



Cartagena de Indias D.T. y C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante:	ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS
Demandado:	NACIÓN – MIN. DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Actuación:	SENTENCIA DE SEGUNDA INTANCIA
Magistrado Ponente:	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema:	FALLA MÉDICA/PÉRDIDA OPORTUNIDAD

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el dieciocho (18) de julio del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

Pretenden los actores que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas, por la muerte del joven JOSÉ ANTONIO MIRANDA MELENDREZ, ocurrida el 26 de junio del 2014 y atribuida a una falla en la prestación del servicio médico brindado por el Hospital Naval de Cartagena mientras prestaba el occiso su servicio militar obligatorio.

Como pretensión consecuencial invocan la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales derivados de la muerte de la víctima.

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:



- El joven JOSÉ ANTONIO MIRANDA MELENDREZ, ingresó a prestar el servicio militar obligatorio en la Armada Nacional, como Infante de Marina Regular, vinculándose al Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander.
- Después de un tiempo de encontrarse en el servicio militar, el joven MIRANDA MELENDREZ comenzó a presentar dolores en las extremidades inferiores y en la columna lumbar, las cuales no le permitían desempeñar de manera adecuada las funciones asignadas.
- Por razón de las dolencias, el joven pasaba en sanidad militar del batallón, recibiendo medicamentos, que solo eran paliativos para sus dolencias y ante tal circunstancia este solicitó que lo mandaran para un hospital para que lo atendieran mejor y le dieran el tratamiento que necesitara.
- Ante las circunstancias y las fuertes dolencias, los superiores optaron por otorgarle al infante un permiso para que se fuera a su casa a descansar y estuviera al cuidado de sus familiares.
- Terminado el permiso y reintegrado el infante, continuó presentando las dolencia y nuevamente lo enviaron para su casa.
- Encontrándose en casa, los familiares del infante lo llevaron al Hospital Local de San Jacinto, y de allí fue remitido, por su delicado estado de salud, a la Clínica Cartagena del Mar, donde hacen un diagnóstico de posible leucemia linfocítica, litiasis renal e infección en vías urinarias y lo remiten de manera inmediata y urgente, el 23 de junio de 2014, al Hospital Naval de Cartagena, donde lo reciben pero lo dejan en urgencias.
- Lo mantuvieron en hospitalización general en observación sin iniciar de manera inmediata un tratamiento que pudiera mejorar su salud y salvar su vida.
- Dos día después de estar el infante en hospitalización general, empezó a presentar dificultades para respirar y los familiares comenzaron a reclamar, ante lo cual el 25 de junio de 2014, deciden remitirlo a cuidados intensivos y un día después muere, sin un diagnóstico claro y mucho menos con un tratamiento efectivo, pues en ningún momento, mientras fue tratado mejoró.



Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

- Los hechos evidencian de manera clara el actuar irregular de la administración por ignorar los protocolos médicos y la deficiente prestación del servicio en el Hospital Naval de Cartagena, así como la desidia y negligencia por parte de los agente sede la Armada Nacional, lo que conllevó a la causación del daño.

2. Contestación.

Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional – Hospital Naval de Cartagena.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no puede responder por las complicaciones en la salud de JOSE ANTONIO MIRANDA MELENDREZ, dado que de las pruebas allegada al proceso no se infiere que el daño acaecido haya sido producto de una acción u omisión del Ministerio de Defensa nacional y mucho menos producto de una falla del servicio de salud. Tampoco se ha probado que la leucemia padecida por el conscripto haya sido adquirida por causa o razón del servicio.

Formuló las siguientes expediciones perentorias:

-“Inexistencia de pruebas para demostrar la imputación” en tanto no es suficiente el demostrar la existencia del daño, entendiendo por tal la lesión de la víctima, sino que además debe existir un nexo causal, relacionado con la conducta de la administración, debiéndose acreditar además contundentemente que la acción u omisión del Ministerio de Defensa fue la causante del daño.

- “Inexistencia de los presupuestos para configurar el daño”, arguyendo que en el sub lite no se presenta prueba que involucre la responsabilidad de la entidad, pues todo se sustenta en suposiciones.

- “Falta de los elementos necesarios para la imputación”, basada en que no hay elementos suficientes que conduzcan a establecer la responsabilidad de la entidad demandada.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del dieciocho (18) de julio del dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – ARMADA NACIONAL, de los perjuicios causados a los demandantes por la pérdida de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 007 /2021
SALA ALFABETICA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

la oportunidad de recuperación de JOSÉ ANTONIO MIRANDA MELENDREZ, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la NACION – ARMADA NACIONAL a indemnizar los perjuicios causados a los demandantes por daño moral así:

a) A Gloria I. Melendrez Gloria y Santander Miranda González, en calidad de padres de JOSÉ ANTONIO MIRANDA MELENDREZ, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

b) A Rafael Miranda García y Teresa de Jesús Gloria Acosta, en calidad de abuelos de José Antonio Miranda Melendrez, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales.

c) A Leidys M. Miranda Melendrez, Yenís Adriana Miranda Melendrez, Wilfrido Rafael Miranda Melendrez, Luis Miguel Miranda Melendrez, Eduardo E. Miranda Melendrez, Karolina I. Miranda Melendrez, Jorge Leonardo Miranda, Teresa de Jesús Miranda Melendrez, en su condición de hermanas de JOSE ANTONIO MIRANDA MELENDREZ, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

TERCERO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

(...)"

En el caso concreto encontró el a quo demostrado el daño antijurídico materializado en la muerte del menor JOSE ANTONIO MIRANDA MELENDREZ.

Dentro del análisis de imputación consideró que del acervo probatorio se evidencia que los estudios médicos necesarios para la detección a tiempo de la posible leucemia nunca se ordenaron, pues se resalta que no fue encontrada la historia clínica del fallecido en el Batallón No. 15 Francisco de Paula Santander y según se lee en el "INFORMATIVO ADMINISTRATIVO POR MUERTE", el joven estando de permiso, falleció en el Hospital Naval de Cartagena y teniendo en cuenta los testimonios recepcionados, se tiene que la accionada no se apersonó de la enfermedad del infante Miranda Melendrez.

Destacó que, al consignar el Batallón de Infantería No. 15 Santander – Establecimiento de Sanidad en el oficio 032750, que no reposa historia clínica del actor no se pudo constatar la idoneidad de los procedimientos empleados para garantizar el acceso del fallecido a los servicios de salud requeridos, omisión que se constituye en un indicio grave en su contra y que aunado a las pruebas aludidas, permite afirmar que la demandada no realizó, o por lo menos no con la celeridad requerida por la gravedad de la enfermedad, los estudios médicos pertinentes para detectar a tiempo la





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

patología padecida , hasta el punto que la atención medica que descubre la gravedad de su enfermedad se revela en el tiempo en que el señor José Miranda se encontraba de permiso, situación que refuerza la conclusión de la inactividad de la entidad para tratar la dolencia que desemboco en la muerte del conscripto.

En acápite dedicado el nexo causal, transcribió apartes de literatura médica relacionada con la leucemia, para luego concluir con base en ellos que era menester los estudios de laboratorio o como lo expreso en su declaración el testigo técnico Dr. Virgil Caballero Sarate (sic), con un examen de hemograma se hubiese evidenciado la leucemia padecida por el actor pues para el tiempo en que llego el joven al Hospital Naval, no había suficiente tiempo para tratarlo.

Concluyó que si bien no hay certeza de que aun en el evento de que la entidad demanda hubiere actuado con la debida diligencia el paciente hubiera sobrevivido, no es menos cierto que si el Batallón de Infantería No. 15 Santander, hubiere adelantado las gestiones y actuaciones necesarias para que se le prestarán los servicios médicos que ameritaba el joven, habría existido una posibilidad para que el joven se recuperara y sobrevivir a la enfermedad, omisión cuya trascendencia resulta avasalladora en el proceso.

Finalmente se decantó por definir que el paciente, por la conducta omisiva de la demandada, no tuvo el chance de intentar acceder al tratamiento que se constituía en la única oportunidad de sobrevivir.

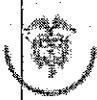
Que por lo tanto, se encuentra acreditada la relación de causalidad entre la falla probada del servicio médico y el daño sufrido consistente en la perdida de la oportunidad de recuperación del paciente.

4. La apelación.

La parte demandada resiste la sentencia apelada, exponiendo como razones puntuales las siguientes (se transcribe):

"1. El fallo de primera instancia no logró establecer con claridad que fue responsabilidad de mis representadas la muerte de JOSE ANTONIO MIRANDA MELENDEREZ POR UNA LEUCEMIA (en los procesos contencioso administrativos lo que se pretende es que el responsable responda únicamente por aquellos daños que haya causado y no por unos diferentes).





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 007 /2021
SALA ALFABETICA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

2. No se logra establecer la falla del servicio médico asistencial que haya conllevado a la muerte de JOSÉ ANTONIO MIRANDA MELENDREZ.
3. No existe prueba alguna de que la actuación médica haya sido la causa real y eficiente del daño, es decir, la LEUCEMIA padecida por JOSE ANTONIO MIRANDA MELENDREZ, no fue adquirida por alguna falla atribuible al servicio médico.
4. El Consejo de Estado ha establecido que para atribuir responsabilidad por falla del servicio médico, se debe analizar la actividad medica como acto complejo, en consecuencia se debió estudiar en el presente caso la actuación del Hospital de San Jacinto y la Clínica Cartagena del Mar donde el paciente estuvo más de 18 días, sin embargo el juez a quo omitió estudiar esta situación por lo que no era atribuible toda la responsabilidad a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.
5. En eventos en los que no se ha probado la falla del servicio médico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha optado por estudiar la responsabilidad por perdida de oportunidad.
6. Considero respetuosamente que el juez a quo se equivoca al proferir el fallo en contra de mis representadas por falla en el servicio, cuando todo su argumento se centra en la perdida de la oportunidad por la supuesta omisión en la práctica de un hemograma.

5. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES.

2.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada propuestas.





2.2. 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.

2.3. Problema jurídico.

La demanda fue impetrada con miras a que se declarare la responsabilidad de la demandada por la muerte de la víctima, atribuida a una falla en la prestación del servicio médico asistencial por razón de la omisión en ordenar de manera pronta los exámenes médicos que detectaran el cáncer (leucemia) padecido por la víctima. La sentencia apelada encontró responsable a título de falla médica a la demandada, pero no por la muerte sino por la **pérdida de la oportunidad** como daño autónomo, y en tanto no se acreditó que la muerte, haya tenido causa en la negligencia galénica.

El extremo pasivo de la litis se alzó contra el fallo; cuestionó fundamentalmente que no existen pruebas de del nexo causal.

Así las cosas, dados los límites fijados 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 del joven JOSÉ ANTONIO MIRANDA MELENDREZ 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



Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

Se REVOCARÁ la sentencia apelada porque no se acreditó el nexo causal entre el daño y la atención médica, ni siquiera tratándose de pérdida de oportunidad.

2.5. ANALISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.5.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

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

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

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

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

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

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

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.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria."

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

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

De igual forma, la Alta Corporación ha dicho:

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

En consonancia con lo expuesto por la Jurisprudencia Nacional, la imputabilidad se debe analizar desde dos orbitas, la primera desde un ámbito de imputación material (imputación fáctica), entendida como la atribución del resultado dañoso a una acción u omisión del Estado, y la segunda desde un ámbito jurídico (imputación jurídica), en el sentido de 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 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

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





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

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

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

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

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

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.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. En estos términos se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

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

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

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

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.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 007 /2021
SALA ALFABETICA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar"; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio¹¹.

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

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: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

(impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

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

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

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 "pertuis" de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien la reciba".

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





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

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, 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

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: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

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 permitan tenerla por establecida.

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

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

Finalmente debe ponerse de relieve que la línea decantada desde el 2006, (responsabilidad subjetiva) se ha consolidado, según se puede ver del fallo del 5 de marzo del 2015, de la Sección Tercera, Sub sección B del Consejo de Estado²⁴, en el que se ha advertido que es la **falla probada** del servicio el

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].

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





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

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."

Sobre la pérdida de la oportunidad.

Considerase en torno a la definición de la pérdida de la oportunidad que, ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado consenso respecto a su definición en el derecho de daños. Hay quienes le dan la categoría de daño autónomo y quienes le atribuyen simplemente la calidad de herramienta para facilitar la determinación del nexo causal entre el daño y la conducta (acción – omisión) de la administración, concluyendo estos últimos que darle el tratamiento de daño autónomo equivaldría a comulgar con el daño hipotético y eventual.

En lo que respecta a la figura, la más avezada doctrina²⁵ precisa algunos aspectos para garantizar su correcta aplicación (inclinándose por entenderla como herramienta auxiliar y no como daño autónomo):

"a) la pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en los casos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa y efecto. En consecuencia el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.

b) la figura solo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad sea significativo, es decir, superior al menos al 50 por ciento, comoquiera que si este es muy reducido (v.gr. 10%) las probabilidades no serán más que posibilidades y el nexo causal se diluye; mientras que si aquella es muy alta (v.gr. 99%), existirá una probabilidad preponderante y el resultado será imputable al ciento por ciento, sin que sea admisible una reducción en virtud de la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad.

c) En los casos en que no exista prueba de la causalidad que materializa la imputación fáctica, no es posible hacer referencia a la figura de la pérdida de la oportunidad y, por tanto, habrá que absolver al demandado. En otros términos, si bien la pérdida de la oportunidad ayuda a resolver problemas relativos a la dificultad para delimitar la

²⁵ Responsabilidad Extracontraccional del Estado. Editorial Temis, Bogotá Colombia 2013. Pág. 586 y ss.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

amplifud o estrechez del nexo causal, lo cierto es que debe existir al menos prueba del vínculo existente entre la conducta activa u omisiva y el resultado, así como la acreditación de que se privó al actor de una oportunidad de recuperación.

d) Como quiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad, entendida como instrumento para definir un curso de acontecimientos probable, se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal - como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño -, **la función del operador judicial en estos casos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad** sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consiguientemente, el impacto de tal valor en el monto que se debe indemnizar, pues como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza.

e) Como no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos casos, la forma de indemnizar **la pérdida de la oportunidad debe ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido.**

Así las cosas, el juez debe valerse de todos los medios probatorios allegados al proceso, para aproximarse al grado que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, como quiera que de su determinación dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia.

f) La pérdida de oportunidad, como se puntualizó, debe ser replanteada a partir de la incertidumbre causal, toda vez que, entendida como un daño autónomo, lo que se estaría indemnizando vendría a ser uno de naturaleza eventual e indeterminable, pues se situaría al juez en la labor de establecer el valor de una oportunidad cercenada, situación cercana a la abierta discrecionalidad judicial que sería claramente cuestionada.

Por su parte, la jurisprudencia²⁶ – aquella que define la figura como daño autónomo – ha considerado:

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. (...) La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., agosto once (11) de dos mil diez (2010). Radicación: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593) Actor: PEDRO EMILIO VALENCIA Y OTROS Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y OTRO.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto..."

Ahora bien, el propio Consejo de Estado no se ha matriculado de lleno en la escuela de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, tampoco en aquella que profesa que equivale a una herramienta para facilitar la determinación el nexo causal entre la conducta y el daño, pero con todo y ello si se viene viendo una inclinación en los últimos años hacia la primera postura (daño autónomo).

Prueba de ello es el fallo dictado el 31 de mayo del 2016²⁷, traído por la Sala a título de sentencia hito no solo porque reitera los elementos que componen la figura, sino porque precisa la noción y alcance del concepto.

En esa oportunidad manifestó la Sección Tercera que el daño de pérdida de oportunidad *"consiste en el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo, posibilidad benéfica que, sin perjuicio de que no es posible avizorar con toda certeza y sin margen de duda que se hubiese materializado en la situación favorable que se esperaba, no se puede desconocer que existía y que poseía una probabilidad considerable de haberse configurado en ésta. Respecto de sus elementos característicos indicó (reiterando jurisprudencia anterior):*

*"Es así como se ha indicado que la posibilidad truncada se trata de una clase autónoma de menoscabo, "caracterizada porque **en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio** y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado (...)"²⁸.*

De esta manera, la pérdida de oportunidad, como daño autónomo, demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 63001-23-31-000-2003-00261-01(38267)

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

jurídicamente protegido cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño.

En un aspecto bien importante, el alusivo al quantum indemnizatorio que debe seguir la declaratoria de responsabilidad por este tipo de daños y fundamentalmente porque no se está en presencia de un derecho adquirido, sino de una expectativa, el citado fallo informa, valiéndose de precedente del año 2010, lo siguiente:

*"En otros palabras, se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, pese a que sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización. **A título de ejemplo, en materia de indemnización de expectativas legítimas, esta Subsección ha manifestado:***

*"La reparación de daños provenientes de la afectación de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas atiende a la pérdida o menoscabo de ese derecho, mientras que **la afectación de expectativas legítimas, que no de los estados de confianza, no puede repararse como si se hubiera perdido el derecho, pues nunca se ha tenido, sino como la privación de la posibilidad de obtener el que estaba en "vía de serlo"**"²⁹. Frente a este último punto, teniendo en cuenta que la afectación de las expectativas legítimas interrumpe intempestivamente el proceso de formación -"o en vía de serlo"- de derechos o la consolidación de determinadas situaciones jurídicas, **la reparación de dichas expectativas quebrantadas deberá ser proporcional al grado de probabilidad de concreción y realización del derecho, de esta manera, el modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida**, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, "solo el daño y nada más que el daño" a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: "el daño es la medida del resarcimiento"³⁰*

(...)

10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho,

²⁹ [68] Cfr. Consejo de Estado, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 27228, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁰ [69] "[La] explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la "víctima"; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento": HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, 4ª reimp, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 45.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo³¹-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia^{32 33}.

Respecto a la certeza del daño (pérdida de la oportunidad), con especial sindéresis el aludido fallo arguye:

"Asimismo, se ha destacado que para que resulte procedente indemnizar la pérdida de una oportunidad, es indispensable que la ocasión exista y sea cierta, puesto que si se trata de una posibilidad muy vaga o genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual, que no resulta indemnizable. Esto significa que, para que pueda acreditarse la existencia del daño, el demandante deberá probar que "el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla"³⁴.

Y en concreto, sobre los presupuestos de existencia de la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, reiterando precedente del 2010, señaló:

"De acuerdo con lo anterior, la Sala ha manifestado que los requisitos cuya concurrencia se precisa para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

"(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un

³¹ [72] DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance [en droit administratif]", en *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, Geneviève Koubi y Gilles Guglielmi (dirs.), La Découverte, Paris, 2000, p.198.

³² [73] A título ilustrativo, la Corte Suprema de Justicia dijo: "Razonado en lo anterior, la Sala, a través de fallo de 24 de junio de 2008, expediente 2000 01141 01, determinó, a propósito de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, "que una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener en circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, (...) y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia (...)" : Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia de 4 de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco, rad. 1998-07770-01 (...).

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, exp. 25000-23-26-000-1999-00007-01 (22637) (acumulado), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³⁴ Juan Carlos Henao. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 161.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, **siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”³⁵ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes**³⁶;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida³⁷; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrán de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían³⁸—;

³⁵ [7] TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

³⁶ [8] A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

³⁷ [9] HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

³⁸ [10] Al respecto la doctrina afirma que “...“en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio””. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que "no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida"^{39, 40}

Se agrega que las sub reglas probatorias puestas en evidencia en la línea anterior, en lo que tiene que ver con la acreditación de los presupuestos de la pérdida de la oportunidad, de ninguna manera riñen (más bien comulgan) con la que más atrás se había expuesto por el mismo Consejo de Estado según la cual, a quien la alega le incumbe la carga de probar de manera científica cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud y además, que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica⁴¹, luego bien puede decirse que, al margen de cualquier disquisición en cuanto a la naturaleza jurídica de la pérdida de la oportunidad, lo que si no está en discusión es que siendo aceptada en nuestro derecho interno en cualquiera de las dos modalidades, el *onus probandi* sigue siendo el mismo y solo se cumple atendiendo la carga subrayada.

2.6. CASO CONCRETO.

En el asunto del *sub lite* (como en cualquier otro conflicto jurídico sometido al control de la jurisdicción) deviene determinante la demostración de los hechos relevantes a partir de los cuales pretende el extremo activo erigir los presupuestos de la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico, la posible negligencia médica y en nexo causal que enseña que el daño es el efecto o consecuencia de dicha negligencia.

³⁹ [11] ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006). Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772). Actor: MARIA OLGA SEPULVEDA RAMIREZ. Demandado: HOSPITAL RAMON GONZALEZ VALENCIA.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

Es así que, como premisas fundamentales alusivas a los actos médicos, se dijo en el libelo que la víctima principio a sentir sendos dolores en la columna lumbar y en sus extremidades inferiores, que no le permitían desempeñar de manera adecuada su labor, razón por la cual se vio obligado a consultar al Dispensario Médico del Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander, indicando que en dicha institucional solo le fueron prodigados cuidados paliativos, pero no se prestó una atención adecuada

También se adujo que, ante las dolencias presentadas, los superiores del infante de marina resolvieron concederle un permiso y estando en el permiso se optó por acudir ante el Hospital Local de San Jacinto Bolívar, donde le prestaron primeros auxilios, y por su estado lo trasladaron hacia la Clínica Cartagena del Mar, ubicada en la ciudad de Cartagena.

La Sala recuerda pues los anteriores supuestos fácticos, por cuanto considera que son aspectos de relevancia que deben encontrar soporte en el expediente, merced a que a esa atención médica se achaca negligencia. No obstante, se extraña la historia clínica del dispensario médico del aludido Batallón y también la del Hospital Local de San Jacinto Bolívar.

Y es que, lo de la historia clínica no debe ser aspecto al que se le reste importancia, pues ella constituye pieza clave en la valoración del acto médico. En ese entendimiento, es menester recordar el alcance que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han dado a la historia clínica, especialmente en términos probatorios.

Por tal circunstancia, la Sala reiteran – *mutatis mutandis* - los razonamientos contenidos en las sentencias del 7 de julio de 2009, exp. 18092, del 28 de marzo de 2012, exp. 22075 y del 25 de abril del 2012, exp. 21861 de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴², en las cuales se efectuó un estudio sobre la naturaleza de la historia clínica, sus elementos integradores, así como los principios que gobiernan su elaboración y custodia.

La doctrina, en materia de derecho médico – sanitario, valora la historia clínica como algo más que una simple recopilación de datos del paciente, de hecho, otorga una importancia tal a ese instrumento, que lo considera

⁴² Magistrado Ponente, Enrique Gil Botero.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

no sólo una "biografía patológica de una persona"⁴³, sino también como un "documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad"⁴⁴. Es así como este documento, en materia de responsabilidad médica, adquiere gran importancia en cuanto puede constituir un medio de prueba idóneo para determinar si las prestaciones médico asistenciales de que fue objeto el paciente se adecuaron a los procedimientos establecidos por la ciencia en ese campo.

En la legislación colombiana, la historia clínica es definida en el artículo 34 de la ley 23 de 1981⁴⁵ como:

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

El literal a) del artículo 1º de la resolución No. 1995 de 1999⁴⁶ (no derogada ni modificada por las resoluciones 1715 de 2005 y 839 de 2017), proferida por el Ministerio de Salud, al reglamentar lo referente al manejo de las historias clínicas introdujo una definición más precisa, al establecer que era **un registro cronológico de las condiciones de salud del paciente, donde además de su estado de salud se deben consignar todos los actos médicos y procedimientos que se le realicen no solo por los galenos, sino también por el equipo de salud que interviene en la prestación del servicio**, al respecto la norma señala:

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

⁴³ Galán Cortes, citado por Rosalía García de León. El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico – Sanitario, en Derecho Médico Sanitario- Actualidad, tendencias y retos. Colección de Textos de Jurisprudencia. Ed. Universidad del Rosario. Bogotá D.C. julio de 2008. Pág. 267 y ss.

⁴⁴ Laín Entríago, ibídem

⁴⁵ "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica."

⁴⁶ En la que se establecen normas para el manejo de la Historia clínica.





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

En efecto, en sentencia del 19 de agosto de 2009, proferida por la Sección Tercera del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se puntualizó⁴⁷:

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

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

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

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

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 17333, M.P. Enrique Gil Botero.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 007 /2021
SALA ALFABETICA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

"3. Actos extramédicos.- están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes."⁴⁸

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

"Comoquiera que sea, nos parece que la clasificación tripartita de Fernández Hierro, más allá de cualquier dificultad –que, por lo demás, siempre va a presentar toda división de especies– es completa y entonces merece ser aceptada."⁴⁹

La importancia deviene en que la normativa (no derogada ni modificada por las resoluciones 1715 de 2005 y 839 de 2017) establece que todo **prestador de servicios de salud** que atiende por primera vez a un paciente debe realizar el proceso de apertura de historia clínica⁵⁰, y además, por disposición expresa, en ella deben constar todos los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a las diferentes fases de atención suministrada al usuario.⁵¹

Es imperativo, además, que la historia clínica sea diligenciada de forma **clara, legible, no puede contener tachones, enmendaduras o intercalaciones, tampoco puede presentar espacios en blanco ni utilizar siglas.** Además, cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma⁵².

⁴⁸ FERNÁNDEZ Hierro, Responsabilidad civil médico – sanitaria, Ed. Aranzandi, Pamplona, ps. 174 y 175.

⁴⁹ BUERES, Alberto J. "Responsabilidad de los Médicos", Ed. Hammurabi, Tomo I, pág. 424 y 425.

⁵⁰ Artículo 6º resolución 1995 de 1999.

⁵¹ Se refiere específicamente a la característica de integralidad de la historia clínica, establecida en el artículo 3º de la resolución 1995 de 1999.

⁵² Artículo 5º resolución 1995 de 1999.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

Así mismo, el artículo 3 de la resolución en cita (no derogada ni modificada por las resoluciones 1715 de 2005 y 839 de 2017), dispone que la historia clínica tenga las siguientes características básicas:

"Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.

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

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

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

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

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

Como viene de precisarse, la historia clínica es un documento con características especiales que amerita un manejo determinado, no sólo por los que las elaboran y las archivan, sino también por quienes las interpretan. Se convierte pues, en un registro especial y particular que al margen de concentrar toda la información relacionada con la atención del paciente, sus diferentes síntomas, signos, las patologías diagnosticadas y los tratamientos ordenados, entra en conexidad de forma global con el derecho a la salud, y permite la verificación en relación con la atención brindada, así como el contenido y alcance en el cumplimiento de las



Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

obligaciones que se refieren tanto al médico como a los pacientes en torno a la relación científica y legal que representa la atención hospitalaria o sanitaria.

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

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

Al respecto, la doctrina ha manifestado:

"La historia clínica es el mejor y único elemento para demostrar todo lo buena que ha sido la atención médica. En la acreditación de medios señalada deben quedar demostrada la pericia, la prudencia, los cuidados, la vigilancia, la seguridad, el cumplimiento de los reglamentos y deberes a su cargo. Dejarán de ser escuetas reseñas de evolución de persona enferma. Relacionarán medios con resultados para acreditar que aquéllos, los medios, estaban destinados a obtener un resultado."⁵³

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

⁵³ ACHAVÁL, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. Ed. Abeledo Perrot. Segunda edición. Buenos Aires. 1992 pag. 231 y 232.

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

"La historia clínica irregularmente confeccionada resulta un medio de prueba de escasa eficacia frente a un cuadro general de graves, precisas y concordantes presunciones en el servicio de salud brindado por la entidad sanatoria demandada."⁵⁴

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

"esta historia clínica, medio probatorio por excelencia para estos casos dado que contiene un recuento pormenorizado de todos los tratamientos a que ha sido sometido un paciente, así como de la evolución que va presentado en su cuadro clínico, además de ser elaborada por los mismos médicos tratantes..."⁵⁵ (negrilla de la Sala)

En consecuencia, el incumplimiento a los deberes de apertura, conservación, organización y custodia de la historia clínica generan un significativo y flagrante desconocimiento a la ley⁵⁶ y a los reglamentos que regulan la materia, lo que se traduce en el derecho de daños, en un **indicio de falla en contra de la entidad hospitalaria**, sistema de aligeramiento probatorio que ha sido acogido por el Consejo de Estado (Sección Tercera) para el campo obstétrico⁵⁷, pero que puede ser extendido a otros escenarios como se ha sostenido de manera reiterada por esa Corporación.

⁵⁴ GHERSI, Carlos A. Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial. [Cam. Civ. Y com. San Isidro Sala II, 4/5/90 "Acuña Yolanda C. Sanatorio San Lucas SA" JA Seminario del 25/9/81"]

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 1996, expediente No.11272. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁵⁶ Véase ley 100 de 1993 "ARTÍCULO 159. GARANTÍAS DE LOS AFILIADOS. Se garantiza a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

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

⁵⁷ ""No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla..." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 007 /2021
SALA ALFABETICA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

Así las cosas, la historia clínica constituye el eje central sobre el cual se estructura no sólo la atención integral médica y hospitalaria, sino que, en el derecho de la responsabilidad médico sanitaria se erige como el principal instrumento de convicción e ilustración para el juez,⁵⁸ circunstancia por la cual su ausencia genera una presunción judicial, estructurada en las reglas de la experiencia, la sana crítica y la evidencia⁵⁹.

Volviendo al asunto del epígrafe, y hechas las aclaraciones conceptuales y jurídicas alusivas a la historia clínica, de las cuales emana el rigor y celo que debe estar presente en el diligenciamiento y especialmente en la custodia de la historia clínica, en todo caso resulta nítido que el Dispensario Médico del Batallón de Infantería No. 15, General Francisco de Paula Santander falló en ese aspecto, pues hay evidencia de de las irregularidades en que incurrió en el manejo de la historia clínica, al punto que pueda colegirse que fue extraviada.

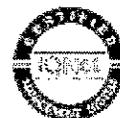
Lo anterior por cuanto, dicha documentación no fue aportada por el extremo pasivo, aun cuando fue prueba decretada y ordenada por el juez

⁵⁸ "La historia clínica es un documento de vital importancia, en muchos sentidos. Si tuviéramos que escoger en cual sentido su importancia es mayor, siempre nos quedaríamos cortos, volaríamos de la asistencial, a la investigativa y docente; pero como veremos a lo largo de esta exposición, la importancia como instrumento probatorio llamado a formar parte vital del expediente en los procedimientos de medios alternativos para la solución de conflictos médico-paciente, conciliación, mediación, arbitraje, y como medio probatorio dentro de un proceso legal, ya que en ella se encuentran plasmados todos los actos realizados por el médico tratante y los especialistas del caso concreto; del mismo modo interviene el personal auxiliar para hacer constar el tratamiento que se le suministra al paciente durante su hospitalización en la institución médica, y/o consulta particular." GARCÍA León, Rosalía "El papel de la historia clínica en la solución de un conflicto de Derecho Médico-Sanitario" en: A.A.V.V. "Derecho Médico Sanitario" Vol. I, Ed. Universidad del Rosario – Colección textos de jurisprudencia, Bogotá, 2008, pág. 268.

⁵⁹ "Es verdad que siendo la prueba la demostración de la verdad de un hecho, y siendo la demostración siempre un análisis, el proceso probatorio es, por su naturaleza analítico; pero una vez que el proceso probatorio se ha cumplido, a la mente del juez le es dado obtener su resultado, sin seguir en sus grados el proceso demostrativo; bajo tal aspecto la prueba, y de modo especial la prueba evidente, integra una síntesis, porque reúne en una medida mental los elementos probatorios singulares.

"[...] Así pues, donde la razón humana aprecia la evidencia, tiene un criterio suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro al alma, así la evidencia es el semblante de la verdad... Es deplorable tanto el comportamiento de aquel que, sin pruebas, cree en la existencia de un hecho, como el comportamiento de aquel que no encuentra nunca suficientes los elementos para afirmar la existencia del hecho mismo... La prueba es un instrumento para la búsqueda de la verdad que, como tal, no sólo debe ser apropiado al fin de alcanzar, sino que debe ser también manejado perfectamente por quien lo emplea, para que pueda cumplir, sin engaño, su obra. No es suficiente que el juez sepa enumerar los elementos singulares de prueba, que sepa pasarles revista, en forma más o menos ingeniosa; es necesario que lo sepa apreciar como convenientemente y, sobre todo, que sepa captar el nexo no exterior sino íntimo que los une. Los datos singulares deben, pues, ser valorados bajo un doble aspecto: por sí mismos y en relación a los otros elementos; lo que significa buscar la conexión con sus causas y con sus efectos; trabajo que es producto de la lógica de indagador. No sin razón afirmaba Gioberti que "el criterio de la verdad es su conexión lógica con el resto"; y que "la certeza plena nace del perfecto y recíproco enfrentamiento y comparación de los antecedentes y de los consecuentes." La evidencia, más que de la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho de modo rápido y seguro, y casi dominarlo.

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





de la primera instancia, llegándose a manifestar incluso (véase folio 142 Cdn. No. 1) que se trataba de una información que no reposaba en los archivos del dispensario médico del aludido Batallón; situación que se desmiente con facilidad amen de lo que registra el documento visible a folio 173 del primer cuaderno, en tanto se advierte de allí que el dispensario médico si valoró, por lo menos en una ocasión al joven JOSÉ MIRANDA en su calidad de infante regular, por un dolor punzante en la región glútea; de manera pues que se descarta cualquier excusa y refulge apodóctico que se falla en las obligaciones propias del manejo y custodiada de la historia clínica, máxime que quedó en evidencia una suerte de desprecio por la orden la de la judicatura de allegar dicha foliatura a los autos. Lo anterior bien puede ser constitutivo de indicio, según las sub reglas jurisprudenciales advertidas supra.

Con todo, en sentido contrario a lo asumido por el *a quo*, ese solo indicio no se convierte en la plena prueba de la responsabilidad, más aun en el contexto probatorio que envuelve el caso concreto; un contexto en el que brilla por su ausencia la historia clínica del Hospital Local de San Jacinto Bolívar, y la de la Clínica Cartagena del Mar, las que bien pudieron haber sido aportadas por la parte activa, pues era de su resorte hacerlo, recuérdese que ello fue un segundo y tercer paso en la evolución del atención médica y no se olvide que fue en esta última en donde como impresión diagnóstica se determinó la leucemia. Un contexto en el que extraña la prueba técnica que en grado de probabilidad – que no de certeza – se defina cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud, si de pérdida de oportunidad se trata. Un contexto en el que tampoco milita un dictamen de causa probable de muerte, siendo que lo que con objetividad se aprecia es que se trató de una leucemia aguda, que como bien lo explico el testigo técnico, progresaba a velocidad extrema, casi súbita.

El Doctor VIRGIL CARBALLO ZARATE, médico internista adscrito al Hospital Naval de Cartagena, y quien tuvo la responsabilidad de la atención (en parte) de la víctima, a instancia de dicho centro hospitalario, cuando allí llegar el paciente remitido por la Clínica del Mar con un cuadro de 15 días de evolución, refirió en su declaración que para el momento en que llego la víctima, se trataba de un paciente para manejo de piso y no para manejo de cuidados intensivos.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

Explicó, en tratándose de la patología que dio al traste con la salud y vida del a víctima, lo siguiente:

"En el caso de las leucemias, cuando uno encuentra 76.000 leucocitos, anemia, plaquetas bajas, uno piensa en que pueda tener una leucemia, y que en una alta probabilidad piensa en ella, pero eso no lo autoriza a usted a iniciar tratamiento de quimioterapia, porque, porque hay un estudio que te hace el diagnóstico definitivo de ellos, y son los estudios de anatomía patológica, el aspirado medular, la biopsia medular, y esos estudios los hace es un hematólogo y los manda incluso a patólogos y hacen estudios de inmunoquímica (sic) que van a Bogotá porque acá en Cartagena no se hacen, y el ya con todos esos elementos en la mano dice si, es una leucemia y es una leucemia de tal tipo y el tratamiento para esta leucemia es esta quimioterapia y ahí está el diagnóstico, antes lo que había era una impreso diagnostica."

Preguntado sobre si se hicieron los exámenes para detectar la leucemia respondió:

"creo que no dio tiempo de hacer nada, la enfermedad fue tan agresiva que no dio tiempo"

Preguntado sobre el significado de la patología aguda, indicó:

"En general las enfermedades crónicas son aquellas que tienen más de 3 meses de evolución, pero puede suceder que una cosa crónica se agudice o que haya una enfermedad que empiece como aguda. Un cuadro agudo es un cuadro en el cual todo evoluciona rápidamente, la multiplicación celular se da muy rápidamente y de un día a otro cambia todo, un ejemplo también es la insuficiencia renal, la insuficiencia renal aguda es la que se da rápidamente y usted ve que las medidas de medición (sic) se llama la creatinina y la creatinina va subiendo 0.5 por día, va subiendo rápidamente, en una insuficiencia renal crónica ese 0.5 se demora meses y años para subir, entonces lo agudo es que la enfermedad se está desarrollando rápidamente y está agrediendo rápidamente al paciente."

Sobre si la leucemia ya puede venir en el organismo de la persona y manifestarse posteriormente respondió:

"hay varios tipos de leucemia, hay unas leucemias que ya tienen marcaciones genéticas y dentro de los exámenes que se hacen para identificar la leucemia están los exámenes genéticos, o sea hay personas que ya tienen marcadores genéticos para tener la probabilidad de la leucemia, porque no necesariamente el tener la marca genética te lleva a tener la enfermedad, te puede suceder que tu tengas la marca genética y no tengas la enfermedad, porque existe lo que se llama la genética y algo por encima de ello que se llama la epigenética, la epigenética es lo que hace que los factores ambientales alteren tu genética y lleven a que tengas las cosas, entonces en la leucemia participan dos factores, el factor de herencia y el factor ambiental, existen ciertas exposiciones que pueden llevar a que en un momento determinado tu termines produciendo una leucemia, por ejemplo la exposición a radiaciones, los que trabajan





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

con rayos x que se exponen mucho, ellos tienen una mayor predisposición a tener leucemia, las personas que le ponen yodo radioactivo tiene predisposición a tenerla, pero la predisposición esta, pero el momento en que se desencadene está sujeto a la nada (sic) a cualquiera nos puede desencadenar una leucemia"

Sobre si en un examen medico de rutina de ingreso a trabajar en una empresa o en el escenario del ingreso a la prestación al servicio militar, es posible tener un indicio o indicador del padecimiento de este tipo de enfermedad, contestó:

"En el examen clínico puedo tener un examen en el que no encuentre nada, como pueden haber elementos que le pueden a uno llegar a dar a pensar de que pudiera tener algo, entonces hay algo que yo les describo a mis estudiantes, ustedes palpente el esternón al paciente, si el paciente tiene un dolor intenso en el esternón es muy sugestivo de que ese paciente pueda tener una leucemia y fíjese que eso hace parte de un examen físico general, entonces hay cosas del examen físico que pudieran orientarte, por ejemplo manchas rojitas por el escape de sangre a nivel de piel ... pero también en un examen general de ingreso de un paciente se hace un hemograma, entonces en el caso particular del paciente sería bueno de pronto tener a la mano si en ese momento le hicieron su hemogramita y que tenía en el hemograma porque ahí vemos, si el hemograma estaba bien, pues está bien, y lo desarrolló después, si en el hemograma había algo que llamaba la atención se pudo haber definido y pensado en la posibilidad."

Preguntado sobre los síntomas que presuntamente experimentó la víctima en la prestación del servicio militar (dolor en la columna lumbar y en extremidades inferiores) refirió que **se trataba de un síntoma muy inespecífico**, teniéndose que pensar en múltiples posibilidades, sin pensar en primera instancia en la leucemia, siendo también una posibilidad.

Agregó que el paciente llegó con impresión clínica, no con diagnóstico y que hay un periodo de 6 a 12 horas para que un paciente dure en urgencia, que hay una periodo de observación de urgencia y posteriormente se decide a que servicio se va, que si hay la posibilidad de la cama inmediatamente se le da la cama en piso, pero desafortunadamente no supo en qué momento se subió al paciente.

Acotó que desafortunadamente no solo en el Hospital Naval sino en toda Cartagena se pide la cama de hospitalización pero no la hay y los pacientes se quedan en urgencia, pero aclaró que lo que mejora al paciente no es el sitio donde esta sino el tratamiento que se le va a hacer, que no sabe que ocurrió pero está en los tiempos de observación en urgencias.





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

Refirió frente al hecho 14 de la demanda que él paciente no venía con el diagnóstico sino con una impresión clínica, pues el **diagnóstico es anatomopatológico y el tratamiento es la quimioterapia y la quimioterapia no se empieza inmediatamente**, ni siquiera con un hemograma uno empieza una quimioterapia, a lo que agregó que para obtener un diagnóstico anatomopatológico hay que esperar a veces hasta 7 días y a veces no son concluyentes y entonces el hematólogo no se atreve a poner la quimioterapia.

Preguntado por el hecho número 15 de la demanda, indicó que puede ser cierto, pero que no se evidencia negligencia, pues desafortunadamente la agresividad de la enfermedad fue tal y tan rápidamente evolutiva que no dio los tiempos para que se obtuvieran las cosas que normalmente se obtienen.

Aclaró que el paciente no estaba en fase terminal, sino en fase de agudización grave de una enfermedad con un alto riesgo de mortalidad, pero no se podía decir que estaba terminal, sino con un alto riesgo de mortalidad por el grado agudo que tenía.

Respecto al criterio de la oportunidad, relato:

*"yo no sé si en lo que tenía antes había elementos para tener la oportunidad o no, ahora si usted me pregunta en una persona que se le toma en forma oportuna un diagnóstico y se puede prestar tratamiento y todo puede mejorar, si claro, pero también puede mejorar, puede complicarse y puede morir también, tiene la opción, claro que tiene la opción; **el concepto de oportuno en este muchacho en particular es el que a mí me queda en duda porque los antecedentes antes de entrar al Hospital Naval no los conozco**, si tú me muestras un hemograma unos exámenes de él antes de eso, yo te digo hombre vea aquí hay algo que generaba sospecha y de pronto eso da la posibilidad de pensar en una oportunidad, o te digo mira con esto aquí no hay nada para pensar en algo que fuera inoportuno, entonces claro que si hay oportunidad, en el caso de el en particular **no tengo los elementos para ver si antes de la llegada al naval hubo oportunidad o no, después de entrar al naval si te digo que la leucemia se extendió y ahí si ya no hubo oportunidad**"*

La historia clínica del Hospital Naval de Cartagena refiere en su "epicrisis" los siguientes aspectos importantes:

"INGRESA PACIENTE REMITIDO DESDE LA CLÍNICA CARTAGENA DEL MAR, REFIERE



Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

CUADRO DE 15 DÍAS DE EVOLUCIÓN DE DOLOR LUMBAR IRRADIADO A MIEMBROS INFERIORES DE INTENSIDAD 10/10, QUE EL DIA DE HOY REFIERE DISURIA, OLIGURIA, PUJO Y TENESMO VESICAL, CON HEMATURIA, RAZON POR LA QUE CONSULTA A URGENCIAS DE OTRA INSTITUCIÓN. NIEGA FIEBRE U OTRA SINTOMATOLOGÍA. CH DE REMISIÓN presenta 54.000 LEUCOS RAZON POR LA QUE REMITEN A HAMATURIA 15 LEUCOS XC.

PACIENTE QUE VIENE REMITIDO DE LA CLINICA CARTAGENA DEL MAR POR CUADRO CLINICO DE 15 DIAS DE EVOLUCIÓN CARACTERIZADO POR DOLOR EN REGION LUMBAR EL CUAL SE LE IRRADIA A EXTREMIDADES INFERIORES, FAMILIAR MANIFIESTA QUE INICIALEMEN CONSULTARON A HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO HACE 5 DIAS, PERO POR EVOLUCION TORPIDA FAMILIARES DECIDIERON TRAERLO A LA CIUDAD E CARTAGENA Y CONSULTARON A LA CLINICA CARTAGENA DEL MAR DONDE DECIDEN REMITIR A ESTA INSTITUCIÓN, POR LO ANTERIOR ES VALORADO POR MÉDICO DE URGENCIAS, QUIEN ORDENA PARACLINICOS QUE REPORATAN BUN 14.0 CRET 0.80 NA 144 K 3.82 CL 95 PCR 12, VIH NO REACTIVO, VDRL NO REACTIVA, CUADRO HEMATICO: WBC 76.35. 81% DE CELULAS INMADURAS EN FROTIS DE SANGRE PERIFERICA. LUN 8& NEU 3% EOS 1% HEM 10.3 HTO29.9 PLAQUETAS 87.0, FROTIS DE SANGRE PERIFERICA: GLOBULOS ROJOS NORMOCITICOS, SE OBSERVA HIPOCROMIA LIGERA, POLICROMATOFILIA LIGERA, SERIE BLANCA: 81% CELULAS INMADURAS. LINFOCITOS ATIPICOS 2%

DIFERENCIAL MANUAL: NEU 3% LYN 6% LINFOCITOS ATIPICOS 2% PLAQUETAS DISMINUIDAS EN NUMEROS NORMALES EN MORFOLOGIA, PARCIAL DE ORINA: DENSIDAD 1025 PH 5.0 BILIRUBINA NEGATIVO HEMATIES NEGATIVO LEUCOCIGTOS NEGATIVO. CELULAS HEPITELIALES 0-2XC LEUCOCITOS 2-4XC HEMATIES 3-0 XC, POR LO ANTERIOR SE LE SOLICITÓ VALORACIÓN POR INTERNISTA QUIEN CONSIDERÓ QUE EL PACIENTE PODRIA ESTAR CURSANDO CON LEUCEMIA QUE DEBE SER ESTUDIADO Y DECIDE HOPITALIZAR, PACIENTE MASCULINO 20 AÑOS DE EDAD CON CUADRO CLÍNICO DE APROXIMADAMENTE 15 DIAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN DOLOR LUMBAR IRRADIADO A MIEMBROS INFERIORES ASOCIADO A MALESTAR GENERAL, CON INTENSIFICACION DEL DOLOR EN LAS ULTIMAS 24 HORAS PREVIAS AL INGRESO, POR LO CUAL CONSULTA A URGENCIA DE CLINICA DE ESTA CIUDAD, DONDE VALORAN Y CONSIDERAN POSIBLE FOCO INFECCIOSO URINARIO O UROLITIASIS, REALIZAN PARCIAL DE ORINA EL CUAL NO ES SUGESTIVO PARA INFECCIÓN A ESTE NIVEL, RESTO DE PARACLINICOS EVIDENCIAN REACCION LEUCEMOIDE MARCADA CON ALTO PORCENTAJE DE CELULAS INMADURAS, REMITEN A ESTA INSTITUCIÓN PARA MANEJO. ES EVALUADO POR SERVICIO DE MEDICINA INTERNA QUIEN CONSIDERA TRASTORNO HEMATOLOGICO CON PROBABLE LEUCEMIA A DESCARTAR, HOSPITALIZAN EN SALA GENERAL PARA ESTUDIO DEFINIR DIAGNOSTICO Y MANEJO. DURANTE SU ESTANCIA EN SALA GENERAL PRESENTA EVOLUCIÓN TORPIDA CON DEPOSICIONES DIARREICAS ABUNDANETES, TAQUICARDIA, TAQUIPNEA, CONFUSION, GASES ARTERIAELS EVIDENCIAN ALTERACION MEDIO INTERNO CON TRASTORNO MIXTO DADO POR ALCALOSIS RESPIRATORIA, ACIDOSIS METABOLICA E HIPOXEMIA LEVE, POR LO QUE ORDENAN TRASLADO A CUIDADOS INTENSIVOS PARA OPTIMIZAR MANEJO Y MONITOREO HEMODINAMICO CONTINUO POR ALTO RIESGO DE FALLA RESPIRATORIA Y COMPLICACIONES MULTISISTEMICAS."

Pues bien, de suma importancia resulta la transcripción hecha, pues de ahí emergen datos que bien pueden dar pie (como en efecto ocurre) a desmentir una cantidad hechos y circunstancias narradas en la demanda que no fueron advertidas en la primera instancia.

Es vidente entonces, y para la Sala está demostrado, que el paciente arribó





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

al Hospital Naval con un cuadro de dolor de 15 días de evolución, sin más síntomas asociados a la leucemia. Recuérdese que, según la literatura médica⁶⁰, los síntomas dicha patología, incluyen:

- Debilidad o cansancio
- Fiebre
- Fácil aparición de moretones o sangrado
- Sangrado debajo de la piel
- Dificultad para respirar
- Pérdida de peso o pérdida del apetito
- Dolor en los huesos o en el estómago
- Dolor o sensación de llenura debajo de las costillas
- Protuberancias indoloras en el cuello, las axilas, el estómago o la ingle

También es evidente y esta probado, que el ingreso del paciente al Hospital Naval de Cartagenera se dio el 23 de junio del año 2014, a las 10:51 de la noche aproximadamente.

Está probado que no arribó al citado centro hospitalario con un diagnóstico de leucemia, sino con un paraclínico de reacción leucemoide que obligó a la remisión para manejo y descarte.

Está demostrado que no es cierto que *"a pesar del diagnóstico de leucemia lo mantuvieran en hospitalización general, en observación sin indicar de manera inmediata el tratamiento para mejorar su salud"* porque, de un lado, no se trataba de un diagnóstico definitivo de leucemia, sino de una impresión, que debía ser descartada, por ello la razón de su remisión al Hospital Naval, y del otro, la historia clínica muestra, tal y como se puede verse de la transcripción, que se ordenaron los análisis previos de sangre, entre ellos, hemogramas, frotis de sangre periférica y análisis químicos, es decir, lo que la literatura médica⁶¹ ordena como primer paso para descartar la leucemia; aunado a ello, se puede ver de la epicrisis que en la mañana del 24 de junio del 2014 (7:15 am), es decir, pasadas solo 8 horas aproximadamente del ingreso al Hospital Naval, el paciente fue valorado por el medicina especializada (internista), de donde se vino la decisión de

⁶⁰ <https://medlineplus.gov/spanish/acutelymphocyticleukemia.html>

⁶¹ <https://www.cancer.org/es/cancer/leucemia-linfocitica-aguda/deteccion-diagnostico-clasificacion-por-etapas/como-se-diagnostica.html>





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

hospitalizar por sospecha más fundada de leucemia y se ordenan estudios de extensión. Esto indica que el paciente no permaneció en el servicio de urgencia en hospitalización general y sin atención.

A las 11 de la mañana de ese mismo día es valorado por otro galeno quien adiciona la valoración por hematooncología y solicita resonancia magnética nuclear de columna y ecografía abdominal total.

Está probado en consecuencia que si se ordenaron los estudios por hematooncología, esto ocurrió ese 24 de junio en horas de la mañana y como muy bien lo precisó el testigo técnico, hubiese sido imprudente que el hematooncologo ordenara un tratamiento de quimioterapia, que resulta ser el tratamiento para la leucemia, sin los resultados de hematooncología y sin corroborar con un examen anatomopatológico, el cual también en algunas ocasiones resulta no ser conclusivo en sus resultados y para lo cual es razonable esperar por lo menos unos 5 días y en Cartagena, esa espera se puede alargar en ocasiones hasta 7 días, pues dichas pruebas van a Bogotá y regresan.

Así pues a juicio de la Sala no se evidencia negligencia en la atención del Hospital Naval de Cartagena, más aun cuando la muerte se presentó el 26 de junio del 2014, es decir, dos días después de haber ordenado las pruebas de hematooncología, en la Sala de Cuidados Intensivos del Hospital Naval y cuando se estudiaba y trababa de descartarse una leucemia linfoblástica.

Con todo, tampoco está probado, porque no hay evidencia científica de ello, y así lo hace ver la última anotación de la epicrisis (véase folio 114 ídem) que el fallecimiento del joven JOSÉ ANTONIO MIRANDA se deba a leucemia, pues eso quedó en el limbo, por la incerteza del diagnóstico, dándose recomendación incluso a los familiares de una necropsia médico legal para definir.

Desafortunadamente el caso destaca más por lo no probado que por lo probado; por lo que se extraña que por lo que realmente hay en los autos. Pienses en que, ni siquiera puede tenerse como hecho cierto que la causa de la muerte fue la leucemia.

Se echa de menos el protocolo de necropsia médico legal que indique la causa originaria del fallecimiento, la pericia técnico científica que en grado



Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

de probabilidad permita la convicción sobre dicho aspecto y no se comprende cómo, dada la complejidad del acto médico, la continuidad que le es ínsita, y los hechos narrados en la demanda, no se haya aportado por la parte activa la historia clínica del Hospital Local de San Jacinto y de la Clínica del Mar de Cartagena.

Ese panorama tan difuso no se aclara con las declaraciones recibidas en la audiencia de pruebas, fundamentalmente porque se trató de testigos que especularon, prejuizaron y dejaron en evidencia su falta de espontaneidad a la hora de narrar sobre lo que les constaba acerca de hechos, pues bien que se hizo notar que no tuvieron conocimiento personal y directo de ellos, en tanto no explicitaron la razón de la ciencia de sus dichos; en varias oportunidades incluso evadieron los interrogantes realizados por el apoderado del extremo pasivo.

CARLOS AUGUSTO FLOREZ OCHOA, además de relatar sobre la conformación del hogar de la víctima y la tristeza que este viene experimentando por la muerte del joven MIRANDA MELENDREZ, dijo haber sido testigo directo de las muchas llamadas que en todo momento realizaba este a su madre pidiendo ayuda por sus dolencia, sin embargo no dio razón alguna de la fecha y hora aproximada en se realizaron esas llamadas, ni porque confidencialmente siempre estaba el en sitio cuando el infante llamaba a su mama. No dio detalles y no supo explicarlo a la audiencia.

También fue categórico en manifestar que el mismo había presentado una queja ante la personería por la situación que vivía su amigo, pero eso se quedó en palabras pues dijo no tener prueba de dicha queja.

Su respuesta sobre lo curioso que resulta ser que en una casa viva tanta gente y la conformación física del inmueble para aclarar dicho punto, fue evasiva y mostró falta de convicción.

El testimonio de NORMA ORTEGA ORTEGA fue del mismo talante, pero matizado con contradicciones más evidentes como lo relacionado con la conformación del grupo familiar y las personas que vivan en el hogar familiar de base, pues al final terminó aceptando que todos los hermanos, esos que se dice en la demanda y se aseguró por los declarantes conformaban una sola familia, viviendo en un mismo techo, vivían en hogares separados con sus respectivas parejas, incluso indicó que cada uno tenía sus propias tierras





para trabajar pero que se vieron avocados a dejarlas por la violencia.

Para la Sala, después de valoradas las pruebas no es posible imputar la muerte del joven JOSÉ ANTONIO MIRANDA MELENDREZ a la demandada, ya que, aun cuando se encuentra acreditada la mala praxis del Dispensario Médico del Batallón de Infantería No. 15 General Francisco de Paula Santander lo que equivaldría a la falla del servicio, no está probado que la muerte haya sido el producto de dicha falla. Tampoco existe evidencia de que en esa muerte haya tenido influencia causal la atención brindada en el Hospital Naval, siendo que las pruebas permiten establecer (como quedó señalado arriba) que su actividad fue diligente. En otras palabras, se extraña el nexo causal puesto que no hay pruebas que determinen que el resultado fatal fue el efecto o la consecuencia de la mala atención o incluso de un posible retardo en la misma.

Se precisa que, aun cuando quedó en evidencia la falta de cumplimiento de las obligaciones del Dispensario Médico del Batallón de Infantería No. 15 Francisco de Paula Santander, respecto de la custodia y manejo de la historia clínica, lo que exige la Sala es la prueba del nexo casual, el que no emerge a partir de los incidios que de esa conducta se derivan; y es que tampoco se olvide que pese a la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica, esto no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Más aun cuando, las pruebas permiten determinar que lo más probable fue que la muerte de la víctima, estuvo asociada a una posible leucemia aguda que por su agresividad y veloz evolución, no dio tiempo para ser tratada según lo afirmó el testigo técnico escuchado en la audiencia y que por su carácter de aguda se tornó en una patología con un alto riesgo de mortalidad.

Así pues, al no haber prueba de la incidencia causal o posible colaboración en la producción del daño de la falta de atención endiligada al dispensario médico del Batallón de Infantería No. 15 Francisco de Paula Santander, definitivamente no es posible atribuir responsabilidad al ente demandado por la muerte.

De la misma opinión fue el *a quo*, sin embargo, terminó decantándose por achacar responsabilidad no por la muerte, sino por la pérdida de la oportunidad como daño autónomo y en tanto entendió que, "si el Batallón





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

de Infantería No. 15 Santander, hubiere adelantado las gestiones y actuaciones necesarias para que se le prestarán los servicios médicos que ameritaba el joven, habría existido una posibilidad para que el joven se recuperara y sobrevivir a la enfermedad". La Sala no comulga con esa conclusión.

La respuesta a ello la da el *a quo* al concluir en su fallo "que no hay certeza de que aun en el evento de que la entidad demanda hubiere actuado con la debida diligencia el paciente hubiera sobrevivido". Esa es la principal razón para que la Sala no acepte que sea este un caso en el que se haya acreditado la pérdida de la oportunidad.

Y es que en el sub examine tampoco es predicable la imputación a título de pérdida de oportunidad pues, independientemente del tratamiento que se le dé, sea como daño autónomo o como herramienta para determinar el nexo causal, lo cierto es que de las pruebas aportadas no deviene acreditado **de manera científica cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud** y además, **que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica**, tal cual lo ordenan las sur reglas jurisprudenciales analizadas en el acápite anterior.

Se recuerda que el primer presupuesto de la pérdida de la oportunidad, desarrollado jurisprudencialmente (véase acápite normativo) es la certeza respecto de la existencia de la oportunidad que se pierde, y aun cuando la misma envuelva un componente aleatorio, se debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento.

También se recuerda que lo que se repara en este tipo de daños es una expectativa quebrantada y, la reparación de ello, deberá ser **proporcional al grado de probabilidad de concreción y realización del derecho**, de ahí la importancia de la prueba científica que indique los parámetros de la oportunidad pérdida.

Se evidencia pues un yerro en el tratamiento de la figura, a tal punto que se declaró la responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, pero en vez de despachar la condena en forma proporcional a la expectativa perdida,





Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

que finalmente es lo que se debe indemnizar, se liquidó la condena utilizando sub reglas que son propias de la indemnización de perjuicios por muerte.

Como acotación final y siendo que es deber del juez analizar, en virtud del principio *iura novit curia*, cuál es el título de imputación aplicable al caso concreto, se desestima en este asunto la posibilidad de erigir un título objetivo (daño especial o riesgo excepcional), pues la muerte de la víctima no se muestra (según las pruebas) como el resultado de un actuar legítimo que haya derivado el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, o que haya provenido de la asunción de un riesgo anormal creado a partir del ejercicio de una actividad peligrosa impuesta por el Estado.

En razón a lo dicho, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada, para en su lugar denegar las suplicas de la demanda por carencia de pruebas respecto del nexo causal y en tanto, tampoco se acredita la pérdida de la oportunidad.

2.7. Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. adicionado por el art. 47 de la ley 2080 de 2021, procede la Sala a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso.

En ese orden de ideas se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso. No obstante, la Sala advierte que en este proceso no se encuentran probadas ni causadas las costas y, del comportamiento asumido por la parte demandante tampoco se deduce la procedencia de las mismas, por lo que no se impondrá condena en costas.

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

III.- FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, para en su lugar **DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 007 /2021
SALA ALFABETICA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

SEGUNDO: Sin condena en costa.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

- ponente -


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

Con salvamento de voto

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

00dcbe23c44077b82e4aac93093c5c6d7a2849d6b9685195442e6149e151eebf

Documento generado en 23/03/2021 07:42:57 AM

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SCM-1



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 007 /2021
SALA ALFABETICA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-007-2015-00225-01
Demandante: ROSMERY JIMENEZ ARRIETA Y OTROS

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



ESTR-01

