

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-012-2009-00192-01
Demandante	EDUARDO FRIAS SOTO Y OTROS
Demandado	ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE
Tema	FALLA MEDICA
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

1. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE por los daños y perjuicios causados a los accionantes, con ocasión a la falla en el servicio médico por el errado diagnóstico y consecuente tratamiento equivocado que se le dio al menor DARWIN SOTO OROZCO.
2. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar a los demandantes a título de indemnización las siguientes sumas:
 - a. Daños materiales-, \$2.000.000 a favor de Eduardo Soto Frías y Diana María Mercado Guzmán, padre y madrastra de la víctima.
 - b. Lucro cesante: 3SMLMV al padre y a la madrastra de la víctima.

- c. Perjuicios fisiológicos: 100 SMLMV a la víctima Darwin Soto Orozco.
- d. Daños morales:

100 SMLMV a la víctima.

100 SMLMV a su padre.

100 SMLMV a su madrastra.

50 SMLMV a cada uno de sus hermanos, Angelo Yesid Soto Bustamante y Eduardo Soto Mercado.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Se señalan en los hechos de la demanda que el día 19 de octubre de 2007, el señor Eduardo Soto Frías llevó a su hijo menor DARWIN SOTO OROZCO al CENTRO MEDICO URGENCIAS DE CONFENALCO, toda vez que el menor amaneció con fiebre alta, con secreción de sangre y fuerte dolor en el pecho, en el Centro médico se le realizó examen de sangre.
- Afirma que, al volver al centro médico en la tarde, fue atendido por la Dra. Ana María Fernández González, quien al ver su cuadro clínico procedió a realizar una radiografía de tórax y con la ayuda del exámen de sangre que ya le había realizado le diagnosticó una fuerte neumonía, ordenando su remisión a un centro de mayor nivel, esto es, a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE.
- Aduce que al llegar al servicio de urgencias de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, el médico de turno, Dr. Julio Cesar Diaz Támara manifestó que se encontraba ocupado y que no podía atender al menor en el momento, luego de transcurrir 45 minutos, realizó una revisión superficial del menor y de los exámenes, y sin practicar revisiones adicionales señaló que la sintomatología del menor no correspondía a una neumonía sino a una simple gripa y le dio de alta recetándole acetaminofén de 500 mg cada seis horas.



- Transcurridos los dos días de tratamiento, el estado de salud del joven Darwin Soto Orozco empeoró, por lo que fue llevado nuevamente por urgencias a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE en donde se le practicaron nuevas placas y se llegó a la conclusión que padecía una neumonía aguda, toda vez que había ocurrido un derrame pleural. (pulmón obstruido por materia y flema).
- El día 22 de octubre de 2007 fue intervenido quirúrgicamente, introduciéndole un tubo por el tórax que llegaba a sus pulmones, con el fin de evacuar el líquido obstruido, permaneciendo durante 14 días, hasta el 5 de noviembre del mismo año con ese elemento en la Unidad de Cuidados Intensivos.
- Señala que cuando estuvo en UCI tuvo que presenciar la muerte de otros compañeros, así como el tratamiento de un joven que recibió un impacto de bala y que consistía en lavado de órganos a cuerpo abierto, procedimiento que resultó tan desagradable para el menor lo que produjo una abstinencia a alimentarse y una alteración de su sistema nervioso.
- Afirma que cuando estuvo en UCI le fueron restringidas las visitas a tan solo 30 minutos en la mañana y 30 minutos en la tarde, y prohibidas totalmente durante los días en los que se le realizaba algún procedimiento, manteniendo a la familia del menor sin información acerca de su estado de salud hasta por 2 días, circunstancias que le impedía realizar con tranquilidad sus actividades cotidianas.
- Finalmente aduce que el médico tratante del menor en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE actuó con falta de diligencia al no adoptar todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar un diagnóstico, pues omitió tener en cuenta los graves síntomas del paciente y el diagnóstico con el que fue remitido, así como realizar los exámenes necesarios que lo desvirtúan.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte actora señala que la falla en el servicio se circunscribe a la actitud negativa del médico Julio Diaz Tamara, quien es funcionario del ente demandado en (i) No reconocer el diagnóstico ya emitido por otro profesional de la ciencia médica, el cual remite al menor al centro médico por ser este de mayor nivel, en donde se presumía le iban a brindar la asistencia requerida, (ii) No valorar las radiografías torácicas aportadas por la parte actora, las cuales daban cuenta de la enfermedad sufrida por el menor, que aún se encontraba en estado manejable y, (iii) No practicarle al menor los exámenes de rigor con miras a descartar el diagnóstico que ya había sido dado por el otro Galeano, pues la ética médica le impone al Galeano la obligación de descartar a través de métodos científicos el diagnóstico que cree fundamentalmente es equivocado.

Señalan como daño alegado, la aflicción de casi ver morir a un miembro de la familia, situación que perturbó a todo el núcleo familiar aun sin que se hubiese producido ese fatal resultado.

Igualmente, que el daño producido se deriva en forma inescindible del descuido y negligencia de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE como entidad que debió prestarle los servicios médicos en debida forma, diagnosticando desde el inicio al menor con neumonía y no de gripa común, y así garantizarle un tratamiento médico adecuado para su padecimiento de salud.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 407-413)

En sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, decidió negar las pretensiones de la demanda.

Para tal efecto, consideró el A quo que en el sub examine se encuentra acreditado que la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE brindó al menor toda la atención necesaria cuando éste acudió a ese centro asistencial, en efecto encontró probado que en esa ocasión el menor fue atendido por un médico internista, quien le ordenó unos rayos x de tórax que reportó consolidación en base pulmonar izquierda más derrame pleural, y en consecuencia fue hospitalizado y sometido a las intervenciones médicas necesarias para tratar su padecimiento, así mismo, estuvo monitoreado y fue trasladado a UCI cuando su salud lo ameritaba, en donde se le suministraron los medicamentos y se le practicaron nebulizaciones y terapias respiratorias con el fin de mejorar su estado de salud, hasta cuando el menor

salió de peligro; siendo dado de alta cuando los médicos especialistas en neumología y en cirugía general evidenciaron que se encontraba en buen estado general con evolución satisfactoria de su cuadro clínico.

Adujo que tampoco acreditó que el examen físico y de los exámenes realizados por el Galeano adscrito a la entidad accionada, estuvo equivocado por su actuar negligente.

En ese sentido, advirtió ante la omisión probatoria de la parte demandante que quien tiene la carga de probar la configuración de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado no acreditó por ningún medio de prueba que el daño se derivó de la acción u omisión negligente o imprudente por parte de la entidad demandada.

3. LA APELACIÓN (fs. 415-417)

La parte demandante en su recurso de alzada solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y ratificó los argumentos expuestos en la demanda.

La parte actora argumenta que existió error en el diagnóstico y en tratamiento suministrado al menor Darwin Soto Orozco pues afirma que el hecho de que el menor regresara a urgencias dos días después de la atención del médico tratante es la confirmación del diagnóstico que ya había sido establecido por el anterior médico.

Afirma que los elementos materiales probatorios indican que en efecto existió neumonía desde el inicio y que no era una tos normal la que se acompaña con sangre, pues de conformidad con las reglas de la experiencia ello indicaba que no se trata de un simple cuadro viral, de conformidad con las reglas de la experiencia.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 19 de diciembre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 21 de enero de 2019 (f. 9 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE

La parte accionante no presentó alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

5.2 PARTE DEMANDADA (Fl. 12-41)

La parte demandada ratificó los argumentos expuestos en el largo del proceso y solicita que se confirme el fallo apelado; aduce que la parte demandante no demostró que la valoración médica inicial brindada al menor se hubiese prestado violando los protocolos médicos, no probó que existiese falla en el diagnóstico inicial emitido por el médico de la entidad, dando que el cuadro clínico anotado en su historia no evidenció una patología distinta a la identificada por el galeno y finalmente al menor le fue prestado un servicio médico integral, el cual permitió recuperar su estado de salud y fue dado de alta en óptimas condiciones.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del ministerio público no rindió concepto en esta instancia procesal.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

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 se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente proceso consiste en determinar si

¿Se encuentran acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad medica por parte la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, por los perjuicios ocasionados a los accionantes al presuntamente emitir un diagnostico equivocado al menor Darwin Soto Orozco ocasionándole un perjuicio a su estado de salud?

3. TESIS

La Sala confirmará la decisión del juez de primera instancia, debido a que no se demostró la falla médica alegada, toda vez que no se logró acreditar que la NEUMONIA BASAL IZQUIERDA, DERRAME PLEURAL y EPIEMA PULMONAR que padeció el menor DARWIN SOTO OROZCO sea producto del mal diagnóstico y tratamiento médico realizado por el Dr. Julio Cesar Diaz Tamara médico tratante en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE.

Por lo anterior, no se acreditaron los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

El medio de control de reparación directa permite que quien haya recibido un daño o perjuicio en desarrollo de la actividad estatal, ya sea, originado en un hecho, una omisión o en una operación administrativa, pueda acudir directamente ante la Jurisdicción Contenciosa para obtener el

resarcimiento del mismo. El fundamento constitucional de este medio de control se encuentra en el artículo 90 de la Carta Política, según el cual el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El concepto del daño antijurídico fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, es aquel agravio que el administrado no está obligado a soportar y dentro del concepto de daño antijurídico se subsumen todos los regímenes de responsabilidad, es decir involucra tanto la subjetiva como la objetiva.

Por otra parte, acota la Sala, que no obstante el título de imputación que invoque el demandante, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, el juzgador puede adecuar el régimen de responsabilidad que resulte probado en el proceso.

Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, son i.- El daño antijurídico y ii.- la imputación. Para que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario que se estructuren estos elementos, de manera concurrente.

4.2. Elementos de la Responsabilidad del Estado.

El Régimen constitucional vigente establece una cláusula general de Responsabilidad Patrimonial del Estado, consagrada en el inciso 1º del artículo 90 Superior, el cual dispone:

“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 extracontractual del Estado: (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 manifestado:



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

En cuanto al elemento Daño, precisó la jurisprudencia en cita:

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

Y en cuanto a la imputabilidad indicó:

“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 informado:

“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

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

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

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.

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.

4.3. DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA

Para el Consejo de Estado, Sección Tercera, la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional de la salud, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal; actividades que están cargo del personal paramédico o administrativo.

La tesis desarrollada es la siguiente:

"La responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o



es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes⁴.

Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos⁵, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico, en tanto permite establecer la cobertura del concepto “responsabilidad médica”.

En relación con el acto médico propiamente dicho se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el

⁴ Distinción hecha por BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos, Edit. Hammurabi, 1ª reimpression de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424, 425, citada, entre otras, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405.

⁵ Sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp: 12.165. Se dijo en esa providencia: “Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave”. No obstante, en sentencia de 10 de agosto de 2000, exp: 12.944, aclaró la Sala: “En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de ‘los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio’, y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicación del régimen de falla probada frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido ‘el de falla presunta’”.



tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado.

Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento, y en fin de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente.

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio.

*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 para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, 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 servicio⁶.

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

⁶ 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.



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 estadística⁷, 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 su causa directa e inmediata⁸. 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”⁹, 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”¹⁰, que permitían tenerla por establecida.

⁷ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007.

⁸ Sobre el tema ver, por ejemplo, RICARDO DE ÁNGEL YAGUEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112.

⁹ Cfr. RICARDO DE ANGEL 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.

¹⁰ *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía



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 indicios¹¹.

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.”¹².

Según la doctrina especializada hay que asumir que, evidentemente, los errores en el diagnóstico son inherentes al mismo – y estarán siempre, presentes- en la profesión médica. Por eso resulta también evidente que, a un médico, solamente, se le podrá exigir que efectúe las precisas comprobaciones, los controles necesarios y las apreciaciones convenientes para evitar y reducir al mínimo posibles resultados lesivos para la salud. Así visto, cualquier otro grado superior de exigencia resultaría, incluso, incompatible con la labor médica.

4.3.1 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

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: 11.169.

¹¹ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

¹² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 17001-23-31-000-1996-08017-01(20502). Actor: MARIELA GIRALDO DE MARIN Y OTROS. Demandados: CAPRECOM Y HOSPITAL DE CALDAS. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION)

pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, no bastaba la sola existencia del daño para presumir la falla del servicio de la administración.¹³

A partir de 1992, se acogió el criterio ya esbozado en 1990¹⁴, 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 Civil¹⁵ 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 médica¹⁶. 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 procedimientos¹⁷.

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

“No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en

¹³ 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.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, rad. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

¹⁵ 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”

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, rad. 6897, M.P. Daniel Suárez Hernández.



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”¹⁸.

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”¹⁹ que permita tenerlo por establecido.

En ese entendimiento, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales “resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

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 servicio²⁰.

En el año 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada²¹. 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 aquel²², sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria:

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

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

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 14786, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ 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.

²² 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.



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 conocimientos 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 partes²³.

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 ocurra²⁴.

Así las cosas, como lo recordó la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de julio del 2013²⁵, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se

²³ 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.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertusis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

²⁵ Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157. MP. Ramiro Pazos Guerrero

ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras del Alto Tribunal²⁶:

*“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 servicio²⁷

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 estadística²⁸, 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.*

²⁶ 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.

²⁷ “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”.

²⁸ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.



Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata²⁹. 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”³⁰, 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”³¹, que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios³².

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.”

²⁹ “Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

³⁰ 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”.

³¹ “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”.

³² Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, rad. 15276 y 15332, [M.P. Ruth Stella Correa Palacio].

Finalmente debe ponerse de relieve que la línea decantada desde el 2006, (responsabilidad subjetiva) se ha consolidado, según se puede ver del fallo del 5 de marzo del 2015, de la Sección Tercera, Sub sección B del Consejo de Estado³³, en el que se ha advertido que es la **falla probada** del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, precisando que para que pueda predicarse la existencia de una falla, “es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.”

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

- Se encuentra acreditado en el sub examine que el día 19 de octubre de 2007 a las 13:45 p.m. ingreso a urgencias de Comfenalco el menor Darwin Soto Orozco en compañía de su padre por presentar desde hace 3 días dolor en el tórax, fiebre alta, tos con secreción de sangre. La Dra. Ana María Fernández le diagnóstico una infección respiratoria aguda tipo Neumonía y Tuberculosis por confirmar, por lo que ordenó realizar unos Rayos x de tórax y dipirona intra venosa diluida. (Fl. 36-38)
- A las 14:30 p.m. se allegaron los resultados de los rayos x en los cuales se evidenció aumento de la trama vascular con infiltraciones en el campo pulmonar derecho en ápice y base, por ello ordeno remitir al paciente a una institución de mayor nivel. (Fl. 36-38)
- Ahora bien, el día 19 de octubre de 2007 a las 19:30 p.m. el menor Darwin Soto Orozco asistió a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL

³³ Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01 (30102) MP. Danilo Rojas Betancourth



CARIBE en compañía de su madrastra quien relato que desde ese día en la mañana presentaba fiebre y tos con flemas con hilos de sangre, se advierte en la historia clínica que Dr. Julio Cesar Diaz Tamara médico tratante manifestó que en rayos x tomado del tórax no se advirtieron infiltraciones y en los exámenes de laboratorio no muestran alteración, indico en el examen físico no aparente enfermedad aguda, tórax: *"SIMETRICO, RUIDOS CARDIACOS RITMICOS, NO SOPLOS HAY BUEN MURMULLO VESICULAR"* razón por la cual le dio de alta y le recetó acetaminofén 500 cada 6 horas. (Fl. 43 y 106)

- El 21 de octubre de 2007 a las 18:00 p.m. el menor ingreso nuevamente a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE por presentar fiebre, tos con expectoración, dolor torácico izquierdo y dificultad para respirar, en esa oportunidad es atendido por el médico internista Orlando González Macer quien le ordena realizar rayos x de tórax en el cual se muestra la consolidación en base pulmonar izquierda más derrame pleural, por lo que le diagnostica: 1. Neumonía basal izquierda y 2. Derrame pleural y le ordena un plan de antibióticos, antipiréticos y analgésicos. (Fl. 95)
- A la 1:00 a.m. del día 21 de octubre de 2007 se le realiza al menor toracocentesis (procedimiento realizado para drenar el líquido que se encuentra en el espacio entre el revestimiento externo de los pulmones y la pared torácica) en el cual se obtuvo un material purulento y se le diagnostica un Empiema pulmonar y se solicita rayos x de tórax de control y valoración por cirujano general. (Fl. 97 reverso-98,100)
- A las 7:40 p.m del 22 de octubre de 2007 se ingresa el menor a sala de recuperación *"con tubo de tórax conectado a trampa de agua drenando pus en bastante cantidad"* por lo que lo llevan a rayos x de control y se lleva el cultivo al laboratorio con el reporte. (Fl. 100)
- El día 23 de octubre de 2007 presentó fiebre con taquipnea aumento de leucocitos por lo que deciden remitirlo a Unidad de Cuidados Intensivos por riesgo de falla respiratoria en donde se le coloca soporte ventilatorio no invasivo, se le suministran antibióticos y se le realizan nebulizaciones e inventivos respiratorios.

- El día 31 de octubre de 2007 presentó una mejoría de patrón respiratorio por lo que se decidió suspender ventilación no invasiva, continuo con incentivos respiratorios y fue valorado por cirugía de tórax quien consideró pertinente realizar tac de tórax contrastado. (Fl. 146). El día 2 de noviembre de 2007 se le retiro el tubo de tórax- introducido en la toracotomía- y se le dio traslado a la sala general. (Fl. 147)
- El día 5 de noviembre de 2007 llega reporte de hemocultivo en el cual no se mostró crecimiento bacteriano (Fl. 189 reverso) y finalmente el día 7 de noviembre de la misma anualidad neumología y cirugía general deciden darlo de alta por evidenciar buen estado general con evolución satisfactoria de su cuadro clínico, ordenando antibiótico oral por 4 semanas, cita por consulta externa y TAC de toras. (Fl. 40, 137-138, 184, 190)
- Obra en el expediente las declaraciones del señor Marlon de Luque Redondo, José Zúñiga Genes en sus calidades de compañero de trabajo del señor Edwin Soto Frías y la señora el Virginia Vanegas Cuadrado en su calidad de vecina de los actores.

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el sub iudice, la parte demandante pretende que se declare administrativamente responsable, a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE por los perjuicios morales y materiales ocasionadas por la supuesta falla en el servicio y la inadecuada praxis médica producto del mal diagnóstico dado al estado de salud del menor Darwin Soto Orozco al omitir la práctica de exámenes de rigor que desvirtuarían o conformarían el diagnóstico de neumonía indicado por la médico tratante en la Urgencias de Comfenalco.

A su turno, el juez de primera instancia, decidió negar las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, considero el A quo que en el sub examine se encuentra acreditado que la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE brindó al menor toda la atención necesaria cuando éste acudió a ese centro asistencia, en efecto encontró probado que en esa ocasión el

menor fue atendido por un médico internista, quien le ordenó unos rayos x de tórax que reporto consolidación en base pulmonar izquierda mas derrame pleural, y en consecuencia fue hospitalizado y sometido a las intervenciones medias necesarias para tratar su padecimiento, así mismo, estuvo monitoreado y fue trasladado a UCI cuando su salud lo ameritaba, en donde se le suministraron los medicamentos y se le practicaron nebulizaciones y terapias respiratorias con el fin de mejorar su estado de salud, hasta cuando el menor salió de peligro; siendo dado de alta cuando los médicos especialistas en neumología y en cirugía general evidenciaron que se encontraba en buen estado general con evolución satisfactoria de su cuadro clínico.

Adujo que tampoco acreditó que el examen físico y de los exámenes realizados por el Galeano adscrito a la entidad accionada, estuvo equivocado por su actuar negligente.

En ese sentido, advirtió ante la omisión probatoria de la parte demandante que quien tiene la carga de probar la configuración de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado no acreditó por ningún medio de prueba que el daño se derivó de la acción u omisión negligente o imprudente por parte de la entidad demandada.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque, y ratificó los argumentos expuestos en la demanda.

La parte actora argumenta que existió error en el diagnóstico y en tratamiento suministrado al menor Darwin Soto Orozco pues afirma que el hecho de que el menor regresara a urgencias dos días después de la atención del médico tratante es la confirmación del diagnóstico que ya había sido establecido por el anterior médico.

Afirma que los elementos materiales probatorios indican que en efecto existió neumonía desde el inicio y que no era una tos normal la que se acompaña con sangre, pues de conformidad con las reglas de la experiencia ello indicaba que no se trata de un simple cuadro viral, de conformidad con las reglas de la experiencia.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto; así como los hechos probados y el objeto del recurso de apelación.

En ese orden, esta Corporación deberá verificar si en el sub iudice, se encuentran configurados los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del Estado.

5.2.1 Daño antijurídico

En primer lugar, precisa la Sala, que la configuración del daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, el cual 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 en el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

Sobre el daño antijurídico, el Consejo de Estado³⁴ ha manifestado:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”. En este sentido se ha señalado que “en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto

³⁴ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 05001-23-31-000-2002-03487-01 (32912) MP Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.



como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”¹⁶, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”

En el sub iudice, se alegó por la parte demandante, que el daño cuya reparación se pretende, corresponde a la NEUMONIA BASAL IZQUIERDA, DERRAME PLEURAL y EPIEMA PULMONAR padecida por el menor Darwin Soto Orozco producto del mal diagnóstico y tratamiento realizado por el Dr. Julio Cesar Tamara el día 19 de octubre de 2007 en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE toda vez que le diagnosticó una enfermedad viral aguda sin tener en cuenta a juicio de la parte actora los rayos x de tórax practicado por la urgencia de Comfenalco.

A juicio de la Sala, en el sub examine, no se encuentra acreditado el daño antijurídico invocado por la parte actora, conclusión a la que se arrima, por las consideraciones que se exponen a continuación.

En primer lugar, advierte la Sala que milita en el expediente historia clínica del menor DARWIN SOTO OROZCO en la cual se advierte que el joven ingresó el 19 de octubre de 2007 a la urgencia de COMFENALCO por dolor en el tórax, fiebre alta, tos con secreción de sangre. La Dra. Ana María Fernández le diagnóstico una infección respiratoria aguda tipo Neumonía y Tuberculosis por confirmar, por lo que ordenó realizar unos Rayos x de tórax y dipirona intra venosa diluida. (Fl. 36-38)

A las 14:30 p.m. se allegaron los resultados de los rayos x en los cuales se evidenció aumento de la trama vascular con infiltraciones en el campo pulmonar derecho en ápice y base, por ello ordeno remitir al paciente a una institución de mayor nivel. (Fl. 36-38)

Ahora bien, el día 19 de octubre de 2007 a las 19:30 p.m el menor Darwin Soto Orozco asistió a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE en compañía de su madrastra quien relato que desde ese día en la mañana presentaba fiebre y tos con flemas con hilos de sangre, se advierte en la historia clínica que Dr. Julio Cesar Diaz Támara médico tratante manifestó que en rayos x tomado del tórax no se advirtieron infiltraciones y en los exámenes de laboratorio no muestran alteración, indico en el examen físico

no aparente enfermedad aguda, tórax: *"SIMETRICO, RUIDOS CARDIACOS RITMICOS, NO SOPLOS HAY BUEN MURMULLO VESICULAR"* razón por la cual le dio de alta y le recetó acetaminofén 500 cada 6 horas. (Fl. 43 y 106)

A su turno, el 21 de octubre de 2007 a las 18:00 p.m. el menor ingresó nuevamente a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE por presentar fiebre, tos con expectoración, dolor torácico izquierdo y dificultad para respirar, en esa oportunidad es atendido por el médico internista Orlando González Macer quien le ordena realizar rayos x de tórax en el cual se muestra la consolidación en base pulmonar izquierda más derrame pleural, por lo que le diagnostica: 1. Neumonía basal izquierda y 2. Derrame pleural y le ordena un plan de antibióticos, antipiréticos y analgésicos. (Fl. 95)

A la 1:00 a.m. del día 21 de octubre de 2007 se le realiza al menor toracocentesis (procedimiento realizado para drenar el líquido que se encuentra en el espacio entre el revestimiento externo de los pulmones y la pared torácica) en el cual se obtuvo un material purulento y se le diagnostica un Empiema pulmonar y se solicita rayos x de tórax de control y valoración por cirujano general. (Fl. 97 reverso-98,100)

A las 7:40 p.m. del 22 de octubre de 2007 se ingresa el menor a sala de recuperación *"con tubo de tórax conectado a trampa de agua drenando pus en bastante cantidad"* por lo que lo llevan a rayos x de control y se lleva el cultivo al laboratorio con el reporte. (Fl. 100)

Posteriormente, el día 23 de octubre de 2007 presentó fiebre con taquipnea aumento de leucocitos por lo que deciden remitirlo a Unidad de Cuidados Intensivos por riesgo de falla respiratoria en donde se le coloca soporte ventilatorio no invasivo, se le suministran antibióticos y se le realizan nebulizaciones e inventivos respiratorios.

El día 31 de octubre de 2007 presentó una mejoría de patrón respiratorio por lo que se decidió suspender ventilación no invasiva, continuó con incentivos respiratorios y fue valorado por cirugía de tórax quien consideró pertinente realizar tac de tórax contrastado. (Fl. 146). El día 2 de noviembre de 2007 se

le retiro el tubo de tórax-introducido en la toracotomía- y se le dio traslado a la sala general. (Fl. 147)

El día 5 de noviembre de 2007 llega reporte de hemocultivo en el cual no se mostró crecimiento bacteriano (Fl. 189 reverso) y finalmente el día 7 de noviembre de la misma anualidad neumología y cirugía general deciden darlo de alta por evidenciar buen estado general con evolución satisfactoria de su cuadro clínico, ordenando antibiótico oral por 4 semanas, cita por consulta externa y TAC de toras. (Fl. 40, 137-138, 184, 190)

En este orden, la Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera que no se encuentra configurado el elemento del Daño antijurídico en el caso bajo estudio, en el sentido de que no se probó que la entidad accionada haya prestado un servicio deficiente; toda vez que si bien el joven DARWIN SOTO OROZCO tuvo una NEUMONIA BASAL IZQUIERDA, DERRAME PLEURAL y EPIEMA PULMONAR; no se encuentra acreditado que ese padecimiento resulte del diagnóstico y tratamiento realizado por el galeno en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE el día 19 de octubre de 2007 al diagnosticarlo con una enfermedad viral aguda; pues no existe en el sub examine material probatorio que permita determinar que el diagnóstico realizado por el médico adscrito a la accionada, trajo como consecuencia la patología que el joven DARWIN SOTO OROZCO padeció.

Lo anterior, teniendo en cuenta en primer lugar que el diagnóstico realizado por la Dra. Ana María Fernández en la Urgencia de COMFENALCO de Infección Respiratoria Aguda Tipo Neumonía y Tuberculosis estaba por confirmar; en segundo lugar se advirtió que el Dr. Julio Cesar Diaz Tamara quien atendió al menor Darwin Soto Orozco en la ESE Hospital Universitario del Caribe emitió su diagnóstico luego de valorar los resultados de los rayos x de tórax del menor en el cual no observó filtraciones o alteraciones, asimismo en la historia clínica se advierte que al realizar el examen físico del menor se observó el tórax: *"SIMETRICO, RUIDOS CARDIACOS RITMICOS, NO SOPLIS, HAY BUEN MURMULLO VESICULAR"* y en se orden, el galeno basándose en dichas valoraciones decidido darlo de alta, de tal manera que para la Sala el actuar del Dr. Diaz Támara estuvo acorde con el

padecimiento del menor teniendo en cuenta los protocolos y procedimientos objetivamente dispuestos para el manejo del mismo.

Ahora bien, es dable acotar que la prestación del servicio médico que no tenga resultados positivos o favorables a la recuperación del paciente, no conduce per se, a una responsabilidad del médico o del establecimiento de salud; pues para determinar la responsabilidad médica y su gravedad se debe analizar en cada caso a fin de apreciar las circunstancias propias del acto médico, máxime cuando dicha responsabilidad es de naturaleza subjetiva, por lo que resulta imperioso acreditar la falla del servicio médico.

En este orden, dentro del expediente, se estableció que el paciente al ingresar nuevamente a urgencias de la ESE Hospital Universitario del Caribe el día 21 de octubre de 2007 recibió un tratamiento idóneo por parte de la entidad respecto con la sintomatología presentada; pues fue atendido por un médico internista quien ordenó realizarle rayos x cuyos resultados advirtieron una consolidación en base pulmonar izquierda más derrame pleural, razón por la cual fue hospitalizado en el centro asistencial, en ese sentido, se advierte en el sub examine que al menor se le realizaron los procedimientos indicados en el tratamiento ordenado por el médico tratante, y se le brindo toda la ayuda asistencial necesaria para su recuperación, pues estuvo hospitalizado por aproximadamente 17 días hasta que lograron que el joven tuviera un buen estado de salud y le dieran de alta, ordenándole antibióticos orales por 4 semanas y TAC de tórax, lo anterior para llevar un seguimiento de la evolución de su estado de salud.

Considera la Sala necesario aclarar, que el acto médico, cuando se trata de padecimientos de salud es de medios y no de resultado, debido a que todo galeno está obligado a colocar a disposición del paciente, con diligencia sus conocimientos profesionales y científicos, para lograr el restablecimiento de su salud; sin que le sea exigible garantizar finalmente, el logro de dicho propósito; teniendo en cuenta, que pueden existir multiplicidad de riesgos y complicaciones sobrevinientes, que escapan del manejo médico.

En este orden, el médico, se obliga a colocar al servicio del paciente, con la debida diligencia, todos sus conocimientos, en estricto cumplimiento de

los protocolos médicos, con miras de procurar la recuperación del paciente; sin que se le pueda exigir, garantizar los resultados, debido a los posibles y múltiples riesgos y complicaciones que pueden emerger de la patología misma.

Por lo anterior, concluye la Sala, que en el sub iudice, la parte actora, incumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del CGP, en demostrar que la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE haya incurrido en acciones u omisiones que hayan causado un daño antijurídico de la parte demandante; en ese sentido concuerda esta Magistratura con el A quo en el sentido de indicar que la parte accionante, quien tenía la carga de acreditar el comportamiento negligente e impudente de la entidad accionada, no acreditó que el día 19 de octubre de 2007 cuando el menor ingresó a Urgencias de COMFENALCO y posteriormente a la Urgencias de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE ya padecía de neumonía, de tal manera que no es posible determinar en el sub examine que existió un error en el diagnóstico otorgado por el Dr. Julio Cesar Diaz Tamara en el centro asistencial, razón por la cual no se encuentra configurado el daño antijurídico.

En ese sentido, itera la Sala, que el daño como elemento de la responsabilidad, debe reunir unos requisitos, entre ellos, el de ser antijurídico, esto es que, proviniendo de la acción u omisión del Estado, quien lo padece no está en la obligación legal de soportarlo.

Bajo estos supuestos, precisa la Sala, que al no estar demostrado el daño antijurídico, se releva de estudiar la imputación; en consideración a que el daño es el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada de fecha quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena.

6. Condena en Costas

Por tratarse de un proceso escritural, aplica la Sala el artículo 171 del C.C.A., CPACA, el cual remite al CPC; entiéndase hoy del Código General del Proceso; según el cual, señala que el juez teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso.

Así las cosas, en consideración, al criterio subjetivo adoptado por el C.C.A., la Sala se abstendrá de condenar en costas, al no advertir temeridad o mala fe en la conducta procesal desplegada por la parte demandante.

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

VI. FALLA

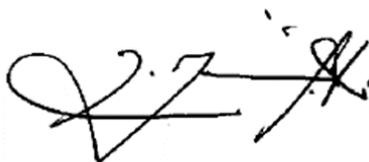
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Ausente por incapacidad.

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN