montoya	En el que se advierte las graves secuelas físicas a las que se ve sometida una persona con reasignación de sexo, tales como la pérdida de órganos sexuales, repercusiones reproductivas, sexuales y estéticas. La pérdida del pene y de los testículos conllevó a la pérdida de capacidad reproductiva y del disfrute de la actividad sexual como hombre. Además de esto las secuelas propias de la cicatrización de las cirugías.	Fl. 482 al 485 c 3
Dictamen pericial rendido por la Medica Especialista en psiquiatría CES Juliana Escobar Echavarría	En el que señalo el grave impacto psicológico, que evidencia la presencia de impacto psicológico caracterizado inicialmente por una alteración de sus autoesquemmas y disforia de género, lo cual le llevó a descubrir la intervención que se le había practicado y a retornar a su sexo biológico original, y a pesar de empezar y asumir sus roles de su sexo biológico, siguió con alteraciones en su autoimagen, autoestima, y síntomas ansiosos y depresivos.	Fl 682 al 689 c 3

6.5.1.3. Acervo probatorio en contexto del cual, destacan los siguientes **hechos probados**:

- **El 14 de agosto de 1972**, nació SANDRA PATRICIA LARGO hija de AURORA LOPEZ ZABALA y CARLOS ALBERTO LARGO; y para el **año 2010**, a través de examen ecopelvico realizado a SANDRA PATRICIA LARGO, se determinaron imágenes compatibles con próstata y vesícula

seminales, y evaluación psíquica se determinó que su orientación sexual es heterosexual masculino.

- **El 3 de octubre de 2011**, el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, accedió a autorizar la modificación del registro de civil de nacimiento de SANDRA PATRICIA LARGO LÓPEZ, de sexo femenino a masculino, con el nombre de ALEXANDER LARGO LÓPEZ.
- **El 01 de diciembre de 2011**, la Notaria Decima de Bogotá, modificó el registro civil de nacimiento, consignando de ALEXANDER LARGO LOPEZ, como hijo de AURORA LOPEZ ZABALA y CARLOS ALBERTO LARGO, nacido el 14 de agosto de 1972.
- En el precitado lapso comprendido aproximadamente desde el año 2010, quien hoy se identifica como ALEXANDER LARGO LOPEZ, y su entorno familiar, sufrieron afectación moral, que culminó con las señaladas actuaciones para cambio de su registro civil.

No se encuentran probados los siguientes hechos:

- No obra dentro del proceso historia clínica de la paciente AURORA LOPEZ ZABALA y/o de SANDRA PATRICIA LARGO - ALEXANDER LARGO LOPEZ.
- No obra prueba que acredite que al señor ALEXANDER LARGO LOPEZ, al momento de su nacimiento o días posteriores se le realizó cirugía de extirpación de testículos y reasignación de género, como tampoco que de haberse practicado la misma fuera por disposición médica.
- Se desconoce cuál fue el diagnostico respecto de la condición de género no definido - de ALEXANDER LARGO LOPEZ, al momento de su nacimiento, si se le realizó o no el examen de cariotipo requerido.

6.6. ANÁLISIS DEL CASO Y DECISIÓN.

6.6.1- Se procederá a confirmar la sentencia objeto de alzada, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, por no tener por acreditada la falla medica imputada en contra de la demandada.

6.6.1.1- No obran pruebas que acrediten de SANDRA PATRICIA LARGO (hoy ALEXANDER LARGO LOPEZ), que en su infancia se le practicó sin consentimiento y sin efectuarse los exámenes correspondientes una cirugía de cambio de género. En efecto, si bien no puede desconocer esta Sala que los exámenes practicados en el año 2010, advirtieron de la existencia de próstata y vesícula seminales, y que su orientación sexual es heterosexual masculino.

Premisa en contexto de la que se advierte, no es de recibo la petición de la activa, de edificar a partir de la nota periodística del programa televisivo Séptimo Día, un indicio que permita tener por ciertos todos los hechos en que se sustenta la demanda, y en particular la pretensión indemnizatoria, por responsabilidad extracontractual del Estado, pues no obran otros medios de prueba que permitan tener por cierto ninguno de los hechos que en tesis de la activa estructura en el presente caso el daño antijurídico, y nexo de causalidad con la entidad accionada; y es que en tal sentido debe reiterarse lo señalado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que indica, **de los informes de prensa, que no tienen, por sí solos, la entidad suficiente para probar la existencia y veracidad de la situación que narran y/o describen**, por lo que su eficacia probatoria depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente.

6.6.1.2. Existe una verdadera carencia probatoria en el presente asunto que permita tener por ciertos las fallas imputadas a la demandada. Dicha carencia probatoria no resulta imputable a la demandada por cuanto el motivo de no aportación de historia clínica de la paciente AURORA LOPEZ ZABALA y/o de SANDRA PATRICIA LARGO - ALEXANDER LARGO LOPEZ, no se trató de un hecho caprichoso de la administración, sino que, por el contrario, acaeció al amparo de disposición legal, esto es, la destrucción de historias clínicas transcurridos veinte (20) años.

Así las cosas, la Sala tiene como no probados los hechos que sustentan la demanda, ni las imputaciones efectuadas en contra de la demandada, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

6.6.2. No encontrándose probada temeridad manifiesta, no procede condena en costas del extremo procesal vencido.

Advertido que conforme dispone el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo – CCA, es presupuesto para

la condena en costas del extremo procesal vencido, que se establezca de su conducta procesal, temeridad manifiesta.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2018, por el Juzgado Sesenta (60) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, por la cual se negaron pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado electrónicamente en plataforma SAMAI

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

ly