

Cartagena de Indias D. T. y C, cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020).

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-31-010-2012-00045-01
Demandante:	MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA
Demandado:	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR (SUCEJOR PROCESAL DEL HOSPITAL REGIONAL DE BOLÍVAR) Y OTROS.
Actuación:	SENTENCIA DE SEGUNDA INTANCIA
Magistrado Ponente:	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema:	RESPONSABILIDAD MÉDICA / FALLA PROBADA

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el veinte (20) de febrero del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

Fueron invocadas las siguientes (se transcribe):

“PRIMERO: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DE BOLÍVAR “Unidad Operativa Local José Isabel Villarreal Torres de Villanueva Bolívar” y a la médico MAYERLING MIRANDA TEHERAN, de los perjuicios causados a la demandante señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA con motivo de la HISTERECTOMIA ABDOMINAL SUBTOTAL que fue necesario realizarle para salvar su vida, quitándole la oportunidad de tener su propia familia, sus hijos y todo como consecuencia de una mala atención por parte de la demandada.

SEGUNDO: en consecuencia se debe condenar a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DE BOLÍVAR “Unidad Operativa Local José Isabel Villarreal Torres de Villanueva Bolívar” y a la médico MAYERLING MIRANDA TEHERAN a pagar a la



SC5780-1-9

demandante el daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral, actuales y futuros, vida en relación los cuales se estima como mínimo en \$546.600.000 (.....)"

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

Cuenta la demanda que el día 12 de diciembre del año 2009, siendo aproximadamente las 12:00 am, se presentó la demandante en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL REGIONAL DE BOLIVAR "Unidad Operativa Local José Isabel Villarreal Torres de Villanueva Bolívar" ingresando por urgencias con mucho dolor, en estado de embarazo para ese momento con 31 semanas de gestación.

Fue valorada por la médica de turno MAYERLING MIRANDA TEHERAN quien manifestó que no se encontraba en parto y dando de alta con prescripción de Adalat – Nifedipino capsulas de 30 MG, orden que fue atendida por la paciente.

El estado de salud empeoró y se vio avocada a ingresar nuevamente a la misma unidad hospitalaria a eso de las 12:30 am (sic) presentando mucho más dolor, vómitos y sangrado tipo menstruación y fue atendida nuevamente por la médica MAYERLING MIRANDA TEHERAN, quien en esta ocasión al ver el grave estado y por su condición de gravidez la remitió a un Hospital de Segundo Nivel, por riesgo de parto prematuro.

Al momento de encender la ambulancia para el traslado, esta no arrancó (sic) y después de mucho esperar finalmente fue posible el traslado, pero en la ambulancia del Hospital del Municipio de Arena Bolívar.

Aproximadamente a las 3:30 am, la demandante fue ingresada a la Empresa Social del Estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo, e inmediatamente es atendida por su mal estado ya que llegó con mucho sangrado, hipotensa, con palidez cutánea generalizada, altura uterina 27 cm, frecuencia cardíaca fetal no audible.

Le realizaron una ecografía que evidenció embarazo de más o menos 30 semanas más óbito fetal, desprendimiento prematuro de la placenta, por lo que fue trasladada inmediatamente al quirófano para realizar cesara y extraer al recién nacido que ya estaba muerto.

Se hizo necesario la realización de una histerectomía abdominal subtotal y fue trasladada a cuidados intensivos para manejo hemodinámico y reanimación.



SC5780-1-9

La actora en el momento en que ocurrieron los hechos era solo una joven de 18 años de edad, que durante 8 días estuvo en cuidados intensivos al borde de la muerte y que saliendo de este estado tuvo que soportar la noticia de que perdió a su hijo y que se le hizo una histerectomía abdominal subtotal.

La demandante, una vez se enteró de su estado de embarazo, inició el control médico, tal y como se demuestra con las copias de la historia clínica, así como los exámenes médicos que se realizó durante el mismo, lo que refleja que, hasta el momento de la pérdida de su hijo, no había tenido ningún tipo de problema.

2. Contestación.

2.1. Doctora MAYERLING MIRANDA TEHERAN.

Se opuso a las súplicas de la demanda.

Precisó que es cierto que atendió a la actora cuando ingresó por urgencias por estar de turno, pero aclaró que es falso que le haya ordenado NEFIDIPINO en dosis alta de 180 MG, ya que tal y como reposa en la historia clínica, se aprecia que el medicamento se formuló para ser suministrado en dosis de 30 MG.

Que la contraindicación del medicamento NEFIDIPINO es una especulación, toda vez que en principio todos los medicamentos traen consigo unas recomendaciones ante determinadas circunstancias y este no es la excepción, a lo que agregó que contrario a lo afirmado en la demanda, este es el medicamento que se recomienda para el tratamiento de afecciones como la presentada por la demandante.

Formuló como excepciones de mérito las siguientes:

“Acierto en la prescripción médica sobre el medicamento”, explicando que para la amenaza de un parto pre termino se ha establecido por la ciencia médica y la comunidad médica internacional unos protocolos que son los que describen la secuencia del proceso de atención y la NIFEDIPINA es el medicamento que se ordena para procurar la reducción de contracciones uterinas pre termino, tal cual lo previo la demandada.

“Abuso del derecho”, en tanto de forma habilidosa y disfrazada, adema de temeraria la accionante pretende obtener provecho para sí,

desconociendo el buen desempeño, la dirigencia y el empeño de la Doctora MIRANDA TEHERAN.

“Falta de relación de causalidad entre el actuar de la demandada y el daño sufrido por la demandante”, como quiera que los médicos solo son responsables por el ejercicio negligente, imprudente de sus actividades.

“Nadie puede alegar en su favor su propia culpa”, por cuanto la señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA, según la historia clínica, padecía una vulvovaginitis que le obligó a la ingesta de metronidazol 500 MG, medicamento que está contraindicado durante el embarazo, ya que su acción cruza la barrera placentaria y entra rápidamente y entra rápidamente en la circulación fetal.

2.2. Departamento de Bolívar (sucesor procesal del Hospital Regional de Bolívar).

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Asegura que no se ha demostrado el nexo causal y tampoco la falla del servicio, entendida por tal, la omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

Precisa que de la historia clínica de la Clínica de Maternidad Rafael Calvo y del informe técnico médico legal se puede constatar que la demandante ingresó a dicha clínica por un sangrado posparto; de otro lado, la respuesta dada por el médico forense se infiere la necesidad de la histerectomía subtotal que le realizaron a la demandante en la Clínica de la Maternidad ya que era menester por cuanto la vida de Leona Castelar Caballero (sic) se encontraba en riesgo.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del veinte (20) de febrero del dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las suplicas de la demanda.

Despachó la denegación argumentando que si bien la parte actora ingresó por primera vez al servicio de urgencias de la Unidad Operativa Local de



SC5780-1-9

Villanueva a las 12:00 am del día 12 de diciembre de 2009, la historia clínica (fls. 11 a 12) muestra que su ingreso no fue exactamente a esa hora.

Preciso que, en efecto, segunda las anotaciones el primer ingreso de la paciente se produjo a las 12:25 am, por presentar dolor en el hipocondrio irradiado a región lumbar no asociado a la salida de líquidos, ni sangrado de tapón mucoso.

Que se hizo constar que se trataba de un cuadro de evolución de aproximadamente 14 horas y que la gestación era de más o menos 31 semanas, por lo que se le formulo nifedipina en capsulas de 30 MG.

Arguye que también se dejó constancia que la paciente ingreso a las 12:30 am con aumento de contracciones, sangrado tipo menstruación por genitales externos y se determinó que había riesgo de parto pre termino, lo que llevó a tomar la decisión de remitir a la paciente a un hospital de segundo nivel.

Que conforme a la nota de enfermería el primer ingreso se produjo a eso de las 12:25 am y su reingreso las 12:30 am, y que la descripción del estado de la paciente es similar al dado por la médica, salvo que al reingreso la paciente manifestó haber vomitado.

Indica que al margen de que el ingreso se haya dado a las 12:15 o a las 12:25 am y dado que el reingreso ocurrió a las 12:30 am, se observa que la atención que se le brindó en el servicio de urgencias fue oportuna, ya que tanto la médica de turno como la auxiliar de enfermería se ocuparon de inmediato del caso.

Asegura que la demandada hizo lo que le correspondía, dado que al ingreso verifico el estado de salud de la paciente, el cual, más allá de los dolores no representaba riesgo inminente porque no había salida de líquido amniótico ni sangrado, y siguiendo su criterio la media tratante le formulo capsulas de nifedipina d 30MG para que actuara como uteroinhibidor, es decir, para que las contracciones cesaran porque se trataba de un feto que no había madurado completamente.

Consideró que la actuación de la profesional de la salud al reingreso de la paciente, fue la indicada, pues en esa oportunidad la joven venía con dolores más intensos por aumento en el número de contracciones, a lo cual se sumaba la presencia de sangrado vaginal y todos esos factores elevaban



SC5780-1-9

el nivel de riesgo de un parto pre término, de suerte que la decisión de reposo y remisión a un hospital de mayor nivel de atención fue correcta.

Que no se detecta nada reprochable en la actuación de la Doctora MAYERLIN MIRANDA TEHERAN, pues ella recibió en urgencias a la paciente y la atendió inmediatamente y como no existían señales de alarma, procedió a formular un medicamento que en su parecer obraría como uteroinhibidor para impedir que el trabajo de parto continuara y al reingreso, por el riesgo derivado del sangrado vaginal decidió mantener en reposo mentira se daba su remisión.

Recordó que se trataba de un puesto de salud local de Municipio de Villanueva, que no contaba con la infraestructura necesaria para afrontar una eventualidad como un parto prematuro, con el agravante de que no se trataba de un parto normal sino excesivamente riesgoso. Y que la profesional estaba recién graduada y no tenía la experiencia.

Argumentó que los protocolos aportado concuerdan en señalar que ante la amenaza de parto pre termino, cuando la materna empieza a experimentar las contracciones uterinas sin que el feto haya llegado a la edad gestacional adecuada, es una buena decisión desde el punto de vista médico suministrar nifedipina, tanto para la salud de la gestante como para el bienestar del propio feto.

Que también advierten que el medicamento se puede suministrar en dosis de 30 MG sin que ello represente riesgo para la madre o el neonato y en lo que se refiere a la madre actúa como un uteroinhibidor, es decir, que sirve para disminuir o evitar las frecuencias de las contracciones uterinas, con lo que se puede lograr que el alumbramiento se produzca cuando el feto haya llegado a la maduración gestacional, o que se brinde unas horas adicionales a ese proceso de consolidación del que está por nacer, lo que desde luego le brindara mayores probabilidades de vivir al nacer prematuramente.

Juzgó que no puede aceptarse que el óbito fetal y la histerectomía abdominal hayan tenido como causa la formulación de nifedipina de 30 MG, por lo ya dicho y dado además que no se aportó evidencia científica de ello.

A lo que agregó que según la histórica clínica de CRITICAL CARE y que se denomina Evolución Ginecoobstétrico Gestión Salud SA, la paciente ingreso



SC5780-1-9

con un desprendimiento prematuro de placenta normoinserta del 100% y que esa es la causa del óbito fetal y de la hemorragia vaginal padecida por la actora.

Concluyo que no se puede estructurar la responsabilidad del Estado por el triste desenlace que tuvo el embarazo de la demandante ya que su origen no estuvo ligado a una falla en la prestación del servicio, ni tampoco en la medicación que se le recetó.

Y que tampoco se puede atribuir el resultado al retardo en el traslado porque quedo evidenciado que la ambulancia días atrás había estado en el taller y la circunstancia de que en el momento que se necesitó no encendiera se trató de un hecho inesperado no endilgable a la administración, pues había sido diligente en el cuidado del automotor.

4. La apelación.

Resiste el fallo arguyendo que el Hospital Regional de Bolívar si tiene responsabilidad en tanto está en la obligación de proporcionar a la comunidad todo lo necesario para prestar el servicio médico asistencial y no puede ser excusa que su personal médico no cuente con la experiencia suficiente.

Pone el acento en que si los médicos están recién graduados con es el caso de la Doctora MAYERLING MIRANDA TEHERAN, estos deben ser supervisados por un médico con toda la experiencia, lo que se traduce en que la ESE no proporcionó lo necesario a la comunidad y específicamente a la demandante, para garantizarle los servicios médicos, pues no puede admitirse como excusa que el médico no tenía la experiencia, porque la entidad de salud debe prever esta situación.

Insiste en que la actora tuvo que esperar para que se diera su traslado a que llegara una ambulancia del Municipio de Arenal, lo que empeoró su estado de salud y todo ello coadyuvo para que cuando llegara a la Clínica Rafael Calvo de Cartagena estuviera en estado crítico, tanto que fue ingresada de inmediato a la UCI.

Comenta que, si la ambulancia hubiese estado en buen estado de funcionamiento, y se hubiese remitido a la demandante desde el primer arribo a urgencia, se hubiera ganado tiempo importante que pudo haber hecho la diferencia.

Que la histerectomía solo fue la consecuencia del mal manejo dado al caso desde un principio, pues ni quiera servía la ambulancia para garantizar el traslado.

Hizo énfasis en que la accionante siempre fue cumplida con sus controles prenatales y que por esos mismos controles se pudo tratar todos los padecimientos que tuvo durante el embarazo.

Que los medicamentos formulados en los controles eran los adecuados de acuerdo a los padecimientos que presentó y en ningún momento presentó en el embarazo enfermedad alguna de transmisión sexual, ya que la vulvovaginitis no es una enfermedad de transmisión sexual como erróneamente s asevera.

Agrega que la historia clínica revela que solo un mes antes de los hechos, la accionante fue remitida a un médico ginecólogo y esto quedó demostrado con el testimonio de la médica MIRANDA TEHERAN.

Que quedo también demostrado con ese testimonio que la media de turno no tenía a la mano la historia clínica de la paciente siendo que dijo que era determinante para la atención, siendo importante advertir que todo el control del embarazo se realizó en esa entidad, por lo que resulta una irresponsabilidad que no se haya tenido la historia clínica a la mano.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES.

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento del recurso de alzada propuesto, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Si el daño antijurídico acreditado y que se encuentra libre de debate, materializado en la afectación por la muerte del menor hijo de la señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA y la consecuente meya en su salud



SC5780-1-9

determinada por la histerectomía abdominal que le fuere practicada para salvarle la vida, resultan imputables a las demandadas?

Para desarrollarlo se dilucidaran, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los aspectos relativos a las reglas probatorias aplicables en materia de responsabilidad médica, para en segundo lugar, pronunciarse respecto al problema jurídico planteado.

2.2. Tesis

Se revocará la sentencia porque se encuentra acreditada la imputación del daño al HOSPITAL REGIONAL DE BOLÍVAR.

2.3. Análisis normativo y jurisprudencial.

2.3.1. Elementos de la responsabilidad extracontractual del estado.

El Régimen constitucional vigente establece una cláusula general de Responsabilidad Patrimonial del Estado, consagrada en el inciso 1º del artículo 90 Superior, que a la letra dice:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.”

De la norma en cita, se concluye que son dos los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa: (i) La existencia de un daño antijurídico; (ii) La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de una autoridad pública.

Sobre los elementos de la Responsabilidad Estatal, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

“Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.”¹

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Expediente No. 22163.

En este orden de ideas, la responsabilidad del Estado procederá única y exclusivamente cuando concurren los dos elementos antes citados.

Ahora bien, en la decisión antes citada, la jurisprudencia define el elemento Daño de la siguiente forma:

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.”

Por su parte, la jurisprudencia ha definido la imputabilidad de la siguiente manera:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).”²

De igual forma, la Alta Corporación ha dicho:

“Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”.³

En consonancia con lo expuesto por la Jurisprudencia Nacional, la imputabilidad se debe analizar desde dos orbitas, la primera desde un ámbito de imputación material (imputación fáctica), entendida como la atribución del resultado dañoso a una acción u omisión del Estado, y la segunda desde un ámbito jurídico (imputación jurídica), en el sentido de

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2020.

que la imputación abarca el título jurídico en el que encuentra fundamento la responsabilidad Administrativa endilgada, esto es la falla en el servicio, el riesgo excepcional o el daño especial.

Así las cosas, y de acuerdo al mandato establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponde a la víctima demostrar, para obtener la declaratoria de responsabilidad estatal, lo siguiente: (i) La existencia de un daño antijurídico, esto es aquel que no se está en el deber de soportar; (ii) Que la ocurrencia de ese daño sea atribuible o imputable a la acción u omisión de una autoridad pública; en este aspecto, el demandante deberá demostrar que materialmente el daño ocurrió por la acción u omisión del Estado, siendo deber del juez analizar, en virtud del principio iura novit curia, cuál es el título de imputación aplicable al caso concreto.

2.3.2. De las reglas probatorias aplicables en responsabilidad médica y su estado actual a la luz de la jurisprudencia.

La construcción primigenia de la jurisprudencia estuvo orientada por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer estadio, correspondía al demandante aportar la prueba de la falla del servicio para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, no bastaba la sola existencia del daño para presumir la falla del servicio de la administración.⁴

A partir del segundo semestre de 1992, se acogió el criterio ya esbozado en 1990⁵, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio. En ese segundo momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604 del Código Civil⁶ debía ser

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, rad. 6253, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, rad. 6477, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6255, M.P. Julio César Uribe Acosta; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6654, M.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, rad. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

⁶ Código Civil. "Artículo 1604. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega"



SC5780-1-9

aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica⁷. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “*conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta*”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos⁸.

Seguidamente, en una sentencia del año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y se postuló la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual *el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. En estos términos se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:*

“No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁹.

El abandono de la presunción de falla como régimen general de responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, al demandar de la parte actora un esfuerzo probatorio significativo, exige la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a morigerar dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se ha señalado que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, rad. 6897, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, rad. 11878. M.P. Alier Hernández Enríquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, rad. 14421, M.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia del 11 de mayo del 2006, rad. 14400, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.



SC5780-1-9

científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causalidad queda acreditado *“cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”*¹⁰ que permita tenerlo por establecido.

En ese entendimiento, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte *“excesivamente difícil o prácticamente imposible”* hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales *“resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”*; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio¹¹.

En el año 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada¹². Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, rad. 11169, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza *“en el sentido de que la paraplejía sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia”*, debía tenerse en cuenta que *“aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”*, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 14786, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, rad. 15201-25063, M.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. El consejero Enrique Gil Botero aclaró el voto en el sentido de señalar que no debe plantearse de forma definitiva el abandono de la aplicación del régimen de falla presunta del servicio.



SC5780-1-9



es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel¹³, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria:

“De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obran en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. (...)

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes¹⁴.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto del 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 30 de julio del 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 21 de febrero del 2011, rad. 19125, M.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

En efecto, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la *lex artis* o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra¹⁵.

Así las cosas, como lo recordó la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de julio del 2013¹⁶, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que **corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios.** En palabras del alto tribunal¹⁷:

*“La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.*”

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertusis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157. MP. Ramiro Pazos Guerrero

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, rad. 23132, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, citada por la sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157.



SC5780-1-9



comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio¹⁸

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

Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística¹⁹, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anomalía o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata²⁰. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”²¹, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran

¹⁸ “Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

¹⁹ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.

²⁰ “Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

²¹ Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42”.



en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”²², que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios²³.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso.”

Finalmente debe ponerse de relieve que la línea decantada desde el 2006, (responsabilidad subjetiva) se ha consolidado, según se puede ver del fallo del 5 de marzo del 2015, de la Sección Tercera, Sub sección B del Consejo de Estado²⁴, en el que se ha advertido que es la **falla probada** del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, precisando que para que pueda predicarse la existencia de una falla, “es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.”

²² “Ibidem, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque”.

²³ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, rad. 15276 y 15332, [M.P. Ruth Stella Correa Palacio].

²⁴ Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102) MP. Danilo Rojas Betancourth



SC5780-1-9



Situación particular en el acto obstétrico.

Finalmente, aún con más precisión, ha resaltado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que el acto obstétrico tiene una dinámica propia dentro del tratamiento que se le ha dispensado al régimen; así ha sido expuesto:

“En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado²⁵.

“En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal.

“(…).

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla²⁶.”

“En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales,

²⁵ Original de la cita en la sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: “...en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles. En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología’.”.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica”²⁷.

De suerte que, frente al acto obstétrico, en algún momento se acudió al régimen objetivo; sin embargo, posteriormente se varió esa postura y se decantó que no es a la luz del primero que se debe analizar la imputación, sino de uno subjetivo, con flexibilización frente al rigor de la prueba de la falla (regla reiterada incluso en la actualidad)²⁸.

2.6. CASO CONCRETO.

El parámetro a la luz del cual se examinará el caso concreto será el del régimen subjetivo de falla probada, sin que pueda entenderse que se trató de un caso de embarazo normal, por cuanto, como se pasara a explicar, está acreditada una gravidez problemática, prohijada incluso por la propia actora, que fue interrumpida sin permitir el ciclo normal de los acontecimientos y que derivó en un parto prematuro con culminación desafortunada por la pérdida del feto.

Se sabe por la historia clínica (fl. 11 Cdno. 1) que la accionante ingresó por urgencias a la Unidad Operativa Local del Hospital Regional de Bolívar,

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 17.512. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ Sentencia del 13 de noviembre del 2018, Sección Tercera. Radicación número: 70001-23-31-000-2003-00195-01 (47100).



SC5780-1-9

ubicada en el Municipio de Villanueva, Bolívar. Lo hizo a las 12:30 de la mañana del día 12 de diciembre del 2009, reportando como motivo del ingreso "TENGO DOLORES".

También se sabe por lo registrado en dicho folio que fue atendida por la Medica de Turno Dra. MAYERLING MIRANDA TEHERAN, quien realizó examen físico de rutina, poniendo en evidencia un embarazo de 31 semanas, controlado, y **trabajo de parto pre termino**. Consta igualmente que ordenó en su plan de atención NIFEDIPINO CAPSULAS 30MG y remisión para 2 nivel de atención.

Difiere lo que permite ver este folio de la historia clínica con lo que se ha contado en la demanda, pues se evidencia un único ingreso y una atención inmediata, así como la orden de remisión a atención en el 2 nivel.

Otra es la situación que emerge de la lectura de las notas de enfermería plasmadas en el folio siguiente (fl. 123 ídem) de la mencionada historia clínica, refrendadas por la misma médica. De allí se extrae que la paciente ingresó en dos ocasiones; la primera a las 12:25 de la mañana de ese 12 de diciembre del 2009 y la segunda, cinco minutos después, es decir, a las 12:30, lo que quiere decir que la actora fue dada de alta, egresó y probablemente no alcanzó a llegar a su casa de habitación, pues apenas pasaron 5 minutos entre el egreso y su segundo arribo al servicio. Extraña situación, máxime cuando no registra la historia orden de egreso.

Con todo, las notas de evolución de urgencias señaladas dan cuenta que, fue en el primer ingreso que se dio lo ya comentado en cuanto a la atención y la impresión diagnóstica, y que a las 12:30 el paciente regresó con aumento de contracciones y refiriendo un sangrado. La demandante acepta que inmediatamente se dio la orden de remisión al segundo nivel de atención.

El formato único de referencia y contrareferencia nada indica, dado que no fue diligenciado por la entidad receptora y a continuación aparece una nota de enfermería (fl. 15 ídem) que no puede ser de recibo porque esta enmendada en el ítem correspondiente a la hora de atención, aunado a una circunstancia que llama la atención, y es que ni siquiera identifica quien la suscribe y tampoco el nombre del paciente.



SC5780-1-9

En fin, cosas muy extrañas son las que han podido evidenciarse de la historia clínica levantada en la unidad hospitalaria donde se atendió la urgencia de la demandante, y sobre las que muy seguramente volveremos más adelante.

La historia clínica de la Clínica de la Maternidad Rafael Calvo de Cartagena, (fls. 25 y ss ídem) es decir, aquel centro al que fue remitida la paciente según lo narrado en la demanda, advierte que la señora MOSQUERA ARIZA ingresó a dicho centro hospitalario el **12 de diciembre del año 2009, a las 03:25 AM**, lo que indica que el proceso de referencia duro aproximadamente 3 horas, si se tiene en cuenta que fue atendida por la Doctora MIRANDA TEHERAN a las 12:30 AM de ese 12 de diciembre del 2012, habiendo dado orden de remisión a segundo nivel de atención.

Las observaciones decantadas por la Clínica Rafael Calvo al ingreso, después del examen físico general fueron paciente estuporosa, es decir, con pérdida parcial de conciencia, hemodinámicamente inestable y en mal estado general.

A ello se agregó como impresión diagnóstica un embarazo de 31 semanas más o menos; óbito fetal; desprendimiento de placenta normoinsera y shock hipovolémico; todo esto, dando lugar a colegir que cuando arribó la demandante al centro Rafael Calvo al que fue remitida, el feto que llevaba dentro de su vientre ya se encontraba muerto.

Por demás, deviene importante también tener en cuenta la Epicrisis de CRITICAL CARE (fls. 17 a 21 ídem), pues ella resume toda la atención y procedimientos realizados a la demandante en el nivel 2 de atención y en UCI; registra ese documento el mal estado generalizado de la paciente, el ingreso a UCI y la necesidad de la práctica de cesárea con resultado de feto muerto, así como la necesidad de la histerectomía abdominal subtotal, esta última, advertida por la actora en la demanda como procedimiento necesario para salvar su vida.

De allí se extrae el siguiente resumen:

"ENFERMEDAD ACTUAL: Paciente que consulta en la madrugada de hoy, a urgencias de la Clínica Maternidad Rafael Calvo, con embarazo de +/- 30 semanas, cuadro



SC5780-1-9



clínico de aproximadamente 7 horas de evolución, consistente en dolor abdominal localizado en hipogastrio, irradiado a región lumbar, y sangrado a través de genitales externos, que inicio tipo manchado y que posteriormente fue profuso, y con sangre roja rutilante, a su ingreso al examen físico en muy mal estado general, con abundante sangrado, hipotensa TA: 60/40, taquicardica: 120x/min, palidez mucocutánea generalizada, altura uterina de 27 cms, tono uterino aumentado de tamaño, frecuencia cardiaca fetal no audible, sangrado profuso proveniente de cavidad uterina, se realizó ecografía que evidenció embarazo de +/- 30.2 semanas + óbito fetal + desprendimiento prematuro de placenta normoinserta, motivo por el que se trasladó a quirófano, se realiza anestesia general, practicándose cesárea anterior, se extrae feto muerto, y desprendimiento de placenta del 100%, con infiltración de útero (útero de Couvaliere), por lo que se realizó histerectomía abdominal subtotal, con pérdida sanguínea de alrededor de 4 litros. Se solicita valoración por medicina crítica encontrando paciente extubada, con ta 70/40 fc 124 fr 30, con palidez muco cutánea generalizada, se decide traslado para manejo de cuidados intensivos, para manejo hemodinámico, y reanimación.

(...)"

Lo importante de este documento, del que se fía la Sala por la claridad con la que fue confeccionado, es que permite evidenciar un hecho que al parecer escapó a los galenos del hospital Regional de Bolívar, aunado a que, además denota ciertas diferencias con los hechos que fueron consignados en la historia clínica del Hospital Regional de Bolívar.

Lo anterior por cuanto, devela CRITICAL CARE en esa epicrisis que el inicio de los síntomas se dio el **11 de diciembre del año 2009, a las 20:00 PM**; que la hora de consulta por primera vez fue el **12 de diciembre del año 2009 a las 3 :00 AM**; que la hora de inicio del manejo médico fue las **03:05 AM del 12 de diciembre del 2009**, y que la hora de la solicitud de remisión a UCI fue las 04:30 AM del 12 de diciembre del 2009.

De allí se advierte que la actora presentó síntomas desde el día anterior y llegó a la atención inicial de urgencias en el hospital demandando, cuando ya habían pasado aproximadamente cuatro horas y media.

En cuanto al embarazo, la historia clínica permite avizorar hallazgos de anormalidad y sospecha de riesgo, pues aun cuando se trataba de una mujer joven, primeriza, sin antecedentes obstétricos y con un embarazo controlado, de la interpretación de la historia clínica hecha por una de las demandadas, fue posible advertir aquello y muchas cosas más relacionadas con la pésima atención y deplorable manejo administrativo del Hospital demandado, especialmente lo concerniente a la historia clínica.



SC5780-1-9

En el interrogatorio de parte, la Doctora MAYERLIN MIRANDA TEHERAN salva las dudas sobre esas circunstancias que *ab initio* causaron extrañeza reportadas en la historia clínica de urgencias del hospital demandado como por ejemplo en el hecho de que se hayan dado 2 ingresos a la clínica con un intervalo de apenas 5 minutos, sin que se registre el primer egreso por alta médica. Entre otros aspectos, deviene también evidente que desde un principio existió certeza que se trataba de un trabajo de parto pre termino, es decir, prematuro y que mientras estuvo la paciente bajo la guarda del Hospital Regional en trabajo de parto prematuro, siempre existió fetocardia, es decir, frecuencia cardíaca fetal o mejor, latidos del corazón del feto.

Relató la médica que a las 12:30 de la madrugada del 12 de diciembre de 2009 ingresó la paciente María de los Ángeles acompañada de su abuela, con un cuadro de dolor pélvico, sin salida de líquido, sin sangrado, sin tapón mucoso, y se le hizo examen físico, arrojando tensión arterial normal, fetocardia presente, audible con dopler, y contracciones uterinas, "dos de veinte en diez".

Explicó que el examen de contracciones consta en contar el número de contracciones y su duración en el tiempo de diez minutos, lo cual permite determinar si la paciente, se encuentra en un trabajo de parto inminente; que aunado a ello se realiza un tacto vaginal que para el caso analizado se encuentra en un centímetro con 20% de "borramiento", lo cual también permite determinar si la paciente se encuentra en trabajo de parto.

Precisó que el protocolo a seguir ante estas situaciones es el reposo y la inhibición del útero para disminuir la frecuencia de las contracciones dados los signos de alarma.

Refirió que, en el asunto de marras, a la paciente se le inicio ese protocolo inhibiéndole el útero con nifedipino de 30 miligramos más reposo y reconsulta por signos de alarma; agregando que la paciente reconsultó al cabo de media hora por aumento de los síntomas, se valoró nuevamente, evidenciando fetocardia audible con dopler, procediendo a hidratar y a examen físico, con inclusión de tacto vaginal, sin evidenciar sangrado al momento del examen físico.



SC5780-1-9

Precisó que durante la observación se decidió la remisión del paciente, se hidrató y se procedió a llamar al auxiliar de remisiones, y cuando se intentó subir a la paciente a la ambulancia, se dieron cuenta que esta no servía, por lo cual nuevamente se ingresó a la paciente a la instancia hospitalaria, se inició la diligencia de transporte, y durante esta diligencia la paciente presentó sangrado, con aumento de contracciones y el tono uterino.

Aclaró que por no contar con la ambulancia se comunicaron telefónicamente con el subgerente científico y este sugirió que se acercaran donde el alcalde, a lo que agregó que luego de proceder a ello, fueron atendidos (ella y el conductor) por la esposa del alcalde pero ella les confirmó que no podían utilizar la camioneta porque su esposo no se encontraba allí; también indicó que JHON DUQUE es decir el conductor insistió en que la camioneta era del municipio y podía prestar el servicio, y sin embargo, recibieron la negativa de la esposa del alcalde, motivo por el cual, llamó al médico del Santander Sánchez del Municipio de Arenal, para solicitar la ambulancia de Arenal a través de él y esa finalmente fue prestada y llegó aproximadamente a las dos horas.

Informó que es allí cuando en compañía del conductor de la ambulancia de Arenal el auxiliar de traslado y la abuela de la paciente finalmente se da el traslado y fue entregada a las enfermeras y médicos de la Clínica Rafael Calvo. Aseguró que pudo trascurrir en el traslado entre una hora y cuarenta y cinco minutos hasta llegar a Cartagena, más dos horas más de espera hasta que entregaron al paciente.

También preciso que en la historia clínica se encuentran datos llamativos de todo el control prenatal y aceptó que durante su paso por el servicio de urgencias nunca tuvo acceso a la historia clínica de la paciente, acotando que una cosa es el concepto de embarazo controlado, que equivale exactamente a siete controles prenatales y otra muy distinta un embarazo normal, que es aquel donde hay ausencia de patologías maternas que pueden afectar al feto, subrayando que, la historia clínica de control prenatal de la accionante, da fe de diagnósticos múltiples de infecciones urinarias, especificadas en los folios 45, 46, 50, 52 y 60, para lo que se iniciaron tratamientos desde la semana 23 con tabletas tipo metronidazol de 500 Mg, clotrimazon óvulos y metronidazol óvulos .



SC5780-1-9

También fue precisa en indicar que en el folio 40 se identifica una nota de enfermería y de médico tratante que dan fe de la no realización de exámenes médicos desde el primer trimestre del embarazo, como los son citologías vaginales, dejando constancia de no realización.

Explicó que a folio 55 hay una nota de médico tratante y de enfermería donde consta la alteración en la altura uterina para la edad gestacional, diagnosticado como RCIU, ordenando valoración por ginecología y no quedando constancia de la valoración en ninguna parte de la historia clínica del control prenatal, e indicó que este diagnóstico se hizo el 17 de noviembre del 2009 y significa retardo en el crecimiento intrauterino.

Acotó que, debido a las diversas patologías diagnosticadas, que son vulvovaginitis e infección de vías urinarias, la paciente ya había consultado por el servicio de urgencias por dolores pélvicos, justificado en el folio 45 por el médico de consulta externa y reafirmando la no realización de exámenes como la citología, destacando que también recibió desde la semana 11 tratamiento con Cefadrina tabletas por los mismos diagnósticos.

Afirmó que, con la interpretación de la historia clínica, a la cual no tuvo acceso cuando atendió a la paciente, busca aclarar que pese a los múltiples controles a los que asistió, no era un embarazo normal y que se necesitaba para apoyo diagnóstico las valoraciones de ginecología; que todas esas patologías: vulvovaginitis, infecciones urinaria y RCIU, son desencadenantes por literatura médica, de amenazas de parto prematuro y posibles alteraciones en el transcurso del embarazo.

Concluyó que lo ideal hubiera sido el traslado en una ambulancia medicalizada; que la causa de la muerte del feto y de la histerectomía fue el desprendimiento de la placenta y que el tiempo de espera fue determinante en la resolución el cuadro del paciente, especialmente el tiempo que duro el traslado, ya que si en el momento en que se acrecentaron los síntomas, aun sin sangrado y todavía con fetocardia audible, se brinda la atención necesaria el resultado pudo haber sido otro, subrayando que las patologías que padecía la actora sí pudieron incidir en el resultado fatal.

El dicho de la demandada permite aclarar el panorama aún más, no solo en lo que respecta a la flagrante y protuberante falla en la atención, sino en lo que hace a la falta de precisión respecto de los datos consignados en la historia clínica del Hospital Regional de Bolívar, refrendados incluso por ella misma.

Lo de la historia clínica no debe ser aspecto al que se le reste importancia, pues ella constituye pieza clave en la valoración del acto médico. En ese entendimiento, en menester recordar el alcance que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han dado de la historia clínica, especialmente en términos probatorios y su transversalidad en el campo de la responsabilidad médico sanitaria de la administración.

Por tal circunstancia, la Sala reitera y aplica – *mutatis mutandis* - los razonamientos contenidos en las sentencias del 7 de julio de 2009, exp. 18092, del 28 de marzo de 2012, exp. 22075 y del 25 de abril del 2012, exp. 21861 de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁹, en las cuales se efectuó un estudio sobre la naturaleza de la historia clínica, sus elementos integradores, así como los principios que gobiernan su elaboración y custodia.

La doctrina, en materia de derecho médico – sanitario, valora la historia clínica como algo más que una simple recopilación de datos del paciente, de hecho, otorga una importancia tal a ese instrumento, que lo considera no sólo una “biografía patológica de una persona”³⁰, sino también como un “documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad”³¹ Es así como este documento, en materia de responsabilidad médica, adquiere gran importancia en cuanto puede constituir un medio de prueba idóneo para determinar si las prestaciones médico asistenciales de que fue objeto

²⁹ Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.

³⁰ Galán Cortes, citado por Rosalía García de León. El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico – Sanitario, en Derecho Médico Sanitario- Actualidad, tendencias y retos. Colección de Textos de Jurisprudencia. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá D.C. julio de 2008. Pág. 267 y ss.

³¹ Laín Entriago. *ibídem*



SC5780-1-9

el paciente se adecuaron a los procedimientos establecidos por la ciencia en ese campo.

En la legislación colombiana, la historia clínica es definida en el artículo 34 de la ley 23 de 1981³² como:

“...el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley”

Posteriormente, el literal a) del artículo 1° de la resolución No. 1995 de 1999³³, proferida por el Ministerio de Salud, al reglamentar lo referente al manejo de las historias clínicas introdujo una definición más precisa, al establecer que era **un registro cronológico de las condiciones de salud del paciente, donde además de su estado de salud se deben consignar todos los actos médicos y procedimiento que se le realicen no solo por los galenos, sino también por el equipo de salud que intervine en la prestación del servicio**, al respecto la norma señala:

*“a) La Historia Clínica es un documento privado obligatorio y sometido a reserva, **en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención.** Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.”*

En este orden, se tiene que la historia clínica no es sólo una descripción del estado de salud de quien consulta o es atendido, sino que también es una secuencia de los procedimientos que se le realicen tanto por el médico tratante como por el equipo de salud (**enfermeras y auxiliares**) que lo asiste. De allí que, en la historia clínica se reflejen los actos médicos (diagnóstico y

³² “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.”

³³ En la que se establecen normas para el manejo de la Historia clínica.

tratamiento), la evolución del paciente, **la atención paramédica e inclusive los actos extra médicos.**

En efecto, en sentencia del 19 de agosto de 2009, proferida por la Sección Tercera del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se puntualizó³⁴:

“Así las cosas, la obligación médico – hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, citado por el tratadista Alberto Bueres, en los siguientes términos:

“(…) Savatier hablaba de actos médicos y de actos hospitalarios (que se correspondían, respectivamente, con los que en el párrafo anterior identificamos como médicos y paramédicos). Sin embargo, en los últimos años, Fernández Hierro ha ensayado una clasificación que parece más completa. De tal suerte, se distinguen estos supuestos:

“1. Actos puramente médicos.- que son los de profesión realizados por el facultativo;

“2.- Actos paramédicos.- que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos –o proporcionarlos por vía oral–, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado de salud en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;

“3. Actos extramédicos.- están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.”³⁵

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 17333, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁵ FERNÁNDEZ Hierro, Responsabilidad civil médico – sanitaria, Ed. Aranzandi, Pamplona, ps. 174 y 175.



“De todas formas, es bueno aclarar que la zona límite entre un acto médico y un acto paramédico constituye una quaestio facti, de donde la clasificación mencionada es de cierto modo elástica e indefinida. La palabra para es un prefijo que significa “junto a”, “al lado de” o “a un lado de”, vale decir que lo paramédico concerniría a los servicios que se prestan junto a los médicos o al lado (o a un lado) de ellos. La latitud de la expresión paramédico podría depender en ciertos casos no sólo de los hechos sino también de las interpretaciones.

“Comoquiera que sea, nos parece que la clasificación tripartita de Fernández Hierro, más allá de cualquier dificultad –que, por lo demás, siempre va a presentar toda división de especies– es completa y entonces merece ser aceptada.”³⁶

La importancia deviene en que la resolución mencionada establece que todo **prestador de servicios de salud** que atiende por primera vez a un paciente debe realizar el proceso de apertura de historia clínica³⁷, y además, por disposición expresa, en ella deben constar todos los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a las diferentes fases de atención suministrada al usuario.³⁸

Determina la misma resolución que la historia clínica debe ser diligenciada de forma clara, legible, no puede contener tachones, enmendaduras o intercalaciones, tampoco puede presentar espacios en blanco ni utilizar siglas. Además, cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma³⁹.

Así mismo, el artículo 3 de la resolución en cita, dispone que la historia clínica tenga las siguientes características básicas:

“Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención

³⁶ BUERES, Alberto J. “Responsabilidad de los Médicos”, Ed. Hammurabi, Tomo I, pág. 424 y 425.

³⁷ Artículo 6º resolución 1995 de 1999.

³⁸ Se refiere específicamente a la característica de integralidad de la historia clínica, establecida en el artículo 3º de la resolución 1995 de 1999.

³⁹ Artículo 5º resolución 1995 de 1999.



SC5780-1-9





específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.

“Secuencialidad: *Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.*

“Racionalidad científica: *Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.*

“Disponibilidad: *Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley.*

“Oportunidad: *Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio.” (Negritas adicionales).*

Es decir, no basta con la sola existencia de un documento donde se consignen los datos personales y médicos del paciente, los mismos deben tener una secuencia temporal y ordenada, soportados en la ciencia médica, encontrarse disponibles y debidamente actualizados para permitir brindarle al paciente una atención integral, eficaz y oportuna. Todo lo anterior, en aras de garantizar la protección del derecho fundamental involucrado en la atención médico – sanitaria, esto es, la salud.

En relación con los principios que gobiernan la atención médica, la Corte Constitucional ha precisado⁴⁰:

“-Debe ser integral:

⁴⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T- 1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis)





"(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁴¹ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"⁴²

"En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad 'catastrófica' o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas."⁴³

"-Debe ser oportuno:

"La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.⁴⁴ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas."

"Con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, cuyo artículo 40 prevé que "los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente", la Corte Constitucional precisó que "se irrespeta el derecho de salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, 'la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico'."

⁴¹ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁴² Sentencia T- 1059 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: sentencia T- 062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T- 730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T- 536 de 2007 (MP Humberto Antonio Cierra Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

⁴³ Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Linett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)



SC5780-1-9

De acuerdo con la resolución referida, la historia clínica se compone⁴⁵ de:

- i) La identificación de usuario⁴⁶, la cual se conforma con los datos personales del paciente, esto es, individualización (nombres y apellidos, estado civil, documento de identidad), fecha de nacimiento, edad, sexo, ocupación, dirección del domicilio, lugar de residencia, teléfonos de ubicación, empresa prestadora de salud o aseguradora a la que se encuentre afiliado y tipo de vinculación. Además de la reseña anterior, la norma exige consignar el nombre, el teléfono y el parentesco de la persona responsable del usuario, según sea el caso (menores de edad, personas impedidas, etc.)
- ii) El registro específico⁴⁷ el cual es definido con el documento en el que se consignan los datos e informes de un tipo determinado de atención. Es propiamente la descripción de la naturaleza del servicio prestado al paciente.
- iii) Los anexos⁴⁸, esto es, los documentos que sustentan administrativa, técnica, científica y de manera legal los procedimientos y actuaciones realizadas al usuario. Por ejemplo: consentimientos informados, procedimientos, autorizaciones, exámenes paraclínicos⁴⁹, diagnósticos, de laboratorio, etc.

En la normativa colombiana que trata lo referente a la información contenida en las historias clínicas, se encuentra la resolución 2546 de 2 de julio de 1998, proferida por el Ministerio de Salud, que reglamentó los datos mínimos, las responsabilidades y los flujos de información de prestaciones de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Esta, define en su artículo 3º el denominado registro individual de atención como “el conjunto de datos relativos a la atención individual de consulta, procedimientos, hospitalización, atención de urgencias y acciones de

⁴⁵ Artículo 7º resolución 1995 de 1999

⁴⁶ Artículo 9 resolución 1995 de 1999

⁴⁷ Artículo 10 resolución 1995 de 1999

⁴⁸ Artículo 11 resolución 1995 de 1999

⁴⁹ Éstos, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 11, pueden ser entregados al usuario, previa anotación del resultado en la historia clínica dentro del registro específico de exámenes paraclínicos.



SC5780-1-9

promoción y prevención.” Y establece una obligación frente a los prestadores del servicio de salud en el sentido de que deben diligenciar los registros individuales de información “como soportes únicos de información de la atención, en forma sistemática y rutinaria de acuerdo con los contenidos mínimos de datos, para el pago de los servicios de salud por parte de las entidades administradoras de planes de beneficios.”

De conformidad con la aludida resolución No. 1995 de 1999 del Ministerio de Salud, la custodia de la historia clínica está a cargo del prestador de los servicios de salud y debe ser conservada por un determinado período establecido en el ordenamiento jurídico. El mencionado reglamento, sobre el particular determina:

“ARTÍCULO 12.- OBLIGATORIEDAD DEL ARCHIVO.

“Todos los prestadores de servicios de salud, deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico, el cual será organizado y prestará los servicios pertinentes guardando los principios generales establecidos en el Acuerdo 07 de 1994, referente al Reglamento General de Archivos, expedido por el Archivo General de la Nación y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

“ARTÍCULO 13.- CUSTODIA DE LA HISTORIA CLÍNICA.

La custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la presente resolución, sin perjuicio de los señalados en otras normas legales vigentes. El prestador podrá entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite, para los efectos previstos en las disposiciones legales vigentes.

“PARÁGRAFO PRIMERO. Del traslado entre prestadores de servicios de salud de la historia clínica de un usuario, debe dejarse constancia en las actas de entrega o de devolución, suscritas por los funcionarios responsables de las entidades encargadas de su custodia.

“PARÁGRAFO SEGUNDO. En los eventos en que existan múltiples historias clínicas, el prestador que requiera información contenida en ellas, podrá solicitar copia al prestador a cargo de las mismas, previa autorización del usuario o su representante legal.



SC5780-1-9



“(…)

“ARTÍCULO 14.- ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA.

“Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley:

- 1) El usuario.
- 2) El Equipo de Salud.
- 3) Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.
- 4) Las demás personas determinadas en la ley.

“PARAGRAFO. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal.

“ARTÍCULO 15.- RETENCIÓN Y TIEMPO DE CONSERVACIÓN. **La historia clínica debe conservarse por un periodo mínimo de 20 años contados a partir de la fecha 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.⁵⁰

“ARTÍCULO 16.- SEGURIDAD DEL ARCHIVO DE HISTORIAS CLÍNICAS.

“El prestador de servicios de salud, debe archivar la historia clínica en un área restringida, con acceso limitado al personal de salud autorizado, conservando las historias clínicas en condiciones que garanticen la integridad física y técnica, sin adulteración o alteración de la información.

⁵⁰ El presente artículo fue modificado por el artículo 2º del Decreto 1715 de 2005, proferido por el Ministro de Salud. La norma actualmente vigente establece: "Artículo 15. Retención y tiempo de conservación. La historia clínica debe conservarse por un periodo mínimo de diez (10) años, contados a partir de la fecha de la última atención. Mínimo tres (3) años en el archivo de gestión del prestador de servicios de salud, y mínimo siete (7) años en el archivo central.

“Una vez transcurrido el término de conservación, la historia clínica podrá destruirse”.



SC5780-1-9



Las instituciones prestadoras de servicios de salud y en general los prestadores encargados de la custodia de la historia clínica, deben velar por la conservación de la misma y responder por su adecuado cuidado.

ARTÍCULO 17.- CONDICIONES FÍSICAS DE CONSERVACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.

“Los archivos de historias clínicas deben conservarse en condiciones locativas, procedimentales, medioambientales y materiales, propias para tal fin, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Archivo General de la Nación en los acuerdos 07 de 1994, 11 de 1996 y 05 de 1997, o las normas que los deroguen, modifiquen o adicionen.

ARTÍCULO 18.- DE LOS MEDIOS TÉCNICOS DE REGISTRO Y CONSERVACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.

“Los Prestadores de Servicios de Salud pueden utilizar medios físicos o técnicos como computadoras y medios magneto-ópticos, cuando así lo consideren conveniente, atendiendo lo establecido en la circular 2 de 1997 expedida por el Archivo General de la Nación, o las normas que la modifiquen o adicionen.

“Los programas automatizados que se diseñen y utilicen para el manejo de las Historias Clínicas, así como sus equipos y soportes documentales, deben estar provistos de mecanismos de seguridad, que imposibiliten la incorporación de modificaciones a la Historia Clínica una vez se registren y guarden los datos.

“En todo caso debe protegerse la reserva de la historia clínica mediante mecanismos que impidan el acceso de personal no autorizado para conocerla y adoptar las medidas tendientes a evitar la destrucción de los registros en forma accidental o provocada.

“Los prestadores de servicios de salud deben permitir la identificación del personal responsable de los datos consignados, mediante códigos, indicadores u otros medios que reemplacen la firma y sello de las historias en medios físicos, de forma que se establezca con exactitud quien realizó los registros, la hora y fecha del registro.”

Como viene de precisarse, la historia clínica es un documento con características especiales que amerita un manejo determinado, no sólo por los que las elaboran y las archivan, sino también por quienes las interpretan.



SC5780-1-9

Se convierte pues, en un registro especial y particular que al margen de concentrar toda la información relacionada con la atención del paciente, sus diferentes síntomas, signos, las patologías diagnosticadas y los tratamientos ordenados, entra en conexidad de forma global con el derecho a la salud, y permite la verificación en relación con la atención brindada, así como el contenido y alcance en el cumplimiento de las obligaciones que se refieren tanto al médico como a los pacientes en torno a la relación científica y legal que representa la atención hospitalaria o sanitaria.

Por lo tanto, la historia clínica es un proceso gradual y escalonado, en el que detalla: i) la anamnesis, es decir, la información básica sobre las razones por las cuales se consulta o se acude al servicio médico, ii) los síntomas y signos que reporte el paciente y que aprecie el galeno, iii) la interpretación de ese conjunto de signos y síntomas, en donde se especifique la metodología empleada para la valoración de esas expresiones, iv) la diagnosis o diagnóstico en donde el profesional emite el juicio con fundamento en la *lex artis ad hoc*, para lo cual se vale de la interpretación y de las ayudas diagnósticas que tenga a su alcance (v.gr. exámenes de laboratorio, rayos equis, toma de placas, resonancias, TAC's, entre muchos otros), v) el tratamiento o procedimiento ordenado, en donde se haga constar el pronóstico, el consentimiento informado si es necesario, así como las indicaciones médicas o paramédicas que deben ser adoptadas para complementar y apoyar el acto médico, vi) la verificación de la evolución del paciente, la cual debe ser constante, y vii) las recomendaciones profilácticas, esto es, las indicaciones que se le suministran al paciente en el momento en que se le va a dar de alta.

Como medio de prueba la historia clínica cobra un gran valor en materia de responsabilidad médica sanitaria, pues allí se consigna el desarrollo clínico de los pacientes, por ello se constituye en un medio idóneo para determinar los hechos materia de juzgamiento.

Al respecto, la doctrina ha manifestado:

“La historia clínica es el mejor y único elemento para demostrar todo lo buena que ha sido la atención médica. En la acreditación de medios señalada deben quedar demostrada la pericia, la prudencia, los cuidados, la vigilancia, la seguridad, el cumplimiento de los reglamentos y deberes a su cargo.”



SC5780-1-9

Dejarán de ser escuetas reseñas de evolución de persona enferma. Relacionarán medios con resultados para acreditar que aquéllos, los medios, estaban destinados a obtener un resultado.”⁵¹

En igual sentido, el tratadista Carlos A. Gherzi sobre la importancia y la eficacia probatoria de la historia clínica expresó:

“La historia clínica irregularmente confeccionada resulta un medio de prueba de escasa eficacia frente a un cuadro general de graves, precisas y concordantes presunciones en el servicio de salud brindado por la entidad sanatoria demandada.”⁵²

Y no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido reconociendo desde hace tiempo el valor probatorio de las historias clínicas, sobre el particular ha puntualizado:

*“esta historia clínica, **medio probatorio por excelencia para estos casos dado que contiene un recuento pormenorizado de todos los tratamientos a que ha sido sometido un paciente**, así como de la evolución que va presentado en su cuadro clínico, además de ser elaborada por los mismos médicos tratantes...”⁵³ (negrilla de la Sala)*

En consecuencia, el incumplimiento a los deberes de apertura, conservación y custodia de la historia clínica generan un significativo y flagrante desconocimiento a la ley⁵⁴ y a los reglamentos que regulan la

⁵¹ ACHAVÁL, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. Ed. Abeledo Perrot. Segunda edición. Buenos Aires. 1992 pag. 231 y 232.

⁵² GHERSI, Carlos A. Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial. [Cam. Civ. Y com. San Isidro Sala II, 4/5/90 “Acuña Yolanda C. Sanatorio San Lucas SA” JA Seminario del 25/9/81”

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 1996, expediente No.11272. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁵⁴ Véase ley 100 de 1993 “**ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS**. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:



SC5780-1-9

materia, lo que se traduce en el derecho de daños, en un indicio de falla en contra de la entidad hospitalaria, sistema de aligeramiento probatorio que ha sido acogido por el Consejo de Estado (Sección Tercera) para el campo obstétrico⁵⁵, pero que puede ser extendido a otros escenarios como se ha sostenido de manera reiterada por esa Corporación.

En otrora oportunidad la jurisprudencia, reiterando la regla de aligeramiento probatorio y traslado de carga, en tratándose de actuaciones médico hospitalarias y los efectos que derivan de la no entrega de la historia clínica indicó:

*“En casos en los cuales se alega una falla del servicio con ocasión de la actividad médica, se tiene, por regla general, en cuanto a la carga de la prueba, que al actor le incumbe demostrar la falla médica... En el presente caso, la carga probatoria radicaba en el deber del demandado de desvirtuar los argumentos antes expuestos que le ocasionaron la muerte de la paciente, **labor que no fue demostrada en el proceso por cuanto no allegó copia de la historia clínica** en donde se pudiera observar las condiciones en que ingresó la paciente al hospital, por lo tanto, se configura la responsabilidad patrimonial aludida.”⁵⁶*

El efecto mencionado ha sido avalado por la doctrina autorizada sobre la materia, en los siguientes términos:

“Importancia jurídica de la historia clínica:

“Desde el punto de vista clínico y científico su importancia radica en llevar la correlación de los datos relativos a la enfermedad del paciente, sin embargo una vez que surge el interrogante sobre la imputabilidad de un daño ocasionado por el médico en su ejercicio, la historia clínica se convierte en jurídicamente relevante, tanto en forma directa como en forma indirecta.

“1. La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162 por parte de la Entidad Promotora de Salud respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de servicios adscritas.”

⁵⁵ ““No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla...” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, exp. 15261, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.



SC5780-1-9



“En forma directa, porque queda plasmado todo lo realizado por el médico tratante, sus pensamientos, sus juicios y decisiones, tratamientos, diagnósticos, el día y la hora en la cual revisó el enfermo, las interconsultas solicitadas, las juntas médicas y todos aquellos datos que son de gran valor para un determinado juicio civil o penal.

“En forma indirecta ya que el juez a través de su observación y apreciación puede determinar la diligencia del médico en sus actuaciones. El médico que realiza una historia clínica incompleta, que presenta irregularidades como abreviaturas, garabatos u omisión de algún dato importante da a relucir que la elaboración de la historia clínica por ese médico profesional no puede ser considerada como diligente, porque muestra imprudencia en la realización de los juicios clínicos y en las conclusiones terapéuticas desarrolladas con el enfermo.

“Desde el punto de vista jurídico, consiste en la materialización del deber de informar al paciente de su pronóstico y el registro de los datos respecto a su diagnóstico y tratamiento.

*“Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplir con la carga de información necesaria que permitirá dilucidar en el proceso la actuación del médico derivada del deber secundario de su conducta. **Si ese deber procesal no es cumplido por el médico, se produce una inversión de la carga de la prueba sobre aquello que no conste en la historia clínica.** Estos registros poseen un gran valor probatorio, que en ellos se deja constancia de todas las circunstancias relativas a la atención médica que recibe el paciente.”⁵⁷*

Ahora bien, en relación con los requisitos para la elaboración de la historia clínica, la doctrina (aunado a los señalados en el artículo 3º del Decreto 1995 de 1999) ha sostenido:

“La historia clínica es un registro de datos médicos y como tal tiene que ser:

“- Descriptiva, porque debe describir el cuadro clínico con la información relevante, en especial el comienzo del tratamiento.

“- Cronológica y fiel, ya que se confecciona en el mismo momento en que el paciente toma contacto con el médico en cada consulta, dejando constancia paso a paso y temporalmente de los acontecimientos

⁵⁷ GARCÍA León, Rosalía “El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico-Sanitario” en: A.A.V.V. “Derecho Médico Sanitario” Vol. I, Ed. Universidad del Rosario – Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2008, pág. 272 y 273.



diagnósticos y terapéuticos, lo cual significa que debe ser actualizada diariamente.

“- Completa, ordenada y legible, pues de la correcta confección de la historia clínica va a depender el aspecto documental que tenga el juez, de la atención practicada por el médico al paciente; la insuficiencia de la misma en cambio acarreará dificultades al médico.”⁵⁸

Así las cosas, la historia clínica constituye el eje central sobre el cual se estructura no sólo la atención integral médica y hospitalaria, sino que, en el derecho de la responsabilidad médico sanitaria se erige como el principal instrumento de convicción e ilustración para el juez,⁵⁹ circunstancia por la cual su ausencia genera una presunción judicial –estructurada en las reglas de la experiencia, la sana crítica y la evidencia⁶⁰.

⁵⁸ GARCÍA León, Rosalía “El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico-Sanitario” en: A.A.V.V. “Derecho Médico Sanitario” Vol. I, Ed. Universidad del Rosario – Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2008, pág. 271.

⁵⁹ “La historia clínica es un documento de vital importancia, en muchos sentidos. Si tuviéramos que escoger en cual sentido su importancia es mayor, siempre nos quedaríamos cortos, volaríamos de la asistencial, a la investigativa y docente; pero como veremos a lo largo de esta exposición, la importancia como instrumento probatorio llamado a formar parte vital del expediente en los procedimientos de medios alternativos para la solución de conflictos médico-paciente, conciliación, mediación, arbitraje, y como medio probatorio dentro de un proceso legal, ya que en ella se encuentran plasmados todos los actos realizados por el médico tratante y los especialistas del caso concreto; del mismo modo interviene el personal auxiliar para hacer constar el tratamiento que se le suministra al paciente durante su hospitalización en la institución médica, y/o consulta particular.” GARCÍA León, Rosalía “El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico-Sanitario” en: A.A.V.V. “Derecho Médico Sanitario” Vol. I, Ed. Universidad del Rosario – Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2008, pág. 268.

⁶⁰ “Es verdad que siendo la prueba la demostración de la verdad de un hecho, y siendo la demostración siempre un análisis, el proceso probatorio es, por su naturaleza analítico; pero una vez que el proceso probatorio se ha cumplido, a la mente del juez le es dado obtener su resultado, sin seguir en sus grados el proceso demostrativo; bajo tal aspecto la prueba, y de modo especial la prueba evidente, integra una síntesis, porque reúne en una medida mental los elementos probatorios singulares.

“(…) Así pues, donde la razón humana aprecia la evidencia, tiene un criterio suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro al alma, así la evidencia es el semblante de la verdad... Es deplorable tanto el comportamiento de aquel que, sin pruebas, cree en la existencia de un hecho, como el comportamiento de aquel que no encuentra nunca suficientes los elementos para afirmar la existencia del hecho mismo... La prueba es un instrumento para la búsqueda de la verdad que, como tal, no sólo debe ser apropiado al fin de alcanzar, sino que debe ser también manejado perfectamente por quien lo emplea, para que pueda cumplir, sin engaño, su obra. No es suficiente que el juez sepa enumerar los elementos

Volviendo al asunto del epígrafe, y hechas las aclaraciones conceptuales alusivas a la historia clínica, de las cuales emana el rigor y celo que debe estar presente en el diligenciamiento del historial clínico, en todo caso resulta nítido que el Hospital Regional de Bolívar hasta en eso fallo, pues hay evidencia de las graves imprecisiones fácticas de que adolece la historia clínica de la accionante en lo que a su atención se refiere, aceptada incluso por la propia medica tratante en su interrogatorio de parte.

No se olvide que la Doctora MAYERLING MIRANDA TEHERAN admitió que no tuvo nunca, ni siquiera cuando atendió a la parturienta, acceso a la historia clínica prenatal y a las ayudas diagnósticas ginecológicas, lo que resulta más grave aún, si se tiene en cuenta que fue en esa institución en la que la demandante se hizo todos los controles prenatales. A lo que se debe agregar que resultan muy disímiles las circunstancias fácticas narrada en su declaración, con aquellas plasmada en la historia clínica.

La fuerza de los hechos y su prueba, en este caso indica que, si es posible atribuir falla del servicio, la cual deviene palmaria, habida consideración que quedó claramente establecido que la atención se concentró en un parto pretérmino, es decir, prematuro, que ameritaba extrema diligencia y atención inmediata, no atendido oportunamente y que finiquitó negativamente, pero que bien pudo haberse conjurado, si se hubiese dado el traslado o remisión de manera oportuna, pues como lo admitió el galeno en su confesión, ese trabajo de parto hubiese tenido otro resultado, probablemente positivo, si se hubiese garantizado el traslado oportuno a la Clínica Rafael Calvo de Cartagena.

singulares de prueba, que sepa pasarles revista, en forma más o menos ingeniosa; es necesario que lo sepa apreciar como convenientemente y, sobre todo, que sepa captar el nexo no exterior sino íntimo que los une. Los datos singulares deben, pues, ser valorados bajo un doble aspecto: por sí mismos y en relación a los otros elementos; lo que significa buscar la conexión con sus causas y con sus efectos; trabajo que es producto de la lógica de indagador. No sin razón afirmaba Gioberti que "el criterio de la verdad es su conexión lógica con el resto"; y que "la certeza plena nace del perfecto y recíproco enfrentamiento y comparación de los antecedentes y de los consecuentes." La evidencia, más que de la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho de modo rápido y seguro, y casi dominarlo.

"(...) Es por esta razón por la que Galileo afirmaba que "una experiencia manifiesta basta para enervar mil razones, y mil razones no bastan para hacer una experiencia verdadera." BRICHETTI, Giovanni "La evidencia en el derecho procesal penal", Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1973, pág. 10, 39, 40 y 129.



SC5780-1-9

Esto da pie para encontrar configurado plenamente el nexo causal, máxime cuando quedó claro también que mientras estuvo la paciente bajo la guarda del cuidado médico de la clínica demandada, y en trabajo de parto, esperando por una ambulancia el feto siempre estuvo con vida.

Resulta inaceptable que se excuse la responsabilidad en el hecho de que la ambulancia del hospital no sirvió en el momento en el que se necesitó, porque precisamente es allí en donde descansa gran parte de la posibilidad de construir la imputación fáctica (nexo causal), pues ya quedó claro que ante un traslado oportuno, el resultado bien pudo haber sido otro, sin que se pueda oponer esa situación para salvar la responsabilidad, pues no solo es deber de la institución prestar un servicio eficaz, sino tener sus instrumentos aptos para ese propósito, lo que se refuerza en el hecho de que no se trató de una circunstancia imprevisible, pues también quedó claro que ya venía presentado dicha ambulancia fallas mecánicas.

Las pruebas, analizadas en conjunto, reflejan que la atención escapó al deber de protección y atención prioritaria que merecía en su momento la accionante por ser madre gestante, desde la egida del bloque de constitucionalidad.

En punto a lo tocante con la constitucionalización del derecho a la salud, el artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, establece que *“la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

Por su parte, el artículo 44 ejusdem se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (**artículo 25**), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (**principio 2**) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (**artículo 12**) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección. Normas que bien pueden ser aplicadas en el caso de marras, ya que se trataba de un nasciturus, razonablemente asimilable a un niño y que, bajo



SC5780-1-9

la nueva reconfiguración dogmática del derecho, encuentra plena protección.

Ahora bien, en desarrollo de dichos mandatos constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶¹ y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁶² le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la **dignidad humana**, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho, donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el "trato a la persona conforme con su humana condición"⁶³; luego entonces, en *sub lite*, la primera atención debió comportar un trato diferenciado y no ordinario, habida cuenta de la calidad especial de la paciente.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que Ley Estatutaria 1751 de 2015⁶⁴ fue objeto de control constitucional por la Guardiania de la Constitución, quien mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que *"la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la **dignidad humana**, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano"*.

⁶¹ Mediante sentencia T-760 de 2008, la Corte puso de presente la existencia de fallas estructurales en la regulación del Sistema de Seguridad Social en Salud, se afirmó que el derecho fundamental a la salud es autónomo *"en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna"*. Con este desarrollo jurisprudencial se puso fin a la interpretación restrictiva de la naturaleza del derecho a la salud como derecho conexo a otros, y se pasó a la interpretación actual como un derecho fundamental nato.

⁶² El artículo 1 de la ley en cita establece que: *"La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección"*. Por su parte, el artículo 2 dispone: *"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado."*

⁶³ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁴ *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones"*.

Agregase que, en lo que corresponde a las personas en situación de discapacidad o enfermedad, el artículo 13 Superior le ordena al Estado la protección especial de aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en condiciones de debilidad manifiesta⁶⁵. Por su parte, el artículo 47 del mismo Texto Constitucional le impone al Estado el deber de adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

A partir de esa lectura de los aludidos mandatos constitucionales, se debe considerar que el propósito del constituyente en esta materia estuvo orientado a implementar y fortalecer la protección especial de quienes padecen de algún tipo de patología que produce una disminución física, sensorial o psíquica, incentivando así, el ejercicio real y efectivo de la igualdad⁶⁶.

Bajo esa línea de pensamiento, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, **mujeres embarazadas**, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, **cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica.**

Esta disposición normativa reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben este tipo de personas en los siguientes términos:

*“Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes [...] y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. **Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.** Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”. (Negrilla fuera del texto original).*

⁶⁵ Artículo 13 de la Constitución Política “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

⁶⁶ Corte Constitucional, T – 086 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos).



SC5780-1-9

A propósito de lo último, la Corte Constitucional⁶⁷ reiteradamente ha precisado que el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la **prestación continua, permanente, y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud**. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben “*procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados.*”⁶⁸

Ahora bien, tratándose de la prestación del servicio de salud requerido por menores de edad o personas en situación de discapacidad, ha señalado la Corte que **el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de manera dúctil**, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos⁶⁹. Por supuesto en el asunto sub examine la atención inicial careció de toda ductilidad, los hechos por si solos indicaban la gravedad de la situación.

La negligencia es visible. Sin embargo, el daño deviene no solo del actuar exclusivo del ente hospitalario, sino que, en igual medida, si se quiere, la atribución del resultado radica en cabeza de la accionante, si se tiene en cuenta que, pervirtió el control prenatal, obviando incluso los exámenes de rutina tales como la citología y hasta el punto de haber esperado cuatro horas y media para consultar por primera vez ante la sintomatología presentada. Así consta en la historia clínica previamente valorada y emerge de los otros medios de prueba (interrogatorio de parte), lo que, sin ninguna duda coadyuvó en la producción de daño.

La aludida ley 100 de 1993, comporta en el artículo 153, modificado por el artículo 3 de la ley 1438 de 2011, sus principios rectores en los siguientes términos:

⁶⁷ Corte Constitucional sentencias T-335 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-672 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-837 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-765 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería), entre otras

⁶⁸ Corte Constitucional Sentencia T- 158 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-121 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).



SC5780-1-9



*"3.8. Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma **integral, segura y oportuna**, mediante una atención **humanizada**."*

Es evidente que, en el caso puesto a consideración de la Sala, además de lo ya discernido, no se atendieron los principios de atención oportuna, humanizada, integral y segura, de obligatorio cumplimiento según la norma transcrita; ello a pesar de lo delicado del estado de salud en que se encontraba la paciente, pues no solo existía advertencia del riesgo, sino evidencia nítida del grave estado de salud, el que progresaba con el pasar de la horas.

En el derecho obligacional médico tanto doctrina como jurisprudencia han sido unánimes en manifestar que la obligación de un médico frente a sus pacientes y en función de su ejercicio profesional es por regla general de medios, y en circunstancias excepcionales de resultado. Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia⁷⁰:

*"con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle lo cuidados concienzudos, **solícitos y** conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento....."*

2. si en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del código civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluirlas válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. Dentro de ese mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP Doctor Horacio Montoya Gil. Sentencia del 12 de septiembre de 1985





necesarias para que el paciente no sufra, algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato.....”

Ahora bien, en un asunto de contornos similares al del *sub lite*, el H. Consejo de Estado tuvo la oportunidad de tratar el tema de la responsabilidad médica por **RETARDO U OMISIÓN** en la prestación del servicio, fenómeno que se presenta en el *sub judice* como apodíctica verdad. Se trató de un fallo que en el año 1992 profiriera la máxima Corporación, en el cual declaró la responsabilidad del Seguro Social por RETARDO en la prestación del servicio⁷¹, ya que el paciente fue sometido antes de intervenirlo a un viaje de cuatro horas vía terrestre por la carretera que del municipio de San Andrés (Departamento de Santander) conduce al Municipio de Bucaramanga, sin enfermera acompañante y todo lo cual derivó en un daño irreparable.

Estos son entre otros algunos apartes de dicho fallo:

*“2. No cumplió el demandado con la OBLIGACIÓN DE MEDIO, al disponer el traslado del enfermo, de San Andrés a Bucaramanga, por vía terrestre, sin el acompañamiento de una enfermera, por lo menos, que lo auxiliara en el viaje, no obstante el estado de gravedad que el presentaba. En este momento del discurso se recuerda que el viaje duro cuatro horas, pues se inició a las nueve de la mañana y terminó a la una de la tarde. Pero la falta de atención al paciente se vivencia aún más cuando se valora la circunstancia de que **en el hospital no fue recibido hasta las dos de la tarde**, y visto solo a las cinco y treinta. En la interpretación de la conducta humana que en más de un ocasión reviste más importancia que la de la propia ley, cabe preguntar: ¿cumple el deudor de obligación de medio, con su deber jurídico, dejando al enfermo grave sin atención médica alguna, durante tres horas y media?. La respuesta tiene que ser necesariamente negativa. Esta conclusión toma más universo si se tiene en cuenta la circunstancia de que al llegar el paciente a Bucaramanga, no pudo ingresar directamente a la clínica, pues las puertas de ésta solo se abrieron hacia la una y media.*

(...)

*¿Quién ha dicho o enseñado que la obligación del médico es de RESULTADO? Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se acepta que **su deber profesional y jurídico se cumple proporcionando al paciente cuidados concienzudos, atentos, y conforme a los datos adquiridos de la ciencia**. Para el ad quem la responsabilidad de la administración se da, en el caso en comento por RETARDO en la prestación del servicio.”*

⁷¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Magistrado ponente Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Sentencia 6255 de 26 de marzo de 1992.



SC5780-1-9

Muy atinente lo esbozado, pues para el caso de marras tenemos que si algo se presentó en él fue el retardo en la prestación del servicio requerido por el demandante, recuérdese que después de emitido el diagnóstico del trabajo de parto prematuro y dada la orden de remisión, solo quedó esperar a que se materializara el traslado, el que envolvió toda una novela en la que participo hasta la esposa del señor Alcalde, que descorazonadamente se negó a prestar la camioneta de la alcaldía y dando lugar a que la espera se prolongara por horas, hasta que finalmente y por gestión de la médica de turno se consiguió una ambulancia de otro municipio.

En época más actual, la misma Corporación declaró la responsabilidad de una entidad prestadora de servicios médicos por la omisión en la remisión de un paciente a otro centro de salud, atribuyendo la causa del daño (lesiones) a la negligencia en el traslado (fallo citado en el acápite normativo). Así se expresó⁷²:

“[E]n el caso concreto existió una falla del servicio médico, por cuanto a la menor María Fernanda Agudelo Suárez no se le suministró la atención y los procedimientos requeridos según los síntomas presentados desde su valoración de ingreso, en la E.S.E. Villavicencio. (...) las complicaciones presentadas por la niña a la madrugada del 24 de septiembre de 2002, se produjeron como consecuencia de la negligencia y desatención con que fue tratada por los galenos de la E.S.E. demandada. (...) según la prueba recaudada, valorada en su conjunto, y atendiendo los síntomas presentados por María Fernanda Agudelo Suárez, era predecible y prevenible el deterioro de su salud con motivo del dengue que la aquejaba; y a pesar de esto fue tratada con desidia por parte de los profesionales de la salud que tuvieron a cargo la atención de la niña, conducta con la cual se incurrió en una clara falla del servicio médico por omisión, consistente fundamentalmente en no haber remitido a la menor a otro centro de salud o al hospital en donde le practicaran los exámenes de laboratorios requeridos y acertadamente recetados por el médico de turno que la atendió el viernes 20 de septiembre de 2002. (...) la paciente no recibió la atención apropiada ni oportuna y que se probó la negligencia en la actuación médica alegada por la parte actora. Por tal razón, procederá a declarar la existencia de una falla del servicio médico. En consecuencia, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta habrá de confirmarse. (...) Cabe resaltar que la falla del servicio en este caso reviste una mayor gravedad por tratarse la paciente, de una niña menor de edad, es decir sujeto de especial protección por parte del Estado, toda vez que la Constitución Política de 1991 establece la prelación de los derechos de los niños. La Corte Constitucional en sentencia T-760-08 enfatizó en las medidas de protección especial que se debe a los menores, las cuales deben tener por

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente Danilo Roja Betancourth. Sentencia del 5 de marzo del 2015. Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01 (30102).

finalidad garantizar a los niños su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos."

Pues bien, retomando el asunto, no solo quedó demostrada la actuación ineficiente y tardía sino además la incidencia causal de dicha actuación en el fatal desenlace que dio al traste con el derecho a la vida de un infante y la salud de quien es esta oportunidad demanda.

Dicho todo lo anterior se concluye que hay lugar a REVOCAR la sentencia dado que el daño resulta imputable al HOSPITAL REGIONAL DE BOLÍVAR por haber trastocado los principios de atención priorizada a un sujeto de especial protección constitucional y convencional y la **oportuna, humanizada, integral y segura** prestación del servicio médico y hospitalario, habiendo la necesidad de precisar que la responsabilidad no se extiende a la médica de turno que atendió la urgencia de la demandante, pues de manera terminante es posible concluir que ella no tuvo los medios para conjurar el resultado final, por decisión de la institución.

Aunado a lo inmediatamente anterior, la actitud de la señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA se valora como imprudente y desobligada (al punto de considerar que incidió de manera importante en la producción del daño), habida consideración al desapego a los deberes de autoprotección y cuidado de su embarazo; los que se entienden desquiciados al no desplegar la intención de materializar con rigor las ordenes medicas dadas en el control prenatal, lo que, si bien no puede tenerse como causa exclusiva en la producción del daño, si emerge como **concausa**.

Ahora bien, en tratándose de causa adecuada y concausa, la jurisprudencia ha informado⁷³:

"Por otra parte, a efectos de que operen las citadas eximentes de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder -activo u omisivo- de la víctima tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga

⁷³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Sentencia del siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01 (20750). Actor: ALICIA MARGOTH MONTILLA Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LORENZO Y OTRO



*plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues **en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.***

Dada la concurrencia de culpas y la incidencia de ellas en el resultado dañoso, a la indemnización que se liquidará adelante se deducirá el 50%, teniendo en cuenta que se ha determinado que el comportamiento de la demandante tuvo igual medida influencia en el daño, entendiendo entonces que a la demandada le corresponde asumir un 50%.

2.6.3 Liquidación de perjuicios.

La Sala ha venido a lo largo de esta providencia asimilando la criatura fallecida a un niño para efectos de la definición y alcance de la protección de sus derechos y los de su madre a la luz del bloque de constitucionalidad; sería un contrasentido renunciar a esa concepción a la hora del reconocimiento de los perjuicios, ergo, se encuentra razonable seguir asimilando al nasciturus a una persona y en tal virtud aplicar las reglas jurisprudenciales de unificación.

* Perjuicios morales.

Respecto de la tasación de los perjuicios morales a ser reconocidos en el *sub examine*, se tendrán en cuenta los criterios y reglas fijados por la jurisprudencia de unificación del H. Consejo de Estado,⁷⁴ en la cual se establecieron los topes máximos indemnizatorios para eventos de muerte.

El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra,

⁷⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Ana Rita Alarcón Vda. De Gutiérrez y otros. Demandado. Municipio de Pereira.

Ver también: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.



SC5780-1-9



etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:



REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, **además**, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Consecuente con lo anterior y acorde con el *inter tantum* probatorio obrante en el expediente, se encontró establecida la relación filial existente entre la actora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA y el NASCITURUS, tal y como se observa del CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN⁷⁵; de allí emerge igualmente la muerte fetal, por lo que en tal virtud, se ordenará el pago a cargo de la demandada, entendiéndose por tal al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, en su calidad de sucesor procesal y a favor de la señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA, de una suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que corresponde al 50% de lo que le hubiese correspondido ante una responsabilidad plena.

*** Daño a la vida de relación:**

Dentro de la nueva reconfiguración dogmática de esta tipología de perjuicio, el concepto de **daño a la vida de relación** (también llamado perjuicio fisiológico) fue recogido por nuestra Jurisprudencia Contenciosa para dar paso a lo que hoy en día se conoce como **daño a la salud**. En efecto, en los casos de daño a la salud, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso

⁷⁵ Ver folio 40 del cuaderno No. 1



Administrativo del Consejo de Estado y por ante su jurisprudencia⁷⁶ ha establecido que no se puede limitar su reconocimiento y liquidación al porcentaje certificado de incapacidad sino que deben considerarse las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima, como por ejemplo los casos estéticos o de lesiones a la función sexual, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

Se abandonó definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia y se recuerda que **la indemnización está sujeta a lo probado única y exclusivamente para la víctima directa**, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100

⁷⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero. Actor: Luis Ferney Isaza Córdoba y otros. Demandada: La Nación, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Ver también: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth. Actor: Andreas Erich Sholten Demandado: Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho-Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC.

Ver también: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez. Demandado: Hospital San Vicente de Paúl de Lorica y otro.

Ver también: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.



SC5780-1-9

Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, en consideración a las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima y



SC5780-1-9

- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

Asimismo, se determinó que en casos excepcionales y cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud, podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas.

En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará de la siguiente manera:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclaró que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida nunca podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.

Una vez precisado el concepto, para el asunto de marras, a juicio de la Sala es palmario que hay lugar a reconocer indemnización por perjuicio a la salud, como quiera que es evidente que la accionante perdió por completo la funcionalidad de su aparato reproductor femenino, con todo y lo que ello implica, dada la histerectomía abdominal subtotal que fue necesario practicarle para detener la hemorragia y salvar su vida.

La histerectomía, según la literatura médica⁷⁷ es la extracción del aparato reproductor femenino y se hace vía abdominal por laparatomía o por laparoscopia.

Específicamente, consiste en:

“Es la cirugía para extirpar el útero o la matriz de una mujer. El útero es el área donde el bebé crece cuando una mujer está en embarazo.

⁷⁷ <https://tusdudasdesalud.com/mujer/ginecologia/histerectomia/>



“Durante una histerectomía, el médico puede extirpar todo el útero o sólo parte de éste. Las trompas de Falopio (conductos que conectan los ovarios al útero) y los ovarios pueden también extirparse.

“Tipos de histerectomía:

Histerectomía parcial (o supracervical): se extirpa sólo la parte superior del útero. El cuello uterino se deja en su lugar.

“Histerectomía total: se extirpa todo el útero y el cuello uterino.

“Histerectomía radical: se extirpa el útero, el tejido en ambos lados del cuello uterino y la parte superior de la vagina. Ésta se hace principalmente si se tiene cáncer.

“Hay muchas formas diferentes de llevar a cabo una histerectomía y se puede hacer a través de una incisión quirúrgica ya sea en el abdomen o en la vagina.

“El médico la ayudará a decidir qué tipo de histerectomía es la mejor para usted. El procedimiento específico depende de su historia clínica y de la razón para la cirugía.

“Histerectomía abdominal: el cirujano hace una incisión quirúrgica de 5 a 7 pulgadas en la parte inferior de su abdomen. El corte puede ir ya de arriba a abajo o a través del abdomen, justo por encima del vello púbico. Éste se denomina corte tipo bikini.

“Histerectomía vaginal: el cirujano hace un corte en la vagina, a través del cual saca el útero. La herida se cierra con puntos de sutura.

“Histerectomía laparoscópica: un laparoscopio es un tubo angosto con una cámara diminuta en el extremo. El cirujano hará de 3 a 4 incisiones pequeñas en su abdomen e introducirá el laparoscopio y otros instrumentos quirúrgicos a través de dichas aberturas. Luego, corta el útero en pedazos pequeños que se puedan extraer a través de estas pequeñas aberturas.



SC5780-1-9



"Histerectomía vaginal asistida por laparoscopia: el cirujano extirpará el útero a través de un corte en el interior de la vagina. Se utiliza un laparoscopio para guiar el procedimiento.

"Histerectomía robótica: este procedimiento es similar a la cirugía laparoscópica, pero se utiliza una máquina especial (robot). La cirugía robótica casi siempre se usa para llevar a cabo una histerectomía cuando una paciente tiene cáncer o sobrepeso y la cirugía vaginal no es segura."⁷⁸

En similar sentido, en sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 20371⁷⁹, el Consejo de Estado, con apoyo también en la literatura médica y científica sobre la materia, señaló:

"Debe tenerse en cuenta que el tratamiento prescrito como solución dada, esto es la histerectomía abdominal, la literatura científica la define como "la extirpación quirúrgica del útero que ocasiona la incapacidad para quedar en embarazo (esterilidad)" y es el procedimiento indicado por "endometriosis en los casos en los que el dolor es severo y no responde a otros tratamientos no quirúrgicos" para mujeres que la padecen "con enfermedad o síntomas severos que no tienen intenciones de quedar embarazadas en el futuro"¹⁰.

Por su parte, en relación con las aciagas consecuencias que se derivan de la intervención quirúrgica que le fue practicada a la demandante, la doctrina autorizada ha señalado:

"(...) La histerectomía es la pérdida del aparato reproductor femenino, con una ostensible afectación del patrimonio biológico, que como se sabe, lo constituye cada uno de los órganos, aparatos y sistemas con sus respectivas funciones, por ello la histerectomía evidencia como manifestación del daño corporal, secuelas: a) anatómicas evidentes: pérdida de la matriz; b) funcionales: pérdida de la menstruación. Incapacidad para la concepción uterina; c) estéticas: cicatriz operatoria o laparatómica; d) síquicas: muy frecuentes e importantes. La pérdida del aparato reproductor femenino, bien de manera parcial -histerectomía-, o total, -anexohisterectomía-, que es el caso de la paciente, en cuanto a su función y significado suele motivar complejos de castración, inferioridad y masculinización.

⁷⁸ <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002915.htm>

⁷⁹ M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ Cita del fallo. Medline Plus, Servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU. y los Institutos Nacionales de Salud, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000915.htm>. Sentencia del 3 de mayo de 2007 Exp: 16098 M.P Enrique Gil Botero



SC5780-1-9

*Depresiones. Neurosis, incluso psicosis exógenas; e) morales: derivadas de la hospitalización del riesgo quirúrgico de la secuela anatómica y funcional etc. **El perder la capacidad de gestación o maternidad produce un efecto frustrante de gran repercusión moral**"⁸⁰*

No se puede soslayar que en los lineamientos modernos del derecho de género, la individualidad de la mujer, su identidad, sus condiciones particulares obligan a que lejos de situarla en una posición de desventaja frente a los hombres, debe ser entronizada o al menos estar en nivel de igualdad, son ellas las que, al fin de cuentas, nos dan la vida a todos, tanto a hombres y mujeres. Son ellas quienes con su esfuerzo y dedicación entregan sus hijos e hijas al mundo. Por esto, el daño que se le causa a la mujer cuando se le afecta su aparato reproductivo no se circunscribe al ámbito sexual, sino que comprende un conjunto de esferas que tocan las fibras más profundas de los campos biológico y psicológico de aquella.

En línea con lo anterior, y aun cuando no milita la prueba que indique en términos porcentuales la gravedad de la lesión, por las características especiales del daño y sus posibles efectos, conforme lo que viene de advertirse, resulta razonable imponer la condena por daño a la salud a cargo de la demandada, entendiendo por tal al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, en su calidad de sucesor procesal y a favor de la señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA, de una suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, de la misma manera que se hizo con la suma otorgada por concepto de perjuicio moral y dada la responsabilidad asignada a la demandante (50%), la orden se limitar a pago de cincuenta (50) salarios minios legales mensuales vigentes..

Perjuicios materiales.

La demandante depreca indemnización por el perjuicio material en razón a que por un año - según indica -, no pudo laborar, pero no presentó ningún soporte acerca de relación o vínculo laboral vigente con persona jurídica de derecho público o privado al momento de los hechos; tampoco revela

⁸⁰ Cf. PÉREZ Pineda, Blanca y GARCÍA Blázquez Manuel, "Manual de valoración y baremación del daño corporal", Editorial Comares, Granada, 1991.

el expediente que se tratara de una mujer laboralmente activa, así fuera como trabajadora independiente.

Se negará en consecuencia este concepto.

2.7. Costas.

Habida consideración que bajo la egida del Decreto 01 de 1984, la imposición de costas emerge cuando alguna de las partes actúa temerariamente, no habrá lugar a imponerlas en el sub lite, pues dicha circunstancia no está acreditada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III.- FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada para en su lugar declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR en su calidad de sucesor procesal del extinto HOSPITAL REGIONAL DE BOLÍVAR, por el OBITO FETAL y la consecuente HISTERECTOMIA SUBTOTAL, en que derivó la atención médica del trabajo de parto prematuro de la señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA, la cual se extiende solamente al 50% del daño irrogado por concurrir con el actuar culposo de la víctima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior (y hecha ya la deducción del porcentaje asumido por la accionante), **CONDÉNASE** al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR en su calidad de sucesor procesal del extinto HOSPITAL REGIONAL DE BOLÍVAR, a pagar a la señora MARÍA DE LOS ANGELES MOSQUERA ARIZA (accionante), las siguientes sumas de dinero:

- **Por concepto de perjuicios morales**, una suma de dinero equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

- **Por concepto de daño a la salud**, una suma de dinero equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Se exonera de responsabilidad a la señora MAYERLING MIRANDA TEHERAN, por las razones previamente expuestas.

CUARTO: NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL