

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01
Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

Cartagena de Indias D.T. y C, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-33-012-2013-00168-01
Demandante:	MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN
Demandado:	HOSPITAL DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ
Magistrado Ponente:	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema:	FALLA MÉDICA

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el quince (15) de diciembre del dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

Fueron invocadas en esencia las siguientes:

Que se declare la responsabilidad de la Empresa Social del Estado - Hospital Divina Misericordia y la Fundación Renal de Colombia, por los perjuicios casados a la demandante (María Concepción Castro Galván) con ocasión de la muerte de la menor ELEMIS CASTRO GALVÁN, ocurrida el 22 de mayo del 2011 por falla atribuida al servicio médico.

Que como consecuencia de la declaración antes descrita se condene al pago de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) e inmateriales (perjuicios morales).

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El día 16 de mayo del 2011 a las 15:20 pm, ingresó la menor ELEMIS CASTRO a las instalaciones del Hospital La Divina Misericordia de Magangué, ya que presentaba fiebre, vómito con sangre, fuertes dolores de cabeza y mareos.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

- Al momento de ser atendida en el hospital, encuentran que la menor presenta cuadro de hematemesis, por lo que se realiza un examen que evidencia gastritis erosiva y ascaridiasis y se le suministra omeprazol, ranitidina, dipirona y otros medicamentos propios de esta enfermedad, sin hacer mayores análisis, que descartaran otros motivos de los padecimientos.
- El 19 de mayo del 2011, dos días después de la advertencia realizada por la tía que había solicitado la remisión, el Hospital considera remitir a la menor para valoración y manejo por gastroenterología pediatría y se determinó solo hasta ese momento que la menor tenía un absceso dentario que era el que le estaba ocasionando los malestares y se le empieza a suministrar antibióticos.
- Frente a la persistencia de los síntomas y al hecho que se encontró pus en el cerebro de la menor se decidió remitirla solo hasta el 20 de mayo del 2011, a una entidad de mayor nivel en Cartagena para que fuera atendida de urgencia por un neurólogo infantil.
- Finalmente y ante la negligencia del personal médico, el día 22 de mayo de 2011, en horas de la mañana se encuentra que la menor de 12 años persistía con fuertes dolores de cabeza, tenía la visión borrosa, estaba somnolienta y dos días después aún estaba a la espera de la remisión a tercer nivel: pediatría, por lo que ese mismo día siendo las 16:20 pm la paciente presentó paro respiratorio que requiere soporte ventilatorio y posteriores dos paros cardio - respiratorios que requirieron reanimación cardio - pulmonar, lográndose la reanimación de la menor y ordenándose la remisión inmediata (solo hasta ese momento) a las 19:40 del mismo día.
- La niña falleció en el proceso de traslado hacia la ciudad de Barranquilla, sin haber alcanzado a salir del caso urbano de Magangué.
- Entre la ESE Hospital Divina Misericordia y la Fundación Renal de Colombia, se celebró contrato de asociación cuyo objeto era la prestación de los servicios y afines, para el funcionamiento y operación del servicio de salud hospitalarios, de urgencias y quirúrgicos de mediana complejidad para la atención de la población vinculada, por parte de la última, en las instalaciones de la primera.

2. Contestación.

2.1. Hospital La Divina Misericordia de Magangué Bolívar.

Se opuso a las súplicas de la demanda.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

Salvo el hecho Décimo Primero, que fue aceptado, respecto de todos los demás informa que no constan, precisando que el que se encargó de la prestación del servicio de salud hospitalario, de urgencias, quirúrgicos de mediana y alta complejidad fue la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA.

Formuló como excepciones de mérito la “falta de relación causal”, “carencia de derecho para reclamar”, “tasación de perjuicios excesiva”, e “inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad extra contractual”.

Llamó en garantía a la expresa Seguros del Estado S.A.

2.2. Seguros del Estado S.A. (Llamado en Garantía.).

Arguye que no le constan ninguno de los hechos de la demanda y por esa razón se opone a las súplicas de la misma.

En cuanto a los hechos del llamamiento, aduce que es cierto que el llamante ESE HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ y el asegurado FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA se celebró un contrato de asociación, según se desprende del material probatorio y es cierto que la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA celebró contrato de seguro contenido en la póliza No. 75.03.101000525, el cual se encuentra debida y legítimamente delimitado por los amparos, definiciones y cobertura y exclusiones contenidas en el texto de la caratula.

Asegura que la Fundación Renal de Colombia no puede ser declarada civilmente responsable por ningún concepto dentro del debate, pero, sin embargo, en el evento improbable que se encuentre viable condenarla, es necesario sopesar la relación jurídica por la cual SEGUROS DEL ESTADO está compareciendo con base en lo estipulado en el contrato de seguro en cuestión.

Aduce, en esa línea, que Seguros del Estado S. A. no puede considerarse como absoluta e ilimitadamente responsable, sino que se encuentra válidamente delimitada por las estipulaciones contenida en el contrato de seguro, en tanto manifestación libre y autónoma de la voluntad contractual de las partes.

Sostiene que, en el caso bajo estudio, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de seguro se incluyó un límite del valor asegurado equivalente a \$300.000.000, por lo que, de prosperar las pretensiones tanto del demandante como del llamante en garantía, Seguro

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

del Estado entrar a responder solo por dicho valor, teniendo en cuenta el deducible del 15% sobre el valor asegurable.

2.3. Fundación Renal de Colombia.

Guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, resolviendo lo siguiente:

“PRIMERO: Declárese (sic) no probadas las excepciones de mérito planteadas por la demandada ESE HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ.

SEGUNDO: Declárese (sic) patrimonial, administrativa y solidariamente responsables a la ESE HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ y la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA, por la pérdida de oportunidad de que fue víctima la niña ELEMIS CASTRO GALVÁN, ocurrida el día 22 de mayo del 2011, de acuerdo a lo expuesto en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénese (sic) a la ESE HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ y a la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA, a pagar de manera solidaria a los demandantes los siguientes conceptos:

A título de perjuicios morales, a favor de la señora MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN, la suma equivalente en pesos a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

A título de pérdida de oportunidad, a favor de la señora MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN, la suma equivalente en pesos a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

CUARTO: Condénese (sic) a la ESE HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ y a la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA, a la reparación integral (no pecuniaria) por haber transgredido tanto la dimensión objetiva como subjetiva del derecho a la vida y a la integridad de la niña ELEMIS CASTRO GALVÁN, para lo cual, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, deberán adoptarse las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria:

Como medida de no repetición, la ESE Hospital La Divina Misericordia de Magangué y su operador Fundación Renal de Colombia deberán enviar copia íntegra de esta providencia a cada una de las Empresas Sociales del Estado que funcionaba actualmente en el Departamento de Bolívar, con el único propósito de lograr una divulgación pedagógica, a efectos de que situaciones como la descrita en la presente sentencia no se vuelvan a presentar.

De igual forma, la Fundación Renal de Colombia deberá publicar un Link en su portal Web (www.fundacionrenaldecolombia.com) o el que tenga en operación, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada Fundación Renal de Colombia, en el término de

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

2 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un periodo de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución.

Las entidades demandadas deberán enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a este Despacho, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del presente año.

QUINTO: Condénese (sic) a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., a rembolsar a la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA, las sumas de dinero que como consecuencia de esta sentencia tenga que pagar, hasta en la proporción, cuantías y coberturas convenidas en la póliza de responsabilidad civil profesional médica para clínicas y similares No. 75-03-101000525 del 28 de enero de 2011, sin incluir lo relacionado a perjuicios morales, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

(...)

DÉCIMO PRIMERO: Declárense (sic): a) probadas las excepciones de mérito denominadas "Limite de responsabilidad de la póliza" y "Falta de cobertura por exclusión expresa dentro del contrato de seguros", b) probada parcialmente la excepción de mérito denominada "Ausencia de cobertura sobre toda clase de riesgos extrapatrimoniales " y c) no probada la excepción de mérito denominada "Hechos excluidos de cobertura dentro de la póliza No.75-03-101000525", todas propuestas por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.."

Las razones de la decisión se pueden resumir así:

Respecto al daño antijurídico consideró que se acreditó a partir de la muerte de la niña ELEMIS CASTRO GALVÁN, quien falleció el día 22 de mayo del 2011, según como se verifica del folio 15 del expediente, en donde se encuentra la copia del certificado de defunción antecedente para el registro civil No. 80465935-8 que da cuenta del fallecimiento de la niña.

En tratándose de la imputación aseguró que se debía realizar el análisis bajo el alero del título de imputación de falla probada del servicio, advirtiendo que se pondría el acento en la configuración posible del daño autónomo denominado pérdida de oportunidad.

En esa línea, conceptuó sobre la pérdida de la oportunidad incorporando la tesis del fallo del Consejo de Estado de fecha 1 de agosto del 2010 de radicación interna 18593.

Hizo un repaso por todo lo ocurrido de acuerdo con los datos de la historia clínica e hizo alusión al informe ejecutivo de fecha 23 de mayo del 2011 que hace parte de la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación en donde se advierte que la niña salió remitida a la ciudad de

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01
Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

Barranquilla, pero llegando a San Juan se vio que no tenía vida y que no había nada que hacer.

Informó que de acuerdo con el testimonio rendido por el médico forense Argemiro Martínez García, Coordinador de la Unidad Básica de Magangué del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien elaboró el informe de necropsia sobre la menor aludida, la patología que esta presentaba es bastante prevenible, pues no se genera en cuestión de horas y la sintomatología es muy florida.

Que el perito aclaró que a veces es difícil detectar la patología, pero que en el caso particular de la menor CASTRO GALVÁN la sintomatología era muy florida de acuerdo a la historia clínica, por lo que era prevenible el absceso cerebral se toma días y días y aunque el paciente no presenta sicopatología neurológica lo que dificulta a veces el diagnóstico, no era difícil detectar esta patología a través de un TAC cerebral.

Que la evolución del absceso cerebral se desarrolla en un periodo de 14 a 15 días y en ese estadio empiezan a producir manifestaciones neurológicas.

Concluyó a pesar de la tacha el testimonio del perito es relevante por tratarse del profesional idóneo y en tanto su declaración se basó en los hallazgos detectados con ocasión de la necropsia.

Destacó pues que el diagnóstico inicial aunque acertado para un tipo de patologías que padecía la niña ELEMIS CASTRO, no fue completamente atinado en cuanto a la sintomatología presentada, si se tiene en cuenta que a su ingreso presentaba vómitos, náuseas y dolores de cabeza; y que a las revisiones externas efectuada al momento de ser valorada por los galenos que la recibieron en urgencia y posteriormente por la médica especialista en Pediatría, no se detectó la existencia de un absceso periodontal que a la postre representaba un foco séptico que irradió una infección bacteriana al cerebro de la niña y que finalmente, luego de varios días de deterioro físico, le produjo la muerte.

Consideró claro que una vez detectado el absceso dentario, se le inició el tratamiento de antibiótico a la niña para contrarrestar el avance de la infección en la cavidad oral, sin embargo, el persistir la sintomatología con la que ingresó la niña al servicio de urgencias (inicialmente se detecta el absceso tres días después del ingreso y la remisión a neurología pediátrica se ordena solo seis días después del ingreso) y solo cuando presentaba los primeros síntomas de deterioro neurológico (ptosis palpebral y cefalea) se

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

decide ordenar remisión a una institución asistencial del tercer nivel de complejidad, siendo esto indicativo que a la paciente no se le ordenaron de manera oportuna, los exámenes diagnósticos necesarios para el tipo de patología detectada, máxime cuando a pesar del tratamiento con antibióticos la sintomatología persistía y empeoraba con el paso de las horas.

Destaca que, para agravar la situación de la paciente Elemis Castro Galván, una vez ordenada la remisión de dicha paciente a un hospital del tercer nivel, dado el deterioro neurológico que se manifestó el día 21 de mayo del 2011, se dio inicio a las gestiones para lograr el traslado, pero esos trámites resultaron infructuosos pues solo hasta las horas de la tarde del día 22 de mayo de 2011 se concretaron, luego de que la menor sufriera dos paros cardio - respiratorios que la colocaron en una situación mucho más desventajosa en relación a la conservación de su vida.

Advirtió el asombro en tanto a la paciente, una vez ordenada la remisión al tercer nivel, dado el deterioro neurológico que se manifestó el 21 de mayo del 2011, se le concretó el traslado solo hasta el 22 de mayo del 2011 en horas de la tarde y luego de que la menor sufriera dos paros cardio respiratorios que la pusieron en una situación mucho más desventajosa con relación a su vida.

Llamó la atención en razón a que dentro del texto del otro si No. 2 del contrato de asociación de prestación de servicios de salud y afines, la cláusula primera (fl. 85) contiene la obligación de la Fundación Renal de Colombia de prestar como parte de los servicios de alta complejidad, Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica y, sin embargo, no obra prueba que a la paciente le hayan prestado este tipo de atención especializada.

Encontró, por todo lo indicado que, es posible dar aplicación a la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada pues si bien, en el presente caso no se puede afirmar con total certeza que el hecho de no haber logrado el diagnóstico acertado desde el primer momento del ingreso a urgencias y de no haber trasladado oportunamente a la paciente a un centro asistencial de mayor complejidad antes de su deceso, habría tenido la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad, erigiéndose como causa eficiente de la muerte de la niña, lo que si resulta claro es que las falencias en el diagnóstico inicial, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01
Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

eficaz prestación del servicio público, y aunque tampoco existe certeza de que aun si la administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la victima habría recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es, con la diligencia, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse y sobrevivir.

Concluyó que, la demora en un diagnóstico oportuno y acertado y el retardo de la entidad (Hospital La Divina Misericordia) le restó oportunidades a la paciente de sobrevivir, precisando que la víctima permaneció en las instalaciones de la ESE demandada por lo menos 7 días sin que existiera prueba de las revisiones corporales exhaustivas y de la aplicación de las valoraciones neurológicas adecuadas, aunado a que no se garantizó el traslado oportuno.

Determino entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación, lo cual si tiene nexo directo con la actuación de la ESE HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUÉ, entidad hospitalaria operada por la Fundación Renal de Colombia en virtud del contrato de asociación de prestación de servicios de salud suscrito entre estas dos entidades.

4. La apelación.

4.1. Fundación Renal de Colombia.

Fundó las razones de su inconformidad con base en lo siguiente:

Se desconoce absolutamente que la atención en salud está fundamentada en situaciones de medios y no de resultados y ello en función a que, el *a quo* se dedicó presuntamente, única y exclusivamente y de forma dirigida a hacer un análisis en circunstancias que pudieran generar responsabilidad, pero nunca un análisis objetivo que nace de una situación de atención médica, en donde ella se torna evolutiva y no se da siempre como resultado del actuar médico, sino como evolución de la patología.

Arguye que lo conveniente en función del equilibrio de partes es que el dispensador de justicia se hubiese cimentado no solo en las circunstancias, sino también en las consecuencias de las mismas, en tanto no se tuvo en consideración, pese a que si se habló sobre ello, que los galenos no son adivinos y que una impresión diagnostica en una unidad de urgencia se hace no solo con el análisis físico del enfermo, sino también con otros

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017

aspectos tales como, la narración de hechos y circunstancias anteriores e inmediatas presentadas por el paciente y su entorno familiar.

Que en el *sub lite*, la menor, pudo informar al médico tratante en urgencias, todos los padecimientos, incluyendo a los que no se refirió, que era el absceso dentario, sin embargo, no está probado que los familiares de la menor o la menor misma, se hubiesen referido en la atención inicial de urgencia a esa patología.

Indica que no es cierto que la conclusión del *a quo* se base en las pruebas documentales y testimoniales allegadas, pues si esto hubiese sido así, el fallo hubiera sido otro, puesto que se demostró con la evolución cronológica de la historia clínica, que los síntomas de la patología que produce el fallecimiento de la menor, se dan dentro del periodo de atención intrahospitalaria y posterior a su atención inicial; a lo que agregó que nunca la paciente ingresó a su atención inicial con esos síntomas, pues el padecimiento que tenía no se conocía porque nunca lo manifestaron y solo se conoció cuando se manifestó gravemente la enfermedad.

Que no es cierto que la atención no se haya realizado dentro de los parámetros médicos orientados por la condición particular del paciente, porque se le atendió de acuerdo a los síntomas que presentaba al ingreso de su atención y es verdad que cuando se observan síntomas de deterioro neurológico es cuando se inicia el tratamiento que requería, pero es producto de una patología que no se conocía y que florece gravemente, luego no hubo error de diagnóstico, porque la aparición de la nueva patología fue súbita.

Informa que no es cierto que haya habido falta de oportunidad, dado que el traslado no se ejecuta no por culpa de los demandados, pues hay pruebas de las solicitudes del traslado, siendo esto una contradicción más del fallo.

Acusa también la sentencia de incongruente, pues una cosa parece emerger de la parte considerativas (que no hubo nexo causal entre la atención y el daño) y otra cosa emerge de la resolutive fallando en contra de la realidad procesal mostrada.

Reprocha que se haya dado valor al testigo que suscribió el dictamen de la causa de la muerte, siendo que apareció en el proceso como persona natural, como particular, haciendo manifestaciones particulares, sin ningún carácter científico demostrado, sobre las mismas circunstancias de la

muerte, e incluso haciendo especulaciones de tipo personal, y sin tenerse en cuenta que tiene interés en el proceso.

Refiere que esa clase de testigos son inválidos por su condición de parte interesada. Por el contrario, al proceso se arrimaron testigos idóneos por su condición de especialistas en medicina que explicaron paso por paso la atención, demostrando que fue multidisciplinaria, sin que sean tenidos en consideración.

Aduce que el juez se formó una idea “apriorística”

Recuerda el concepto de obligación de medios del profesional de la medicina para significar que los galenos que atendieron a la menor de autos no transgredieron esa obligación, pues fueron diligentes y, así las cosas, por ser de medios le corresponda a la parte actora la carga de probar que no se cumplió con esa obligación.

Finalmente comento que, en el asunto, para demostrar la responsabilidad del médico o de la clínica se debió haber demostrado que la muerte se produjo por negligencia de los profesionales y ese hecho no quedó demostrado. En cambio, sí quedó establecido la culpa de la propia víctima o el hecho de un tercero, ya que, si el traslado no se dio, no fue por culpa del hospital u operador.

4.2. ESE Hospital La Divina Misericordia.

Reitero fielmente (al calco) lo argüido en el recurso por la Fundación Renal de Colombia, agregando simplemente que, la ESE Hospital Divina Misericordia, no es quien presta directamente los servicios de salud y por ello debió eximirse.

4.3. Parte demandante.

Cuestiona el fallo por no atender las pretensiones pecuniarias formuladas en la demanda, en tanto se debe atemperar el asunto a lo que devenga acreditado a partir de la muerte de la víctima, y si en todo caso, se permitiera la aplicación de la pérdida de la oportunidad, se debió tasar en mayor proporción por ese concepto.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. ESE Hospital La Divina Misericordia.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01
Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

Reitero lo argüido en la censura, agregando que ninguno de los profesionales vinculados a la entidad transgredió la *lex artis*.

5.2. Fundación Renal de Colombia.

Reiteró lo sustentado en el recurso de alzada.

5.3. Parte demandante.

Guardó silencio.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público en esta ocasión no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

2.3. Problema jurídico.

La demanda fue impetrada con miras a que se declarare la responsabilidad de las demandadas por la muerte de la menor ELEMIS CASTRO GALVÁN, atribuida a la falla en la prestación del servicio médico asistencial. La sentencia apelada encontró a las demandadas responsables a título de falla médica, pero no por la muerte sino por la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, y en tanto no se acreditó que la muerte (hecho no discutido), haya tenido causa en negligencia galénica, aun cuando surgió evidente.

Ambos extremos de la litis se alzaron contra el fallo; el activo cuestionó fundamentalmente que no se haya tenido en cuenta el hecho de la muerte para efectos del resarcimiento y el pasivo por cuanto, a su juicio, no existen pruebas de la negligencia y por tanto tampoco de la imputación, de suerte

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

que el fallo deviene contraevidente e incongruente porque juzga no acreditado el nexo causal, pero termina condenando.

Así las cosas, dados los límites fijados por las partes y el sentido del fallo, (orientado a decantar la pérdida de la oportunidad), la Sala encuentra que el problema jurídico, se contraer a determinar

¿Si la muerte de la menor ELEMIS CASTRO GALVÁN resulta o no imputable a negligencia médica hospitalaria, o si le asiste razón al *a quo* en el sentido de decantar la pérdida de la oportunidad.

Teniendo en consideración lo anterior la Sala considera pertinente, en primer lugar, dilucidar a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los aspectos relativos a las reglas aplicables en la actualidad en materia de responsabilidad médica, para en segundo lugar, pronunciarse respecto al problema jurídico planteado.

2.4. Tesis.

Se MODIFICARÁ la sentencia apelada para declarar la responsabilidad de las demandadas por la muerte y no por la pérdida de la oportunidad y para reconfigurar la condena en perjuicios, es decir, se modificarán solo los numerales segundo y tercero del resolutivo del fallo apelado. En lo demás permanecerá incólume.

2.5. Análisis normativo y jurisprudencial.

2.5.1. Elementos de la responsabilidad extra contractual 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.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



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

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:

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.

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.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

"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 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.

2.5.2 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 administración⁴

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.

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;

A partir del segundo semestre de 1992, la Sala 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 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

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”

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.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”.

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 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

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

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.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

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 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 obren 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

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.

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.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

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.

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

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.

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

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, 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 anormalidad 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,

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.

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”.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

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 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."

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".

22 "Ibídem, 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].

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.”*

2.6. CASO CONCRETO.

2.6.1. Hechos relevantes probados.

Sea lo primero indicar que no encuentra inconveniente la Sala en valorar de la declaración (en calidad de testigo técnico) del Dr. Argemiro Martínez García, pues se trata del profesional que practicó la necropsia al cadáver de la víctima, y por ello resulta útil y pertinente para el proceso conocer sus opiniones expertas acerca la causa de la muerte, máxime si se tiene en cuenta que la regla 220 (inciso 3) del Código General del Proceso, permite la emisión de conceptos y opiniones del declarante, cuando se trata de una persona calificada y, quien mejor calificado para abordar la problemática, en función de la precisión de detalles alusivos a la muerte, que aquel profesional que llevó a cabo, previo estudio minucioso de la historia clínica, el protocolo de necropsia médico legal.

El Doctor Martínez García, bien pudo haber comparecido al proceso como perito, pues también en él concluyen la aptitudes y conocimientos especializados sobre una determinada materia, sin embargo, ello no obsta ni desmerece su calidad de testigo técnico y menos sus opiniones y conceptos particulares sobre el asunto, máxime si se trata de la persona que por razón de su función y competencia realizó el estudio de la historia clínica,

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

para erigir hipótesis de muerte, es decir, tuvo contacto directo con los hechos materia de la litis.

La doctrina ha definido al testigo técnico como aquel que está en condiciones de efectuar deducciones e inferencias de los hechos objeto del testimonio cuando ellos están relacionados con cuestiones científicas, técnicas o artísticas en las cuales es experto. Es precisamente esa experiencia científica la que le permite efectuar deducciones sobre las causas determinantes de ciertos hechos materia de la litis, que es donde reside la esencia o distintivo básico de ese tipo de testimonio. Cabe precisar que el testigo técnico no es llamado a declarar sobre aspectos que requieran conocimientos especiales, porque eso encaja en la prueba pericial, sino que quien presencié los hechos tiene con respecto a estos y en razón de su profesión conocimientos que le permiten suministrar una información completa que es precisamente la que aclarará aspectos importantes no confirmados.

Así pues, no es de recibo entonces la queja sobre la valoración de dicho testimonio, ni las cortapisas impuestas en la audiencia a las opiniones del testigo y menos aún la tacha de parcialidad presentada por uno de los apoderados del extremo pasivo (FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA) cuando finalmente le contestó el forense lo que no quería escuchar.

Argemiro Martínez García, es médico especializado en medicina forense por el Instituto de Medicina Legal y ciencias Forenses, además es perito de la Unidad Básica de Medicina Legal adscrita a la Regional de Magangué Bolívar, con experiencia de 23 años al frente de ella; refirió que una de sus funciones era realizar las necropsias médico legales ordenadas por la justicia, pero que también tiene funciones administrativas en medicina legal Magangué.

Informó el aludido profesional que para la fecha recordada realizó la necropsia a la menor (ELEMIS CASTRO GALVÁN). Indicó que el procedimiento lo hizo por solicitud de la autoridad competente (Fiscalía General de la Nación), cumpliendo las normas de la institución (Medicina Legal) y aplicando las guías y reglamentos; dijo que radicaron el caso luego de recibida la documentación y una vez hecho esto, procedió a ingresar a la morgue, realizando toma fotos y una vez revisados todos los requisitos procedió a la exploración interna y externa del cadáver, obteniendo como hallazgo macroscópico abundante pus en la cavidad intracraneana en el

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

tejido del cerebro; arguyó que eso encaja dentro de una patología que se llama **absceso cerebral**. Sostuvo que la información de la historia clínica y de la familia, así como el acta de inspección y fundamentalmente los hallazgos realizados le permitieron concluir que el “acumulo” de pus y la producción de un aumento de la presión endocraneana y por ende se generó un aplanamiento de la superficie del cerebro y una desviación del tallo cerebral, lo que condujo a la muerte de la menor.

Sobre la causa del absceso indicó que con base a la revisión de la bibliografía e información de la historia clínica “está seguro que la causa fue un foco séptico en la cavidad oral a nivel de la encía” porque era **muy evidente** un absceso periodontal que también fue observado por los médicos tratantes y las fotografías.

Refirió, una vez inquirido por el extremo activo, que se trató de una patología “bastante infrecuente”, que no es común, pues por cada 10.000 pacientes se puede presentar un caso de absceso cerebral, según las estadísticas, y advirtió respecto a la patología que “es muy prevenible (sic) la muerte”, “bastante prevenible (sic)”, porque un absceso cerebral no se forma en cuestión de horas y la sintomatología era “muy florida” según lo muestra la historia clínica. Preciso que los síntomas son cefalea intensa progresiva, visión borrosa, náuseas, y todos ellos estaba allí presentes y encajaba dentro de esa patología que aquejaba la menor.

Advirtió que teniendo en cuenta la tecnología del mundo actual, donde hay tanto avance, ya en Magangué Bolívar se cuenta con la posibilidad de un TAC cerebral que no falla y con ese se hace el diagnóstico.

El apoderado el Hospital La Divina Misericordia de Magangué Bolívar, se abstuvo de inquirir al testigo.

Preciso, además, ante pregunta del apoderado de la Fundación Renal de Colombia, respecto a la gravedad de la patología y la mortalidad de ella cuando está presente lo siguiente (se transcribe):

*“es muy grave y cuando se deja avanzar, ya sea porque no se logra diagnosticar, porque a veces ciertamente es difícil el diagnóstico, pero es difícil las veces en que el cuadro esta enmascarado, pero con base en la revisión de este caso que nos ocupa, **estaba muy florido**, el paciente desde que llega es con dolor de cabeza, náuseas, vomitando sangre, pero resulta de que la sangre no era ninguna hematemesis ni hemorragia del tracto digestivo, la hemorragia venia de la encía; ahora si vamos a*

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9





Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

*hablar de normas de atención, las normas de atención en salud se fundamentan como son en una buena exploración del médico al paciente, elaboración de una buena historia clínica como consecuencia de lo anterior, tercero una valoración oportuna, ya sea de médicos generales o de médicos especialistas y cuarto (son varias) las remisiones oportunas, **entonces yo tuve oportunidad de ver esa historia** y parece que sí, no sé si aquí se va a cuestionar mi opinión, **pero esa patología, ya respondiendo la pregunta acá del doctor es prevenible (sic) la muerte**, porque un absceso se echa días y días, y cuando el absceso cerebral tiene como origen un foco digamos distante, de pronto una infección escondida y el paciente de pronto no está dando la sintomatología neurológica, ahí es donde se hace difícil, pero hoy día gracias al avance de la medicina, el absceso cerebral tiene futuro e incluso hablan de que menos del diez por ciento es la mortalidad, una vez diagnosticado y gracias al avance de los antibióticos y de la resonancia magnética y al TAC, entonces en un hospital de tercer nivel como el de Magangué que tiene casi 40 especialistas, **yo pienso de que un TAC cerebral era la clave para diagnosticar un absceso cerebral de una niña que no duro dos días o tres, sino seis días**, entonces una paciente a esa edad las estadísticas dicen que esta patología es frecuente en las mujeres y en las primeras décadas de la vida, entonces ahí estaba encajando y uno como médico, como pediatra o como cualquier especialista que le incumbe el manejo de esa paciente **tiene que estar muy alerta** cuando llega una paciente (sic) que no está mejorando el primer día, el segundo día, el tercer día; vamos a ver qué es lo que está pasando, no sé si le hicieron un TAC cerebral"*

Refirió posteriormente que la historia clínica es el testigo de la atención y fue en lo que se basó para realizar su trabajo, junto con el resto de la información.

Hasta acá puede decirse que el relato es claro y diáfano, sin embargo, dio lugar a resistencia, especialmente del apoderado judicial de la Fundación Renal de Colombia que manifestó su desacuerdo con vehemencia respecto con lo conceptuado, aun cuando el testigo se limitó a contestar sus preguntas, basando la razón de la ciencia de su dicho, en los datos empíricos recopilados de la historia clínica, los hallazgos del cuerpo de la víctima y su experiencia profesional experta, no puesta en duda en la audiencia.

y es que, resulta difícil comprender que se decrete la prueba técnica para que el experto forense arrime su opinión y concepto respecto de las causas de la muerte y toda vez que para el planteamiento y formación de su hipótesis tuvo como principal herramienta la historia clínica, se le posibilite dar su opinión, y ante las respuestas no queridas por las partes se le coarte la posibilidad de responder haciendo alusión a los datos contenidos en la historia clínica, so pretexto de que las normas de atención desbordan los límites impuestos por el objeto de la prueba (la conclusión pericial sentada en el protocolo de necropsia); no se olvide que las normas de atención médica y todo lo alusivo a la *lex artis*, también son componentes de la

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



historia clínica, luego no puede aceptarse que por tecnicismos mal entendidos, admitidos incluso por el propio *a quo*, se ponga freno a las opiniones del testigo que fue citado precisamente para emitirlas.

Además de ser experto el testigo, fue el que elaboró la hipótesis causal de muerte, a instancias del instituto facultado legalmente para colaborar con la administración de justicia; valga la ocasión para recordar la exclamación expuesta por el forense en la audiencia: "no chucen el toro si se van a asustar cuando hale".

Por demás, el declarante le recordó a uno de los abogados que más o menos como al cuarto o quinto día fue que empezaron a sospechar, de acuerdo a lo que valoró de la historia clínica, del absceso cerebral porque ellos, haciendo alusión principalmente a la pediatra, le estaban dando manejo de una gastritis o ascariviasis (sic), tanto así que ordenó valoración por el especialista gastroenterólogo, quien hizo una endoscopia y dijo que había encontrado un áscaris (sic) que cualquier persona puede tener pues una gastritis se produce incluso por estrés.

Al cuarto o quinto día – preciso - y en vista de que no había mejoría con la ranitidina y la dipirona, la pediatra sugirió la valoración por gastroenterología pediátrica y dicha especialidad aun cuando no encontró sino un áscaris (sic), alertó algo a los doctores porque estaban pensando que la hematemesis venía del estómago, siendo que en realidad venía de la encía lo que fue advertido por este especialista, y cuando le revisaron la cavidad oral, según las fechas de las notas de pediatría, se decía que presentaba una masa de 3 x 4 a nivel de la encía del premolar y ahí fue donde se diagnosticó en primer lugar (dejando en segundo y tercer lugar a la dispepsia y la parasitosis) el absceso periodontal, y fue cuando comenzaron a sospechar del absceso cerebral porque estaba con la cefalea intensa progresiva y solo le faltó convulsionar.

Nada dista lo narrado por el Médico Forense escuchado en el proceso, con la conclusión pericial sentada en el informe de necropsia visto a folio 24 del cuaderno No. 1, en donde se expuso como causa de la muerte el "ABSCESO CEREBRAL", que según el testigo pudo haberse detectado de forma temprana con la realización de un TAC cerebral.

Tampoco dista lo narrado por el testigo con los datos que ofrece la historia clínica en su grueso, y quizás en lo único que falla, es en concluir que

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

advirtieron el absceso cerebral con la alarma dada por el gastroenterólogo, pues tal y como se corrobora de los documentos y del propio dicho de la médico pediatra tratante (como se verá infra) esa patología (la mortal) no fue conocida, ni diagnosticada siquiera.

De la historia clínica se extrae que la menor ELEMIS CASTRO GALVÁN, de 12 años de edad, de sexo femenino y con tarjeta de identidad No. 1002302018, ingresó por el servicio de urgencias de la Empresa Social del Estado Hospital La Divina Misericordia de Magangué, **el día 16 de mayo del año 2011, a las 3:20 pm**, con un cuadro de 6 horas de evolución de vomito con sangre (fl. 55 Cdn. Mo. 1). Se consignó como impresión diagnóstica Hemorragia de vías digestivas altas y síndrome anémico secundario de vías digestivas altas.

De las notas de enfermería (fl. 67 reverso ídem) registradas a las **3:20 pm** de ese día 16 de mayo del 2011, se extrae lo siguiente:

"Ingresa al servicio de urgencia por sus propios medios en compañía de familiar paciente femenina de 12 años de edad.

Manifestando el familiar que la niña está presentando vómitos con sangre hace 6 horas.

Al examen cefalocaudal consciente, orientado, álgido normocefálico, cabellos bien implantados, pupilas normocercivas bien implantadas,

Abdomen blando doloroso a la palpación.

Extremidades, normales sin edemas.

Es valorado X la Dra. Caterine Cabrera.

A las 3:25 pm se registra:

"Se ubica en sala de procedimiento."

A las 3:30 pm se reporta:

"Se sangra para hemograma y se envía al laboratorio."

A las 3:35 pm se anota:

"Se canaliza vena..... y se instala SSN 0,9% 500cc a 100cc x hora."

A las 3:40 pm:

"Ranitidina

Se traslada paciente a Sala de observación"

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



A las 4:40 pm:

"llegan reportes se anexan a historia clínica"

A las 6:20 pm:

*"Se administra dipirona....
En espera para valorar"*

A las 7:00 pm:

"(.....)"

Recibida por el Doctor quien ordena ... dipirona, solución salina 9+500c

(.....)"

Se observa pues en razón a lo transcrito y en armonía con las ordenes médicas que militan al folio 230 del cuaderno 2, que el día que arribó la paciente a la sala de urgencia fue atendida por medicina general y se suministró medicamento, pero se no ordenaron ayudas diagnósticas, salvo una prueba química (hemograma), y se mantuvo en observación.

Según las evoluciones médicas, para el día siguiente, es decir, **17 de mayo del 2011**, la sicopatología ya comprendía, además del vómito con sangre, **cefalea** (mírese el folio 49 reverso Cdno. No. 1).

Tal cual lo narró el testigo técnico, la especialista en pediatría el **18 de mayo del 2011**, es decir, al tercer día de haber ingresado la menor por urgencias, consignó, a las 9:35 de la mañana de ese día, en la evolución medica que se trataba de una HEMORRAGIA DE VÍAS DIGESTIVA ALTAS (HUDA) y GASTROPATIA POR AINES, es decir, persistiendo en que se trataba de una enfermedad gástrica, tanto así que ordena valoración por gastroenterología (véase folio 49 Cdno. 1).

En línea con lo anterior, ese mismo día el Dr. Beder José Pérez, especialista en Gastroenterología, concluyó en la valoración ordenada por pediatría, que la paciente presentaba "GASTRITIS EROSIVA" y "ASCARIDIASIS", es decir, lo que de antemano venía siguiéndose y tratándose por los médicos. Esto es posible advertirlo de la prueba adjunta al folio 42 ídem; de donde también

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

emerge, tal cual no narró el testigo técnico, una nota marginal que da cuenta de un “sangrado gingival al momento del examen”.

Así pues, desde el **18 de mayo** (según la historia clínica) ya se tenía noticia de un absceso dental, según cómo es posible advertirlo de la nota de evolución de la señora pediatra inserta al folio 49 ídem.

No obstante, se insistió en el diagnóstico de gastritis erosiva y ascaridiasis concluido por gastroenterología y se inició en tal virtud tratamiento con medicamentos de suministro oral, entre ellos destacase el “OMEPRAZOL”, según se ve de la nota inserta a las 8:43 am del día **19 de mayo del 2011**.

De la evolución medica registrada el día **20 de mayo del 2011** (fl. 50 reverso ídem) se observa que no ocurrió nada novedoso en cuanto tratamiento y apenas hasta el **21 de mayo del 2011**, la médico pediatra, ordena la remisión al III nivel para valoración por neurocirugía pediátrica, según reza la nota de ordenes médicas que reposa al folio 58 reverso (ejusdem), lo que implica aceptar, lo que manifestó el testigo técnico en cuanto a que pasaron ente 5 y 6 días para que se tuviera sospecha de algo grave y se ordenara la remisión al III nivel de atención, sin que hasta ese momento se hubiese podido detectar la real patología que aquejaba a la víctima, y sin que se haya optado por la ayuda de la tomografía axial computarizada; sencillamente se ordenó la remisión por la falla en el diagnóstico, sin percatarse de la gravedad de la situación.

Los síntomas siempre estuvieron presentes y fueron, utilizando palabras del testigo técnico “floridos”, es decir, perceptibles y abundantes; así puede observarse del resumen expuesto en la epicrisis (fl. 30 ídem):

“MOTIVO DE CONSULTA, TRATAMIENTO, EVOLUCIÓN MANEJO MEDICO, QUIRÚRGICO, COMPLICACIONES RESULTADO DE AYUDA DIAGNOSTICO MANEJO POS-HOSPITALARIO (DATOS POSITIVOS)

*Paciente quien ingresa hace 6 días por cuadro de hematemesis por lo que se realiza EUDA que evidencia gastritis erosiva y oscaridiasis. Posteriormente se documenta absceso dentario por lo que se inicia tratamiento antibiótico. **Hacia el 4 de estancia hospitalaria, paciente presenta lipotimios, posterior ptosis palpebral, cefalea intensa**, por lo que el 21 de mayo se inician tramites de remisión para manejo por neurología sin respuesta a la misma. Hoy a las 16+30n hrs paciente presento paro cardio respiratorio que requiere soporte ventilatorio con rot (sic) y posteriores dos paros cardio respiratorios que requieren reanimación cardio pulmonar con recuperación de signos vitales, por lo que se inician trámites para UCIP a las 16+45 hrs, sin respuesta hasta los 19+00 hrs, paciente sale de la institución a las 19+40 hrs aprox.*

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



(....)”

Se sabe del fallecimiento de la menor por otros documentos como el certificado de defunción antecedente para registro civil (fl. 15 ídem) que indica que la muerte se presentó el día 22 de mayo del 2011, a las 22 horas, y que el hecho se registró mientras la paciente era remitida a la ciudad de Barranquilla en una ambulancia, tal cual lo enseña el informe del investigador de campo adscrito a policía judicial visto a folio 17 ídem.

El trámite de remisión se inició el 21 de mayo del 2011, tal cual lo enseñan los documentos, a las 10:40 de la mañana (véase nota de enfermería fl. 71 ídem) y solo hasta el 22 de mayo del 2011, a las 4:15 de la tarde llega el servicio de ambulancia medicalizada para proceder, y finalmente a las 7:20 de ese 22 de mayo sale en ambulancia remitida la paciente, en muy mal estado de salud.

Deja ver la necropsia médico legal que el único examen que se le practicó a la paciente fue una endoscopia y que no le fue realizado un TAC (véase folio 394 Cdno No. 2).

Hasta acá pues se ha hecho el enorme esfuerzo de descifrar la historia clínica aportada, y de ello emergen sin duda aspectos de gran relevancia indiciaria que más adelante se detallaran.

MARY NELLY HERRERA HERNÁNDEZ, médico pediatra tratante de la víctima, declaró en la audiencia de pruebas, vía despacho comisorio. Sobre los hechos indicó:

*“llega al urgencia la paciente ingresa el 16 de mayo del 2011, en horas de la tarde, es atendida inicialmente por medicina general, por motivo de consulta de vómito con sangre, un cuadro de más o menos 6 horas de evolución, caracterizado por **vómitos con sangre**, es fue el único motivo por el cual fue llevado a la institución, igual se aborda de acuerdo a los protocolos, se ingresa, se deja en observación, se le colocan los medicamentos adecuados para la sintomatología que presentaba, que solamente era vómitos con sangre, al examen físico es una paciente que está consciente, alerta, examen físico normal, simplemente **leve dolor en el abdomen** y se aborda como tal; en vista de que persistían los síntomas **se decide hospitalizar**, ella ingresa el 16 en horas de la tarde, pero yo la veo el día siguiente, puesto que no es una urgencia que comprometa la vida del paciente, el día siguiente, estamos hablando el 17 de mayo, yo la veo, **decido hospitalizar**, colocarle los líquidos de acuerdo al peso, también omeprazol (sic) en este caso porque se sospecha de una hemorragia de vías digestiva altas, se me olvido decir antes en los antecedentes que le habían su familiares dado aines, es decir, ibuprofeno, y ese ibuprofeno, uno de sus elementos secundarios es que*



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

presenta gastropatía, bueno entonces se ingresa como tal **se hospitaliza el 17**, el 17 en todo el día la paciente bien, consciente examen físico normal, persiste en el sangrado, en vista de eso yo le solicito el **18 valoración por gastroenterología** y aparte de eso solicitar la endoscopia de vías digestivas, se solicita, se la hace la gestión, la diligencia, y es llevada a hacer la realización del examen, el examen el resultado es entregado inmediatamente, donde arroja que tiene una gastritis erosiva y ascariasis, el médico en una nota aclara que se observa sangrado gingival, teniendo en cuenta que la paciente no presenta ni es relatada por los familiares que tiene algo en el diente, incluyendo en el examen físico nada de eso se evidencia, eso fue el 18 de mayo, el 19 cuando yo llego en la mañana me dan el examen y muestra lo que ya había antes comentado y las enfermeras me dicen, doctora se le observa un edema y un eritema en la muela, cosa que eso no se había dicho vuelvo y repito, ni se había visto en los exámenes anteriores, en la revisión anterior, entonces me acerco donde ella **le hago el examen de rutina, incluyendo revisión de la cavidad oral** y evidencio lo que ya he dicho, edema y eritema en dicha muela, en vista de eso, según los protocolos, tengo que colocarle antibiótico, el antibiótico indicado en este tipo de patologías, que es un **absceso dentario** es la clindamicina, la paciente durante el día se nota bien realmente a nivel del sistema nervioso central y de los otros sistema, la paciente se encuentra bien, nada de que preocuparse, estamos hablando el 19, pasa el 19, el 20 también sigue con el mismo tratamiento, el 20 en horas de la noche, entre las 10 de la noche y las 3 de la mañana si mal no recuerdo presenta picos febriles, no había presentado picos febriles desde el inicio, solo hasta el 20 de mayo, bueno se la hace un medicamento para aliviar dichos síntomas y bien, sin nada de qué preocuparse hasta el momento, una paciente con un glasgow 15 – 15 consciente, alerta, dormía bien, **justo el 21 de mayo la paciente comienza a presentar cefalea, ptosis palpebral y es cuando yo me alerto y no me gusta lo que está pasando**, entonces solicito remisión a III nivel de complejidad que en este caso sería neurología infantil, es decir, una sub especialidad de pediatría y aclaro porque mando a la paciente, eso fue el 21 en horas de la mañana, se espera la remisión el 21, por parte del hospital se hace todo lo pertinente porque ya eso son cosas administrativas, se hace todo lo que hay que hacer y solo hasta el 21 de mayo en horas de la tarde, es que la paciente empeora y hace el evento del paro respiratorio que hubo necesidad de entubarla y justo así es que la envían luego de un día y medio al traslado a III nivel y la paciente desafortunadamente fallece."

Preguntada por el dictamen de medicina legal, respondió que no lo conocía, pero le habían contado que la causa de la muerte fue un absceso cerebral, es decir, nunca se contempló en el periodo de hospitalización la posibilidad de un absceso cerebral.

Preguntada por el informe pericial con la intención de confrontar lo dicho por el testigo técnico, indicó que está diciendo la verdad y lo demuestra la historia clínica. Agregó con mayor ímpetu que el 19 de mayo colocó los antibióticos y el 20 es que presenta fiebre la paciente, que el absceso dentario no era notorio cuando ingresó y el paciente nunca se quejó de dolor, pues una niña de 12 años es capaz de decir, donde le duele y que le duele.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

Interrogada por el apoderado de la parte activa aseguró que la sintomatología de un absceso dentario es dolor en el sitio, eritema, edema, fiebre algunas veces, que esa sintomatología no la presentaba la paciente al momento de ingresar.

Muchas son las cosas que hay que referir respecto a esta declaración, principalmente que no es consecuente con lo que muestra la historia clínica, aunado a que su impronta refleja importantes contradicciones; la principal de ellas cuando dice que, colocó antibióticos para la fiebre el 19 de mayo, pero esta (la fiebre) solo se presentó hasta el día siguiente (20 de mayo).

Que el único motivo por el que ingresó la paciente al servicio de urgencias ese 16 de mayo fue por presentar vómito con sangre, pero a renglón seguido da cuenta de un dolor abdominal que determina la hospitalización ese mismo 16 de mayo.

Que ella solo vio a la paciente hasta el 17 de mayo y que en esa fecha decide hospitalizarla, siendo que se había hospitalizado el día anterior.

Que decidió hospitalizarla el 17 de mayo, pero la paciente estaba bien, consciente y con un examen físico normal, según dijo, pero por la persistencia del sangrado decidió hospitalizarla, y, sin embargo, más adelante, refirió que le hizo el examen de rutina, **incluyendo la revisión de la cavidad oral el 19 de mayo** y fue allí donde evidenció el edema y el eritema de la muela y por ello decidió colocarle el antibiótico necesario para un absceso dentario (*clindamicina*). Esto último siendo advertido por las enfermeras que le indicaron que la niña presentaba un edema y eritema en la muela y ya contando con la observación que había hecho el Gastroenterólogo en la prueba de vías digestivas.

Fíjese el lector que, según lo narrado, la pediatra hace el examen físico con la inclusión de revisión en la cavidad oral (en realidad el único que le realizó) apenas hasta el día 19 de mayo por la observación hecha en nota marginal por el Gastroenterólogo en su prueba de vías digestivas, siendo correcto admitir entonces que, si no se hubiera ello advertido por dicho profesional, ni las enfermeras y menos la aludida pediatra se hubieran percatado del edema y eritema en la muela.

Ahora bien, es enfática la profesional (pediatra) en indicar que la paciente no presentaba sino vómito con sangre al ingresar, que su hospitalización

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

ocurrió sin ninguna preocupación, ni dolencia o síntoma y que solo **hasta el 21 de mayo comenzó a presentar cefalea, ptosis palpebral y fue ahí cuando se alertó.** También precisó que los síntomas del absceso cerebral es dolor en el sitio, eritema, edema, fiebre (algunas veces), y que esa sintomatología no la presentaba la paciente al momento de ingresar.

La historia clínica sin embargo (fl. 49 Cdno No.1 reverso), muestra todo lo contrario, así lo advierte la nota de evolución médica registrada el 17 de mayo del 2011 a las 3:20 pm, que muestra que la paciente si experimentaba para ese momento “cefalea de moderada intensidad”

Es decir, no es cierto que la paciente haya ingresado solamente vomitando sangre y que durante su estadía en el hospital todo ocurrió sin preocupación alguna hasta el 21 de mayo donde se presentó la alerta por cefalea y ptosis palpebral, pues de lo subrayado en la aludida historia clínica se puede ver que desde el 17 de mayo, existía vomito con sangre, dolor abdominal, cefalea moderada y un absceso dentario no percibido por falta de revisión en la cavidad oral, todos estos síntomas (algunos de ellos aceptados por la propia pediatra en su declaración), asociados a la patología que finalmente acabo con la vida de la menor CASTRO GALVAN.

MARTHA ISABEL DIAZ VILLEGAS enfermera jefe y quien laboraba en la entidad demandada para la fecha de los acontecimientos, expuso:

*“Recuerdo de ese caso es que es una niña que inicio un proceso de referencia, no fue mi paciente porque no estoy en el área asistencial, hago parte del área administrativa en el área de referencia y contrareferencia, se inició un proceso cuando la pediatra da una orden de referencia, se inició un proceso con la EPS, no se logró ubicar a la paciente ni en la ciudad de Sincelejo, Cartagena o Barranquilla, no se logró su ubicación y bueno ya todos conocemos el desenlace la paciente falleció **antes de que saliera del hospital divina misericordia, esos son los hechos que recuerdo del caso.**”*

Les respondió a los abogados que no recuerda el día exacto ni tampoco la especialidad a la que fue remitida porque no tuvo acceso a la historia clínica.

Dijo que la EPS es la que tiene la obligación de ubicar al paciente y en este caso la EPS era AMBUC, pero que ellos le hacen la gestión con diferentes IPS; que se llamó a la línea 018000 de la EPS de la paciente, se comentó con diferentes IPS sin lograr la finalidad de trasladarla a otro sitio.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01
Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

Preciso que el Hospital La Divina Misericordia es un hospital de segundo nivel que cuenta con diferentes servicios; que cuando se solicita la referencia por un médico especialista o un médico general, es porque no se tiene la complejidad adecuada para prestarse lo que el paciente amerita; que por ejemplo en caso de niños si se necesita UCI pediátrica se debe remitir porque no cuentan con ese servicio.

Sobre la complejidad afirmó que nivel de complejidad es la capacidad que tiene la entidad prestadora de atender ciertas especialidades.

Explicó que el éxito del proceso de referencia depende de la contratación que tengan las EPS con las diferentes clínicas de otras ciudades que tenga la especialidad requerida, que tengan una disponibilidad de cama para poder recibir al paciente; que la obligación de conseguir la remisión es netamente de la EPS, por así disponerlo el decreto 4747 en el artículo 17.

Inquirida por la parte activa dijo no tenía conocimiento que la paciente falleció en la ambulancia y –después- dijo no recordar si alcanzó a salir en un traslado y murió en la ambulancia.

No es precisamente esta testigo la que permita definir circunstancias modales y causales, pues desde el inicio manifestó que no conocía el caso y al final corroboró su total ignorancia al respecto, ya ni siquiera sabía que la menor había perecido dentro de una ambulancia y cuando se encontraba camino hacia un hospital en Barranquilla.

2.6.2. Solución y conclusiones.

No comulga la Sala con lo colegido en primera instancia, pues deviene palmaria la posibilidad de atribuir el daño a las entidades demandadas, entendiéndose por tal la muerte de la menor ELEMIS CASTRO GALVÁN y no la pérdida de la oportunidad sugerida por el *a quo*, pues está acreditada no solo la negligencia en la prestación del servicio médico asistencial brindado a la menor (falla), materializada en la pésima atención que se le prodigara, sino también en el craso error de diagnóstico que vino a ser determinante pues conllevó a equivocar el tratamiento, e imposibilitar el adecuado en función de la patología.

Fue tal la equivocación que la pediatra admitió en la audiencia haberse enterado después del óbito de la real causa de la muerte de la niña ELEMIS

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

CASTRO GALVAN, pues finalmente allí dijo que se había enterado por comentarios post mortem lo del absceso cerebral, el que fácilmente pudo haberse detectado con un TAC (tomografía Axial Computarizada), como bien lo relató el médico forense que realizara la necropsia.

Tal y como se dejó sentado supra, no se trató de una sintomatología escondida o camuflada, pues desde el 17 de mayo del 2011, es decir: al día siguiente del ingreso por urgencias, esta se hizo evidente.

La menor ingresó el 16 de mayo del 2011 por urgencias y al día siguiente manifestó los síntomas de la real patología, según se desprende de la historia clínica y fue corroborado por el testigo técnico, sin embargo, nunca se le practicó alguna prueba de imagen a nivel de la cabeza (cerebro) para descartar, lo que bien pudo haberse hecho en el Hospital La Divina Misericordia de Magangué, pues según obra en el expediente, tanto el citado hospital como la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA (fls. 74 a 80 Cdo. No. 1), se habían asociado a través de un contrato que se encontraba vigente para la época del acontecimiento, para la prestación del servicio de salud hospitalaria, urgencia y quirúrgicos de baja, mediana y alta complejidad, así como para la prestación de servicios de imágenes diagnósticas, entre ellas, rayos x, ecografías, tomografías y electrocardiografía. Dicho objeto se desprende claramente de la cláusula primera del "CONTRATO DE ASOCIACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD Y AFINES, SUSCRITO ENTRE LA ESE HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA EN INTERVENCION Y FUNDACIÓN REANAL DE COLOMBIA".

Quiere decir lo anterior que razón le asiste al testigo técnico cuando manifiesta su sorpresa por no haberse realizado una tomografía axial computarizada, siendo que se contaba con la herramienta para ello, y aunado a que la sintomatología presentada, usando sus términos era muy florida y demostrativa de lo que ocurría, decantándose la incuria y desidia con que fue tratado el caso.

Que no se llame a engaños, pues la misma médica pediatra aceptó que solo valoró a la paciente revisando su cavidad oral hasta el día 19 de mayo del 2011, es decir al 4 día de haber ingresado, sin embargo, ni ante la presencia del absceso en la encía, se dio orden de imagen diagnostica alguna a nivel de la cabeza, pues contrario a ello, se persistió en el diagnóstico inicial de una posible enfermedad gástrica, siendo que este se había erigido a partir de en un examen médico general no completo pues

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



no había comprendido la revisión en la cavidad oral y menos el hallazgo del edema y eritema encontrado después.

Con todo y ello, se persistió en el diagnóstico equivocado, muy a pesar de las evidencias, y apenas hasta el día 21 de ese mes de mayo, se prendió la alarma, y esto por cuanto devino la **ptosis palpebral**, es decir, un descenso permanente del párpado superior de uno de los ojos, ocasionado por afectaciones neurológicas; no obstante, el resultado no podía ser otro, se produjo la muerte por un absceso cerebral según fue dictaminado en el informe de necropsia médico legal.

El absceso cerebral, según lo viene advirtiendo la literatura médica es de diagnóstico netamente imagenológico y tal como lo indicó el testigo técnico, fácilmente combatible a través del drenaje quirúrgico como tratamiento idóneo, y de muy poca mortalidad si no se deja avanzar a estado grave.

Así se ha expuesto²⁵:

*“El absceso cerebral se describe como una colección de pus dentro del parénquima cerebral que se encuentra focalizada y encapsulada, en su fase más tardía, en estadios previos a la encapsulación se encuentra un estado de inflamación del parénquima cerebral conocido como cerebritis. Esta patología tiene varios factores que predisponen a presentar tal enfermedad y que pueden estar relacionadas con el pronóstico. La etiología puede variar según el estado inmunológico del paciente y según los escenarios clínicos que pueden estar asociados al mismo. La clínica depende de la zona anatómica que se ha visto afectada, a pesar que existe una triada sintomática que lo caracteriza se presenta en menos de la mitad de los casos, esto permite que tenga bastantes patologías que son diagnóstico diferencial y que se deben tener en cuenta. **El diagnóstico es netamente imagenológico, se explica claramente los distintos hallazgos que se pueden encontrar en los estudios con y sin contraste y se recomienda usar siempre el contraste.** El tratamiento antibiótico empírico se ha basado en guías de publicación basada en la evidencia hasta ahora disponible, pero se recomienda al lector realizar **drenaje quirúrgico en los pacientes que tengan criterios y dar antibioticoterapia de acuerdo al reporte del cultivo y su antibiograma para disminuir el riesgo de resistencia bacteriana.**”*

No se debe perder de vista que la víctima era una niña de 12 años de edad y por ende un sujeto de especial protección constitucional, merecedor en todo caso, de una atención humana y prioritaria.

²⁵ https://www.neurocirugiachile.org/pdfrevista/v44_n1_2018/vargas_p60_v44n1_2018.pdf

Por esas razones resulta incomprensible que en tratándose de dicha persona, la primera atención se haya limitado a la observación, aun cuando eran evidentes los síntomas, ello refleja que la atención escapó al deber de protección y atención prioritaria que este tipo de personas merecen, 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.

Ahora bien, en desarrollo de dichos mandatos constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶ y concretamente la Ley Estatutaria 1751 de 2015²⁷ le atribuyeron al derecho a la salud el carácter

26 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.

27 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."*

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

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"*²⁸; luego entonces, en *sub lite*, la primera atención debió comportar un trato diferenciado y no ordinario, habida cuenta de la calidad especial del sujeto, lo que implicaba, a juicio de la Sala, el mayor celo en el diagnóstico, y no escatimar en herramientas de ayuda como las imágenes.

Respecto de lo anterior, es preciso señalar que Ley Estatutaria 1751 de 2015²⁹ 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"*.

En efecto, el derecho a la salud en el contexto que se analiza (en el caso concreto) adquiere particular relevancia pues se trata de niños, teniendo este un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política y la copiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁰, en la cual se establecen como derechos fundamentales de los niños *"la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social"*, precisando que **la familia, la sociedad y el Estado** tienen el deber de *"asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"*.

Además, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño³¹ reitera expresamente el derecho de los menores de edad al **disfrute del más alto**

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

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

30 Corte Constitucional, sentencias de reiteración T-397 de 2004; T-943 de 2004; T-510 de 2003; T-864 de 2002; T-550 de 2001; T-765 de 2011 y T-610 de 2013

31 Adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, prevé que “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, **haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud**”³². Del mismo modo, el artículo 3.1 de dicha Convención se refiere al principio de **interés superior de los niños**, al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

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 tener los niños, niñas y adolescentes 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).*

³² Artículo 24 de la Ley 12 de 1991.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

A propósito de lo último, la Corte Constitucional³³ 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.”*³⁴

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 sujetos³⁵.

Por supuesto en el asunto de marras la atención careció de toda ductilidad, pues desde el diagnóstico se erró al no tener en cuenta las circunstancias especiales presentadas por el menor, que indicaban la gravedad de la situación, amén de que, desde la jurisprudencia se ha decantado que **cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad**, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: *“En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el **Bloque de Constitucionalidad**. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera **inmediata, prioritaria, preferente y expedita**, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”*³⁶.

La ley 100 de 1993 contiene el estatuto del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y comporta en el inciso 2 del artículo 152 sus objetivos en los siguientes términos:

33 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

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

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

36 Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa).

*"Los objetivos del sistema general de seguridad social en salud son regular el servicio público esencial de salud y crear **condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.**"*

De acuerdo con la citada ley, los servicios de atención en salud, deben cumplir con las siguientes características: a) De buena calidad, a través de la utilización de procedimientos científicos apropiados para que sean eficaces y éticos; b) **oportunos**, en términos de garantizar al usuario la disponibilidad en el momento que lo necesite; c) **continuos**, de modo que se brinden de manera permanente, y en casos necesarios, **se garantice la referencia y contrarreferencia.**

La referencia se define como:³⁷

"La Referencia es el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, dé respuesta a las necesidades de salud.

No obstante lo dicho respecto al proceso de referencia, a juicio de la Sala lo que concurrió en contra de la salud del paciente y en grado de alta probabilidad determinó la muerte no fue el proceso de referencia, sino el protuberante error en el diagnóstico perpetrado por la médica pediatra encargada, pues de suyo es claro que lo equivocó de cabo a rabo, proporcionando un tratamiento que no era el necesario, pues no se trataba de una gastritis, luego es este uno de los casos en que bien puede concluirse que de haberse atinado en el diagnóstico a tiempo, la remisión hubiere pasado inadvertida, pues no se olvide que ella inició el 21 de mayo del 2011 a las 10:40 de la mañana (véase nota de enfermería fl. 71 ídem) y se materializó al día siguiente en horas de la noche, es decir, el 22 de mayo del 2011, pero téngase en cuenta que ya llevaba la paciente hospitalizada, recibiendo tratamiento para la gastritis cuando en realidad tenía una cápsula de pus en su cerebro, 7 días.

³⁷ El Sistema de Referencia y Contra referencia se desarrolla teniendo como marco normativo el contenido del Decreto 4747 de 2007. Ver definiciones.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

Ahora bien, el objeto principal del acto médico es el bienestar del paciente, intentar la curación del enfermo y proporcionar su rehabilitación adecuada y oportuna. Pero también existe la obligación de no causar daños al enfermo, no incrementar el estado de riesgo y finalmente propender por utilizar los medios para optimizar la salud.

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:

*"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 el paciente, pues no solo existía advertencia del riesgo, sino evidencia nítida del grave estado de salud, el que progresaba con el pasar de las horas.

No está demás, a propósito de la atención humanizada consagrada en el ordenamiento y la desafortunada actitud tanto de la E.S.E HOSPITAL LA DIVINA MISEROCORIDA DE MAGANGUE y su socia, la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA, sino especialmente de la Doctora MARY NELLY HERRERA HERNÁNDEZ (pediatra), y en orden a precisar las obligaciones del profesional de la salud, traer a colación un fallo de la Corte Suprema de Justicia, proferido el 31 de marzo del año 2003³⁸, el cual vale la pena citarlo por el lustre de sus líneas y el talante de quien fue su ponente:

"Merced a la prenotada dimensión ética, ciertamente, el galeno debe asumir, con un elevado e impoluto sentido de la responsabilidad, una serie de conductas encaminadas a la humanización (humanitas) y a la profesionalización de su elevado

38 Corte suprema de justicia, sala de casación civil, Magistrado ponente Dr Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia de 31 de marzo de 2003; expediente No 7141. Responsabilidad civil medica – la relación médico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial - Carlos Ignacio Jaramillo J. Colección de ensayos No 8. Pontificia Universidad javeriana 2008. Página 503.



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

ministerio, vale decir un plexo de deberes que, articulados, integran la – llamada – deontología médica (tejido comportamental), **enderezada, entre varios cometidos, a la búsqueda de una cabal prestación del servicio a su cargo y, ante todo, al respeto irrestricto de la vida humana, y a la preservación y mejoramiento de la salud – física y mental – e integridad de las personas**, rectamente entendida, todo de cara a la sociedad y a los demás profesionales inmersos en la misma ciencia (sus pares).

En este sentido, el artículo 1 de la ley 23/81, numeral 1, preceptúa que **"la medicina, es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad.... El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina, tiene aplicaciones humanísticas que le son inherentes.**

Quiere decir lo anterior, que el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza, muy particularmente de raigambre ética – no por ello desprovistos de eficacia jurídica - , los cuales podrán servir de parámetro para evaluar, en un momento determinado, el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno en cumplimiento de su oficio. Es por ello por lo que, se ha entendido que las normas que disciplinan la ética médica, se traducen en un componente de su *lex artis*, con todo lo que ello supone, especialmente en la esfera de su responsabilidad, como tal, susceptible de ser valorada o, si se prefiere, juzgada, por los órganos y autoridades competentes para ello....."

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 jurisprudencia³⁹:

"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

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

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

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

Pues bien, para finalizar, en el asunto *sub examine* se ha acreditado el nexo de causalidad entre el comportamiento médico negligente y el daño sufrido (la muerte), por ello hay lugar a concluir que dicho daño si es imputable a las entidades demandadas por la múltiple y evidente falla en la prestación del servicio en la que incurrieron, cuando olvidando sus deberes y obligaciones, optaron por no asegurar desde la etapa del diagnóstico la efectiva prestación del servicio priorizado en proporción a la gravedad que se deduce de la especiales circunstancias del paciente.

Se supo incluso por la propia boca de la profesional de la medicina, que el examen completo incluyendo la cavidad oral del paciente se le realizó apenas hasta el 19 de mayo del 2011, siendo que la paciente ingresó el 16 del mismos mes. Es decir, pasados 4 días de hospitalización se le ocurrió a la pediatra revisarle la boca a la menor, para a partir de allí, persistir en un diagnóstico, a todas luces equivocado, el que finalmente determinó la muerte de la niña ELEMIS CASTRO GALVÁN, pues se le privó del tratamiento adecuado; entre esto, y no haber sido atendida no hay diferencia alguna.

Como bien lo concluyó el médico forense que sirvió de testigo técnico en este juicio, deviene pues acreditado el nexo casual, pues según dijo este, **"está seguro que la causa fue un foco séptico en la cavidad oral a nivel de la encía"** que bien pudo haberse prevenido **"porque era muy evidente un absceso periodontal"**, es decir, acá no hay duda de la negligencia médica y tampoco de la relación causal de esta con el resultado fatal.

2.6.3 Liquidación de perjuicios.

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

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

jurisprudencia de unificación del H. Consejo de Estado,⁴⁰ en la cual se establecieron los topes máximos indemnizatorios para este tipo de eventos.

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

40 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.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01
Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

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 paterno- filial existente entre ELEMIS CASTRO GALVÁN (víctima fallecida) y la señora MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN (madre de la fallecida), tal y como se observa del respectivo registro civil de nacimiento⁴¹; se acreditó además la muerte de la víctima entre otros, con el certificado de defunción que obra a folio 15 ídem, por lo que en tal virtud, se ordenará e pago a cargo de las demandadas (E.S.E. HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUE y FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA) y a favor de la citada madre del finado, de una suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Perjuicios materiales.

La demandante deprecó indemnización por el perjuicio material en la modalidad de **daño emergente** pero no presentó ningún soporte del que se pueda dar por establecido que lo hayan padecido o que en el futuro lo vayan a padecer.

En cuanto al **lucro cesante** se advierte que la víctima era un menor de edad (tan solo 12 años de edad al momento de su deceso), por lo que resulta

41 Ver folio 14 del cuaderno No. 1

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

hipotético inferir que a futuro efectivamente generaría renta, siendo en realidad dependiente económico de su madre. Además, si acaso fuera generador de renta o estuviese clara esa expectativa, sería su perjuicio y no el de su madre, y aquí se tiene que se reclaman los perjuicios propios sufridos por la madre en calidad de víctima indirecta, no así los de la propia víctima, reclamables solo por la acción hereditaria, mas no por la de derecho propio⁴². Por esa razón se negará el reconocimiento de lucro cesante.

2.7. Condena en costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

⁴² “La acción hereditaria es diferente a la *iure proprio*, porque buscan la reparación de perjuicios distintos: el daño sufrido por el causante y la satisfacción del perjuicio propio, respectivamente. Según la Sala Civil de la Corte Suprema, la primera de dichas acciones les permite a los herederos reclamar el pago de los perjuicios causados por la muerte del causante debido a una acción u omisión jurídicamente reprochable. Entre tanto, los mismos sucesores o cualquier otro sujeto pueden acudir a la acción *iure proprio*, para alegar la reparación de los daños personales y ciertos producidos por el deceso, explicó la corporación.” Véase al respecto: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-11347 (730131030420090076001), ago. 27/14, M. P. Fernando Giraldo.

Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, y dado que no se confirma en su totalidad la sentencia apelada, no se condenará en costas en la segunda instancia.

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: MODIFÍCANSE los numerales **SEGUNDO Y TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada, los cuales quedaran así:

"SEGUNDO: DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsables a la E.S.E. HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUE y a la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA, por la muerte de que fue víctima la niña ELEMIS CASTRO GALVÁN, ocurrida el 22 de mayo del 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** a la E.S.E. HOSPITAL LA DIVINA MISERICORDIA DE MAGANGUE y a la FUNDACIÓN RENAL DE COLOMBIA, a pagar solidariamente a la demandante MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVÁN, el siguiente concepto:

- **A título de perjuicio moral** la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia."

SEGUNDO: CONFÍRMASE en los demás el fallo apelado.

TERCERO: Sin condena en costas en segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



Radicado: 13-001-33-33-012-2013-00168-01

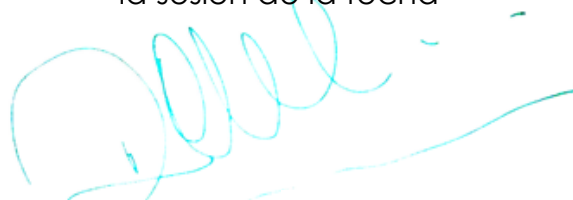
Demandante: MARÍA CONCEPCIÓN CASTRO GALVAN

CUARTO: 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 debatido y aprobado en la sesión de la fecha

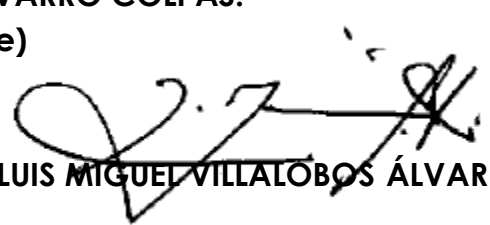
LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ