

**ESCOGENCIA DE LA ACCION - No depende del arbitrio del actor. Fines, móviles y motivos. Según los hechos y pretensiones de la demanda / DERECHO DE ACCION - Eficacia**

En este contexto, el problema jurídico que hoy ocupa la atención de la Sala, estriba en establecer, si la acción ejercida por el actor era la indicada o si por el contrario se presentó una indebida escogencia de la misma, para lo cual, se estudiarán los eventos de la procedencia de las acciones de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho y con base en ese estudio se procederán a verificar los hechos y de las pretensiones de la demanda, toda vez que es a partir de los mismos que debe determinarse la acción procedente para la reclamación de los perjuicios. Para dotar de eficacia al derecho de acción, el legislador ha consagrado diferentes tipos de acciones que podrán ser impetradas ante la jurisdicción por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

**ACCIONES INDEMNIZATORIAS - Reparación directa. Nulidad y restablecimiento del derecho. Procedencia. Fuente del daño**

El Código Contencioso Administrativo consagra como indemnizatorias tanto las acciones de reparación directa (art. 86), como las de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85), aunque cada una con unos fines, móviles y motivos diferentes, en la medida en que la actuación generadora del daño cuya reparación se demanda es en la primera la acción, omisión, operación administrativa u ocupación de inmueble, mientras que en la segunda el daño proviene directamente del acto administrativo, siendo necesario solicitar la nulidad del mismo. (...) Es claro que el legislador estableció las acciones que son procedentes para reclamar ante la justicia el resarcimiento del daño antijurídico causado como consecuencia del comportamiento o la actividad del Estado. Cuando dicho comportamiento se materializa en acto administrativo ilegal será necesario acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y cuando se concreta en una operación, hecho u omisión o en un acto legal que altera el principio de igualdad de las cargas públicas, será la acción de reparación directa la idónea para reclamar la indemnización de los perjuicios causados. (...) De conformidad con lo anterior, la Sala considera que para efectos de la indemnización solicitada por el actor en la demanda, la acción procedente es la de reparación directa, con fundamento en que en realidad no se pretende la nulidad de un acto administrativo que negó el reembolso de los gastos pagados por el señor Oscar Restrepo Cardona por la atención médica de su hijo, sino que tal pretensión apenas corresponde a la valoración del daño material proveniente de una circunstancia específica que se le imputa a la entidad demandada, consistente en el diagnóstico equivocado que se realizó en relación con el padecimiento del menor Francisco Restrepo Rosales, hecho que se considera como generador del perjuicio reclamado en la demanda, que lo fue la necesidad de pagar en un centro médico privado, por un idónea atención al menor.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 86

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la procedencia de las acciones indemnizatorias, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de julio 19 de 2007, exp. 33628, C.P. Ruth Stella Correa.

## **REEMBOLSO DE GASTOS MEDICOS - Trámite administrativo / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Indebida atención médica. Acción de reparación directa**

Sobre este aspecto, es importante precisar que uno es el trámite previsto en el Decreto 07 de 1980 y en el acuerdo no 510 de 1991, aprobado por el Decreto 597 de ese año, normas vigentes para la época de los hechos, en relación con el cobro de los gastos médicos por la atención de urgencias, en los casos en los cuales no es posible recibir dicha atención por parte de una empresa prestadora de servicios con la cual el Instituto de los Seguros Sociales tenía vínculo contractual y otra bien distinta es la relativa a la imputación del daño a dicha entidad, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, por una falla del servicio relacionada con una indebida atención médica, que tiene como consecuencia la generación de una serie de perjuicios, los cuales deben reclamarse en ejercicio de la acción de reparación directa. Cabe resaltar, que el hecho de que se presentara una reclamación al Instituto de Seguro Social, con el fin de obtener el reembolso de los gastos y que dicha entidad a través de misiva de 23 de noviembre de 1992 (fl. 13 c.1) aceptara solo el pago parcial de los mismos, no implicaba la obligación para el actor de demandar por la vía procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por dos razones a saber: (i) la primera, por lo ya indicado, esto es porque el origen de los perjuicios no es la atención brindada por una entidad con la cual no se tenía vínculo contractual alguno, sino que tiene su génesis, según lo afirma el actor, en la falla en la prestación del servicio médico imputada en la demanda, por el error en el diagnóstico y (ii) porque tal determinación se tomó por solicitud que hiciera la empresa Monómeros Colombo Venezolanos y no por el demandante en el proceso de la referencia, (...). Es por lo anterior que, si bien en el oficio de 23 de noviembre de 1992 se tomó la determinación de acceder al pago parcial de los gastos correspondientes a la atención médica del menor Francisco Restrepo Rosales, con base en que no se cumplían los requisitos previstos para tal efecto en el Decreto 597 de 1991 para el reembolso total de los mismo, dicha decisión no le era oponible al actor, toda vez que por ser remitido a la Empresa Monómeros Colombianos y al no encontrarse constancia de su notificación al señor Oscar Restrepo Cardona, no surtió efectos en su contra.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 07 DE 1980 / ACUERNO 510 DE 1991 / DECRETO 597 DE 1991 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90

**FALLA MEDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD MEDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / ACTO MEDICO - Carácter complejo. Carácter integral / ACTO MEDICO - Acto médico propiamente dicho / ACTO MEDICO COMPLEJO - Actos anexos**

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

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

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la cobertura del concepto “responsabilidad médica”, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 1999, exp. 12165 y 10 de agosto de 2000, exp. 12944.

**RESPONSABILIDAD MEDICA - Daño atribuible a causas naturales / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Daño atribuible a causas naturales / FALLA MEDICA - Protocolos médicos / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Protocolos médicos / RESPONSABILIDAD MEDICA - Protocolos médicos**

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.

**ACTO MEDICO COMPLEJO - Etapa de diagnóstico / RESPONSABILIDAD MEDICA - Error de diagnóstico / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Error de diagnóstico / FALLA MEDICA - Error de diagnóstico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Error de diagnóstico / ERROR DE DIAGNOSTICO - Responsabilidad médica. Falla médica**

Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, el cual se convierte en uno de los principales aspectos

de la actividad médica, como quiera que los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico. Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.” (...) De conformidad con lo expuesto, en el proceso se acreditó la falla en el servicio médico por el error en el diagnóstico que se le imputa a la entidad demandada, como quiera que ante la gravedad del padecimiento abdominal del joven Francisco Restrepo Rosales, asociado al malestar que le aquejaba en la vesícula biliar, se le medicó un tratamiento analgésico y desinflamatorio, sin practicarle otros exámenes o pruebas adicionales, que confirmaran que la enfermedad que lo aquejaba en realidad no era de gravedad y que podía controlarse con tales medicamentos. En tales circunstancias, para la determinación del origen de la dolencia padecida por el menor, debieron practicarse los exámenes que fueran necesarios para lograr un adecuado diagnóstico y adelantar el procedimiento médico de rigor en estos casos. La ausencia de un diagnóstico preciso sobre la dolencia que el menor padecía en la vesícula, que según la historia clínica, se encontraba asociada a la presencia de cálculos, aunada a la demora en el tratamiento requerido precisamente por dicho yerro, implicó que el estado de salud del menor empeorara al punto de generar un shock séptico en la vesícula, en el hígado y en el peritoneo que exigieron, dos días después de tal valoración, una intervención quirúrgica inmediata y de carácter urgente con el propósito de controlar la infección que ya afectaba varios órganos abdominales y que resultó fundamental para salvarle la vida.

**FALLA MEDICA - Omisión en la prestación del servicio médico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Omisiones / RESPONSABILIDAD MEDICA - Omisiones / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Omisiones / SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Causa eficiente del daño**

Ahora, la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico se puede derivar, justamente, de la omisión de prestar el servicio médico a la persona que acuda al centro asistencial y la responsabilidad del Estado se deriva entonces de esa omisión, cuando la misma incide en el resultado adverso a la salud, la integridad física o la muerte de quien requiera ese servicio. La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.

**FALLA MEDICA - Prueba del nexo causal. Dificultad probatoria. Causa adecuada / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Prueba del nexo causal. Dificultad probatoria. Causa adecuada / RESPONSABILIDAD MEDICA - Prueba del nexo causal. Dificultad probatoria. Causa adecuada / NEXO**

**CAUSAL - Prueba del nexo causal. Dificultad probatoria. Causa adecuada / NEXO DE CAUSALIDAD - Prueba del nexo causal. Dificultad probatoria. Causa adecuada**

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. 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, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima. Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. 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.

**FALLA MEDICA - Prueba indiciaria del nexo causal. Causa probable. Reglas de la experiencia / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Prueba indiciaria del nexo causal. Causa probable. Reglas de la experiencia / RESPONSABILIDAD MEDICA - Prueba indiciaria del nexo causal. Causa probable. Reglas de la experiencia / NEXO CAUSAL - Prueba indiciaria en responsabilidad médica. Causa probable. Reglas de la experiencia / NEXO DE CAUSALIDAD - Prueba indiciaria en responsabilidad médica. Causa probable. Reglas de la experiencia**

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”, 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’ (...) ”, 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. 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.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre en concepto de causa probable en responsabilidad médica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 3 de 1999, exp. 11169. Sobre la prueba indiciaria en responsabilidad médica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de julio de 2005, exps. 15276 y 15332.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011)

**Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07622-01(19846)**

**Actor: OSCAR RESTREPO CARDONA**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

**Referencia número: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico–Sala de descongestión, el 4 de septiembre de 2000 mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia es la siguiente:

“1. Niéganse las excepciones formuladas por la parte opositora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

“2. Condénase administrativamente al ISS, Seccional Atlántico para que cancele al actor la suma que resulte probada en relación con el pago realizado a la Clínica del Caribe de la ciudad de Barranquilla en los

meses de enero, febrero y marzo de 1992 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“3. Condénase in genere a la parte demandada, por concepto de los perjuicios materiales en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante, por las sumas que se determinen en el trámite incidental de acuerdo a las pautas señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

“4. En el evento de no ser apelada esta sentencia y en cumplimiento del Art. 184 del C.C.A., CONSULTESE la presente providencia, junto con el auto que liquide la condena. En caso de que se esté en presencia de la cuantía señalada en la norma referida.”

## I. ANTECEDENTES

### 1. Las pretensiones

El 28 de mayo de 1993, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el señor Oscar Restrepo Cardona, formuló demanda en contra del Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se le indemnizaran los perjuicios causados, con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico a su hijo, Francisco Restrepo Rosales.

Como indemnización solicitó: (i) a título de perjuicios morales el valor equivalente a 1000 gramos y (ii) por daño material en la modalidad de daño emergente, la suma de \$31.500.538.

### 2. Fundamentos de hecho

Las pretensiones formuladas tuvieron como fundamento fáctico el siguiente:

Que el día 14 de enero de 1992, el joven Francisco Restrepo Rosales, afiliado al Instituto de Seguros Sociales (ISS) como beneficiario de su padre el señor Oscar Restrepo Cardona, fue llevado de urgencias a la Unidad Programática U.P.I de dicha entidad, por padecer fuertes dolores abdominales y fiebre alta, entidad en la cual el médico que lo atendió se equivocó en el diagnóstico, ya que le suministró como prescripción “*acetaminofen, guayacolato y dramamine*” y le dio de alta inmediatamente porque su estado no era de gravedad.

Que ante el delicado estado de salud del menor, el 16 de enero siguiente fue llevado de urgencia a la Clínica del Caribe, en donde le fue diagnosticada una infección intestinal con septicemia, con complicaciones a nivel pulmonar, razón por la cual tuvieron que intervenirle quirúrgicamente de forma inmediata de la vesícula y de un absceso en el hígado y posteriormente hospitalizarlo en la unidad de cuidados intensivos hasta el 25 de marzo de 1992.

Que el señor Restrepo Cardona, tuvo que cancelar a la clínica del Caribe la suma de (\$20.861.284), los cuales recibió en préstamo de la empresa en que laboraba, sin que hasta el momento el Instituto de Seguros Sociales haya procedido a reintegrar dicha suma de dinero, a pesar de que la empresa Monómeros Colombo Venezolanos S.A., solicitó formalmente su devolución.

### **3. La oposición de la entidad demanda**

La entidad demandada, señaló que no es su responsabilidad el pago de servicios médicos que no ha contratado y que la determinación de internar al menor Francisco Restrepo Rosales en la clínica del Caribe, fue tomada por su propio padre, quien sólo con posterioridad y una vez advertido lo exorbitante de las sumas adeudadas por la atención médica prestada, realizó el cobro respectivo de las mismas, cuando desde el principio debió acudir al Instituto de Seguros Sociales para que se le brindara la atención médica que la situación de salud de su hijo requería.

Que el Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 25 y el artículo 26 del Decreto 07 de 1980, solo se encuentra en la obligación de reconocer el pago de aquellos servicios médicos no contratados, que sean considerados como de urgencia y que en todo caso, en estos eventos, solo debe responder por los gastos correspondientes a la hospitalización del paciente, razón por la cual propuso como excepciones: (i) cobro de lo no debido y (ii) no demostración del carácter de urgente de la enfermedad que aquejaba al menor Restrepo Rosales.

### **4. La sentencia recurrida**



El Tribunal *a-quo* condenó en abstracto a la entidad demanda al pago de las sumas que el demandante tuvo que cancelar en la clínica del Caribe, con fundamento en que, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el diagnóstico realizado por el médico tratante del ISS fue equivocado, lo que obligó al padre del menor a llevarlo a otro centro asistencial, donde tuvo que cubrir los gastos médicos de atención de la enfermedad que padecía su hijo.

## **5. Lo que se pretende con la apelación**

La entidad demandada manifestó en el recurso de apelación, que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y para sustentar su petición insistió en la calificación subjetiva que hiciera el padre del menor en relación con la gravedad de la enfermedad que su hijo padecía y la negligencia con la que actuó al no *“poner en conocimiento la situación de salud de su hijo y la determinación que había tomado de hospitalizarlo por su cuenta y riesgo”*, razón por la cual considera que sí resultaban procedentes las excepciones propuestas en el escrito de contestación de la demanda.

## **6. Actuación en segunda instancia**

6.1 El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 6 de abril de 2010.

6.2. A través de providencia de 8 de mayo, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto.

6.2.1. La entidad demandada propuso como excepción la de inepta demanda, excepción no planteada ni en el trámite de primera instancia, ni en el recurso de apelación interpuesto contra la providencia dictada por el *a-quo* y según la cual el cobro de las sumas que el demandante pretende que le sean reintegradas, debió hacerse por la vía procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no por la de la acción de reparación directa, como quiera que una vez prestada la atención médica respectiva, emitió el 23 de noviembre de 1992, como respuesta a la solicitud de pago formulada por el actor, un acto administrativo en el que se negó al reintegro de las mismas.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

## **1. Cuestión Previa**

### **1.1 Competencia**

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada antes de la vigencia de la Ley 954 de 2005, en un proceso con vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado, dado que la cuantía de la demanda alcanzaba aquélla exigida para surtir la segunda instancia ante esta Corporación (Decreto 597 de 1988)<sup>1</sup>.

### **1.2. Objeto de la demanda**

En el *sub judice*, solicitó la entidad demanda, en el trámite de los alegatos presentados en segunda instancia, que se revocara la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se profiriera una sentencia inhibitoria, por estimar que la demanda es inepta por indebida escogencia de la acción dado que el actor impetró una acción de reparación directa cuando debió interponer la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este contexto, el problema jurídico que hoy ocupa la atención de la Sala, estriba en establecer, si la acción ejercida por el actor era la indicada o si por el contrario se presentó una indebida escogencia de la misma, para lo cual, se estudiarán los eventos de la precedencia de las acciones de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho y con base en ese estudio se procederán a verificar los hechos y de las pretensiones de la demanda, toda vez que es a partir de los mismos que debe determinarse la acción procedente para la reclamación de los perjuicios.

1.2.1. Para dotar de eficacia al derecho de acción, el legislador ha consagrado diferentes tipos de acciones que podrán ser impetradas ante la jurisdicción por los interesados en impulsar un litigio, sin que esto signifique que su escogencia queda al arbitrio del actor sino que dependerá de los fines, móviles y motivos que lleven a su ejercicio, los cuales deben coincidir con aquellos que permite la acción.

---

<sup>1</sup> La cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año de 1993, fuera de doble instancia era de \$6'860.000 y la mayor de las pretensiones asciende a la suma de \$31.500.538 que corresponde al monto reclamado por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

El Código Contencioso Administrativo consagra como indemnizatorias tanto las acciones de reparación directa (art. 86), como las de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85), aunque cada una con unos fines, móviles y motivos diferentes, en la medida en que la actuación generadora del daño cuya reparación se demanda es en la primera la acción, omisión, operación administrativa u ocupación de inmueble, mientras que en la segunda el daño proviene directamente del acto administrativo, siendo necesario solicitar la nulidad del mismo.

En relación con la procedencia de las mencionadas acciones esta Sala ha señalado:

“Con la acción de reparación directa en los términos del artículo 86 del C. C. Administrativo se busca la declaratoria de responsabilidad del Estado, cuando con un hecho, omisión, operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o cualquier otra causa se ocasione un daño antijurídico que se le pueda imputar y, por ende, tiene el deber jurídico de indemnizar. Jurisprudencialmente se ha establecido, además, como la acción idónea para demandar la indemnización por el daño causado por el acto legal, cuando este rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, es procedente cuando el daño proviene del acto administrativo ilegal y para lograr su reparación es menester que el juez declare su nulidad, porque solo entonces el daño causado por éste será antijurídico y comprometerá la responsabilidad patrimonial del Estado. Es decir, que siempre que exista un acto administrativo con el cual se afirma haber causado un perjuicio, y del cual se acusa su ilegalidad, ésta será la acción correcta<sup>2</sup>”.

Es claro que el legislador estableció las acciones que son procedentes para reclamar ante la justicia el resarcimiento del daño antijurídico causado como consecuencia del comportamiento o la actividad del Estado. Cuando dicho comportamiento se materializa en acto administrativo ilegal será necesario acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y cuando se concreta en una operación, hecho u omisión o en un acto legal que altera el principio de igualdad de las cargas públicas, será la acción de reparación directa la idónea para reclamar la indemnización de los perjuicios causados.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Auto del 19 de julio de 2007. Expediente. 2006015080 (33628)

1.2.2. En el *sub lite*, del contenido de la demanda se concluye que el comportamiento del Estado, supuesto causante del daño, se concreta en varias imputaciones que el demandante realiza y que tienen que ver con el diagnóstico errado de los médicos de la entidad demandada, que conllevó, según afirma, a la adquisición de la deuda con su empresa para cancelar la atención que con posterioridad se le brindó a su hijo. En efecto en la demanda, se imputó el daño así:

(i) En el acápite relacionado con las consideraciones generales del proceso, se señaló que *“El día 14 de enero de 1992, fue llevado el joven FRANCISCO RESTREPO ROSALES, a la urgencia de la Unidad Programática –U.P.I.- de los Seguros Sociales, Seccional Atlántico, el diagnóstico dado fue equivocado, el paciente devuelto a casa y el tratamiento ordenado ACETAMINOFEN, GUAYACOLATO, DRAMAMINE, fue ineficaz.”* (resalta la Sala).

(ii) Así mismo, señaló que debido a mal diagnóstico y al estado crítico de la salud del menor *“el 16 del mismo mes y año, los padres de FRANCISCO RESTREPO ROSALES, al observar la gravedad llevan a su hijo hasta la urgencia de la Clínica del Caribe. Y los médicos intervienen quirúrgicamente de vesícula y de un acceso (sic) en el hígado, posteriormente fue traslado a la unidad de cuidados intensivos desde ese día hasta el 25 de marzo de 1992.”*

(iii) Finalmente sostuvo que la empresa para la cual laboraba, no solo le prestó el dinero para el pago de los gastos en que incurrió en la Clínica del Caribe, sino que le solicitó al Instituto de Seguros Sociales la devolución de las sumas correspondientes a la atención del menor Francisco Restrepo Rosales, entidad que negó el reembolso del dinero, sin tener en cuenta que *“fue llevado de urgencia primero a la Unidad Programática Institucional –U.P.I.- y por el tratamiento señalado su gravedad empeoró fue así que después de dos (2) días en la Clínica del Caribe se logró salvar la vida de FRANCISCO RESTREPO ROSALES”* (resalta la Sala).

Con fundamento en dicha imputación, en el acápite de las pretensiones de la demanda, el actor solicitó que a título de daño emergente se le reembolsara el valor de los gastos en los que incurrió para el tratamiento de su hijo, debido a que por el diagnóstico equivocado, tuvo que acudir a una clínica de carácter particular, con la finalidad de proveerle una adecuada atención médica.

1.2.3. De conformidad con lo anterior, la Sala considera que para efectos de la indemnización solicitada por el actor en la demanda, la acción procedente es la de reparación directa, con fundamento en que en realidad no se pretende la nulidad de un acto administrativo que negó el reembolso de los gastos pagados por el señor Oscar Restrepo Cardona por la atención médica de su hijo, sino que tal pretensión apenas corresponde a la valoración del daño material proveniente de una circunstancia específica que se le imputa a la entidad demandada, consistente en el diagnóstico equivocado que se realizó en relación con el padecimiento del menor Francisco Restrepo Rosales, hecho que se considera como generador del perjuicio reclamado en la demanda, que lo fue la necesidad de pagar en un centro médico privado, por un idónea atención al menor.

De manera que en el presente asunto no se discute, como pretende hacerlo ver la parte demandada, la procedencia del reembolso de gastos médicos en los casos en los cuales el afiliado acude a una institución hospitalaria con la cual el Instituto de Seguros Sociales no tiene convenio, sino que el centro del debate es la imputación a la demandada de una falla del servicio por un diagnóstico equivocado, como consecuencia del cual se causaron perjuicios al actor, entre ellos el daño emergente por los gastos que son consecuencia directa de la inoportuna e indebida prestación del servicio médico que, afirma la parte demandante, le proporcionó a su hijo la entidad demandada.

Sobre este aspecto, es importante precisar que uno es el trámite previsto en el Decreto 07 de 1980 y en el acuerdo no 510 de 1991, aprobado por el Decreto 597 de ese año, normas vigentes para la época de los hechos, en relación con el cobro de los gastos médicos por la atención de urgencias, en los casos en los cuales no es posible recibir dicha atención por parte de una empresa prestadora de servicios con la cual el Instituto de los Seguros Sociales tenía vínculo contractual y otra bien distinta es la relativa a la imputación del daño a dicha entidad, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, por una falla del servicio relacionada con una indebida atención médica, que tiene como consecuencia la generación de una serie de perjuicios, los cuales deben reclamarse en ejercicio de la acción de reparación directa.

Cabe resaltar, que el hecho de que se presentara una reclamación al Instituto de Seguro Social, con el fin de obtener el reembolso de los gastos y que dicha

entidad a través de misiva de 23 de noviembre de 1992 (fl. 13 c.1) aceptara solo el pago parcial de los mismos, no implicaba la obligación para el actor de demandar por la vía procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por dos razones a saber: (i) la primera, por lo ya indicado, esto es porque el origen de los perjuicios no es la atención brindada por una entidad con la cual no se tenía vínculo contractual alguno, sino que tiene su génesis, según lo afirma el actor, en la falla en la prestación del servicio médico imputada en la demanda, por el error en el diagnóstico y (ii) porque tal determinación se tomó por solicitud que hiciera la empresa Monómeros Colombo Venezolanos y no por el demandante en el proceso de la referencia, según se aprecia de los documentos que en copia auténtica fueron aportados con la demanda (fls. 2 a 13 c.1), constituidos por las diferentes comunicaciones que se cruzaron en relación con este aspecto entre la entidad demandada y la sociedad para la cual el actor afirma, prestaba sus servicios profesionales.

Es por lo anterior que, si bien en el oficio de 23 de noviembre de 1992 se tomó la determinación de acceder al pago parcial de los gastos correspondientes a la atención médica del menor Francisco Restrepo Rosales, con base en que no se cumplían los requisitos previstos para tal efecto en el Decreto 597 de 1991 para el reembolso total de los mismo, dicha decisión no le era oponible al actor, toda vez que por ser remitido a la Empresa Monómeros Colombianos y al no encontrarse constancia de su notificación al señor Oscar Restrepo Cardona, no surtió efectos en su contra.

En efecto, el demandante tenía interés en el resultado de la decisión tomada por la entidad demandada en relación con los gastos relativos a la atención médica de su hijo, razón por la cual para efectos de que tal determinación le fuera oponible por la administración, la misma debía serle puesta en conocimiento con la finalidad de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa que le asistía en relación con la decisión adoptada, sin que el hecho de que en la demanda el actor haga referencia a esa reclamación justifique exigirle que debió demandar el oficio de 23 de noviembre de 1993, sobre todo si se considera que el mismo, no es la causa del daño reclamado en la demanda.

Así las cosas, no podía exigírsele al demandante que incoara la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para demandar una decisión que no lo vinculaba.

## 2. Responsabilidad de la entidad demandada

Se anticipa que el acervo probatorio recaudado permite imputar a la demandada el daño por el cual se reclama indemnización, con fundamento en las siguientes consideraciones.

### 2.1. El daño que se imputa a la entidad demandada

2.1.1. Está demostrado en el proceso, que como consecuencia de la atención médica prestada en la Clínica del Caribe al menor Francisco Restrepo Rosales, el demandante tuvo que acudir a un préstamo en la entidad para la cual laboraba, con el fin de acceder a los recursos necesarios para pagar los gastos en que incurrió como consecuencia de dicha atención médica. Así se acreditó con los siguientes documentos:

- Copia auténtica de la misiva enviada por el Gerente de Relaciones Humanas de la empresa Monómeros Colombo Venezolanos al Instituto de Seguros Sociales, de 7 julio de 1992, en la cual se señaló: *“En atención a la atenta carta No 58256 con fecha abril 9 de 1992 enviada por usted a través del Doctor Antonio Ballesteros Morales, nos permitimos enviarle la solicitud de reembolso efectuada por la Clínica del Caribe, por el valor de \$20.861.284 relacionada con los gastos médicos y clínicos ocasionados por la atención médica de emergencia prestada al joven Francisco Restrepo Rosales, hijo de nuestro empleado Oscar Restrepo Cardona”* (fl. 5 c.1).

- Copia auténtica de la comunicación dirigida por el Gerente de Relaciones Humanas de la empresa Monómeros Colombo Venezolanos al Subgerente de Salud-Centro Administrativo de Seguros Sociales de la ciudad Barranquilla el 5 de noviembre de 1992, en la que se indicó lo siguiente

“Muy comedidamente nos permitimos solicitarle se sirva reconsiderar su decisión de reembolsar tan solo la suma de 486.242, como parte de los gastos en que incurrió nuestro trabajador OSCAR RESTREPO CARDONA por la atención médica que la clínica del Caribe le prestó a su hijo FRANCISCO RESTREPO ROSALES, gastos que ascendieron a la suma de \$20.861.284. El señor Oscar Restrepo se vio obligado a acudir a la Clínica del Caribe en situación de emergencia, por no haberse sido atendido oportunamente y adecuadamente su hijo Francisco Restrepo en el I.S.S.”

En otro aparte de dicha comunicación se indicó:

“cuando se solicitó la atención para este paciente en la emergencia de la UPI, el diagnóstico dado por el médico de turno fue equivocado, el paciente fue devuelto a su casa, y el tratamiento ordenando lógicamente fue ineficaz; esto [*refiriendo al diagnóstico del menor*] agravó el estado de salud del paciente y como es de suponer desesperó a sus familiares, quienes careciendo de recursos económicos acudieron a la solidaridad de Monómeros para evitar consecuencias funestas [*haciendo referencia al préstamo del dinero para el pago de los gastos médicos*] (fls. 2 c.1).

- Testimonio rendido en el trámite de este proceso por el señor Tulio Enrique Mendoza (fls.123 a 124 c.1), amigo personal del demandante por su relación de vecindad con él, quien en relación con este aspecto manifestó lo siguiente:

“Me cuenta el papá que ese caso lo tiene bastante afectado económicamente porque él tuvo que hacer un préstamo a la Empresa Monómero donde labora. El me cuenta que el monto de es una suma bastante elevada y que se lo descuentan por nómina, que prácticamente él estaba trabajando para cubrir esa deuda, que a veces sale con quincena en blanco, donde él tiene que pagar el arriendo, y las necesidades de su hogar, está bastante mal económicamente. Antes de la gravedad de su hijo, Oscar Restrepo vivía cómodamente y lo que gana le servía para el sustento diario. El como me tiene confianza a veces me muestra el comprobante de pago y por eso me consta que hasta en 0 le ha llegado, y con la esperanza que le resuelvan este problema para ver si se nivela económicamente”

- Testimonio del señor Pablo Nelson Jiménez Lobelo, compañero de trabajo del demandante, quien en relación con la situación económica del actor señaló lo siguiente:

“Anteriormente, o sea a la enfermedad de Francisco, yo lo veía muy bien, ahora es que lo veo un poco levado porque él tuvo que gastar mucha plata en la enfermedad de su hijo. La deuda en la Clínica la canceló con un préstamo que le hizo la empresa Monómero y la empresa se la descuenta por nómina”(fls. 126 a 127 c.1).

En este mismo sentido obra la declaración del señor Tomás Badillo González (fls. 129 a 130 c.1) trabajador de la empresa monómeros colombo venezolanos y amigo de la familia del señor Oscar Restrepo Cardona.

## **2.2. La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de la prestación del servicio médico asistencial**



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

Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “*acto médico complejo*”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes<sup>3</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>4</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

---

<sup>3</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>4</sup> Consejo de Estado, Sección tercera, 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’”.

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.

Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, el cual se convierte en uno de los principales aspectos de la actividad médica, como quiera que los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico.<sup>5</sup>

Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la

---

<sup>5</sup> VASQUEZ FERREIRA ROBERTO. Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina", Biblioteca Jurídica Dike, 1993, pág. 78

enfermedad que sufre el paciente.”<sup>6</sup>

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

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere además 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>7</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.

---

<sup>6</sup> MOSSET ITURRASPE, JORGE: Responsabilidad Civil del Médico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, 1º reimpresión, pág. 125 y 126.

<sup>7</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.

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>8</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 reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la *causalidad adecuada* o *causa normalmente generadora del resultado*, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata<sup>9</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

---

<sup>8</sup> Sobre el tema: ANDRES DOMINGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007.

<sup>9</sup> Sobre el tema ver, por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112.

existencia”<sup>10</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>11</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>12</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.

### **2.3. Sobre el error de diagnóstico imputado a la entidad demandada**

Se imputa al Instituto de Seguros Sociales responsabilidad por los perjuicios sufridos por el demandante con ocasión del diagnóstico equivocado en relación con el estado de salud del menor Francisco Restrepo Rosales, al momento en que fue atendido en la Unidad Programática –U.P.I.- de dicha entidad.

Sobre las circunstancias en las que se produjo la atención del menor Francisco Restrepo Rosales, obran los documentos que en original o en copia auténtica fueron aportados al proceso así como los testimonios recibidos en el trámite del

---

<sup>10</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>11</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>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15.276 y 15.332.

mismo, los cuales permiten tener acreditados los siguientes hechos relevantes para el proceso.

2.3.1 Que el joven Francisco Restrepo Rosales se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales como beneficiario de su padre el señor Oscar Restrepo Cardona. Así se acreditó con las copias auténticas de los carnés de afiliación a dicha entidad, del joven Restrepo Rosales y del señor Restrepo Cardona (fl. 16 y 19 c.1).

2.3.2. Que el 14 de enero de 1992, el joven Francisco Restrepo Cardona, fue llevado de urgencia a la Unidad Programática –U.P.I.- del Instituto de Seguros Sociales por un padecimiento abdominal. Así se acreditó con las siguientes pruebas:

- Copia auténtica de la comunicación de 8 de abril de 1992, remitida por el Gerente de Relaciones Humanas de la empresa Monómeros Colombo Venezolanos, al director del Instituto de Seguros Sociales en la que se le puso de presente que *“El día 14 de enero de 1992, llevaron [los padres] a la emergencia-UPI al joven FRANCISCO RESTREPO, hijo de nuestro trabajador señor OSCAR GARCIA RESTREPO CARDONA con afiliación No 907437811”* (fls. 9 a 10 c.1).

- Copias auténticas de las misivas enviadas por el Gerente de Relaciones Humanas de la empresa Monómeros Colombo Venezolanos al Instituto de Seguros Sociales, el 5 de febrero, el 7 julio y el 5 de noviembre de 1992 a las cuales la Sala hizo referencia en el acápite relacionado con el daño sufrido por el demandante, en los cuales con el propósito de solicitar el reintegro de los gastos médicos, se hizo un recuento de lo ocurrido y señaló que el joven Restrepo Rosales, fue llevado por primera vez a un centro médico de dicha entidad.

- Testimonios de los señores Tulio Enrique Mendoza, y Tomás Badillo González, ya analizados por la Sala, quienes manifestaron que el menor Restrepo Rosales fue llevado a la clínica del seguro por el padecimiento abdominal que lo aquejaba.

2.3.3. Que en la Unidad Programática –U.P.I.- del Instituto de Seguros Sociales, se le recetó al menor, como prescripción médica para su dolencia abdominal,

“acetaminofén, guayacolato y dramamine” y fue dado de alta, según se acredita con hoja de fórmula médica no 0128045<sup>13</sup> (fl. 21 c.1).

2.3.4. Que como el estado de salud del menor Francisco Restrepo Rosales empeoró, el señor Oscar Restrepo Cardona, el 16 de enero de 1992, llevó a su hijo a la Clínica del Caribe de la ciudad de Barranquilla, en la cual se le prestó la atención médica inmediata diagnosticándose colecistitis aguda acalculosa (inflamación de la vesícula biliar por infección asociada a la presencia de cálculos) y en un absceso hepático (presencia de pus por infección en el hígado), circunstancia que exigió un drenaje de peritoneo por shock séptico. Por tal intervención estuvo hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos, hasta el 25 de marzo de 1992.

En efecto, en la historia clínica que fue aportada en copia auténtica (fls 63 a 105), se encuentra que la atención recibida por el joven Restrepo Rosales fue la siguiente:

- El 16 de enero de 1992, fue recibido en la Clínica del Caribe en donde lo síntomas que presentaba consistían en “*dolor en hipocondrio derecho con 5 días de fiebre y vómitos ha sido tratado con [palabra ilegible] drogas sin ninguna mejoría*” (fl. 64 c.1).

- El estudio de las dolencias del menor, llevó a emitir un diagnóstico principal que consistió en: “*shock séptico de etiología no aclarada*” razón por la cual se le ordenó inmediatamente una cirugía consistente en “*colecistectomía por colecistitis*” (Inflamación por infección de la vesícula biliar) (fl 63 c.1). De igual forma se le diagnóstico “*absceso hepático*” (presencia de proceso infeccioso en el hígado).

- En atención al diagnóstico realizado, el mismo 16 de enero se practicó la cirugía consistente en colecistectomía por colecistitis, en la cual lo hallazgos relacionados con la dolencia que aquejaba al menor fueron lo siguientes:

“Se encontró gran ascitis hepatomegalía, edema de asas delgadas. Vesícula distendida a tensión de gran edema de pared. Se drena vesícula. Se incide peritoneo colecistodeudonal. Se drena y liga cístico y A. cístico. Se libera vesícula [palabra no legible] se practica hematuria.

---

<sup>13</sup> En relación con esta prueba, la Sala precisa que su autenticidad en el proceso está acreditada por dos razones: (i) porque el numeral 3 del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, establece que un documento será auténtico “*si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente*” y (ii) porque en su reconocimiento ante notario público, se señaló “*que la fotocopia corresponde con la copia que ha tenido a la vista*”.

Hay sangrado profundo de todos los tejidos. Se cierra en planos continuos con [palabra ilegible] y se dejó hemobag. Se cierra piel con nylon” (fl. 65 c.1).

- El 17 de enero de 1992 en valoración que se realizara con posterioridad a la cirugía que le fuera practicada, se señaló que el paciente presentaba *“un cuadro de abdomen agudo asociado a sintomatología de origen infeccioso”*, (fl 92 c.1).

- El 20 de enero de 1992, nuevamente le fue practicada cirugía al menor Fernando Restrepo, consistente en que bajo anestesia general se le extrajeron 5 compresas y se le practicó lavado de la zona afectada (fl 96 c.1).

- Al día siguiente, la valoración médica del menor arroja la presencia de una sepsis en la zona del hígado y parte del peritoneo y el 23 de enero se remite el paciente para estudios relacionados con una posible afección pulmonar (fl. 99 c.1). Ese mismo día se le realizó ecografía abdominal que se arrojó como resultado *“Hígado: de tamaño normal sin lesiones focalizadas. No hay irritación venosa suprahepática. Vecila biliar: Normal. Riñones normales. Bazo normal”* (fl 100 c.1).

- Así mismo obran las valoraciones que se le realizaron al paciente en la unidad de cuidados intensivos, relacionadas con los medicamentos prescritos y los crioprecipitados extraídos de la sangre donada y que le fueron suministrados, hasta la fecha en que el menor Francisco Restrepo Rosales fue dado de alta. (69 a 90c.1).

2.3.5. Que para garantizar un adecuado tratamiento, el Instituto de Seguros Sociales facilitó sus laboratorios con el propósito de que amigos del señor Oscar Restrepo donaran sangre con el fin de obtener los crioprecipitados requeridos por el joven Restrepo Rosales. Así lo expusieron en sus testimonios los señores Tulio Enrique Mendoza, Pablo Nelson Jiménez, Nelson Tomás Badillo González y José del Tránsito Miranda quienes acudieron a la institución dispuesta por la entidad demandada para que recibir las donaciones de sangre respectivas.

De conformidad con lo expuesto, en el proceso se acreditó la falla en el servicio médico por el error en el diagnóstico que se le imputa a la entidad demandada, como quiera que ante la gravedad del padecimiento abdominal del joven Francisco Restrepo Rosales, asociado al malestar que le aquejaba en la vesícula biliar, se le medicó un tratamiento analgésico y desinflamatorio, sin practicarle otros



exámenes o pruebas adicionales, que confirmaran que la enfermedad que lo aquejaba en realidad no era de gravedad y que podía controlarse con tales medicamentos.

En tales circunstancias, para la determinación del origen de la dolencia padecida por el menor, debieron practicarse los exámenes que fueran necesarios para lograr un adecuado diagnóstico y adelantar el procedimiento médico de rigor en estos casos.

La ausencia de un diagnóstico preciso sobre la dolencia que el menor padecía en la vesícula, que según la historia clínica, se encontraba asociada a la presencia de cálculos, aunada a la demora en el tratamiento requerido precisamente por dicho error, implicó que el estado de salud del menor empeorara al punto de generar un shock séptico en la vesícula, en el hígado y en el peritoneo que exigieron, dos días después de tal valoración, una intervención quirúrgica inmediata y de carácter urgente con el propósito de controlar la infección que ya afectaba varios órganos abdominales y que resultó fundamental para salvarle la vida.

Dicha falla resulta corroborada, si se tiene en cuenta el poco tiempo que transcurrió entre el momento en que se prescribió el primer tratamiento en la Unidad Programática U.P.I. del Instituto de Seguros Sociales (14 de enero de 1991), el cual resultó ineficaz y el instante en el que fue llevado por sus padres a la Clínica del Caribe (16 de enero siguiente), en la cual le fue diagnosticado el shock séptico, que casi le costó la vida a joven Restrepo Rosales. Tal circunstancia es indicativa de que el estado del menor se agravó por la falta de diagnóstico acertado, como consecuencia del cual se desencadenaron las consecuencias ya referidas en la salud del hijo del demandante.

#### **2.4. El daño sufrido por la parte actora fue consecuencia de la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada**

En el proceso se acreditó que el perjuicio económico sufrido por el actor, fue consecuencia del error en el diagnóstico en que incurrieron los médicos tratantes de la Unidad Programática U.P.I. del Instituto de Seguros Sociales, como quiera que por la premura de la situación se optó por acudir a la Clínica del Caribe, en la cual el demandante tuvo que cubrir con recursos propios los gastos relacionados con el tratamiento médico de su hijo.

Así lo expuso el señor Tulio Enrique Mendoza, en testimonio al cual la Sala ya hizo referencia, quien en relación con este aspecto expuso lo siguiente:

“El joven Francisco Restrepo Rosales estaba bastante mal de salud, creo que tenía un infección, si mal no recuerdo lo llevaron al Seguro Social con un fuerte cólico y fiebre alta y allá lo rechazaron que eso no era nada grave. Los padres en vista de que no se mejoraba lo llevaron a la Clínica del Caribe y quedó internado en cuidados intensivos, duró como unos cuarenta y pico de días...”

De igual forma en su declaración, referida en el acápite del daño reclamado en la demanda, el señor Tomás Badillo González expuso lo siguiente:

“Se que el hijo de Oscar Retrepo, quien es mi compañero de trabajo en Monómero, estuvo enfermo a comienzos del año de 1992, se que en un principio lo llevó al Seguro Social como por dos veces, allá lo atendieron y según me contó él lo devolvieron para su casa por no ser ese caso de gravedad...Ya después el hijo siguió malo y entonces su papá Oscar lo tuvo que llevar a la Clínica del caribe de urgencia y lo operaron casi enseguida porque él llegó si no me equivoco con algo grave como peritonitis”

En las comunicaciones remitidas por el Gerente de Relaciones Humanas de la empresa Monómeros Colombo Venezolanos S.A., al Instituto de Seguros Sociales, ya mencionados en esta sentencia, también se hizo referencia al hecho de que el demandante, ante el yerro médico en el Instituto de Seguros Sociales llevó a la Clínica del Caribe a su hijo para que recibiera la atención médica requerida. Así en aquella que fuere remitida el 5 de febrero de 1992, se indicó:

“En vista de que el joven seguía con los mismos síntomas, sus padres lo llevaron a la Clínica del Caribe en donde de emergencia lo intervinieron quirúrgicamente de la vesícula y un acceso en el hígado, con posterioridad trasladado a la unidad de cuidados intensivos desde el día 16 de enero de 1992, diagnosticándosele infección intestinal con septicemia y posteriores complicaciones a nivel de los pulmones...”

En este mismo sentido obran las comunicaciones de 8 de abril, de 7 de julio y de 5 de noviembre de 1992, en las cuales se expresó por parte de dicha empresa al Instituto de Seguros Sociales, que la determinación de llevar al joven Francisco Restrepo Rosales fue tomada ante el indebido tratamiento proporcionado por los médicos de la entidad razón por la cual prefirieron acudir a una clínica particular con el propósito de que se le brindara una atención médica adecuada.

Visto lo anterior, para la Sala no existe duda de que si el diagnóstico médico del joven Restrepo Rosales hubiese sido acertado, no hubiese sido necesario que su padre lo llevara a una clínica diferente ante la premura de salvarle la vida y con el propósito de acceder a una atención hospitalaria de calidad, como quiera que desde el principio se le hubiera proporcionado la atención médica que su estado de salud exigía.

Es pertinente señalar que la entidad demanda propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido y no demostración del carácter de urgente de la enfermedad que aquejaba al menor, las cuales fundamentó en el hecho de que el padre realizó una calificación subjetiva de la gravedad de la enfermedad que su hijo padecía, razón por la cual considerando el carácter urgente de la misma, tomó la determinación que de hospitalizarlo por su cuenta y riesgo, en una entidad con la cual el ISS no se tenía vínculo contractual alguno.

Sobre este aspecto, la Sala comparte las consideraciones realizadas por el *a quo*, toda vez que el deber de indemnizar al demandante, según ya se indicó en la cuestión previa dilucidada en esta sentencia, no radica en el hecho mismo de una atención prestada por una entidad con la cual no se tenía vínculo contractual, sino en la falla del servicio por el error en el diagnóstico en que incurrieron los médicos de la entidad y como consecuencia del cual, el padre del menor, ante la gravedad del estado de salud de su hijo, acudió a una institución médica privada, con el propósito de salvarle la vida.

En otras palabras, no se discute en el presente proceso la obligación de reembolso que tiene el ISS de los gastos médicos por atención hospitalaria en un centro médico con el cual no se tenía convenio alguno, evento en el cual deben analizarse los requisitos establecido en la normatividad vigente para la época de los hechos<sup>14</sup>, entre ellos la urgencia de la atención, sino que el deber de indemnizar surge del análisis de responsabilidad de la entidad demandada por una falla del servicio médico, como consecuencia de la cual se causó un daño emergente al demandante consistente en el pago de los gastos médicos correspondientes a la atención del joven Fernando Restrepo Rosales.

### **3. Liquidación de perjuicios**

---

<sup>14</sup> Decreto 07 de 1980 y en el Acuerdo no 510 de 1991, aprobado por el Decreto 597 de 1991.

### 3.1. Daño material

El tribunal *a quo* condenó en abstracto a la entidad demandada, a pagar los perjuicios causados al demandante por los gastos en que incurrió por la atención médica de su hijo en la Clínica del Caribe.

Según se indicó, en el proceso se demostró que el actor pagó la atención médica que recibió su hijo en la Clínica del Caribe y para tal efecto, adquirió una deuda con la empresa con la cual laboraba. Sin embargo, es pertinente resaltar que al proceso se aportaron en copia simple varios documentos que dicen contener las facturas canceladas por el actor al mencionado centro hospitalario, las cuales carecen de valor probatorio, toda vez que no se encuentran en original o copia auténtica, de conformidad con lo establecido en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual no se probó el monto al cual ascendieron los gastos por dicho tratamiento.

Ahora bien, como quiera que en el proceso no se tiene acreditado dicho monto, procede la Sala a plantear de manera concreta los parámetros para llevar a cabo la liquidación, ello a fin de que la entidad pública demandada -con base en las facturas de la Clínica del Caribe que deberá aportar la parte actora en original o que en copia auténtica-, establezca cuál es el monto que en la modalidad de daño emergente debe pagarse a favor del señor Oscar Restrepo Cardona<sup>15</sup>.

Los parámetros son los siguientes:

- El monto correspondiente al valor total pagado por el actor a la Clínica del Caribe con ocasión de la atención brindada al joven Francisco Restrepo Rosales en la Clínica del Caribe desde 16 de enero al 25 de marzo de 1992. Dicha suma se actualizará con base en la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{índice final (fecha de los hechos)}}{\text{índice inicial (fecha del pago)}}$$

---

<sup>15</sup> Sobre la liquidación de perjuicios en los cuales no es posible establecer el periodo o el monto de la indemnización y la determinación de los parámetros que deben aplicarse en estos casos para que proceda a hacerlo la entidad condenada, consúltese la sentencia proferida por la Sala el 6 de agosto de 2007. Exp radicado al número 15.781 M.P. Ramiro Saavedra.

### 3.2. Perjuicios morales

El actor solicitó que se reconociera el daño moral que sufrió como consecuencia de la deuda que adquirió para el pago de los gastos de la atención médica de su hijo, rubro al cual no fue condenada la entidad demandada, razón por la cual, no puede la Sala pronunciarse sobre el mismo dado que ésta funge en esta instancia como apelante único y por ende no puede agravarse su situación aumentando la condena por estos gastos, so pena de vulnerar el principio de la *non reformatio in pejus*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**MODIFICASE** la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico-Sala de descongestión, el 4 de septiembre de 2000, la cual quedará así:

**PRIMERO DECLARAR** patrimonialmente responsable al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por los perjuicios que sufrió el señor Oscar Retrepo Cardona, como consecuencia de la falla en el servicio médico en que incurrió dicha entidad, en relación con la atención brindada al menor Francisco Restrepo Rosales, el 14 de enero de 1992.

**SEGUNDO: CONDENASE** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a pagar al demandante los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma que resulte del cálculo que efectúe la entidad demandada, con base en los parámetros establecidos en concreto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**CUARTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia vuelve el expediente al Tribunal de origen.

**STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO**  
Presidente de la Sala

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**