

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

### **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.**

<b>Medio de control</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Radicado</b>	13001-33-33-005-2013-00163-01
<b>Demandante</b>	IRIS REGINA LARA GUZMÁN Y OTROS
<b>Demandado</b>	ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN, NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-HOSPITAL NAVAL, ESTRIOS S.A.S., FUNDASER Y PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
<b>Tema</b>	FALLA MÉDICA EN SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL
<b>Magistrado Ponente</b>	LUÍS 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 31 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### **III.- ANTECEDENTES**

#### **1. DEMANDA**

##### **1.1 Pretensiones**

1. Que se declare que las demandadas son administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, por la amputación del pie derecho y la afectación psicológica que ello ha producido al menor SAMUEL DAVID SERPA LARA (víctima directa) y demás familiares.

2. Condenar a las entidades demandadas al pago de los daños y perjuicios causados a los demandantes así:

A) Por concepto de daños morales en la suma correspondiente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 SMLMV), para cada uno, a favor del menor SAMUEL DAVID SERPA LARA, a sus padres IRIS REGINA LARA GUZMÁN y JHON JAIRO SERPA SOLÍS; hermanos YADITH SOFÍA SERPA LARA, LUISA ALEJANDRA SERPA BOSSIO y JUAN CAMILO SERPA BOSSIO; abuelos HORTENSIA GUZMÁN DE LARA, ANA CENIT SOLIS CARMONA y EFRAÍN ANTONIO SERPA CERRO; y el equivalente a CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (50 SMLMV) a OLMAR EMILIO LARA GUZMÁN, tío del menor.

B) Por concepto de daños materiales, pagar al menor SAMUEL DAVID SERPA LARA una pensión de invalidez a partir del día de su lesión (febrero 24 de 2009 sic), con base en el salario mínimo legal mensual vigente al momento de ejecutoria de la sentencia, y conforme al artículo 38 de la ley 100 de 1993.

O subsidiariamente, condenar a las demandadas a pagar indemnización por perjuicios materiales: a) lucro cesante, debido y futuro, por la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (400 SMLMV).

3. Condenar a las demandadas a pagar al menor directamente afectado y a sus padres, indemnización de perjuicios por daño a la salud o perjuicios fisiológicos, estimados en la suma de CUATROCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (400 SMLMV); de los cuales, DOSCIENTOS (200) al menor y DOSCIENTOS (200) a sus padres.

4. Condenar a las demandadas a pagar al menor indemnización de perjuicios por merma en su capacidad laboral que es superior a 50%, o lo que resulte establecido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; perjuicios que son estimados en CUATROCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (400 SMLMV).

5. En razón de la reparación integral del daño causado, condenar a las demandadas a adoptar todas las medidas de justicia restaurativa para obtener el restablecimiento pleno de la lesión del menor, proporcionándole prótesis para su pierna que garantice su adecuada locomoción. Igualmente los tratamientos psicológicos que requiera.

6. Condena en costas y se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

7. Se ordene el pago de la sentencia conforme al artículo 195 del CPACA, y en caso de mora se proceda conforme al numeral 4° del citado artículo.

## **1.2 Hechos**

Expone como supuestos fácticos los siguientes:

Se señala en la demanda que al menor SAMUEL DAVID SERPA LARA le practicaron amputación infracondilea del miembro inferior derecho, al tratarlo por sepsis y deshidratación con desequilibrio hidroelectrolítico; y que la sepsis fue secundaria a neumonía y enfermedad diarreica aguda e intolerancia de la vía oral.

El menor de dos años de edad había sido llevado por su madre al servicio de urgencias de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, el 24 de febrero de 2011, por presentar diarrea aguda; lo trató la Dra. María Montes Castro, quien le ordenó plasil y por mejoría le dio de alta. El niño reingresó al mismo centro de salud al día siguiente 25 de febrero, siendo atendido por el Dr. Pedro Sierra Anillo. Ingresó por diarrea, vómito y desviación ocular por intoxicación con plasil. Se le trata con suero fisiológico, biperideno y por persistir la sintomatología se remite a segundo nivel, a la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARMEN DE BOLÍVAR, con diagnóstico: intoxicación por plasil, meningitis y desequilibrio hidroelectrolítico.

En la segunda institución de salud se le recibió el 25 de febrero al medio día. Se hace anotación que no responde a estímulos, presenta vómitos y diarrea



de tres días de evolución, intolerancia vía oral, somnolencia, desviación de mirada, cuadro gripal. Impresión clínica: desequilibrio hidroelectrolítico, deshidratación grado III, extrapiramidalismo como efecto adverso al plasil y probable neumonía. Le hizo consulta el Dr. Javier Lora Flórez y el pediatra Dr. Roger Montero, a las 13 horas lo encuentran en malas condiciones generales, estuporoso, rigidez en nuca, pupilas isocósmicas con respuestas perezosas a la luz, signos de dificultades respiratorias, tirajes intercostales con abundantes roncos sibilantes y crepites en ambos campos pulmonares.

Hospitalización en pediatría con hoja médica que incluye oxígeno, examen de uroanálisis, hemograma, coprológico, creatinina, Rx de tórax, entre otros, y se remite a tercer nivel al Hospital Naval de Cartagena y es atendido en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), operada por ESTRIOS SAS.

Se afirma que en esta última institución no se observó la lesión en la pierna derecha al ingreso, sino al cuarto día de permanencia del menor, lo cual indica que no se hizo un examen exhaustivo del niño al ser recibido. También se dice en libelo que la historia clínica fue incompleta omitiendo anotaciones como los antecedentes que indicaban que el paciente venía siendo tratado por una infección respiratoria aguda. Tampoco se registró hora de atención. Por último afirma que el señor OMAL EMILIO GUZMÁN, tío del menor SAMUEL DAVID, ha convivido con el menor y su mamá, por lo que igualmente es afectado con lo sucedido a su sobrino.

## **2. Contestación**

### **2.1 ESE Hospital Nuestra Señora del Carmen de Bolívar<sup>1</sup>**

Expone que se debe acreditar por los demandantes la atención inoportuna y no pertinente prestada por esa entidad; indica que la ESE no intervino directamente en esa atención médica al menor SAMUEL DAVID SERPA LARA, que fue el operador externo FUNDASER. Se opone a las pretensiones manifestando que los servicios médico asistenciales están a cargo de

---

<sup>1</sup> Cuaderno 1 Fls. 292 - 295

FUNDASER en forma autónoma e independiente; se prestan en las instalaciones de la ESE pero en ella no interviene en el servicio médico.

Lo anterior en razón del contrato celebrado entre la ESE y FUNDASER desde el año 2006, y que se encuentra vigente; contrato en virtud del cual FUNDASER responde por los daños causados a terceros y a la ESE LOCAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN, con ocasión del servicio médico asistencial que está a su cargo. Formula las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de derecho para pedir y falta de legitimación en la causa por pasiva.

## **2.2 Nación- Ministerio de Defensa- Hospital Naval<sup>2</sup>**

Señala que no existió negligencia, inoperancia ni impericia; al menor se le brindó toda la atención de acuerdo a su patología y no hay relación de causalidad entre el hecho y el daño.

Indica que cuando el menor fue atendido por el HOSPITAL NAVAL, se encontraba en estado crítico; la amputación es producto de múltiples fallas padecidas por el niño y no por falla del servicio por atención tardía como se sostiene en la demanda. Que no es cierta la afirmación que se hace por los demandantes de no haber sido observada la lesión en la pierna afectada sino cuatro días después de la hospitalización, por cuanto se demostró que el menor a su ingreso fue considerado un paciente en malas condiciones, grave, con conciencia alterada, mala perfusión periférica signos de bajo gasto cardiaco, con alto riesgo de muerte.

Manifiesta que según la historia clínica el paciente presentó perfusión distal mala con lesiones purpúricas el 1 de marzo de 2011, y al día siguiente se le brindó la atención adecuada; se le valoró por cirugía cardiovascular quien realizó doppler de miembro inferior con reporte verbal sin flujo sanguíneo por debajo de poplíteas, por lo que se le hizo tratamiento ajustado al protocolo. También fue valorado por el ortopedista que recomendó la cámara

---

<sup>2</sup> Cuaderno 2 Fls. 1-20

hiperbárica. Lo que quiere decir que se le brindó la asistencia médica adecuada y en el momento oportuno.

#### **2.4 ESTRIOS S.A.S.<sup>3</sup>**

Frente a los hechos dice que la amputación no se produjo por una inoportuna atención o por una falta de tratamiento pertinente de la sepsis y deshidratación con desequilibrio hidroelectrolítico; dice que el menor llegó al cuarto nivel de atención con un cuadro severo y complejo.

Que no es cierto que no se le hubiesen valorado las extremidades porque sí se hizo y se encontró mala perfusión distal y pulsos simétricos. No hubo negligencia porque las lesiones purpúricas en miembro inferior se detectaron a la entrada del paciente y fueron tratadas adecuadamente. Explica que la relación ente el HOSPITAL NAVAL y ESTRIOS es contractual.

Se opone a las pretensiones porque se actuó de acuerdo con la lex artis; se le brindo al menor tratamiento, medicamentos oportunos, en forma diligente y adecuada y con pericia. También dice que las pretensiones de la demanda, en cuanto indemnización de perjuicios son excesivas, sobrepasan los límites y topes jurisprudenciales; además de que se pretende doble pago por un supuesto daño de lucro cesante. Pone de presente que el acto médico es de medio y no de resultado, por eso la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, demandando de la actividad médica la obligación de realizar la totalidad de los procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, sin dejar de lado los riesgos de complicaciones.

Señala que la amputación obedeció a la situación extrema de alto riesgo de salud del menor, involucrando shock de sepsis, lo cual permite decir que no hay una relación de causalidad entre el daño y la actividad desplegada por esa demandada. Recalca que al niño lo atendieron especialistas de varias disciplinas, como médicos generales, pediatra, pediatra intensivista,

---

<sup>3</sup> Cuaderno 3 Fls. 1-13

médico neuropediatra, médico cirujano cardiovascular y angiólogo, psicóloga, médico dermatólogo, médico ortopedista, enfermeras, etc.; también se le practicaron todos los exámenes requeridos. Recalca que al niño se le salvo la vida al realizar desde el primer momento todos los procedimientos que estaban al alcance.

Indica que la atención médica prestada por ESTRIOS fue acorde con el cuadro médico que presentaba el paciente, por lo que el daño antijurídico alegado de la amputación del transtibial del miembro inferior derecho no es imputable a la entidad, pues fue consecuencia del complejo cuadro clínico que presentaba en virtud de la afección que padecía. Formula las excepciones de falta de nexo de causalidad y no existencia de falla del servicio médico.<sup>4</sup>

## **2.5 La Previsora S.A. Compañía de Seguros<sup>5</sup> (llamada en garantía)**

Frente a los hechos de su vinculación dice que es cierto la existencia de la póliza No. 1004043, y precisa que su vigencia fue entre el 9 de noviembre de 2010 y el 9 de noviembre de 2011, cuando ocurrieron los hechos; no obstante, se opone a las pretensiones del llamante porque la Compañía no tiene la obligación de asumir el pago de cualquier condena en su contra que se dicte en el presente proceso.

Las excepciones que formula son la de sujeción a las condiciones generales y particulares del contrato de seguro y a la legislación que lo regula. Se remite a la cláusula Claims Made y a la Ley 389 de 1997 para afirmar que tanto el riesgo como la reclamación debieron ocurrir durante la vigencia de la Póliza, que conforme a la carátula fue expedida el 10 de noviembre de 2010 y estuvo vigente entre el 9 de noviembre de 2010 hasta noviembre 9 de 2011. El siniestro según los hechos de la demanda fue el 24 de febrero de 2011, es decir, bajo la vigencia de la póliza, mas no así la reclamación a la aseguradora, si se tiene en cuenta que la solicitud de conciliación la

---

<sup>4</sup> Cuaderno 3 Fls. 1-13

<sup>5</sup> Cuaderno 5 Fls. 47-55

presentó el demandante ante la Procuraduría el 18 de febrero de 2013, cuando la póliza ya había dejado de regir.

Y señala que la aseguradora tampoco fue convocada a la audiencia de conciliación ni por el demandante ni por el asegurado. Agregando que la demanda fue presentada el 26 de abril de 2013 y a la aseguradora se le notificó el 13 de julio de 2014. En consecuencia, no existe amparo del siniestro porque operó la caducidad para presentar a la aseguradora la reclamación surgida de la responsabilidad civil extracontractual, en los términos de la modalidad contractual del seguro claims made. De otra parte, dice que están pactadas exclusiones absolutas que indican qué siniestros no se encuentran amparados con la póliza; en este caso no fue amparada la responsabilidad civil profesional individual propia de médicos y/o odontólogos, o de cualquier profesional de la salud.

## **2.6 ESE Hospital Local de San Jacinto**

No contestó la demanda.

## **2.7 FUNDASER**

No contestó la demanda.

## **3. Sentencia apelada<sup>6</sup>**

El Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, en sentencia del 31 de mayo de 2016, profirió sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Concluyó que en el presente asunto, no se incurrió en la falla médica aducida por la parte demandante, de las pruebas recaudas en este proceso, destacando el dictamen pericial discutido por el Dr. RICARDO SENIOR TORRES, y las declaraciones de personas y profesionales de salud que tuvieron en sus manos la atención de SAMUEL DAVID SERPA LARA, como las

---

<sup>6</sup> Cuaderno 5 Fls. 252-268



declaraciones de dos personas cercanas a la familia de los demandantes, junto con las historias clínicas allegadas, no encontró el despacho prueba alguna que permita imputar a las demandadas el daño antijurídico que se ha planteado; y se demostraron las consecuencias y afectaciones sufridas por los demandantes por la pérdida de un miembro inferior del niño, pero no atribuibles a falla del servicio médico asistencial ni del acto médico.

#### **4. Recurso de apelación<sup>7</sup>**

La parte demandante apela la sentencia de primera instancia, manifestando como fundamentos de su inconformidad, lo siguiente:

El menor llegó a hacer uso de los servicios médicos a la ESE San Jacinto, caminando, sobre sus dos pies, sin trauma alguno en las extremidades, con una infección de bronconeumonía que no fue detectada ni tratada, con una diarrea bacteriana crónica que no fue tratada, donde le aplicaron plasil que lo intoxicó y culminó en cuidados intensivos, saliendo de allí para su casa sin su pie.

Insiste en que la Historia Clínica de la ESE San Jacinto no se registró el proceso neumónico que afectaba al menor al ser llevado a la urgencia de este centro hospitalario; la atención no fue integral, el médico se limitó a la enfermedad diarreica aguda y la deshidratación, pero no hizo el examen completo; si se hubiese realizado tratamiento oportuno para EDA (Enfermedad Diarreica Aguda) bacteriana, según lo ordenan los protocolos, otro hubiese podido ser el curso del estado de salud del niño.

Por otro lado, de acuerdo con lo descrito en la historia clínica del HOSPITAL NAVAL -ESTRIOS, el estado del paciente era delicado, crítico, cuando fue allí recibido, sin embargo no aparecen registradas en la historia clínica las lesiones purpúricas en el miembro inferior derecho y que solo fueron advertidas y tratadas el 1º de marzo del 2012.

---

<sup>7</sup> Cuaderno 5 Fls. 288-294

Expone que la conclusión a la cual llega la señora Juez en la sentencia, al considerar que el paciente si no se hubiese tratado y amputado el pie el menor iba a fallecer es errada y contraria a las más mínimas consideraciones médicas y humanitarias; aceptar esa tesis sería legalizarla desatención médica y hospitalaria; olvidó que la asistencia médica es un deber de medios y no de resultados y que la asistencia médica en el servicio de urgencias es un deber prioritario de las entidades hospitalarias. En el tercer y cuarto nivel la atención pudo haber sido pertinente pero no oportuna, perdiéndose tiempo valioso para evitar la amputación de su miembro inferior.

Reitera que en la historia clínica de El Carmen de Bolívar se lee que llegó allí con deshidratación grado tres y se desconoce que en San Jacinto no se haya detectado el cuadro Infeccioso bronconeumónico; falencia en la atención integral que privó al menor de haberlo tratado con antibióticos para conjurar la infección.

Finalmente, solicita que en caso que la sentencia se llegare a confirmar, se pide que en cuanto a la condena en costas, específicamente en cuanto a las agencias en derecho, la misma se modifique para que se disminuya ostensiblemente el valor de la impuesta, al ser exagerado tasar por este concepto el 15% del valor de la pretensión mayor, pidiendo que sea del 1%, porcentaje que es equitativo y razonable.

## **5. Actuación procesal**

Mediante providencia de fecha 24 de agosto de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.<sup>8</sup>

Por auto del 12 de octubre de 2016 se corrió traslado a los partes, para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, y vencido este, traslado al Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tiene.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cuaderno Segunda Instancia Fls. 4

<sup>9</sup> Cuaderno Segunda Instancia Fls. 12

## **6. Alegatos de conclusión**

### **6.1 Previsora S.A. Compañía de Seguros**

Alegó de conclusión solicitando se confirme la sentencia recurrida.<sup>10</sup>

### **6.2 ESTRIOS S.A.S.**

Alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el memorial de contestación.<sup>11</sup>

### **6.3 De la parte demandante**

Reiteró lo expuesto en el memorial del recurso de apelación.<sup>12</sup>

### **6.4 ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO**

Solicita se confirme la sentencia apelada, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda.<sup>13</sup>

### **6.5 ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE BOLÍVAR**

Solicita se confirme la sentencia apelada, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda.<sup>14</sup>

### **6.6 FUNDACIÓN SER**

Solicita se confirme la sentencia en todas sus partes por no existir el daño antijurídico que se imputa a las demandadas.<sup>15</sup>

### **6.7 MINISTERIO DE DEFENSA**

---

<sup>10</sup> Fls. 19-20

<sup>11</sup> Fls. 21-31

<sup>12</sup> Fls. 32-34

<sup>13</sup> Fls. 35-36

<sup>14</sup> Fls. 37-38

<sup>15</sup> Fls. 39-40

Solicita se confirme la sentencia apelada, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda.<sup>16</sup>

#### **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**

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

##### **2. Problema jurídico**

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda, la impugnación y lo probado en el proceso, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar: *¿Si las entidades demandadas son responsables patrimonial y administrativamente por la presunta falla del servicio médico asistencial que ocasionó los perjuicios sufridos por la familia y el menor Samuel David Serpa Lara, como consecuencia de la amputación de la pierna derecha del citado menor, por una presunta deficiente intervención médica.?*

---

<sup>16</sup> Fls. 41-44

Por otro lado, deberá determinar la Sala *¿si es procedente la liquidación de la condena en costas en la modalidad de agencias en derecho, en la sentencia de primera instancia?*

### **3. Tesis**

La Sala de Decisión, confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, al no encontrarse probada la falla en el servicio médico asistencial de las entidades demandadas, por cuanto el daño padecido por el menor, consistente en la amputación de su pie derecho, no es imputable al servicio médico prestado. Pero modificará el numeral SEGUNDO, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a la parte demandante, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, especificándose que dicha condena deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, no por el A quo en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

### **4. Marco normativo y jurisprudencial**

#### **4.1 Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado**

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

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

De la norma en cita, se concluye que son dos los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa: (i) La existencia de un daño antijurídico; (ii)

La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de una autoridad pública.

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

*“Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.”<sup>17</sup>*

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*

---

<sup>17</sup> 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.



*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).”<sup>18</sup>*

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” .<sup>19</sup>*

En consonancia con lo expuesto por la jurisprudencia, 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2020.



#### **4.2. Régimen de responsabilidad del Estado - falla en el servicio.**

Atendiendo la teoría tradicional de falla en el servicio, se tiene que la responsabilidad del Estado, surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: i) el daño antijurídico sufrido por el interesado, ii) el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, iii) una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio. Así entonces, requiere de la concurrencia de varios elementos:

- El desconocimiento por acción u omisión a deberes constitucionales, legales, reglamentarios o administrativos por parte del Estado que correlativamente implican derechos de los administrados, en situaciones concretas previsibles.
- El daño, cierto, particular, anormal, a las personas que solicitan reparación, a una situación jurídicamente protegida por el Estado.
- El nexo de causalidad adecuado, determinante y eficiente, entre el daño y la conducta irregular del Estado.

Indicó el Consejo de Estado, que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad, se exige la presencia de tres elementos fundamentales: a). Un daño antijurídico; b). Una acción u omisión de la administración y c). Un nexo de causalidad entre este y aquella, es decir, que el resultado (el daño) le sea imputable al Estado, vale repetir, que sea consecuencia directa de la acción u omisión del servidor público.

En cuanto al primero de los elementos, esto es, el daño, corresponde a la parte que lo alega probarlo, pues es apenas natural que los elementos que lo componen sean expuestos por quien lo ha sufrido, para lo cual se valdrá de los diferentes elementos de prueba que permitan dar a conocer su existencia y extensión, y que constituyen en últimas, fundamento de lo



pedido. En segundo término corresponde igualmente a la accionante, demostrar la falla del servicio, llamada así por la jurisprudencia y la doctrina y que se traduce en la presencia de la acción u omisión, ejecutada o no ejecutada por el funcionario de la administración señalada en el artículo 90 superior y, en tercer lugar, debe estar claramente determinado que dicha acción u omisión fue la que produjo el daño.

### **4.3. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución Política de 1991 lo constituye el concepto de daño antijurídico establecido en el artículo 90.

Para el Consejo de Estado, Sección Tercera, la responsabilidad patrimonial por la falla medica 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 a 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; (iii) 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 pacientes<sup>20</sup>.*

*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 concretos<sup>21</sup>, 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 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.*

<sup>20</sup> Distinción hecha por BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos, Edit. Hammurabi, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424, 425, citada, entre otras, en sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405.

<sup>21</sup> 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'".



*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 acude 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 servicio<sup>22</sup>.*

*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 estadística<sup>23</sup>, 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*

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007.



*reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposos 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 inmediata<sup>24</sup>. 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”<sup>25</sup>, 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”<sup>26</sup>, 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 indicios<sup>27</sup>.*

*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*

<sup>24</sup> Sobre el tema ver, por ejemplo, RICARDO DE ÁNGEL YAGUEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

<sup>27</sup> Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.



*utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso."*<sup>28</sup>.

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 el acatamiento de 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 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.<sup>29</sup>

A partir del segundo semestre de 1992, se acogió el criterio ya esbozado en 1990<sup>30</sup>, 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 Civil<sup>31</sup> debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al

<sup>28</sup> 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)

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, rad. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

<sup>31</sup> 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"



demandado en los casos de responsabilidad médica<sup>32</sup>. 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 procedimientos<sup>33</sup>.

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

*“No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”<sup>34</sup>.*

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*”<sup>35</sup> que permita tenerlo por establecido.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, rad. 6897, M.P. Daniel Suárez Hernández.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 parapleja sufrida (...) haya tenido*



En ese entendimiento, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte “*excesivamente difícil o prácticamente imposible*” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales “*resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar*”; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio<sup>36</sup>.

En el año 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada<sup>37</sup>. 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 aquel<sup>38</sup>, 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*

---

*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.*

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 14786, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.



*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 trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.*

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

*La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes<sup>39</sup>.*

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 ocurra<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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



Así las cosas, como lo recordó la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de julio del 2013<sup>41</sup>, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras del alto tribunal<sup>42</sup>:

*“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 servicio<sup>43</sup>*

*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 estadística<sup>44</sup>, 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,*

---

*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”.*

<sup>41</sup> Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157. MP. Ramiro Pazos Guerrero

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> “Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÚEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

<sup>44</sup> Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.



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 culposos 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 inmediata<sup>45</sup>. 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"<sup>46</sup>, 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"<sup>47</sup>, 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 indicios<sup>48</sup>.

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."

<sup>45</sup> "Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112".

<sup>46</sup> 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".

<sup>47</sup> "Ibidem, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza "en el sentido de que la parapleja 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".

<sup>48</sup> 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 Estado<sup>49</sup>, 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.”

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

## **5. Caso concreto**

### **5.1 Hechos relevantes probados**

- En la Historia clínica de la ESE Hospital Local San Jacinto se evidencia que, el menor SAMUEL DAVID SERPA LARA de 2 años de edad, ingresó a dicha entidad el 24 de febrero de 2011, en estado consiente, registrando como tipo de atención: enfermedad general; como motivo de la consulta: diarrea y vómito; en enfermedad actual registró: cuadro caracterizado por deposiciones líquidas de cantidad moderada, sin moco, sin sangre, asociada a episodios de vómitos e intolerancia a la vía oral. Refirió la madre que el menor estaba siendo tratado en casa con metarsal y metoclopramida gotas. El Diagnóstico EDA (enfermedad diarreica aguda), sin deshidratación; con intolerancia oral, se le dio suero oral y plasil; se le da de alta en buenas condiciones, dando instrucciones para hidratación del menor en casa. Médico tratante: María Montes Castro.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102) MP. Danilo Rojas Betancourth

<sup>50</sup> Cuaderno 5 Fls. 158-159



- El día 25 de febrero de 2011 reingresó por urgencias a la ESE Hospital Local San Jacinto, registrando como enfermedad actual: cuadro de más o menos 2 días de evolución caracterizado por deposiciones líquidas, vómitos no cuantificados de contenido gástrico y no tolera la vía oral desde anoche, paciente somnoliento, desviado de la mirada y en ocasiones extrapiramidalismo. Se diagnosticó intoxicación por metoclopiramida y se le aplicó a chorro suero fisiológico. Se le remitió a segundo nivel por persistir sintomatología neurológica. Médico tratante: PEDRO SIERRA ANILLO.

- En el segundo nivel y según la historia clínica de la ESE DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE BOLÍVAR, operada por FUNDASER, el 25 de febrero de 2011 a las 12:02, registra motivo de consulta “NO RESPONDE CASI, VÓMITOS Y DIARREA”, como enfermedad actual: manifiesta la madre cuadro clínico iniciado hace tres días, caracterizado por deposiciones líquidas verdosas, en número elevado, desde ayer inicia con vómitos de contenido gástrico en número de tres, desde hace unas horas se torna somnoliento, con desviación de la mirada, refiere febrícula, congestión nasal. En la impresión clínica se anotó: deshidratación grado III con desequilibrio hidroelectrolítico, probable efecto adverso de la metoclopiramida y probable bronconeumonía. Se le aplicó oxígeno, líquidos endovenosos de restitución y mantenimiento y se hizo paraclínicos. Hay anotación de las extremidades, encontrándolas eutróficas, esto es, normales.<sup>51</sup>

Se hace valoración por pediatría, impresión clínica: enfermedad diarreica aguda con desequilibrio hidroelectrolítico y ácido básico, bronconeumonía a descartar, hipoglicemia, shock mixto, deshidratación grado iii, probable efecto adverso de metoclopiramida; y se remite a tercer nivel.<sup>52</sup>

- El 25 de febrero de 2011 a las 9:08:37 p.m. horas, ingresó el menor SAMUEL DAVID SERPA LORA al área de URGENCIAS – MEDICINA GENERAL del Hospital Naval de Cartagena, remitido de San Jacinto por presentar bronconeumonía; cuadro clínico de 1 semana de evolución consistente en tos, rinorrea hialina, y hace 3 días presento deposiciones diarreicas líquidas

<sup>51</sup> Cuaderno 5 Fl. 194

<sup>52</sup> Cuaderno 5 Fls. 195-197



sin moco sin sangre en número de 6 y vómitos. Realizado el examen físico se ordenó monitorizar signos vitales, entre otros y la impresión diagnóstica fue bronconeumonía no especificada.<sup>53</sup>

- El paciente ingresó a la Sociedad de Médicos Intensivistas ESTRIOS Ltda. el 25 de febrero de 2011 a las 22:10 horas, remitido de la Urgencias HONAC; el motivo de su ingreso fue el riesgo de falla hemodinámica; con diagnóstico de ingreso de: pre-escolar de alto riesgo, deshidratación severa, sepsis de origen gastrointestinal, descartar neutroinfección, extrapiramidalismo resuelto<sup>54</sup>. La sociedad ESTRIOS S.A.S. presentó dictamen pericial emitido por el Dr. RICARDO SENIOR TORRES, médico Pediatra de la Universidad de Cartagena y Miembro de la Sociedad Colombiana de Pediatría, sobre la atención realizada al Paciente SAMUEL SERPA LARA por parte del personal médico de ESTRIOS S.A.S., conforme las epicrisis e historia clínica suministrada, concluyendo lo siguiente:

*En consideración tenemos un paciente de dos años de edad natural y residente en San Jacinto Bolívar, que para la entidad corresponde a un ingreso procedente de la Urgencias del Hospital Naval de Cartagena; ingresado el 25 de Febrero de 2011 a las 22:10 horas y con una estancia institucional de 26 días, con egreso de patología resuelta, incluyendo procedimiento quirúrgico por amputación en pierna derecha transtibial.-*

*Registra cuadro clínico de, origen gastrointestinal con evolución no inferior a dos días y atención de urgencia previa en instituciones de primer y segundo nivel de donde es remitido por presentar alteración del estado de conciencia y riesgo de falla circulatoria. Registran manejos previos con líquidos y respuesta parcial que incluye manifestaciones extra piramidales posiblemente por uso de antieméticos, por lo que solo hasta la alteración de la conciencia y los signos de falla determinan su remisión.*

*Se describe en su ingreso paciente con Shock Distributivo con registro de mala perfusión distal con pulsos simétricos y disminución de reflejos osteotendinosos en uno de los miembros.-*

*Los registros de las primeras 48 horas dan evidencia de un paciente en Shock con registros alarmantes como un llenado capilar de 5 segundos, acidosis metabólica severa, falla respiratoria y evidente disfunción multisistémica; que es atendido de manera coherente y progresiva para proteger la disfunción miocárdica que es corroborada en estudio ecocardiográfico que reporta fracción de eyección de 34%, valor altamente crítico; el uso de medicamentos prevé el estado de acidosis que registra valores más que críticos de 7 de PH, ajustando la terapia a medicamentos efectivos en medio ácido, se aplicaron las medidas preventivas de*

<sup>53</sup> Cuaderno 2 Fls. 44-46

<sup>54</sup> Cuaderno 3 Fls. 24 - 54



sangrado gastrointestinal y se valoraron las complicaciones inherentes a esta condición; evoluciona con trastorno hidroelectrolítico secundario, hiperglicemia y su atención respiratoria es asistida y controlada sin complicaciones inherentes a la misma y posibles; en condiciones como las expuestas, los valores de soporte necesitados se consideran altos; se trató el tercer espacio con acciones necesarias como la paracentesis, seguido de la evaluación y manejo por Nefrología Pediátrica en Diálisis Peritoneal para garantizar la función y protección renal.-

La atención y seguimiento del paciente está acorde con su condición crítica y manejo en unidad de cuidados intensivos con ajustes de dosis y órdenes médicas sobre las condiciones hora a hora del paciente.

Ameritó Diálisis Peritoneal que inicia el día dos y se realiza por espacio de una semana; garantizando la respuesta renal y su protección; así mismo fue protegido ante una potencial falla adrenal.

Completados tres días de atención se registran signos de posible trombosis arterial distal iniciándose heparina en infusión y controles correspondientes y se solicita la valoración por cirugía vascular periférica, la cual se cumple dentro de las 24 horas.

Su registro evidencia paciente con control parcial de su cuadro clínico que tiene soporte múltiple, ventilatorio, hemodinámico, renal y metabólico coherente con su condición de falla multisistémica, para el momento con manejo heparinizado por su condición y que referencia hipoperfusión distal con diferencia entre los miembros y que evidencia compromiso del derecho con evaluación eco doppler que reporta ausencia de flujo a nivel poplíteo. **Evidencia la historia clínica la imposibilidad de uso de vasodilatadores periféricos como coadyuvante del manejo hasta no tener estabilizado completamente su shock.- Priman las condiciones generales del paciente y la vida como fin primario de protección.-**

Para el día cinco de manejo el registro es correspondiente a un paciente no compensado y con falla multiorgánica que incluye terapia antitrombótica.

**La valoración del paciente por Ortopedia plantea el uso de medidas con intención de salvamento que reconocen un estado establecido de lesión por consecuencia de un trombo, en este caso de origen séptico.- El paciente recibe manejo en cámara hiperbárica y vasodilatadores arteriales a pesar de pobres posibilidades de éxito.**

El paciente evoluciona lenta y progresivamente a la mejoría, y se evidencia el establecimiento de un estado definido de necrosis distal en el miembro inferior derecho, la cual lleva como conducta final la amputación. Transcurren más horas entre la decisión clínica y la autorización para el procedimiento que finalmente se realiza con una intervención transtibial lo que determina recuperación por debajo del punto poplíteo sin respuesta distal.- Se evidencia hasta el final la conductas por conservar el máximo y minimizar el impacto; sin embargo hay evidencia de negación de la autorización por el procedimiento con riesgo clínico para el paciente.-

Finalmente se encuentra la evaluación neurológica y el inicio de las terapias de soporte y recuperación hasta la de alta.- La intervención es asistida en su post operatorio con solución a complicación inherente presentada sin otras complicaciones o secuelas directas.-



*El paciente conto con el soporte de especialistas en su atención que previeron riesgos y proyectaron su recuperación con éxito. **La condición del paciente es determinante en las opciones de acción y se considera que la misma fue oportuna, adecuada y coherente con la disponibilidad del servicio preservando la vida, reportada desde su ingreso como evento de muy alto riesgo.***

*La historia soporta adicionalmente la información oportuna y veraz a los padres del estado clínico y la proyección en su evolución.- (Negrillas de la Sala)  
(...)"*

El señor perito Dr. RICARDO SENIOR TORRES (médico pediatra) discutió el dictamen presentado con la contestación de la demanda de ESTRIOS S.A.S., concluyó con base en la historia clínica del cuarto nivel, que el niño llegó a ese nivel de atención en estado crítico y egresó con patología resuelta después de 26 días de estancia hospitalaria. El cuadro de origen fue gastrointestinal con evolución de dos días. Remitido a ese cuarto nivel por síntomas neurológicos, y se le encontró con pulso periféricos muy bajos, con poca irrigación. No era solo pérdida de líquidos, el paciente no tenía perfusión distal adecuada porque estaba en shock o falla multiorgánica. Destacó que el equipo médico que lo atendió lo trató para salvarle la vida, porque era un niño con un estado de gravedad evidente.

Que el centro de atención hizo uso de toda la tecnología a disposición, fue así como le hicieron diálisis porque los riñones dejaron de funcionar pero se recuperó después de una semana la función renal; también fue recuperando la función respiratoria luego de ser conectado a un respirador. Según la historia clínica, a los tres días de estancia hospitalaria hay signos de trombosis distal en la pierna que se evidencia con morados, cambios arteriales que indica que no estaba llegando sangre, entonces fue valorado por cirugía pediátrica y vascular, se le hizo un estudio doppler y se encontró un trombo séptico por su condición. Y dijo el perito que frente a los trombos hubo manejo con anticoagulantes. **Afirmó además que el foco primario no fue el pie, que el niño presentó falla multiorgánica que pudo producir la trombosis que afectó el pie, pero no lo contrario (que el pie sea causa de la falla multiorgánica).** Concluye el perito que se hizo todo con pericia para lograr un resultado que fue exitoso. Se cumplieron los protocolos médicos, la lex artis, fue coherente lo que se hizo. **Y dijo que el estado crítico del niño no se debió al plasil, ese estado no se debió a toxicidad, ni cantidades del**



**medicamento. No hay una relación de causalidad para la metoclopramida.**

Se evidencia en la historia clínica de ESTRIOS SAS que se le instruyó a la familia del niño, que hubo demora en decidir la autorización de la amputación, pero eso no determinó la zona a amputar o nivel de la misma.

- Se aportó Informe Pericial de Psiquiatría Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, suscrito por la Dra. MANUELA SORANA GARCÍA VÁSQUEZ, quien concluyó que el niño a raíz de los hechos padeció un daño psíquico moderado por afectación del área psicológica y de entorno. Explicó que no padece una enfermedad mental pero sí tiene un daño psicológico y a la vida de relación, que tiene que ver con el autoconcepto, valía y la falta de autonomía; producto de la pérdida de su miembro inferior en una etapa importante de la vida con repercusiones a futuro. Dijo que el niño requiere un tratamiento formal psicológico.<sup>55</sup>

- La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar- Córdoba y Sucre, presentó informe técnico donde se concluye un porcentaje de pérdida de capacidad labora de 25,70% del menor SAMUEL DAVID SERPA LARA<sup>56</sup>.

## TESTIMONIOS

- **NANCY ANAYA SOLÍS:** indicó ser tía del menor Samuel David por parte del padre, siendo hermana de Jhon Serpa; que el 23 de febrero la llama la mamá del menor indicándole que el niño está en el hospital de San Jacinto, con vómitos y diarrea, y que le dieron un medicamento sin preguntarle nada, plasil. Refiere que acompañó a la madre del niño al Hospital Naval. Que el niño estaba mal. Dijo a su vez que su hermano no vivía con la madre del niño. Que este no es un niño feliz a raíz de la amputación.

- **LEYDIS DAYANA ALFARO GUZMÁN** Dijo la señora DAYANA que el Dr. Sierra Anillo les dijo que el niño estabaintoxicado con plasil.

<sup>55</sup> Cuaderno 5 Fls. 176-180

<sup>56</sup> Cuaderno 5 Fls. 223-226



- **KAREN CECILIA RODRÍGUEZ BARRIOS:** declaró que estuvo vinculada como enfermera jefe de ESTRIOS en la unidad de cuidados intensivos neonatales pediátrica desde el 2006, y luego fue coordinadora; se encontraban ubicados en el Hospital Naval de Cartagena. Renunció a la institución en el año 2013. En cuanto a la atención del menor Samuel David en el año 2011, indicó que fue la enfermera que lo recibió, venía remitido del Carmen de Bolívar; el niño llegó en estado crítico, con dificultad respiratoria, con oxígeno, con líquidos basales; se le realizó una evaluación de cabeza a pies, estaba frío a nivel distal (miembros inferiores o superiores); el niño llega en shock y con mala circulación a nivel distal. Con la mala perfusión observó la piel marmotea. Luego de recibirlo, lo observó una pediatra Dra. María Solano. Se siguieron todos los protocolos médicos desde que el niño SAMUEL DAVID llegó a través de las urgencias del Hospital Naval y de allí remitido a la UCI, contando con profesionales de varias especialidades, pediatría, ortopedia, intensivista, psicología; con los procedimientos y la tecnología de la institución de salud. Dijo la enfermera que se le hizo todo lo que los diferentes especialistas ordenaron. Que la mala perfusión se trató desde el ingreso del menor con bolo de rescate hídrico con bolas de cristaloides. También se le hicieron sesiones de cámara hiperbárica para mejorar la circulación, el niño daba muestras de necrosis lo cual se observa a días de estancia hospitalaria.

- **LILIANA MARGARITA FERRER PÉREZ:** Psicóloga vinculada a ESTRIOS S.A.S., declaró sobre el acompañamiento que hizo a la familia del menor y a éste ante la posibilidad de amputación: dijo esta declarante que hubo negación de los padres al procedimiento, ellos no entendieron que la amputación era necesaria y hacía parte del estado de mejoría, que era necesario para salvar su vida; eso hizo que demoraran el procedimiento. Al niño se le hizo acompañamiento hasta salir del hospital. La reunión fue llevada a cabo tanto con los padres como con los médicos.

- **GERMÁN ERNESTO PÉREZ LOZANO:** Médico Pediatra, para ese entonces Coordinador de la Unidad de Cuidado Intensivo Pediátrico, ubicado en el Hospital Naval, operado por ESTRIOS S.A.S.; afirmó que el niño llegó a urgencia del Hospital Naval y de allí los llamaron. Presentaba choque



séptico, estaba pálido, con taquicardia, ausencia de pulso y con consciencia comprometida. Estaban afectadas las funciones respiratorias, cardiacas y la cerebral. Se le pusieron líquidos en primera medida. El origen de ese estado era la enfermedad gastrointestinal. No respondió a líquidos y para compensarlo se le puso un respirador y se le aplicaron medicamentos para fortalecer la función cardiaca, seguían los pulsos muy leves y el niño estaba cayendo en falla renal. Fueron convocados varios especialistas para el manejo crítico y a los parientes se les informó del riesgo de muerte y éstos hicieron negación de tal circunstancia. Dijo que en el curso de los días el niño perdió la función renal entonces se le hizo diálisis. El cardiólogo dijo que la función cardiaca estaba a la mitad lo cual complicaba la situación. Se fue recuperando el corazón, reapareció el pulso, pero en la pierna fue débil, se le hizo examen de doppler. Para la infección intestinal se le aplicó antibióticos.

Explicó este especialista que la falta de pulso fue consecuencia de la falla multiorgánica. Que la pierna no mejoró, pese a sesiones de cámara hiperbárica, por lo que se decidió que era recomendable la amputación, pero la familia no lo aceptó y tardaron en dar su consentimiento. Destacó este declarante que el niño entró con peligro de muerte dado su estado crítico y salió vivo, lo que considera fue un éxito en el tratamiento que se le dio.

Sobre las supuestas lesiones purpúricas, describiendo qué se entiende como tales, dijo el Dr. PÉREZ LOZANO que no estaban descritas en ningún momento, pero el niño sí presentaba una piel moteada lo que fue observado en el primer momento y por ello supieron que había un trastorno severo de perfusión, por eso no pudo recuperarse. Afirmaciones que desvirtúan la omisión que la demanda atribuye a la atención del cuarto nivel de no haber observado lesiones y no actuar oportunamente.

## **5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

En el presente asunto, la parte demandante pretende que se declare administrativa, patrimonial y extra-patrimonialmente responsable a los

demandados, por los perjuicios que afirma la parte demandante se le causó, con ocasión a la presunta falla del servicio médico, en la atención del menor SAMUEL DAVID SERPA LARA.

Concluyó el A quo que en el presente asunto, no se incurrió en la falla médica aducida por la parte demandante, por cuanto de las pruebas recaudas en este proceso, y las declaraciones de personas y profesionales de salud que tuvieron en sus manos la atención de SAMUEL DAVID SERPA LARA, junto con las historias clínicas allegadas, no es posible imputar a las demandadas el daño antijurídico que se ha planteado; y si bien se demostraron las consecuencias y afectaciones sufridas por los demandantes por la pérdida de un miembro inferior del menor, ello no es atribuible a falla del servicio médico asistencial, así como tampoco al acto médico.

La parte recurrente insiste en que en la ESE San Jacinto, ingresó el menor con una infección de bronconeumonía que no fue detectada, ni tratada, con una diarrea bacteriana crónica que no fue atendida, donde le aplicaron plasil que lo intoxicó y culminó en cuidados intensivos. Que la atención no fue integral, el medico se limitó a la enfermedad diarreica aguda y la deshidratación, pero no hizo el examen completo; si se hubiese realizado tratamiento oportuno para EDA (Enfermedad Diarreica Aguda) bacteriana, según lo ordenan los protocolos, otro hubiese podido ser el curso del estado de salud del niño.

Alega que en el HOSPITAL NAVAL - ESTRIOS, el estado del paciente era delicado, crítico, pero no aparecen registradas en la historia clínica las lesiones purpúricas en el miembro inferior derecho y que solo fueron advertidas y tratadas el 1º de marzo del 2012. Que la atención pudo haber sido pertinente pero no oportuna, perdiéndose tiempo valioso para evitar la amputación de su miembro inferior.



Reitera que en la historia clínica de El Carmen de Bolívar se lee que llegó allí con deshidratación grado tres y se desconoce que en San Jacinto no se haya detectado el cuadro Infeccioso bronconeumónico; falencia en la atención integral que privó al menor de haberlo tratado con antibióticos para conjurar la infección.

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

### **5.2.1 El daño**

En el sub iudice, la Sala tiene por demostrado el daño invocado en el libelo de la demanda, esto es, la amputación del pie derecho y la afectación psicológica que ello ha producido al menor SAMUEL DAVID SERPA LARA, sobre lo cual no hay objeto de reparo en esta instancia procesal.

Ahora bien, es menester establecer si este daño es imputable a las entidades demandadas, debido a una presunta prestación tardía, negligente, inadecuada, omisiva o deficiente del servicio médico y hospitalario. Para ello, es preciso analizar los reproches planteados por el recurrente al servicio médico y de atención en salud que le fue dispensado al menor, a la luz del material probatorio que obra en el plenario, en especial, las historias clínicas, los testimonios y los dictámenes periciales.

### **5.2.2 La imputación**

Ahora bien, establecido el daño antijurídico sufrido por la parte accionante, procede la Sala a realizar el estudio de la imputación, esto es, a establecer si el daño es atribuible jurídicamente y/o materialmente a las entidades accionadas y por lo tanto, si éstas se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios que de dicho daño se derivan.



En este orden, de conformidad con los hechos probados, se observa que el menor SAMUEL DAVID SERPA LARA de 2 años de edad, ingresó a la ESE Hospital Local San Jacinto el día 24 de febrero de 2011, en estado consiente, siendo el motivo de la consulta: diarrea y vómito, indicando la madre que el menor estaba siendo tratado en casa con metarsal y metoclopramida gotas; siendo diagnosticado con EDA (enfermedad diarreica aguda), sin deshidratación; con intolerancia oral. Se le dio suero oral y plasil y se le dio de alta en buenas condiciones, dando instrucciones para hidratación del menor en casa.

No obstante, el paciente continuó con rechazo a la vía oral, deposiciones líquidas, por lo que el 25 de febrero de 2011 reingresó por urgencias a la ESE Hospital Local San Jacinto, en estado somnoliento, desviado de la mirada y en ocasiones extrapiramidalismo; se diagnosticó intoxicación por metoclopramida y se le aplicó a chorro suero fisiológico.

En lo que atañe a esta primera atención, insiste el recurrente en que el menor llegó a hacer uso de los servicios médicos a la ESE San Jacinto, caminando, sobre sus dos pies, sin trauma alguno en las extremidades, con una supuesta infección de bronconeumonía que no fue detectada, con una diarrea bacteriana crónica que dice no fue tratada, donde le aplicaron plasil que alega lo intoxicó y culminó en cuidados intensivos, saliendo de allí para su casa sin su pie.

Al respecto, la Sala considera que dichas afirmaciones no tienen sustento probatorio, toda vez que, del análisis de las historias clínicas, no se desprende ese diagnóstico, y solo se evidenció una enfermedad diarreica aguda, sin deshidratación, pero con intolerancia oral, sin que, en ese momento, después de las revisiones médicas, se identificara la presunta bronconeumonía que alega el demandante. Siendo las historias clínicas uno de los elementos determinantes para la práctica médica, que conforme al artículo 34 de la Ley 2 de 1985, son un registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente; igualmente, en el sub examine tampoco fue objeto de prueba el incumplimiento por el personal médico, de las obligaciones que le son propias respecto de la plenitud y coherencia en la información

incorporada en las historias clínicas diligenciadas en la ESE San Jacinto, como lo manifestó el demandante.

También insiste el apelante en el hecho de que, a raíz de la intoxicación con plasil o metoclopramida, culminó el menor en cuidados intensivos, frente a lo cual aclaró el perito Médico Pediatra RICARDO SENIOR TORRES que el estado crítico del niño no se debió al plasil, ni a toxicidad alguna debido a las cantidades del medicamento; no hay una relación de causalidad en ese sentido. Conclusión que convalidó el Médico Pediatra Dr. GERMAN PÉREZ LOZANO, cuando declaró que el origen del estado del menor era la enfermedad gastrointestinal.

Ahora bien, al persistir la sintomatología neurológica, las deposiciones líquidas, los vómitos, la intolerancia a la vía oral y el estado de somnolencia y desviación de la mirada, el menor fue remitido el mismo 25 de febrero de 2011 a la ESE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE BOLÍVAR, ingresando a las 12:02, registrándose un grado III de deshidratación, con desequilibrio hidroelectrolítico, con un probable efecto adverso de la metoclopramida y una probable bronconeumonía. Posteriormente, se hace valoración por pediatría, reiterando en la impresión clínica, **una enfermedad diarreica aguda con desequilibrio hidroelectrolítico y ácido básico, bronconeumonía a descartar**, hipoglicemia, shock mixto, deshidratación grado iii, y un **probable efecto adverso de metoclopramida**; remitiéndolo así al tercer nivel.

Así, el 25 de febrero de 2011 a las 9:08:37 p.m. horas, ingresó el menor SAMUEL DAVID SERPA LORA al área de URGENCIAS – MEDICINA GENERAL del Hospital Naval de Cartagena, se le realizó el examen físico y se ordenó monitorizar signos vitales, entre otros y la impresión diagnóstica inicial, fue una **bronconeumonía no especificada**. En la misma fecha, a las 22:10 horas, ingresó a la unidad de cuidados intensivos del Hospital Naval operada por la sociedad ESTRIOS S.A.S., ante el riesgo de una falla hemodinámica, siendo **diagnosticado como paciente de alto riesgo, deshidratación severa, sepsis de origen gastrointestinal**.



De la atención recibida en esta entidad, indica nuevamente el recurrente que no aparecen registradas en la historia clínica las lesiones purpúricas en el miembro inferior derecho del menor y que solo fueron advertidas y tratadas el 1° de marzo del 2012; situación que es desvirtuada con la declaración de KAREN CECILIA RODRÍGUEZ BARRIOS, enfermera que recibió al menor en la UCIP de ESTRIOS, quien relató que el niño llegó en estado crítico, con dificultad respiratoria, con oxígeno, con líquidos basales; se le realizó una **evaluación de cabeza a pies**, estaba frío a nivel distal (miembros inferiores y superiores); en shock y con mala circulación a nivel distal; con **mala perfusión**, observó la piel marmotea, y fue observado por la pediatra Dra. María Solano.

Manifiesta a su vez, que en la entidad se siguieron todos los protocolos médicos desde que el niño SAMUEL DAVID llegó a través de las urgencias del Hospital Naval y de allí remitido a la UCI, contando con profesionales de varias especialidades, pediatría, ortopedia, intensivista, psicología; con los procedimientos y la tecnología de la institución de salud, **tratando la mala perfusión desde el ingreso del menor** con bolo de rescate hídrico con bolas de cristaloides, con sesiones de cámara hiperbárica para mejorar la circulación.

En ese mismo sentido, el Dr. GERMAN ERNESTO PÉREZ LOZANO, médico pediatra vinculado a ESTRIOS, afirmó que el niño llegó a la urgencia del Hospital Naval con un choque séptico, estaba pálido, con taquicardia, ausencia de pulso y con consciencia comprometida; con afectación de las funciones respiratoria, cardíaca y cerebral, y que **el origen de ese estado era la enfermedad gastrointestinal**.

Indicó el profesional que el menor no respondió a líquidos, seguían los pulsos muy leves y el niño estaba cayendo en falla renal, por lo que fueron convocados varios especialistas para el manejo crítico y a los parientes se les informó del riesgo de muerte. En el curso de los días el niño perdió la función renal, debiendo hacerle diálisis; y el cardiólogo dijo que la función cardíaca estaba a la mitad lo cual complicó la situación. Se fue recuperando el corazón, reapareció el pulso, pero en la pierna fue débil,

procediendo a realizarle un Doppler, y para la infección intestinal se le aplicó antibióticos.

Explicó este especialista que **la falta de pulso fue consecuencia de la falla multiorgánica**; que la pierna no mejoró, pese a sesiones de cámara hiperbárica, por lo que se decidió que era recomendable la amputación, pero la familia no lo aceptó y tardaron en dar su consentimiento. **Y sobre las supuestas lesiones purpurinas, dijo que el niño sí presentaba una piel moteada lo que fue observado desde el primer momento y por ello supieron que había un trastorno severo de perfusión.**

Por lo expuesto, para la Sala dichas declaraciones desvirtuaron la presunta omisión que la demandante atribuye a la atención del cuarto nivel de no haber observado las lesiones en el menor y no actuar oportunamente.

Aunado a lo anterior, en el dictamen pericial rendido por el Dr. RICARDO SENIOR TORRES, sobre la atención prestada al Paciente SAMUEL SERPA LARA por parte del personal médico de ESTRIOS S.A.S., debidamente controvertido en audiencia de pruebas, concluyó que, **el foco primario no fue el pie, que el niño presentó falla multiorgánica que pudo producir la trombosis que afectó el pie, pero no lo contrario (que el pie sea causa de la falla multiorgánica)**; que se hizo todo con pericia para lograr un resultado que fue exitoso, cumpliéndose con todos los protocolos médicos, la lex artis fue coherente lo que se hizo.

Por las razones expuestas en precedencia, para esta Magistratura no se encontró probada la falla en el servicio médico asistencial de las entidades demandadas alegada por los actores, por lo que, tal como concluyó el A quo, el daño padecido por el menor, consistente en la amputación de su pie derecho, no es imputable al servicio médico prestado.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de reajuste de las agencias en derecho impuestas por el juez de primera instancia equivalentes al 15% de las pretensiones negadas, advierte la Sala que se modificará el ordinal SEGUNDO del fallo recurrido, en el sentido de condenar en costas de

primera instancia a la parte demandante, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, pero especificándose que dicha condena deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, no por el A quo en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

#### **6. Condena en costas**

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; sin embargo, ante la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se abstendrá la Sala de condenar en costas en esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **VI.- FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, el cual quedará así:

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandante; *liquídense por la Secretaría de este Despacho conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho que deberán establecerse en los términos del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.*



**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: NO CONDENAR** en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA**