

FALLA MEDICA - Falla probada del servicio. Carga de la prueba / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Falla probada. Carga de la prueba / RESPONSABILIDAD MEDICA - Falla probada del servicio. Carga de la prueba

La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño consistente en la muerte del menor Daniel Mauricio Cardona Cortés, por no haber recibido un servicio oportuno y eficaz, conforme lo prevén la Constitución y la Ley. Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación, "... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta..."

NOTA DE RELATORIA: Sobre la falla probada del servicio médico asistencial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de abril de 2008, exp. 15750; 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de septiembre de 2009, exp. 17.986; 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RESPONSABILIDAD MEDICA - Daños indemnizables. Reiteración jurisprudencial / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Daños indemnizables. Reiteración jurisprudencial / PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Pluralidad de deberes de conducta. Reiteración jurisprudencial / ACTIVIDAD MEDICO ASISTENCIAL - Pluralidad de deberes de conducta. Reiteración jurisprudencial / ASISTENCIA MEDICA - Pluralidad de deberes de conducta. Reiteración jurisprudencial / ASISTENCIA MEDICA - Obligación compleja. Reiteración jurisprudencial

De esta manera, el precedente de la Sala indica que: "Los únicos daños indemnizables en estos eventos no son la muerte y las lesiones corporales; también están comprendidos, entre otros, los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz". (...) En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica: "La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (debe de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo -llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)". (...) De conformidad con lo anterior, cabe afirmar que el menor Diego Mauricio Cardona Cortés tenía derecho a recibir un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizado, que se le hubieran practicado

alguno de los exámenes ordenados y que se le hubieren suministrado medicamentos, resultaban suficientes para considerar cumplidas las obligaciones que estaban a cargo del ISS, porque, se reitera, se omitieron las valoraciones y procedimientos que fueron recomendados por profesionales de la misma entidad; a la vez que se dilató, sin justa causa probada, la realización de los tratamientos e intervenciones que, según los especialistas de la misma entidad, eran necesarios para lograr la mengua de sus dolores y su recuperación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los daños indemnizables en casos de responsabilidad derivada del servicio médico asistencial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 7 de 2009, exp. 35656. Sobre la pluralidad de deberes de conducta que implica el servicio de salud, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 18 de 2010, exp. 17655.

ERROR DE DIAGNOSTICO - Diagnóstico equivocado / FALLA MEDICA - Error de diagnóstico / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Error de diagnóstico / RESPONSABILIDAD MEDICA - Error de diagnóstico

Le asiste razón al a quo al considerar que no se configuró un error de diagnóstico, ya que desde que el menor Daniel Mauricio fue atendido en la consulta externa y en la consulta especializada, se tenía como antecedente una sintomatología previa de al menos 5 meses que estaba asociada con el diagnóstico efectuado (...). En ese sentido, no es posible atribuir fáctica o materialmente el daño causado a los demandantes en cabeza de la entidad demandada, y del llamado en garantía, dado que el menor Daniel Mauricio fue atendido desde un primer momento en consulta externa, en consulta especializada, se realizaron exámenes, se le atendió en las múltiples ocasiones en las que acudió con su padre al servicio de urgencias, se valoró dentro de los cánones médicos que eran aplicables al caso y se le dio los tratamientos necesarios para manejar la sintomatología que iba presentando en cada momento de su evolución, tal como se desprende de la historia clínica y de los documentos aportados al proceso, entre ellos las pruebas trasladadas del proceso penal en curso. (...) En la doctrina jurídica se advierte que el diagnóstico como elemento dentro de la atención médica no puede arrojar resultados exactos, de ahí que se requiera la realización de estudios y exámenes complementarios, ya que de lo contrario estaría el facultativo emitiendo un potencial diagnóstico equivocado. Siendo esto así, no puede el razonamiento llevar hasta el extremo de considerar que todo médico debe acertar, ya que en muchas ocasiones, pese a los exámenes y controles, es posible que no se pase de conjeturas o de valoraciones aproximativas a la realidad de la patología que se quiere tratar, constituyéndose en el terreno abonado para fallos, yerros o equivocaciones.

MOROSIDAD EN LA ATENCION MEDICA - Falla del servicio / FALLA MEDICA - Morosidad en la atención médica. Dilación en el tratamiento / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Morosidad en la atención médica. Dilación en el tratamiento / RESPONSABILIDAD MEDICA - Morosidad en la atención médica. Dilación en el tratamiento

Por el contrario, no se comparte que no haya deducido el *a quo* la demora, tardanza o dilatación que tuvo el tratamiento y atención, máxime cuando se trataba de un niño de 5 años que exigía (y lo exige hoy) atención prioritaria, preferente y expedita. Dicha morosidad se deduce de dos elementos: la dilatación o demora en la atención y, por no haber ordenado con prontitud todos los exámenes que hubieran permitido determinar la etiología de la afección de Daniel Mauricio. La muerte de Daniel Mauricio se produjo, sin duda, debido a la dilación o

demora en el tratamiento oportuno de la patología que consta en la historia clínica, en los dos dictámenes del Instituto de Medicina Legal, en el informe del médico Angel y en lo manifestado por el propio Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca lo corroboran, lo que se produjo por la atención dispar y errática que se le ofreció al menor cada vez que acudía a urgencias del Instituto de los Seguros Sociales. (...) Luego, la Sala debe insistir en la importancia que debió tener el esclarecimiento oportuno, ágil y expedito de la patología que aquejaba al menor Daniel Mauricio, máxime cuando padecía síntomas diarreicos que en niños, tanto por los criterios médicos vertidos al proceso, como por la propia literatura científica, exige que se atienda con todos los medios disponibles, ya que el período de tiempo que transcurrió entre la primera consulta el 12 de junio y la fecha de su fallecimiento 19 de noviembre denota con claridad que la entidad demandada mantuvo en un período de observación excesivo al menor, lo que en la mayoría de los casos, y especialmente para menores de edad con problemas diarreicos, puede producir un desenlace fatal, como se presentó en este caso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la morosidad en la atención médica, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 10 de 2000, exp. 11878.

FALLA MEDICA - Vulneración de la dignidad del paciente. Menores de edad / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Vulneración de la dignidad del paciente. Menores de edad / RESPONSABILIDAD MEDICA - Vulneración de la dignidad del paciente. Menores de edad

Y es reprochable que la entidad demandada no haya desplegado todos los medios para buscar la mejoría y recuperación del menor, sino que simplemente asistió como un observador al empeoramiento y deterioro de la salud del menor Daniel Mauricio, lo que lleva a demostrar la falta de diligencia de la entidad demandada y la vulneración de la dignidad del menor Daniel Mauricio, y la vulneración de las garantías reforzadas que se debía observar en la época, y hoy, respecto de los niños conforme con lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (...).

FUENTE FORMAL: CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989 - ARTICULO 24

NOTA DE RELATORIA: Sobre la diligencia en la prestación del servicio médico, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 24 de 2008, exp. 15790.

HISTORIA CLINICA - Manejo adecuado / ACTIVIDAD MEDICA - Principio de confianza legítima / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Actividad médica

La Sala encuentra que pese a haberse aportado al expediente la historia clínica, su elaboración, manejo y comprensión lleva a deducir que no se manejó de manera adecuada, ni siquiera se reparó por la multiplicidad de médicos tratantes la patología de origen que fue advertida en la consulta externa, y que fue luego tratada por los especialistas gastroenterólogos (Montealegre Lynnett y Ayala Nieto), lo que llevó a una recopilación de diagnósticos presuntivos, de prescripciones médicas y de órdenes sin el suficiente rigor, calidad, seguimiento y control de la evolución del paciente, lo que llevó a asistir a una actividad que sólo se contentaba con la constatación de una etiología que no se descifró por los médicos de la entidad demandada, y que rompió con la obligación propia del principio de confianza legítima depositado en la actividad médica de búsqueda de alternativas para la detección, diagnóstico, tratamiento y, si es posible la mejoría o recuperación del paciente, y no, como en el caso la aplicación descoordinada,

errática e ineficiente de los conocimientos médicos, a partir de la historia clínica que tan deficientemente se tuvo y al inexistente seguimiento que se hizo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de confianza legítima, Consejo de Estado, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17655

ACTIVIDAD MEDICA - Deber de ejecución. Deber de diligencia en la ejecución / SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Deber de ejecución. Deber de diligencia en la ejecución

Como se determina en los dictámenes de Medicina Legal, en los conceptos de los Comités Ad-Hoc, y en los testimonios de los médicos, la Sala encuentra que la entidad demandada no se correspondió con su deber de ejecución al no dar tratamiento expedito a la patología de un menor de 5 años con una patología de base identificada con síntomas diarreicos con moco y sangre, lo que ha sido ratificado en las probanzas, ya que como el propio médico Montealegre Lynnett lo declaró, al menor se le vino a practicar el examen ordenado 3 meses después de haber estado en su consulta especializada, y luego de haber sido remitido en junio de 1995 desde la consulta externa. Dicho deber de ejecución se incumple también desde el momento en el que la entidad no hizo un seguimiento a la situación del menor, más cuando se evidenciaron en múltiples oportunidades la atención por urgencias del mismo sin haber llamado la atención del médico especialista Ayala Nieto, ni haber determinado la realización de una junta médica, o el relevo del especialista, o de haber remitido a otro centro que hubiese ofrecido el examen que tardó tanto tiempo, el que precisamente constituye una forma de incumplir con ese deber de ejecución, y con consecuente de diligencia en la ejecución.

SERVICIO MEDICO - Prestación integral

Se infiere, de las pruebas en el proceso, y en aplicación de las reglas de la experiencia, la Sala encuentra que la entidad demandada no se correspondió con la satisfacción de la prestación del servicio en su integridad, ya que como queda demostrado en el plenario, el menor Daniel Mauricio fue abandonado a la suerte de la evolución de la etiología que padecía, sin hallar un mínimo de cuidado, manejo y tratamiento que hubiera permitido lograr no la mejoría del paciente, sino, por lo menos, la forma de evitar las múltiples afecciones que concurrieron, los sufrimientos y el degeneramiento de su salud hasta su fallecimiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prestación integral del servicio médico, Consejo de Estado, sentencia de 17 de marzo de 2010, exp.19756

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Normas vigentes para la época de los hechos

Como los hechos objeto de discusión se produjeron entre el 15 de agosto y el 19 de noviembre de 1997, la responsabilidad del llamado en garantía se estudiará con base en lo consagrado en los artículos 77 y 78 del decreto - ley 01 de 1984, C.C.A., normas que regulaban la acción de repetición y el llamamiento en garantía.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 78

NOTA DE RELATORIA: Sobre llamamiento en garantía, Consejo de Estado, sentencia de 9 de diciembre de 1993, exp. 7818

PERJUICIOS MORALES - Tasación en salarios mínimos

Antes de fijar el valor correspondiente a los perjuicios morales, la Sala advierte que a pesar de que las pretensiones de la demanda se definen en gramos oro la condena se proferirá en el valor equivalente a salarios mínimos legales. Esto teniendo en cuenta que la Sala resolvió abandonar el sistema de cálculo de los perjuicios morales con base en el patrón gramo de oro, para acoger en su lugar la indemnización de los mismos en salarios mínimos legales, considerando apropiado para la tasación de los perjuicios morales sufridos en mayor grado, el monto equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

NOTA DE RELATORIA: Sobre la tasación de los perjuicios morales en salarios mínimos, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de septiembre 6 de 2001, exp. 13232-15646

REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO - Medidas no pecuniarias / MEDIDAS NO PECUNIARIAS - Reparación integral del daño

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de no pecuniarias, se ordenará, como fue solicitado por los demandantes, al liquidador, o a quien haga sus veces, del Instituto de los Seguros Sociales para que en un medio de publicación local se ofrezca una excusa pública a los padres y familia del menor Daniel Mauricio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Magistrado ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 73001-23-31-000-1997-04867-01(17547)

Actor: JORGE ALBERTO CARDONA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTROS

Referencia: ACCION DE DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el ocho (8) de octubre de 1999, mediante la que se dispuso:

“PRIMERO: DENIEGASE las pretensiones de la demanda.
SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte actora”.

ANTECEDENTES

1. La demanda

1 Fue presentada por Jorge Alberto Cardona y Mariela Cortés Claros en nombre propio, y en representación de sus hijos menores Jorge Alejandro y Carlos Mario Cardona, y por Flor Margarita Lozano de Cardona, Ricardo Cortés y María Helena Claros de Cortés el 5 de marzo de 1997, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

2 Se solicita se declare al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable:

“... de los perjuicios tanto materiales como morales causados a los demandantes por el mal diagnóstico de la enfermedad y la posterior intoxicación y muerte del menor DANIEL MAURICIO CARDONA” (fl.69 c1).

“Que el **Instituto de los Seguros Sociales (ISS)** es administrativamente responsable de la totalidad de los perjuicios no patrimoniales, causados al propio **DANIEL MAURICIO CARDONA CORTES**” (fl.70 c1).

“Que como consecuencia de lo anterior el ISS debe indemnizar a todos los demandantes por la totalidad de los perjuicios causados, presente y futuros, incluyendo los perjuicios morales por el sufrimiento que los demandantes soportan durante la enfermedad e intoxicación del menor DANIEL MAURICIO CARDONA CORTES... a razón del valor de cuatromil (sic) gramos de oro” (fl.70 c1).

“Que como consecuencia de la primera declaración el ISS debe indemnizar a todos los demandantes por los perjuicios morales causados a raíz del sufrimiento que los demandantes soportaron por la muerte del menor DANIEL MAURICIO CARDONA CORTES el 19 de noviembre de 1995, a razón del valor de cuatromil (sic) gramos de oro” (fl.70 c1).

“Que como consecuencia de la primera declaración el ISS debe indemnizar a todos los demandantes por los perjuicios no patrimoniales causados a raíz del sufrimiento que los demandantes soportan por la pérdida de la vida de relación familiar con el menor DANIEL MAURICIO CARDONA CORTES, desde el 19 de noviembre de 1995, a razón del valor de cuatromil (sic) gramos de oro” (fl.70 c1).

“Que como consecuencia de la primera declaración el ISS debe indemnizar a los demandantes JORGE ALBERTO CARDONA y MARIELA CORTES CLAROS por los perjuicios no patrimoniales causados a raíz del el (sic) sufrimiento que soportaron por no haber podido disfrutar plenamente de los primeros meses de maternidad y paternidad respectivamente, en relación

con su común hijo CARLOS MARIO CARDONA CORTES a razón del valor de cuatromil (sic) gramos de oro” (fl.71 c1).

“Que como elemento de reparación se ordene al representante legal del I.S.S dirigir una carta institucional a los demandantes ofreciendo excusas por las equivocaciones de la entidad demandada y expresándose conforme los términos que corresponden a una entidad que es parte del Estado Social de Derecho de la República de Colombia” (fl.71 c1).

3 Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por los demandantes:

“En el mes de junio de 1995 el menor DANIEL MAURICIO CARDONA CORTES, fue llevado al ISS para una consulta de medicina general, con el fin de que recibiera la asistencia necesaria por una enfermedad de la que después se supo que era una **colitis ulcerativa**, la que se manifestaba con frecuentes deposiciones diarreicas acompañadas de moco y sangre y dolores abdominales fuertes (fl.58 c1).

El paciente fue atendido por el Doctor Valdiri y se le medicó flagil por 250 mg. y micostatin” (f.58 c1).

Sólo dos meses después el paciente pudo acceder a una consulta especializada de gastroenterología, la adecuada a sus padecimientos.

Entre tanto las deposiciones de DANIEL MAURICIO se hicieron más frecuentes.

Efectivamente el 15 de agosto de 1996 (se debe entender 1995) el paciente DANIEL MAURICIO fue atendido por gastroenterología con el dr. GUSTAVO MONTEALEGRE, quien le diagnosticó pólipos intestinales y ordenó una rectoscopia, con miras a practicarle una polipectomía, acorde con el diagnóstico

La entidad no contaba con el aparato para practicar la rectoscopia...

El problema del aparato para practicar la rectoscopia solo se solucionó dos meses después, en el mes de octubre. Entre tanto, al menor no se le suministró medicamento alguno, ni siquiera para paliar sus fuertes dolores abdominales (fl.58 c1).

... el sr. JORGE ALBERTO CARDONA insistió ante el dr. CESAR LINARES, Jefe de Médicos, para que el niño fuera remitido a otra ciudad donde contarán con el aparato. El dr. CESAR LINARES remitió (sic) el menor donde el dr. MONTEALEGRE y este a su vez lo remitió al Jefe de Urgencias, quien se suponía podía remitir al menor fuera de la sede para el examen. El médico de Urgencias determinó que no era necesaria la remisión argumentando que el nivel de glóbulos rojos del niño no era “aún” tan bajo (fl.59 c1)

Co mo el sr. CARDONA veía empeorar a su hijo DANIEL MAURICIO sin que los médicos le dieran la suficiente importancia al asunto, insistió por un nuevo concepto médico hasta que el 15 de septiembre lo vió el dr Guillermo Ayala, quien nuevamente diagnóstico “pólipos” (f.59 c1).

El sr. CARDONA iba con mucha frecuencia al ISS para ver si ya era posible la rectoscopia, hasta el diez (10) de octubre, cuando finalmente se pudo practicar el exámen (fl.59 c1).

... efectuada la rectoscopia el ocho (8) de octubre de 1995, el paciente solo fue formulado cuatro (4) días después por el dr. GUILLERMO AYALA” (fl.59 c1).

El dr. AYALA le formuló **salazopyrin (sulfazalasina 500)** (fl.59 c1).

Según la orden médica debía (sic) suministrarse al paciente un gramo dividido en cuatro dosis iguales de 250 mg, es decir, media pasta cada 6 horas (fls 59 y 60 c1).

El medicamento para tratar la niño fue suministrado directamente por el ISS y se le empezó a administrar el mismo día que se le formuló y en la forma indicada por el galeno (fl.60 c1).

“El 30 de octubre de 1995 DANIEL MAURICIO presentó malestar y el 31 amaneció con un brote cutáneo en todo el cuerpo, inapetente, febril, y con una leve hinchazón en las articulaciones.

El señor Cardona llevó nuevamente al menor al ISS por urgencia en varias oportunidades. En una primera ocasión, le diagnosticaron sarampión a lo que se le formuló acetaminofen e hiderax para la rasquiña que ya se presentaba,

Desde este momento le ordenaron una serie de medicamentos cuya relación debe constar en la Historia Clínica” (f. 60 c1).

“Después de dos días el menor no presentaba mejoría y el prurito se había tornado insoportable, el niño fue llevado de urgencias a la clínica del ISS, en donde lo dejaron hasta el día siguiente, cuando a las 9:00 a.m lo examinó el Doctor Lozano (pediatra), quien le solicitó a la Enfermera Jefe de turno la valoración de dermatología, la cual fue negada, según se argumentó por improcedente, ya que urgencias no maneja medicina especializada” (f.60 c1).

Ese día DANIEL MAURICIO CARDONA “permaneció en “aislados”, hasta las cuatro de la tarde. El señor Cardona manifestó que el paciente no podía tener una virosis como el sarampión, puesto que ya había sido vacunado”. Tanto el padre como la abuela paterna del menor protestaron porque el estado del niño no mejoraba, pero de nada sirvió porque DANIEL MAURICIO fue devuelto para la casa argumentando que tenía sarampión, para lo cual le administraron nuevamente antibióticos y analgésicos (fl.60 c1).

“Frente al deterioro de la salud del menor, su padre acudió por su propia cuenta a los servicios médicos del Doctor Jorge Arbeláez quien en vista del cuadro tan delicado del menor y de su grave estado de salud, no se atrevió a diagnosticar sino que solicitó directamente al ISS la inmediata hospitalización del paciente (fl.61 c1).

Ese mismo día el niño entró por tercera vez via (sic) “urgencias” al ISS y lo hospitalizaron en el piso 7 de pediatría. Era el 11 de noviembre de 1995.

Entre el 11 y 16 de noviembre prosiguieron los diagnósticos equivocados y por supuesto la medicación equivocada que agravó la situación del niño: hepatitis B, leptospirosis, síndrome (sic) de Kawasaki, síndrome (sic) Steven Johnson, escarlatina, etc” (fl.61 c1).

Se manifestó que el niño padeció un sufrimiento insoportable desde el momento en que se aplicó el medicamento, habiéndose producido también “brote desesperante, insomnio, ardor, imposibilidad de ingerir alimentos, desasosiego, hinchazón, amoratamiento ascendente, degeneramiento de la función y del órgano hepático, su rostro se desfiguró totalmente” (f.62 c1).

“El Estado de la piel del menor era tan lamentable que no resistía su manejo y fue necesario colocarlo en un dispositivo especial para que la fricción no arrancara su piel, sus labios se quebraron al igual que sus orejas” (f.62 c1).

“El 17 de nov. a las 5 p.m cuando su padre le preguntó que porque no respiraba bien, rascándose la cabecita le expresó que sentía que se estaba enloqueciendo. El padre requirió la atención del cuerpo de enfermeras y cuando trajeron el oxígeno el niño empezó a convulsionar. Le introdujeron una sonda por vía urinaria y la (sic) llevaron al quirófano” (fs.228 y 229 cp).

“Dos horas después trasladaron al menor del quirófano al piso, en ese momento la Doctora Lagos manifestó que el estado del paciente era crítico y las posibilidades de supervivencia mínimas, igualmente le expresó al padre que quedaba un recurso que era administrarle plasma, plaquetas y crioprecipitados, elementos que en ese momento el ISS no tenía y dejó como responsabilidad del padre conseguirlo” (f.62 c1).

“El 18 de fueron entregados al ISS los medicamentos requeridos. Se le administraron al paciente. El niño empezó a mostrar recuperación pero la hemorragia seguía por falta de coagulación. Su hígado no estaba funcionando.

El 18 de noviembre, en horas de la madrugada, DANIEL MAURICIO nuevamente convulsionó y atendido por el dr. OSCAR LOPEZ se le administró epamin, entre otros medicamentos.

El 19 el menor está con oxígeno y se el sondean por via oral los cuábulos (sic) del aparato digestivo. Solicitan sangre que el ISS no tenía. Esta es suministrada por el padre.

Entre tanto el cuerpo médico solicitó sala de cuidados intensivos pero el ISS no tenía disponibilidad para este servicio, por lo que DANIEL MAURICIO hubo de permanecer en piso no obstante su gravedad (fl.63 c1).

Sobre la 1:00 p.m del 19 de noviembre el niño entró paro cardíaco y murió.

La dra. LAGOS exigió el aislamiento del cadáver porque el menor murió (sic) con septicemia. Además, como era su obligación, ordenó la necropsia (fl.64 c1)

La “actuación personal del ISS respecto al menor generó una investigación interna, una queja ante el Tribunal de ética Médica, una investigación penal adelantada ante la Fiscalía General de la Nación y una investigación de la Defensoría del Pueblo de Ibagué” (fl.66 y 67 c1).

El Comité Ad Hoc solicitado por la Defensoría del Pueblo y por la Superintendencia de Salud se manifestó “unánimemente desfavorable en relación con el proceso de atención brindado al paciente, debido a que hubo responsabilidad médica al iniciar un manejo con Salazopyrina sin antes haber realizado un estudio de anatomía patológica para llegar a este probable diagnóstico, confirmarlo, descartarlo, o ser inespecífico” (fls. 67 y 68 c1).

“Al cuerpo de DANIEL MAURICIO se le practicó necropsia en el ISS el día 21 de noviembre de 1995 a las 14 horas” (fl.69 c1)

2. Actuación procesal en primera instancia

1 El Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda mediante providencia del 19 de marzo de 1997, la cual fue notificada al representante legal de la entidad demandada el 8 de mayo de 1997 (fls. 84 y 87 c1).

2 El Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual se opuso a todas las pretensiones, reconoció como ciertos algunos hechos, otros como no ciertos y manifestó no constarle otros. En la misma, la demandada afirmó:

El Instituto de los Seguros Sociales “desde su creación ha tenido como meta principal la prestación de los servicios de salud para los usuarios y afiliados, contratando a los mejores especialistas en las diferentes áreas de la medicina en la búsqueda de una mejor, oportuna y eficiente prestación de los servicios, se convierta en el azote de sus propios protegidos y patrocine o permita una deficiente atención médica y el suministro de medicamentos contraindicados para los pacientes con lo finalidad proclive de causarles algún perjuicio” (fl.104 c1).

Es “cierto que se le atendió en la fecha indicada. Se anotó en la Historia Clínica en la visita a la primera y única consulta al servicio de consulta externa de gastroenterología como POLIPOS DE RECTO. Esta fue una impresión clínica inicial y no un diagnóstico definitivo” (fl.106 c1).

Aclaró que “el diagnóstico de impresión (o de presunción) aparece cuando se hacen uno o varios diagnósticos ante la imposibilidad de precisar con certeza la causa de un complejo sintomático (Semiología General, 5ª edición, Gabriel J. Mejía y Jorge E. Loza N° Ref. Pág.7). Para precisar este diagnóstico de impresión el Médico Especialista solicitó una RECTOSIGMOIDOSCOPIA con el fin de confirmar o no el diagnóstico de impresión. La Rectosigmoidoscopia que se solicitó es el método diagnóstico de mayor precisión en este cuadro sintomático y es el examen indicado conforme a la LEX ARTIS” (fls.106 y 107 c1).

“De acuerdo al concepto médico no era conveniente recetar al paciente hasta tanto no se obtuviera un diagnóstico definitivo de la enfermedad del paciente” (fl.107 c1).

El medicamento aplicado al menor es el de elección “para el tratamiento de la enfermedad que padecía el paciente Cardona, que era colitis ulcerativa, ya confirmada por la Rectosigmoidoscopia” (fl.108 c1).

No es “cierto lo de la indolencia, falta de sensibilidad y profesionalismo de los funcionarios del ISS y los demás cargos gratuitos imputados a médicos, funcionarios y empleados del Instituto, pues todos, desde el de menor categoría hasta el de mayor jerarquía, incluyendo médicos, enfermeras, ayudantes, directivos, etc., prestaron su valioso concurso, profesionalismo y experiencia en búsqueda de la salud del paciente Cardona, dada su corta edad, su situación socioeconómica y la gravedad sorpresiva e inusual de la enfermedad” (fl.110 c1).

Acepta que el Comité Médico Ad-Hoc de Manizales produjo un dictamen, manifestando que este fue rechazado por el Tribunal Etico de Cundinamarca en su providencia (fl.112 c1).

3 Llamamiento en garantía. La entidad demandada llamó en garantía al Doctor GUILLERMO ENRIQUE AYALA NIETO, con fundamento en que fue el médico gastroenterólogo que atendió al menor DANIEL MAURICIO CARDONA CORTES (fls. 1 y 2 c2).

El Tribunal a quo mediante providencia del 13 de junio de 1997, admitió el llamamiento en garantía solicitado por la parte demandada (fl. 3 c2). Notificado el llamado en garantía el 24 de julio de 1997, contestó la demanda en la oportunidad legal, oponiéndose a todas las pretensiones, mja cogió a algunos de los hechos expuestos en la contestación del ISS, afirmó que algunos son ciertos, otros no y que los demás no le constan.

El llamado en garantía el 10 de febrero de 1999 presentó los alegatos de conclusión en escrito en el que reiteró lo dicho en otras instancias y afirmó:

“Y si como acaece en este, la actividad del ISS y la del Dr. AYALA NIETO están respaldadas probatoriamente en el sentido de que agotaron todos los recursos para la salud del menor, DANIEL MAURICIO, lamentablemente fallecido, no por causa de los prenombrados, sino por razones ajenas a su actividad, las supuesta (sic) fallas en ellas están ausentes, si se reevisa (sic) no solo la historia clínica, sino las pruebas aportadas, en donde se notara que al menor le sobraron atenciones” (fl.182 c1).

“TODOS LOS CONCEPTOS PERICIALES - OFICIALES Y PARTICULARES - COINCIDEN EN QUE LAS SULFAS - LA SULFAZOPIRYNA MAS CONCRETAMENTE USADA POR MI DEFENDIDO - SON, CON SUS RIESGOS INHERENTES Y NORMALES

EN TODO FARMACO, PARA LA LLAMADA COLITIS ULCERATIVA, EN NIÑOS, MUNDIALMENTE, LA MEDICINA ADECUADA”

“Esa unanimidad de criterios, definitivamente exonera de responsabilidad a mi defendido. Tanto que si eventualmente las reacciones adversas se presentan - como se presentaron efectivamente- previstas, como lo previo (sic) el galeno, según las pruebas, no responde legalmente como se anoto (sic)” (fl.183 c1).

Respecto a la biopsia se apoya en lo expresado por el Tribunal de Etica de Cundinamarca según el cual no era el único elemento de diagnóstico que ofreciera certeza, teniendo en cuenta la “entidad nosológica” que padecía el menor (fls.183 y 184 c1).

Se apoyó en el concepto médico emitido por la Universidad Nacional, Facultad de Medicina, de 2 de mayo de 1997, donde se sostuvo que hubo corrección en la conducta, no hubo errores en el manejo de la patología básica, ni en lo que sobrevino, que el tratamiento aplicado es mundialmente aceptado y que lo que hubo fue “reacción adversa al medicamento la cual es IMPREDESCIBLE” (fl.184 c1).

El médico “formulo (sic) el medicamento específico, y si no practico (sic) la biopsia lo hizo por precaución para evitar la muerte del impúber, que el Tribuanl (sic) jamás observó, pues se trataba de un dictamen post-facto y ya se sabe que tales diagnósticos son discutidos” (fl.185 c1)

Aceptó que en concepto forense emitido el 31 de octubre de 1996 se señaló expresamente lo que califica como una recomendación: “LOS CUADROS CLINICOS DE ENFERMEDAD GASTROINTESTINAL MANIFESTACIOS (sic) POR LA DIARREA EN MENORES DE EDADES DEBEN CONSIDERAR UNA URGENCIA Y POR TANTO ES NECESARIO OFRECER PRIORIDAD A LOS NIÑOS” (fl.187 c1).

4 Agotado el período probatorio, el cual se inició mediante auto de 1 de junio de 1998 y, habiéndose citado a audiencia de conciliación en dos oportunidades sin prosperar la misma, el Tribunal mediante auto de 4 de diciembre de 1998 corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

5 La demandada presentó el 11 de febrero de 1999 los alegatos de conclusión en escrito en el que reiteró lo manifestado en otras instancias y afirmó:

En primer lugar, que de “los hechos en que se apuntala la demanda y de las declaraciones de condena fácilmente se aprecia que la parte actora se acoge a la falla del servicio médico y asistencial” (fl.192 c1).

Señaló que con la prueba testimonial, documental y pericial recaudada la demandada encontró demostrado “en forma protuberante, clara y precisa, que el Instituto de los Seguros Sociales le prestó todos los servicios médicos y asistenciales al paciente Daniel Mauricio Cardona, poniendo a su servicio todo el personal médico y para médico, general y especializado, administrativo, farmacéutico, endoscópico, radiológico, clínico, etc., en busca de su recuperación, sin ahorrar esfuerzos, como consta en la propia historia clínica y de los testimonios rendidos por los profesionales que lo atendieron, con lo cual queda demostrado paladinamente la diligencia y el cuidado en el manejo del paciente y la adecuada y oportuna prestación del servicio médico, hospitalario y farmacéutico” (fl.200 c1).

Manifestó la existencia de una concausalidad, lo que respaldó en lo dictaminado por Medicina Legal que según la demandada planteó cinco hipótesis para encuadrar el caso del menor, concluyendo que “hasta la fecha no se ha podido precisar la verdadera causa de la muerte del paciente (fls.200 y 201 c1).

6 Los demandantes el 16 de febrero de 1999 presentaron los alegatos de conclusión en escrito en el que se ratificaron en lo manifestado en otras instancias y solicitaron despachar favorablemente las súplicas de la demanda, agregando las siguientes razones:

En cuanto a la morosidad en la atención del menor, resaltó que “no fue atendido con la prioridad e importancia que debe dársele a un caso de diarrea en una persona de su edad. La actuación médica fue demasiado dilatoria.

No sólo no se formulaba rápidamente al niño, sino que los aparatos necesarios para diagnosticarlo no funcionaban y no se buscó alternativa alguna” (fl.213 c1).

En consideración de la parte actora, el menor fue mal diagnosticado, como se dedujo del análisis del Comité Médico Ad-Hoc del Instituto de los Seguros Sociales, de los testimonios rendidos por los doctores MONTEALEGRE, LAGOS y LUIS ALBERTO ANGEL (fls.216 a 220 c1). Como consecuencia del diagnóstico

equivocado, al menor se le ordenó un tratamiento “que no correspondía a lo que en realidad se tenía: una colitis inespecífica” (fl.220 c1).

7 El Procurador Judicial 27 en lo Contencioso de Ibagué (Tolima) presentó en oportunidad el concepto No. 679 de 16 de febrero de 1999 en el que solicitó denegar las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

Encontró el Ministerio Público que “dentro del proceso materia de estudio que de conformidad con la historia clínica del menor DANIEL MAURICIO CARDONA se le prestó una atención adecuada, lo mismo que radiológica y farmacéutica” (fl.205 c1).

Agregó, de los testimonios rendidos durante el proceso, específicamente la de los médicos y especialistas, se dedujo que “afirman en términos generales que la droga recomendada para el tratamiento de colitis ulcerativa es la salazopyrina” (fl.205 c1).

Así como de los dictámenes periciales rendidos, especialmente el del Dr. LUIS ALBERTO ANGEL y el de los doctores MIGUEL ANTONIO GUZMAN URREGO, JOSE EFREN SERRATO PINZON, DIMAS CONTRERAS VILLA, OSCAR ARMANDO GARCIA VEGA pudo deducir el Ministerio Público que el tratamiento fue el adecuado a la patología del menor, que omisión de la biopsia no excluía el diagnóstico, ni el tratamiento, que las dosis suministradas fueron adecuadas y que se presentó una reacción adversa la cual era impredecible (fls.205 y 206 c1).

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Tolima denegó las pretensiones de la demanda. De acuerdo con el fallo de la instancia, que se fundamenta en las pruebas allegadas al expediente:

En primer lugar, encontró probado el Tribunal que “en los primeros días del mes de Junio de 1995 ingresa un paciente de seis años de edad para ser valorado por consulta externa de la clínica de los Seguros Sociales Seccional Tolima, por presentar deposiciones con moco y sangre (aproximadamente 8 deposiciones por día) acompañadas de urgencia y Tenesmo rectal para lo cual recibió múltiples tratamientos con Secnidal, Pangetan, Lomotil y floratil, el examen físico en ese

momento era normal, solicitaron laboratorios urgentes y ordenaron suspender medicamentos (folio 99 del cuaderno Nro.3)” (f.233 cp).

Encontró el Tribunal que el “12 de Junio de 1995, el paciente reingresa con los resultados de laboratorio (cuadro hemático, hemoclasificación, glicemia y corporanálisis), con lo cual el médico tratante decidió remitir al menor a gastroenterología (remisión que obra a folio 104 del cuaderno Nro.3), ordena suspender grasas de la dieta e iniciar tratamiento con Micostatin Metrodinazol (folio 99, vuelto y del cuaderno Nro.3)” (f.233 cp).

Advirtió que el paciente no mejoró en su cuadro clínico hasta el 15 de agosto de 1995 “cuando es valorado por gastroenterología quienes consideran la posibilidad diagnóstica de Pólipo Rectal, y se decide realizar rectosigmoidoscopia la que sólo se realizó hasta el 10 de octubre siguiente, bajo anestesia general sin complicaciones, arrojando una impresión diagnóstica endoscópica de COLITIS ULCERATIVA (folio 108 del cuaderno Nro.3) y ausencia de lesiones polipoides, con lo cual el Gastroenterólogo el día 17 de octubre inicia manejo médico con Sulfazalazina y Probismol, a dosis no referidas (folio 105 parte posterior del cuaderno Nro.3)” (f.233 cp).

Se demostró, también, que el 1 de noviembre de 1995 “(14 días después de iniciado de tratamiento), el niño presenta una erupción cutánea tipo rasch”, lo que es valorado por médico de turno de urgencias como propio de una infección viral (sarampión) “para lo cual inicia manejo sintomático y ambulatorio medicándole apronax - hiderax - astemisol”, pero al no presentar mejoría al día siguiente es llevado nuevamente al servicio de urgencia, en donde el médico de turno decidió su hospitalización “por deshidratación y estudio incluyendo valoración por pediatría, la que se realiza el 3 de noviembre de 1995”, encontrando el especialista necesario que se realizara una valoración dermatológica que no se realiza por razones técnicas, ya que “se considera un proceso viral y se le da de alta el 6 de noviembre de 1996 (sic)” (f.233 cp).

Así mismo, encontró demostrado “que el día 11 de noviembre de 1994 DANIEL MAURICIO es llevado nuevamente al Seguro sin mejoría de la erupción cutánea agregándose edema generalizado, prurito, ictericia, hepatomagalia y orina colúricas, es valorado por el pediatra quien lo encuentra en regulares condiciones generales con erupción morbiliforme generalizada, conjuntivas ictéricas, soplo

cardíaco sistólico G-1 y hepatomegalia, a partir de esa fecha y durante 8 días de hospitalización, el niño evolucionó tórpidamente hasta llegar a su fallecimiento el día 19 de noviembre de 1995, 8 días después del último ingreso, tal y como consta en el registro de defunción y la necropsia realizada al mismo (folios 12 al 17 del cuaderno principal y a folios 105 a 109 del cuaderno de investigación Penal obra el resultado del estudio de la necropsia practicada al menor)” (fs.233 a 234 cp).

Resalta el Tribunal que del estudio complementario de la necropsia del menor se señaló:

“LA FALLA ORGANICA MULTISISTEMICA SE PRESENTO MUY PROBABLEMENTE COMO CONSECUENCIA DE UNA REACCION MEDICAMENTOSA ADVERSA A LA SULFALACINA EMPLEADA EN EL MANEJO DE DIAGNOSTICO CLINICO Y ENDOSCOPICO DE COLITIS ULCERATIVA.
LA COLITIS ULCERATIVA NO TUVO UNA DEMOSTRACION HISTOPATOLOGICA FEHACIENTE NI POR BIOPSIA NI EN LA NECROPSIA.
POR LOS HALLAZGOS HISTIOLOGICOS DE NECROPSIA Y CLINICOS PUEDE AFIRMARSE QUE EL PACIENTE TENIA UNA ENFERMEDAD COLONICA DE ETIOLOGIA NO PRECISADA” (f.234 cp).

Además, lo anterior estaba respaldado en lo establecido en la providencia del Tribunal de Etica Médica de Cundinamarca, el cual se apartó de los dos conceptos negativos emitido por los Comités Ad - hoc del ISS de Manizales y Barranquilla, manifestando que el presente caso se trató de “una reacción de hipersensibilidad al medicamento, la cual no era previsible o a las reacciones propias de tipo inmunológico que acompañan a la propia enfermedad”. Así mismo, consideró que “No es la biopsia el único elemento diagnóstico con carácter de certeza para la entidad nosológica que aquejaba al paciente. Obsérvese como se hizo un diagnóstico acertado atendiendo a la clínica, el cual fue confirmado por patología en el examen de necropsia” (f.235 cp).

Por tanto, llegó al convencimiento el Tribunal de que se prestó la atención médica especializada brindada por el Doctor GUILLERMO AYALA NIETO, llamado en garantía, considerando que pese a la demora en la realización de la rectosigmoidoscopia por los trámites administrativos, le dio crédito a su criterio y experiencia según la cual “se puede iniciar un tratamiento sin la BIOPCIA (sic) en esos momentos que no se tomó por la mala preparación y el riesgo de producir una perforación del colón” (f.235 cp).

Así mismo, conforme al dictamen pericial realizado por Medicina Legal se concluyó que hubo una reacción adversa a la medicación prescrita, específicamente a la sulfasalazina; que al diagnosticarse la colitis ulcerativa se “requiere confirmación histopatológica, más aún cuando se sospecha en grupos de edad donde esta patología es inusual; que el tratamiento de la colitis ulcerativa “requiere controles de laboratorio antes y durante el manejo médico; precaución ésta que no fue considerada en el caso que nos ocupa”; que los “cuadros clínicos de enfermedad gastrointestinal manifestado por diarrea, en menores de edad se deben considerar con urgencia y por lo tanto es necesario ofrecer prioridad a los niños y no diferir a los largos períodos de tiempo (meses) cualquier acto médico que le favorezca en su salud”. Con base en lo anterior, se concluye en el dictamen que “se fundamenta un desacato a las normas de atención y al deber de cuidado para con el paciente menor de edad” (f.236 cp).

La comisión facultada por la Universidad Nacional manifestó “que el tratamiento realizado al paciente fue el indicado, respecto de la colitis ulcerativa y que infortunadamente presentó una reacción adversa al medicamento el cual es imprescindible (folios 354 al 356 del cuaderno de investigación Penal)” (f.236 cp).

Además, el Tribunal valora las declaraciones de los Doctores MARCOS GIRALDO SALINAS, JOSE VICENTE LOZANO PINZON, GUSTAVO MONTEALEGRE LYNETT, SOFIA LORENEY LAGOS MENDOZA como concordantes en indicar “que el tratamiento más adecuado para la colitis ulcerativa es la sulfasalazina de elección, medicamento que puede desencadenar reacciones de hipersensibilidad” (f.236 cp).

Consideró no probada la falla en el servicio por parte del Instituto de los Seguros Sociales, ya que conforme a la historia clínica se prestó la asistencia médica en repetidas oportunidades, y no aparece constatada la no prestación del mismo. Sin embargo, el Tribunal “considera reprochable es la inoportunidad en la práctica del examen de rectosigmoidoscopia, dadas las condiciones generales del paciente que la requería, falta que tuvo que ser suplida a través de medicamentos” (f.237 cp).

Agrega el Tribunal, que si bien el dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal “conduciría a confirmar un presunto manejo médico no eficiente, tales situaciones fueron descartadas” por los testimonios técnicos rendidos ya que

no siempre es necesaria la toma de una biopsia, también debía tenerse en cuenta “la poca respuesta favorable y los efectos colaterales al medicamento (hecho advertido al padre del menor)” (f.237 cp).

Encontró el Tribunal, también, que al llamado en garantía no le cabe responsabilidad alguna, atendiendo a las conclusiones del concepto rendido por varios médicos dentro del proceso, a la decidido en la providencia del Tribunal de Etica Médica y al concepto profesional de la pediatra ALBA JULIETA CASTRO GAONA

Por tanto, concluye el Tribunal “que el servicio médico se desarrolló diligentemente; o lo que es lo mismo, evidenciada la ausencia de falla en el servicio tanto la entidad demandada como el llamado en garantía, se exonerarán de toda responsabilidad” (fl.238 cp).

4. Salvamento de voto

La sentencia del Tribunal de instancia cuenta con salvamento de voto, en el que se planteó que el caso debía encuadrarse en un supuesto de “mal diagnóstico de la enfermedad y posterior intoxicación y muerte del menor DANIEL MAURICIO CARDONA”, por lo que se trataba de un caso de “responsabilidad por la prestación de servicios médicos” que debía manejarse “desde el punto de vista de la falla presunta”. Que desde esta perspectiva, la demandada no desvirtuó la presunción de responsabilidad que existía, pese a la contradicción de los conceptos técnicos y testimonios aportados durante el proceso (fls.240 a 242 cp).

5. El recurso de apelación.

En oportunidad, el demandante interpuso recurso de apelación afirmando que si está probada la falla médica, reiteró lo afirmado en otras instancias procesales y agregó:

“Como consecuencia de un diagnóstico equivoco por falta de diligencia médica consistente en no haber realizado una biopsia, se suministró un medicamento inapropiado, al que tampoco se le hizo el monitoreo requerido, que provocó la muerte de DA NIEL MAURICIO” (fl.256 cp).

La sentencia impugnada desconoció cuatro dictámenes médicos que obran en el expediente y se apoya sólo en lo establecido en la providencia del Tribunal de

Etica Médica de Cundinamarca y en los testimonios de médicos que se encontraban encartados penalmente (fl.256 cp).

La providencia del Tribunal de Etica Médica de Cundinamarca es inconsistente y contradictoria, ya que “no aporta los elementos de convicción necesarios” como para descartar el dictamen del Comité Ad-hoc del ISS, de la necropsia, del dictamen del Instituto de Medicina Legal y del dictamen del Dr. Luis Alberto Angel.

Los anteriores dictámenes ofrecidos por los Comités Ad-Hoc, Medicina Legal y del Doctor Angel son concordantes en afirmar que el paciente fue mal diagnosticado, tuvo un tratamiento equivocado y se ordenó suministrarle un medicamento sin tener en cuenta estudios, pruebas y las medidas de precaución que la situación médica del menor revestía.

De ahí que se pregunte: “¿Cómo es que el diagnóstico apenas **sugerido** de una enfermedad tan rara no se confirma con otros elementos científicos como la biopsia?”, para terminar afirmando “que lo que le formularían al menor era un medicamento de riesgo” (fl.258 cp).

Luego, consideró que la prueba testimonial aportada el expediente fue apreciada “sin visión de conjunto ni sentido crítico” (fl.261 cp). Porque, si se revisa el testimonio rendido por el Dr. Montealegre Lynett se podía deducir “que la biopsia se requería en el caso como elemento de diagnóstico, que la colitis inespecífica tiene un tratamiento diferente a la sulfa, y que se debe utilizar monitoreo de la sangre al tratar los pacientes con esta droga” (fl.263 del cp).

Así mismo, el demandante señaló que la falla del servicio se radicaba también en morosidad en la atención del niño, ya que “no fue atendido con la prioridad e importancia que debe dársele a un caso de diarrea en una persona de su edad. La actuación médica fue demasiado dilatoria”. Esto lo encontró corroborado en la historia clínica, en la propia sentencia impugnada, en el dictamen del Instituto de Medicina Legal aportado al proceso penal que se cursaba contra el Dr. Ayala, en la contestación de la demanda, en el Informe suscrito por el Gerente Seccional Administrativo del ISS Tolima (fls.265 a 269 cp).

Finalmente, consideró que la carga de la prueba estaba en cabeza de la demandada, la que “no logró demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso” (fl.277 cp).

6. Actuación en segunda instancia

El recurso de apelación se admitió mediante providencia del 10 de febrero de 2000, y por auto del 9 de marzo de 2000 se dispuso el traslado para alegar de conclusión (fls. 285 y 287 cp).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1 Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 8 de octubre de 1999, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

2 La Sala observa que es competente para resolver el asunto *sub judice*, teniendo en cuenta que la pretensión mayor, referida en la demanda a los perjuicios morales excedía la cuantía mínima exigida para que opere la doble instancia.

3 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por los demandantes en el recurso de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con el régimen de responsabilidad aplicado, los dictámenes médicos, la prueba testimonial, la morosidad en la atención del niño, , el diagnóstico equivocado, el suministro de un medicamento equivocado y la carga de la prueba en este tipo de casos.

4 Hechos probados.

El daño causado como consecuencia de la muerte del menor Daniel Mauricio Cardona Cortés se encuentra probado en el expediente con los siguientes elementos:

- Registro de defunción, en el que se certificó que el menor falleció el 19 de noviembre de 1995 a las 14:30, habiendo sido la causa del deceso una “FALLA MULTISISTÉMICA”. Dicho registro fue certificado por Olga Elizabeth Vásquez (fl.35 c3).

- Protocolo de autopsia realizado al cadáver del menor Daniel Mauricio, por la Doctora Olga E. Vásquez, en el que se certificó como fecha del fallecimiento “19-XI-95, y cuyo diagnóstico anatómico patológico indicó:

- “1. Choque séptico y coagulopatía de consumo.
2. Bronconeumonía severa del lóbulo superior derecho.
3. Linfadenitis mesentérica reactiva con colonización bacteriana.
4. Necrólisis epidermolítica tóxica.
5. Colestasis intrahepática leve.
6. Colitis crónica inespecífica con focal ulceración” (fl.43 c3).

- Denuncia presentada por Jorge Alberto Cardona Lozano ante la Defensoría del Pueblo, Regional Ibagué, en la que manifestó:

“... El Domingo 19 de Noviembre a las 2.00 de la mañana, el niño nuevamente extra (sic) en estado de coma, del cual despertó aproximadamente a las 10.00 de la mañana del mismo día y a las 2:30 de la tarde falleció, según el criterio médico de ellos, porque debido al deterioro del hígado, se produjo una parálisis multifuncional que lo llevó a la muerte”. (fl.52 c3).

- Se cuenta con la necropsia practicada al cuerpo de Daniel Mauricio Cardona Cortés, por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Tolima.

- Se cuenta con el Registro Civil de Nacimiento, en el que se da cuenta que el 19 de agosto de 1989 nació el niño Daniel Mauricio Cardona Cortés (fl.10 c1). Así mismo, obran en el expediente los registros civiles de nacimiento de Jorge Alejandro Cardona y de Carlos Mario Cardona como hermanos de la víctima, y en donde figuran como padres de los tres menores Jorge Alberto Cardona Lozano y Mariela Cortés Claros (fls. 8 y 9 c1).

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se tiene como hechos probados: el señor Jorge Alberto Cardona Lozano, padre del niño Daniel Mauricio Cardona Cortés, trabajaba en el Colegio CENCAT desempeñando el cargo de mensajero, y se encontraba afiliado Instituto de los Seguros Sociales, con el número 933645 (fls.52 c1 y 220 c3).

El ingreso en los primeros días del mes de junio del niño Daniel Mauricio Cardona Cortés para ser valorado en la consulta externa del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Tolima, por el médico Ricardo Valdiri Vanegas, al presentar deposiciones con moco y sangre (se da cuenta de por lo menos 8 deposiciones por día), acompañadas de urgencia y tenesmo rectal. Se da cuenta que se prescribieron diferentes medicamentos como seccnidal, pangetán, lomotil y floratil. En su declaración el médico Valdiri manifestó:

“... el Coordinador del centro de atención me pidió el favor de que viera de manera extra al niño, porque no estaba dentro de mis pacientes para atender en dicha fecha, consultó por un cuadro diarreico, no me acuerdo bien si era o no con sangre ni los días de evolución, sé que el niño se llamaba MAURICIO porque he escuchado varias veces el nombre. Examiné el niño y lo encontré en buenas condiciones generales sin ningún signo patológico al momento de la consulta por lo que le solicité un examen de materia fecal y un examen de sangre. A los días siguientes llegó el papá del niño con el paciente no me acuerdo si a los dos días con los resultados de los exámenes en donde mostraba la presencia de hongos y amibas en la materia fecal, razón por la cual le formulé NISTATINA más METRONIDAZOL, el paciente continuaba en buenas condiciones generales. El examen de materia fecal además me mostraba glóbulos rojos no recuerdo lo otro, razón por la cual le realicé una remisión al servicio de gastroenterología, hasta ahí ví al paciente desde el punto de vista médico” (fl.8 c4).

De acuerdo con la historia clínica, en la que reposa el informe de evolución suscrito por el médico Valdiri, al menor Daniel Mauricio se le venía administrando los medicamentos seccnidal, pagetan, lomotil y floratil, los que después de la consulta se ordenó suspender (fl.99 c3).

El 12 de junio de 1995, el menor vuelve a la consulta externa y presenta, junto a su padre, los resultados de laboratorio (cuadro hemático, hemoclasificación, glicemia y corproanálisis), que una vez revisados por el médico que lo trató en ese momento le permitió decidir remitir al menor a la consulta de gastroenterología (fl 104 c3), ordenándose la suspensión de las grasas en la dieta e iniciar tratamiento con el medicamento Microstatin - Metronidazol (fl.99 cara posterior c3).

El 15 de agosto de 1995 el menor fue valorado en la consulta de gastroenterología por el médico Gustavo Montealegre Lynnett, donde consideró que existía la posibilidad diagnóstica de que lo que aquejaba al menor era un “Pólipo Rectal”, de

manera que se le ordenó la realización de la rectosigmoidoscopia, que sólo se practicó el 10 de octubre de 1995.

En su declaración el médico Montealegre Lynnett ratificó lo consignado en la historia clínica y agregó:

“... en el segundo semestre del año mil novecientos noventa y cinco tuve la oportunidad de evaluar un niño remitido a mi consulta especializada de Gastroenterología por presentar sangrado digestivo por el recto, luego de examinarlo como consta en la Historia Clínica coloqué un diagnóstico presuntivo que en la historia Clínica se encuentra interrogada como un pólipo y le solicite una rectosigmoidoscopia para definir y precisar el diagnóstico presuntivo.

... La otra oportunidad que tuve de relacionarme con el caso fue que el padre un día llegó sin el niño a consultarme que no se había podido efectuar todavía el examen solicitado para precisar el diagnóstico por lo cual le dije al padre que llevara al niño al servicio de urgencias con el fin de que fuera valorado y se tomaran las decisiones del caso y en la última oportunidad que me relacioné con el niño fue cuando lo encontré en el servicio de pediatría y el pediatra me preguntó si podía reiniciar el salazopyrin y anoté en la Historia de que no se le volviera a suministrar aunque no se le estaba dando en ese momento.

PREGUNTADO. Dígame al Despacho doctor si el examen de rectosigmoidoscopia que usted ordenó le fue practicado al referido menor. COPNTESTO (sic): Se le practicó creo que tres meses después aproximadamente, creo porque no se lo practiqué” (fl.11 c4).

El 10 de octubre se le practicó al menor la rectosigmoidoscopia, de la que se tuvo como resultado una “impresión diagnóstica endoscópica de COLITIS ULCERATIVA y ausencia de lesiones polipoides” (fls 105, cara posterior, y 108 c3).

El 17 de octubre de 1995 el gastroenterólogo Guillermo Ayala Nieto, inició el manejo médico y ordenó aplicar al menor los medicamentos Sulfazalazina y Probismol, a dosis que no se tiene constancia por no haber quedado consignadas en el reporte (f.105, cara posterior c3).

El 1 de noviembre de 1995, el menor presentó erupción cutánea, tipo rash, por lo que su padre lo trasladó de urgencia a las instalaciones del Instituto de los Seguros Sociales, donde fue valorado en urgencias por el médico de turno quien interpretó dicha situación médica “como respuesta a infección viral (sarampión)”, de manera que se inició manejo sintomático y ambulatorio, prescribiéndole apranax - hiderax - astemisol.

El 2 de noviembre de 1995 es nuevamente llevado el menor a Urgencias ante su no mejoría, y siendo atendido por el médico de turno se ordenó su hospitalización al encontrarlo en la valoración con deshidratación.

El 3 de noviembre de 1995 el menor fue valorado por pediatra, quien en ese momento consideró necesario remitirlo para valoración dermatológica, la que no se realizó argumentándose razones técnicas, y se confirmó que se trataba de un proceso viral, lo que llevó al pediatra a autorizar que se diera de alta la menor el 6 de noviembre de 1995.

El 11 de noviembre de 1995 el menor Daniel Mauricio es llevado nuevamente de urgencia al Seguro Social, determinándose a su ingreso y valoración por el pediatra de turno “erupción morbiliforme generalizada, conjuntivas ictéricas, soplo cardíaco sistólico G-1 y hepatomegalia”.

Entre el 11 y el 19 de noviembre de 1995 Daniel Mauricio evolucionó “tórpidamente” hasta producirse su fallecimiento el 19 de noviembre de 1995, tal como consta en el registro de defunción y en la necropsia realizada (fls 12 al 17 cp y fls 105 a 109 del cuaderno de la investigación penal que obra como prueba trasladada).

De acuerdo con la necropsia practicada al cuerpo de Daniel Mauricio Cardona Cortés, por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses –Seccional Tolima-, se concluyó:

“NIÑO PREESCOLAR QUE MUERE POR FALLA MULTIORGANICA POR SEPSIS CON MANIFESTACIONES EN:

- A. INSUFICIENCIA RESPIRATORIA POR NEUMONIA
- B. ENCEFALOPATIA POR INSUFICIENCIA HEPATICA
- C. COAGULAPOTIA
- D. NECROLISIS EPIDERMOLITICA TOXICA
- E. ANEMIZACION PROGRESIVA

LA FALLA ORGANICA MULTISISTEMICA SE PRESENTO MUY PROBABLEMENTE COMO CONSECUENCIA DE UNA REACCION MEDICAMENTOSA ADVERSA A LA SULFALACINA EMPLEADA EN EL MANEJO DE DIAGNOSTICO CLINICO Y ENDOSCOPICO DE COLITIS ULCERATIVA.

LA COLITIS ULCERATIVA NO TUVO UNA DEMOSTRACION HISTOPATOLOGICA FEHACIENTE NI POR BIOPSIA NI EN LA NECROPSIA. POR LOS HALLAZGOS HISTOLOGICOS DE NECROPSIA Y CLINICOS PUEDE AFIRMARSE QUE EL PACIENTE TENIA UNA ENFERMEDAD COLONICA DE ETIOLOGIA NO PRECISADA” (fls. 387 a 389 c3).

Como consecuencia de la muerte del menor Daniel Mauricio, fue convocado el Comité Ad-Hoc del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Caldas (Departamento de Calidad de Servicios de Salud), el cual analizó el proceso de atención que recibió el menor por parte del Instituto en la Seccional Tolima, llegando a emitir:

“concepto unánime DESFAVORABLE, con responsabilidad médica al iniciar un manejo específico para Colitis Ulcerativa Crónica con Salazopirina, sin antes haber realizado un estudio de Anatomía Patológica para llegar a éste (sic) probable diagnóstico, confirmarlo, descartarlo, o ser inespecífico. Posiblemente al final se hubiera dado igual tratamiento, ya que el estudio de Anatomía Patológica practicada durante la necropsia así lo sugiere” (fls. 37 a 39 cp, 68 a 70 c2 y 95 a 97 cuaderno de investigación penal).

De acuerdo con el Protocolo de Necropsia realizada por la patóloga del Instituto de los Seguros Sociales, realizado al cuerpo del menor Daniel Mauricio, se concluyó:

“... hallazgos de necrólisis epidérmica tóxica con colestasis intrahepática leve...
... el COLON PRESENTA CAMBIOS DE UNA COLITIS CRÓNICA con ulceración FOCAL que NO ES TÍPICA DE COLITIS ULCERATIVA” (fls 104 y ss del cuaderno de investigación penal)

A su vez, el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca profirió providencia en la que sostuvo su decisión de no formular cargos en contra de los médicos tratantes de la entidad demandada, con base en los siguientes argumentos:

“De conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1981 “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto...”. Se trató en el presente caso, de una reacción de hipersensibilidad al medicamento, la cual no era previsible o a las reacciones propias de tipo inmunológico que acompañan a la propia enfermedad.
No es la biopsia el único elemento diagnóstico con carácter de certeza para la entidad nosológica que aquejaba al paciente. Obsérvese como se hizo un diagnóstico acertado atendiendo a la clínica, el cual fue confirmado por patología en el examen de necropsia. Esta (sic) descrito en la Literatura médica, como la valoración clínica suele sugerir el diagnóstico.
En la colitis ulcerosa idiopática, la colonoscopia demuestra la típica lesión inflamatoria difusa del recto y del colón distal. La mucosa está inflamada, granulosa y sumamente friable; en los niños las úlceras se ven raras veces. En casos típicos, la biopsia demuestra una lesión inflamatoria caracterizada por infiltración de polimorfonucleares y abscesos en las criptas. Sin embargo, los hallazgos de la biopsia por sí solos nunca son lo bastante específicos para establecer el diagnóstico seguro...” (fls.189 a 218 c3 y 213 a 232 cuaderno de investigación penal)

En la denuncia presentada ante la Defensoría del Pueblo, Regional Ibagué, por Jorge Alberto Cardona, padre del menor Daniel Mauricio, se constata que al menor lo atendieron en diferentes oportunidades en el Instituto de los Seguros Sociales, habiendo acudido a consulta externa, especializada y urgencias, ordenado exámenes y prescrito medicamentos (fls. 4 a 7 del cuaderno de investigación penal).

El pediatra Diego Mauricio Cardozo en su declaración manifestó haber examinado al menor Daniel Mauricio:

“encontrando un cuadro de (sic) eruptivo y una posible vasculitis probablemente asociada a la ingesta de la salazopirina que fue informada por el padre del niño

“... Señala que en su criterio, la enfermedad presentada por el menor no parecía compatible con el sarampión” (fl 123 cuaderno de investigación penal).

La pediatra Loreney Lagos Mendoza en su declaración manifestó haber examinado al menor Daniel Mauricio el 14 de noviembre de 1995:

“... habiendo tenido la impresión que padecía una reacción medicamentosa o la enfermedad de Kawasaki. Que a los tres días que volvió a verlo se encontraba más deteriorado.

Señala que para el padecimiento diagnosticado como probable (Colitis ulcerativa) y la medicina prescrita si existía predisposición genética, se derivaría el conjunto de patologías que cobro la vida del niño.

Estima que hospitalizado el paciente, recibió las prescripciones que sus condiciones físicas iban surgiendo como adecuadas para su control y sostén y que ab-initio de sus internaciones los síntomas no eran tan evidentes como para permitir un diagnóstico certero, como si era y fue posible a medida que el deterioro progresivo evidenció las causas del mal.

... ordenó la práctica de la necropsia de la necropsia realizada al cadáver del menor en razón a la dificultad que en principio se tuvo para establecer la etiología del cuadro clínico presentado por el niño” (fl.129 cuaderno de investigación penal, ratificándolo en la declaración rendida ante el Tribunal fls. 18, 19 y 20 c4).

El médico gastroenterólogo Gustavo Montealegre Lynnet, en su declaración manifestó que vino a revisar al menor Daniel Mauricio el 15 de noviembre de 1995 cuando se encontraba hospitalizado, como resultado de la interconsultada solicitada por pediatra Cardozo, encontrando:

“Que revisada la historia clínica, del niño, estimó que este diagnóstico debía ser verificado mediante UNA BIOPSIA, misma que buscó por toda la historia sin encontrarla, y sin ser posible obtenerla actualmente, dada la

condición tan seria del pequeño dentro de cuyos síntomas, no se encontraba compatibilidad alguna con la susodicha colitis”

En concepto del especialista Montealegre Lynnet, quien atendió en la primera ocasión y por consulta especializada al menor Daniel Mauricio:

“... el diagnóstico de colitis ulcerativa, requiere de tres elementos para conformar el cuadro clínico en certeza, a saber:

1. Cuadro clínico del paciente.
2. Hallazgos endoscópicos.
3. Biopsia de la mucosa del colón.

Agregó, que de su experiencia profesional podía decir,

“... que si bien la Salazopirina se emplea como desinflamatorio en otras patologías, siempre recomienda la biopsia, además de la endoscopia y la clínica para efectuar el diagnóstico de colitis ulcerativa y siempre se realizan los controles hematológicos recomendados como precaución para su empleo” (fls.14, 136 y ss cuaderno de investigación penal)

En tanto que la pediatra Alba Julieta Castro Gaona en su declaración manifestó haber valorado al niño el 17 de noviembre de 1995 y,

“... encontró que la prescripción que estaba recibiendo (líquidos) era la adecuada para su condición actual, además que pudo notar que se trataba de un cuadro de difícil diagnóstico pues eran varias las posibilidades que saltaban a la vista

... el niño presentaba un cuadro de sepsis que no respondía a la antibióticoterapia administrada y que continuaba deteriorándose, con lesiones de vaculitis (sic) y fallas de hígado” (fls 15 y 139 cuaderno de investigación penal)

En la versión rendida ante la Fiscalía por el llamado en garantía, Guillermo Ayala Nieto, señaló que

“... sospechaba la presencia de pólipos y que le ordenó una rectosigmoidoscopia, misma que tuvo realización en octubre del 1995 observando mucosa con erosiones, moco y mala preparación a partir de los 40 cms del recto, dice que a raíz de este examen y relacionándolo con la historia clínica, profirió diagnóstico de COLITIS ULCERATIVA y descartó pólipo rectal prescribiendo inmediatamente, la administración de SALAZOPIRINA Y SALES DE BISMUTO”

No recordó la dosis prescrita del medicamento, aunque cree que fue 500 miligramos día, lo que se aumentó a un gramo diario, pese a lo cual “advirtió a los

parientes las posibilidades de alergia e impartió instrucciones para que en tal caso se suspendiera de inmediato”.

En cuanto a la no realización de la biopsia Ayala Nieto manifestó que

“... para tales fines fue que ordenó el CONTROL, ya que la mala preparación presentada por el pequeño paciente el día el día de rectosigmoidoscopia, no permitió la toma de la misma pues se corría el riesgo de perforarle el colón” (fls.16, 17, 161 y ss cuaderno de investigación penal).

Conforme a lo anterior, sostuvo que en un segundo control iba a impartir la orden de la biopsia, pese a que esto no se encontró en la biopsia

A instancias del cuestionario elaborado por la Fiscalía dentro de la investigación penal cursada contra Guillermo Ayala Nieto, el doctor Luis Alberto Angel, médico gastroenterólogo, en lo sustancial contestó:

“a.- Los procesos diagnósticos fueron adecuados en los ingresos del paciente al hospital, pero que el de Agosto 15 cuando se realizó la rectosigmoidoscopia no lo fue al omitir la biopsia que aunque es confirmatorio de la sospecha clínica no es criterio exclusivo de diagnóstico, ni excluye, siendo negativo, el diagnóstico y tratamiento.
b. El tratamiento suministrado fue el adecuado excepto el de Noviembre 5-6/95 porque fue sólo parcial.
c. En todos los casos el paciente fue bien atendido desde el punto de vista científico y humanitario, excepto en Noviembre 5-6/95 porque el egreso del hospital fue ordenado en condiciones en que requería estudios adicionales
... g.- Siempre es preferible contar con un estudio confirmatorio para iniciar el tratamiento de una enfermedad y que el estudio histiológico es de gran ayuda y en los casos de colitis ulcerativas sirve para confirmar la sospecha clínica ante cuadros clásicos de la enfermedad como loes (sic) en los cuadros clínicos confusos cuya clínica es inespecífica aunque el estudio histopatológico tenga hallazgos clásicos
... j.- En el caso presente el cuadro clínico era claro y los hallazgos endoscópicos compatibles con el diagnóstico del médico lo cual permitía que el médico tratante difiriera la realización de un segundo examen y establecer, entre otras, la respuesta a la prueba terapéutica dispuesta
... l.- para Noviembre seis, el paciente requería hospitalización e inicio de estudios de enfermedades con complicaciones sistémicas, lo cual solo ocurrió en el momento de su último ingreso, en Noviembre 11 del 95” (fls.31, 32, 33 y 322 ss cuaderno de investigación penal).

Los demás médicos del Comité Interdisciplinario de Médicos Especialistas en Gastroenterología de la Universidad Nacional, en su concepto consideraron:

“... que con base en la Historia clínica, 5 meses de diarrea sanguinolenta que no muestra mejoría antes los tratamiento, se presume como colitis ulcerativa diagnóstico que se puede sustentar con los hallazgos de la rectosigmoidoscopia, siendo la biopsia auxiliar de diagnóstico pero no imprescindible” (fls 34 y 154 ss cuaderno de investigación penal).

5 De lo anterior se puede plantear como problema jurídico: determinar si fue el diagnóstico equivocado, el tratamiento y medicación o la morosidad en la atención la causa de la falla del servicio médico, como consecuencia de las conductas desplegadas por el doctor Guillermo Ayala Nieto y por los demás médicos del Instituto de los Seguros Sociales que atendieron a la víctima.

6 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño consistente en la muerte del menor Daniel Mauricio Cardona Cortés, por no haber recibido un servicio oportuno y eficaz, conforme lo prevén la Constitución y la Ley.

Partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación¹,

“... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”².

De esta manera, el precedente de la Sala indica que:

“Los únicos daños indemnizables en estos eventos no son la muerte y las lesiones corporales; también están comprendidos, entre otros, los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”³.

“Al respecto cabe tener en cuenta que el derecho a la salud, tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional, es un derecho autónomo:

¹ Sentencia de agosto 31 de 2006, expediente 15772, M.P. Ruth Stella Correa. Sentencia de octubre 3 de 2007, expediente 16.402, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 15.750; del 1 de octubre de 2008, expedientes 16843 y 16933. Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 16270. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 16700. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 16080, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 20536, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 9 de junio de 2010, expediente 18.683, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Sentencia de 23 de septiembre de 2009, exp. 17.986, entre otras.

³ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Expediente 35656.

“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’⁴. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.⁵” (Subraya la Sala)

“Y en el entendido de que el derecho a la salud es autónomo, resulta procedente considerar también la autonomía del daño que se configura cuando se produce la lesión de alguna de las facultades que emanan del citado derecho, aún cuando no se demuestre la lesión del derecho a la vida y/o a la integridad personal, como ocurre en el caso concreto.

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁶ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁷

⁴ Así por ejemplo, en la Sentencia T- 845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”

⁵ En la sentencia T- 736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere “(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T- 438 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte Constitucional consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

⁷ Sentencia T- 1059 de 2006(MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: sentencia T- 062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T- 730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T- 536 de 2007 (MP Humberto Antonio Cierra Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (debe de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”⁸ (subrayado fuera de texto).

Por lo tanto, y siguiendo el mismo precedente,

“Tratándose de la prestación del servicio público médico-hospitalario, el estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud”⁹ (subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, cabe afirmar que el menor Diego Mauricio Cardona Cortés tenía derecho a recibir un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizado, que se le hubieran practicado alguno de los exámenes ordenados y que se le hubieran suministrado medicamentos, resultaban suficientes para considerar cumplidas las obligaciones que estaban a cargo del ISS, porque, se reitera, se omitieron las valoraciones y procedimientos que fueron recomendados por profesionales de la misma entidad; a la vez que se dilató, sin justa causa probada, la realización de los tratamientos e intervenciones que, según los especialistas de la misma entidad, eran necesarios para lograr la mengua de sus dolores y su recuperación. A lo que se agrega, conforme al precedente de la jurisprudencia constitucional:

“Respecto de este elemento del derecho a la salud, dijo la Corte Constitucional:

⁸ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

⁹ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

“En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad ‘catastrófica’ o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas.”¹⁰

-Debe ser oportuno:

“La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.¹¹ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas.”¹²

7 Después de examinar los medios de prueba allegados al expediente, la Sala revocará la decisión apelada para declarar la responsabilidad patrimonial del Instituto de los Seguros Sociales.

En el caso concreto se ha demostrado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, como consecuencia de la muerte de su hijo y hermano Daniel Mauricio Cardona Cortés, siendo una afectación cierta, personal y que no estaban en la obligación de soportar, lo que hace devenir la responsabilidad de la entidad demandada.

7.1. En cuanto al diagnóstico equivocado, el tratamiento y la medicación.

Le asiste razón al a quo al considerar que no se configuró un error de diagnóstico, ya que desde que el menor Daniel Mauricio fue atendido en la consulta externa y en la consulta especializada, se tenía como antecedente una sintomatología previa de al menos 5 meses que estaba asociada con el diagnóstico efectuado, ya que venía presentado eventos diarreicos con moco y sangre, que luego de valorado por el especialista y realizada la sigmoidoscopia derivó en el diagnóstico de la colitis ulcerativa. Si bien no hay constancia plena en la historia clínica (fls.99

¹⁰ Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Linett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

¹² Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

ss c3) acerca del diagnóstico establecido, la dosis de la medicación y la orden de exámenes posteriores, lo que constituye una responsabilidad del médico tratante, se encuentra soporte para inferir que lo precisado por el médico Guillermo Ayala Nieto es verídico, teniendo en cuenta el hecho indicador que se ofrece a partir de lo expresado por los diferentes testimonios técnicos, los conceptos técnicos y de los dictámenes practicados, pruebas que permiten ilustrar la complejidad, dificultad y relatividad al momento de valorar los síntomas que presentó un paciente menor, cuya patología se consideraba en la época extraña para su edad, lo que llevó a consignar en la necropsia que se trataba de una patología inespecífica.

En ese sentido, no es posible atribuir fáctica o materialmente el daño causado a los demandantes en cabeza de la entidad demandada, y del llamado en garantía, dado que el menor Daniel Mauricio fue atendido desde un primer momento en consulta externa, en consulta especializada, se realizaron exámenes, se le atendió en las múltiples ocasiones en las que acudió con su padre al servicio de urgencias, se valoró dentro de los cánones médicos que eran aplicables al caso y se le dio los tratamientos necesarios para manejar la sintomatología que iba presentando en cada momento de su evolución, tal como se desprende de la historia clínica y de los documentos aportados al proceso, entre ellos las pruebas trasladadas del proceso penal en curso.

Si bien se ofrecen en el plenario múltiples diagnósticos fruto de las diversas ocasiones en las que el menor fue llevado al servicio de urgencias, debe limitarse la valoración a la diagnosis realizada el 12 de junio de 1995 por el médico gastroenterólogo Guillermo Ayala Nieto, quien adelantó un diagnóstico probable o diferencial dirigido a establecer la dolencia que presentaba el menor Daniel Mauricio, evaluación que no puede catalogarse errada ya que se fundó en la sintomatología manifestada por el padre del menor, lo que llevo a un primer diagnóstico en el que médico sospechaba de la presencia de pólipos, de ahí que le haya ordenado el examen de rectosigmoidoscopia.

Dicho examen se realizó en octubre de 1995, siendo valorado por el médico Ayala Nieto nuevamente dándose en este momento el diagnóstico definitivo de la “colitis ulcerativa”, descartando el “pólipo rectal”, prescribiéndole la administración de la sulfazalazina y de sales bismuto” (fls.161 ss del cuaderno de investigación penal).

Los testimonios técnicos, los conceptos técnicos y los experticios decretados practicados, y los aportados como prueba trasladada desde el proceso penal cursado contra el médico Ayala Nieto indican, incluso los conceptos de los Comités Ad-Hoc, que la conclusión a la que se llegó de no existir error en el diagnóstico, ya que señalan que este tipo de patología es extraña en un menor de la edad de Daniel Mauricio, por lo que es difícil establecer un diagnóstico preciso y certero de la enfermedad que padecía, existiendo múltiples alternativas de tratamiento, entre las que se cuenta el prescrito por el médico tratante de la entidad demandada.

En ese sentido, resulta útil y pertinente para alumbrar el fundamento de lo concluido, lo expresado por el doctor Luis Alberto Angel:

“a.- Los procesos diagnósticos fueron adecuados en los ingresos del paciente al hospital, pero que el de Agosto 15 cuando se realizó la rectosigmoidoscopia no lo fue al omitir la biopsia que aunque es confirmatorio de la sospecha clínica no es criterio exclusivo de diagnóstico, ni excluye, siendo negativo, el diagnóstico y tratamiento.

b. El tratamiento suministrado fue el adecuado excepto el de Noviembre 5-6/95 porque fue sólo parcial.

... g.- Siempre es preferible contar con un estudio confirmatorio para iniciar el tratamiento de una enfermedad y que el estudio histológico es de gran ayuda y en los casos de colitis ulcerativas sirve para confirmar la sospecha clínica ante cuadros clásicos de la enfermedad como loes (sic) en los cuadros clínicos confusos cuya clínica es inespecífica aunque el estudio histopatológico tenga hallazgos clásicos

Apunta que con alta frecuencia en estos paciente el diagnóstico histológico sólo es posible con estudios repetidos o con la pieza quirúrgica o cuando surgen complicaciones graves o según la evolución clínica para diferencias (sic) una de las enfermedades que conforman el complejo de la enfermedad intestinal inflamatoria, diagnóstico que sólo es posibles (sic), en el veinte por ciento de los casos, a largo plazo.

... j.- En el caso presente el cuadro clínico era claro y los hallazgos endoscópicos compatibles con el diagnóstico del médico lo cual permitía que el médico tratante difiriera la realización de un segundo examen y establecer, entre otras, la respuesta a la prueba terapéutica dispuesta”

Lo que racionalmente se corresponde con lo declarado por el doctor Gustavo Montealegre Lynnett, médico gastroenterólogo, quien señaló:

“No existe otro método de diagnóstico más preciso en estos casos inicialmente que la rectosigmoidoscopia. Por el examen clínico del menor no se puede precisar este tipo de situaciones médicas y se requiere de este examen diagnóstico. La rectosigmoidoscopia es un examen que permite la visualización de las partes internas del recto sigmoides y nos permite igualmente efectuar procedimientos terapéuticos o de confirmación”.

Lo anterior indica que no puede atribuirse o achacarse responsabilidad en cabeza de la institución demandada porque se tiene demostrado que al menor Daniel Mauricio se le atendió por consulta externa, de la que fue remitido al especialista el 12 de junio de 1995, Guillermo Ayala Nieto, quien después de haber dado un diagnóstico presuntivo conforme a la exploración física y a lo relatado por el padre del menor, ordenó el examen que estaba indicado para este tipo de casos, como lo revelan los testimonios, conceptos técnicos y la propia literatura médica mundial.

Así mismo, debe afirmarse que con la sintomatología inicial no era posible materialmente determinar la patología con certeza, y que si bien habría sido posible practicarle la biopsia como examen de elección o alternativo, se procuró seguir el tratamiento ordenado por el médico tratante, quien no podía prever las reacciones adversas que produjo el medicamento administrado, como se sostuvo en la providencia del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca.

En este punto, queda claro que el médico tratante adoptó las medidas adecuadas consistentes en: a) ordenar el examen, b) medicación sugerida para el tratamiento inicial de este tipo de casos, lo que se reconoce en el concepto del Comité Ad-hoc de Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Caldas.

En la doctrina jurídica se advierte que el diagnóstico como elemento dentro de la atención médica no puede arrojar resultados exactos, de ahí que se requiera la realización de estudios y exámenes complementarios, ya que de lo contrario estaría el facultativo emitiendo un potencial diagnóstico equivocado. Siendo esto así, no puede el razonamiento llevar hasta el extremo de considerar que todo médico debe acertar, ya que en muchas ocasiones, pese a los exámenes y controles, es posible que no se pase de conjeturas o de valoraciones aproximativas a la realidad de la patología que se quiere tratar, constituyéndose en el terreno abonado para fallos, yerros o equivocaciones.

En cualquier caso, el médico tratante del menor y el tratamiento prescrito constituye la impresión diagnóstica¹³ a la que puede llegarse con las valoraciones

¹³ La Sala cuenta con un precedente en el que apoya esta idea: “En el presente caso la responsabilidad médica se pretende derivar de acuerdo con la demanda, de una tardía prestación del servicio y de un error de diagnóstico que impidió proporcionarle al paciente el tratamiento requerido. A juicio de la Sala, la negligencia en la atención del paciente alegada por la parte demandante no fue probada. Es cierto que a esa conclusión se llega fundamentalmente a partir de la historia clínica que obra en el expediente, la cual fue aportada por la misma parte demandada. Sin embargo, la Sala le da

y el examen practicado, lo que se ha ratificado en los testimonios técnicos, conceptos, dictámenes y en la valoración del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca.

Dicho error hace derivar una culpa en quien emite el juicio acerca de la patología, y desencadena, por tanto, una relación directa con la medicación que se ordene para abordar su tratamiento. Para un caso como el presente, lo importante está en determinar que el error no se constituyó en significativo, esto es, sustancial para el desencadenamiento de toda la sucesión causal, lo que se entiende que no fue así, ya que existía una sintomatología previa y unas circunstancias fisiológicas, que impidieron incluso determinar la patología en la misma necropsia.

Cabe agregar, que de las pruebas allegadas al proceso no se demuestra con una “probabilidad determinante”, que hubiera permitido que el juez tenga la convicción para establecer la existencia del error o equivocación médica del menor Daniel Mauricio Cardona Cortés, ya que se establece la existencia de un “error inexcusable” en cabeza del médico tratante, teniendo en cuenta la complejidad y la patología “inespecífica” que presentaba el menor –colitis inespecífica-, lo que para su edad en Colombia no era una enfermedad frecuente, habiéndose constatado la realización de las valoraciones, exámenes y la administración de la medicación adecuada para el diagnóstico dado por el médico tratante, así como existe una manifiesta imposibilidad, en lo que puede apoyarse el error inexcusable, de haber determinado las reacciones adversas de la medicación administrada¹⁴.

pleno crédito con respecto a la asistencia prestada al paciente porque lo que en ella consta no fue controvertido por la parte actora. Debe destacarse que la historia clínica es la prueba más idónea para que los mismos profesionales y en general los centros de atención médica demuestren su actuación. No obstante, lo que conste en ésta puede ser controvertido por las partes o desvirtuado con otros medios probatorios. En cuanto al error de diagnóstico aducido por los demandantes, considera la Sala que si bien los médicos del Instituto de Seguros Sociales no tuvieron certeza sobre la enfermedad que padecía el fallecido, en razón del poco tiempo que permaneció recluido en el hospital y del resultado de las pruebas clínicas que le practicaron, le suministraron el tratamiento correspondiente a SIDA, que fue la impresión diagnóstica que tuvieron, la cual fue confirmada por el forense del Instituto de Medicina Legal. Es decir, no hubo falla del servicio ni en el diagnóstico ni en el tratamiento suministrado. Ahora bien, la conclusión a la cual llegó el médico forense no fue cuestionada en la oportunidad legal por el apoderado de los demandantes ni existen razones científicas para considerarla desacertada. Debe destacarse además que si bien tuberculosis y la varicela no son enfermedad mortal, en la generalidad de los casos, sí pueden llegar a serlo cuando el virus se presenta en pacientes que tienen destruido su sistema inmunológico. En síntesis, considera la Sala que la causa de la muerte quedó debidamente acreditada en el proceso y que ésta no tuvo ningún vínculo causal con el servicio prestado por el Instituto de Seguros Sociales al paciente”. Consejo de Estado. Sec 3ª, sentencia de 22 de marzo de 2001. Exp.13166.

¹⁴ En reciente decisión, la Corte Suprema de Justicia al resolver sobre una demanda de casación, luego de hacer un recuento histórico de las decisiones que al respecto ha adoptado esa Corporación, consideró que la carga de la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado corresponde al demandante y descartó la aplicación de la presunción de culpa en contra del

7.2. La existencia de morosidad en la prestación del servicio médico hospitalario como negación a la finalidad de alcanzar soluciones efectivas a situaciones relativas a la salud y a la vida de Daniel Mauricio.

Por el contrario, no se comparte que no haya deducido el *a quo* la demora, tardanza o dilatación que tuvo el tratamiento y atención, máxime cuando se trataba de un niño de 5 años que exigía (y lo exige hoy) atención prioritaria, preferente y expedita.

Dicha morosidad se deduce de dos elementos: la dilatación o demora en la atención y, por no haber ordenado con prontitud todos los exámenes que hubieran permitido determinar la etiología de la afección de Daniel Mauricio.

En cuanto a la dilatación o demora en la atención de casos como el presentado por el menor Daniel Mauricio Cardona, queda demostrado que el examen de rectosigmoidoscopia sólo vino a realizarse en octubre, cuando la valoración inicial del gastroenterólogo se había producido en junio de 1995, lo que se constituye en un factor de riesgo que se incrementó por la falla operada en la actividad de la entidad demandada, ya que como se consignó en el experticio de Medicina Legal:

“... d. Los cuadros clínicos de enfermedad gastrointestinal manifestado por diarrea, en menores de edad se deben considerar con urgencia y por lo tanto es necesario ofrecer prioridad a los niños y no diferir a los largos períodos de tiempo (meses) cualquier acto médico que le favorezca en su salud”.

Esto lo corroboró el propio médico Guillermo Ayala Nieto ante la Fiscalía Octava Seccional de Ibagué, cuando dijo:

“... era de relativa urgencia la realización de la rectosigmoidoscopia, pero por problemas de trámite de la institución no fue posible practicarla sino hasta el mes de octubre”.

La muerte de Daniel Mauricio se produjo, sin duda, debido a la dilación o demora en el tratamiento oportuno de la patología que consta en la historia clínica, en los

profesional, por considerar que el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no debe ser asumido por éste, en razón de “los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológicamente y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina”. Consejo de Estado. Sec 3ª, sentencia de 22 de marzo de 2001. Exp.13166 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de enero de 2001, Exp. 5507).

dos dictámenes del Instituto de Medicina Legal, en el informe del médico Angel y en lo manifestado por el propio Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca lo corroboran, lo que se produjo por la atención dispar y errática que se le ofreció al menor cada vez que acudía a urgencias del Instituto de los Seguros Sociales.

En los elementos probatorios mencionados, hay un hecho indicador según el cual la entidad demandada no sólo debe ofrecer la atención de médicos generales y especialistas, en la medicina moderna la prevención y la atención oportuna son los principios que no se observan en el presente caso, lo que se tradujo en que dicha entidad no utilizó debidamente todos los medios que estaban a su alcance para lograr determinar la patología que afectaba a Daniel Mauricio, ya que desde el 12 de junio de 1995 hasta el 19 de noviembre de 1995 transcurrieron 5 meses en los que los actos médicos se limitaron prácticamente a tratar de paliar o de encausar el tratamiento por otro tipo de patologías, como se deduce de los testimonios rendidos por los pediatras y médicos que atendieron al menor Daniel Mauricio en los servicios de consulta general y de urgencias¹⁵. Precisamente en el primer experticio de Instituto de Medicina Legal, Seccional Tolima se dijo que:

¹⁵ La sala cuenta con un precedente en el que se planteó lo siguiente: “La muerte se produjo, sin duda, debido a la falta de tratamiento oportuno de la patología presentada, lo que, a su vez, tuvo por causa el no esclarecimiento a tiempo del diagnóstico. La Sala encuentra acreditada la responsabilidad de la Universidad Industrial de Santander en el presente caso. En efecto, está demostrado que esta institución no utilizó debidamente todos los medios que estaban a su alcance para esclarecer el diagnóstico de Javier Durán Gómez, lo que, a su vez, impidió realizar oportunamente el tratamiento indicado, hecho que ocasionó la muerte del joven estudiante. Si bien está probado que Javier Durán acudió al servicio médico de la Universidad Industrial de Santander dos días después del inicio del dolor, es claro, de acuerdo con lo expresado por los peritos en el informe citado, que en el momento en que fue evaluado por primera vez en la universidad, pudo haberse hecho un diagnóstico acertado y, por lo tanto, ordenarse oportunamente el tratamiento quirúrgico. En el Hospital Universitario Ramón González Valencia no se realizaron todos los procedimientos recomendados por la ciencia médica para diagnosticar, a tiempo, la enfermedad sufrida por Javier Durán Gómez. Encuentra la Sala acreditada la responsabilidad del Hospital Universitario Ramón González Valencia y la Universidad Industrial de Santander por los perjuicios morales causados a los padres de Javier Durán Gómez y a sus hermanos Reynaldo, Hernán y Esther Yolima. Por otra parte, puede decirse que resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica *ex post*, ya que no es difícil encontrar, en la mayor parte de los casos, los signos que indicaban el diagnóstico correcto. Por esta razón, el fallador no debe perder de vista que, al momento de evaluar al paciente, el médico está ante un juicio incierto, ya que la actividad de la medicina no puede asimilarse a una operación matemática. Al respecto, el profesor Ataz López previene sobre la imposibilidad de imponer a los médicos el deber de acertar. Así las cosas, lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente. Al médico no le es cuestionable el error en sí mismo, sino el comportamiento inexcusable que lo llevó a cometerlo. El error que exime de responsabilidad no ha de ser una anomalía en la conducta, sino una equivocación en el juicio, por lo que se hace necesario investigar si el galeno adoptó todas las previsiones aconsejadas por la ciencia para elaborar el diagnóstico”. Consejo de Estado. Sec. 3ª, sentencia de 10 de febrero de 2000. Exp.11878.

“... que con base en la sola historia clínica que se le pasa como elemento de juicio, únicamente puede encontrar un mosaico de diagnósticos diversos lo cuál revela que no se logró llegar a un diagnóstico etiológico exacto de la afección sufrida por el niño durante el tiempo de hospitalización”.

Como se resume la historia clínica en el segundo dictamen del Instituto de Medicina Legal:

“Se tiene así que el niño consulta en la primera semana de Junio del 95 por cuadro diarreico y sanguinolento de dos meses de evolución, recibiendo tratamiento antiparasitario que no brinda mejoría hasta el doce del mismo mes cuando consulta nuevamente y con resultados de exámenes de sangre y coprológico a raíz de los cuales el médico tratante prescribe dieta sin grasas y remisión a gastroenterología la cuál (sic) se viene a concretar solo dos meses después, es decir en Agosto 15 cuando su valoración arroja un diagnóstico presuntivo de “Pólipo Rectal”, decidiendo la práctica de una rectosigmoidoscopia la que a su vez, se viene a practicar el 10 de Octubre de 1995 de donde se llega al diagnóstico de COLITIS ULCERATIVA y ausencia de pólipos y se inicia el tratamiento con SALAZOPIRINA el 17 de Octubre, cuya dosificación no está documentada en la historia clínica”

En ese sentido, en este segundo dictamen el Instituto de Medicina Legal, Seccional Tolima, destacó lo prolongado que fue el tiempo entre la primera consulta y el procedimiento de diagnóstico, ya que “transcurrieron cuatro meses más tres días, lo cual resulta escandaloso si se tiene en cuenta que se trata de un niño con padecimiento diarreico crónico y agudo, patología catalogado por los Reglamentos del área de la Salud (Ministerio del Ramo), como “URGENCIA”.

Luego en el segundo dictamen se concluyó:

“LAS ENFERMEDADES GASTROINTESTINALES INFANTILES SON URGENCIAS Y DEMANDAN LA INMEDIATEZ DE ATENCION CUYA AUSENCIA DESTACA EL HISTORIAL PRESENTADO” (fl. 192 cuaderno de investigación penal).

A similares conclusiones llegó el segundo concepto emitido por el Comité Ad-Hoc del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Atlántico, que por Acta 078 de 17 de septiembre de 1996, señaló:

“... QUE NO HUBO OPORTUNIDAD porque el menor debió ser hospitalizado para estudio desde el mismo 12 de Junio de 1995 cuando se demostró que las medicaciones anteriores no habían tenido efecto positivo. Tampoco hubo CONTINUIDAD pues se tomó al paciente de modo aislado y no se verificó que los exámenes pedidos se notificarán en la historia clínica y que el diagnóstico fue equivocado, pues quedó como enfermedad diarreica aguda prolongada cuando ya estaba en fase crónica.

NO HUBO SUFICIENCIA NI INTEGRIDAD porque el paciente no fue valorado por un equipo interdisciplinario como era necesario acorde con su condición y se suspendieron algunos otros en dosis que no son las indicadas para la finalidad perseguida, y se hizo también hubo yerros en cuanto al principio del RACIONAMIENTO LOGICO-CIENTÍFICO, para el manejo del caso” (fls. 37, 38, 39 y 506 del cuaderno de investigación penal).

Para este tipo de patologías se precisaba de diferentes estudios diagnósticos y clínicos, lo que se da cuenta en la propia literatura científica mundial revisada, lo que se echa en falta en el presente caso, constituyéndose en una falla atribuible a la entidad demandada, lo que se evidencia en la propia historia clínica en la que no queda consignado el despliegue de todos los medios técnicos, diagnósticos y científicos que estaban al alcance de la entidad demandada para haber logrado dilucidar la etiología de la patología del menor Diego Mauricio y haber ofrecido un tratamiento que hubiera permitido con cierta probabilidad la supervivencia del menor.

Respecto a esta enfermedad la literatura científica aporta elementos conforme a los cuales se establece la complejidad y alternativas de diagnóstico y tratamiento:

“La causa de la colitis ulcerativa se desconoce y es una dolencia que puede afectar a cualquier grupo de edad, aunque hay picos en edades comprendidas entre los 15 y 30 años y de nuevo entre los 50 y 70.

La enfermedad comienza, por lo general, en el área del recto y puede extenderse finalmente a través de todo el intestino grueso. La hinchazón (inflamación) repetitiva conduce al engrosamiento de las paredes del intestino y del recto con tejido cicatricial. La muerte del tejido del colon o la sepsis (infección severa) pueden ocurrir en casos de enfermedad grave.

Los síntomas varían en gravedad y pueden comenzar gradual o repentinamente. Muchos factores pueden llevar a que se presenten crisis, incluyendo infecciones respiratorias o estrés físico.

Síntomas

- Dolor abdominal y cólicos que normalmente desaparecen después de una evacuación
- Ruidos abdominales (un sonido de gorgoteo o chapoteo que se escucha sobre el intestino)
- Diarrea de sólo unos cuantos episodios a diarrea muy frecuente durante todo el día (puede haber sangre y moco)
- Fiebre
- Tenesmo (dolor rectal)
- Pérdida de peso

Otros síntomas que pueden ocurrir con la colitis ulcerativa abarcan los siguientes:

- Sangrado gastrointestinal
- Dolor articular
- Náuseas y vómitos

Tratamiento

Los objetivos del tratamiento son:

- Controlar los ataques agudos
- Prevenir los ataques repetitivos
- Ayudar a cicatrizar el colon

En ataques severos, con frecuencia se requiere hospitalización. El médico puede prescribir corticosteroides para reducir la inflamación. A usted le pueden suministrar nutrientes a través de una vía intravenosa (a través de una vena).

MEDICAMENTOS

Los medicamentos que pueden usarse para disminuir el número de ataques abarcan:

- 5-aminosalicilatos como mesalamina o sulfazina
- Inmunomoduladores como azatioprina y 6-mercaptopurina
- Corticoesteroides (prednisona y metilprednisolona) tomados por vía oral durante una reagudización o como un supositorio, espuma o enema rectal
- Infliximab (Remicade) para tratar pacientes que no responden a otros medicamentos”¹⁶

“COLITIS ULCEROSA. Las crisis agudas de colitis ulcerosa requieren tratamiento con corticoides locales como la hidrocortisona en forma de supositorios o edemas de retención. Dado el riesgo de perforación intestinal, la administración rectal de hidrocortisona se debe realizar con extrema precaución en pacientes con enfermedad ulcerosa grave y no se debe administrar a estos pacientes sin realizar un examen proctológico completo. La enfermedad más extensa requiere tratamiento con corticoides por vía oral y la enfermedad extensa grave o fulminante requiere ingreso hospitalario y la administración de corticoides por vía intravenosa; otros tratamientos pueden ser sustitutos de electrolitos y líquidos intravenosos, transfusión sanguínea, y posiblemente nutrición parenteral y antibióticos. La sulfasalacina es un aminosalicilato útil en el tratamiento de la enfermedad sintomática. También es útil para mantener la remisión en la colitis ulcerosa en los que no se recomienda tratamiento con corticoides debido a los efectos adversos. En casos resistentes o con recurrencias frecuentes, puede ser útil la azatioprina 2-2,5 mg/kg al día (sección 8.1) administrada con una estrecha supervisión. Los laxantes son necesarios para favorecer la motilidad intestinal cuando hay proctitis. En la colitis ulcerosa activa no se recomienda administrar fármacos inhibidores de la motilidad, como la codeína, o antiespasmódicos porque pueden precipitar un íleo paralítico y un megacolon. La diarrea secundaria a la disminución de la absorción de sales biliares puede mejorar con colestiramina. Es esencial un cuidado nutricional general y suplementos adecuados. Se recomiendan las dietas ricas en fibra o bajas en residuos. En el síndrome de colon irritable durante los períodos de remisión de la colitis ulcerosa es necesario evitar una dieta rica en fibra y posiblemente el tratamiento con un antiespasmódico”¹⁷.

¹⁶ <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000250.htm>Graham (Servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos, en el que se referencia con base de la información recopilada los siguientes textos: L. AGA reviews the use of corticosteroids, immunomodulators, and infliximab in IBD. *Am Fam Physician*. 2007;75:410-412. Moyer MS. Chronic ulcerative colitis in childhood. *J Pediatr*. 2006;148:325. Fry RD, Mahmoud N, Maron DJ, Ross HM, Rombeau J. Colon and rectum. In: Townsend CM, Beauchamp RD, Evers BM, Mattox KL, eds. *Sabiston Textbook of Surgery*. 18th ed. Philadelphia, Pa: Saunders Elsevier; 2007:chap 50. Rutgeerts P, Vermeire S, Van Assche G. Biological therapies for inflammatory bowel diseases. *Gastroenterology*. 2009;136(4):1182-1197).[Consultado 14 de enero de 2011].

¹⁷ <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js5422s/21.4.html> (página de la OMS).

Dentro de los estudios que no fueron realizados, y que debieron ser desplegados por la entidad demandada, es señalado en el concepto emitido por el Comité Ad – Hoc sobre la calidad de servicios del Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Caldas, que no se practicaron los “estudios histopatológicos (de tejidos)”. En cuanto a tales estudios, el doctor Luis Alberto Angel al rendir su concepto señaló que dicho estudio:

“Apunta que con alta frecuencia en estos pacientes el diagnóstico histológico sólo es posible con estudios repetidos o con la pieza quirúrgica o cuando surgen complicaciones graves o según la evolución clínica para diferencias (sic) una de las enfermedades que conforman el complejo de la enfermedad intestinal inflamatoria, diagnóstico que solo es posible, en el veinte por ciento de los casos, a largo plazo”.

Así mismo, se debió realizar una biopsia de la mucosa del colón, como lo señaló en médico gastroenterólogo Gustavo Montealegre Lynnett. Esto se respalda en la literatura científica aportada por el médico Guillermo Ayala Nieto al proceso penal en la que se dice:

“Todos los pacientes con síntomas sugestivos de colitis o de enfermedad infamatoria deben tener una colonoscopia Y BIOPSIA, como procedimiento de primera elección. Lo cuál (sic) proveerá, de inmediato en un diagnóstico clínico con bases anatómicas SIN EXPONER AL NIÑO A RADIACION INNECESARIA y definir también la extensión de colón comprometida” (fl.21 cuaderno de investigación penal)

Luego, la Sala debe insistir en la importancia que debió tener el esclarecimiento oportuno, ágil y expedito de la patología que aquejaba al menor Daniel Mauricio, máxime cuando padecía síntomas diarreicos que en niños, tanto por los criterios médicos vertidos al proceso, como por la propia literatura científica, exige que se atienda con todos los medios disponibles, ya que el período de tiempo que transcurrió entre la primera consulta el 12 de junio y la fecha de su fallecimiento 19 de noviembre denota con claridad que la entidad demandada mantuvo en un período de observación excesivo al menor, lo que en la mayoría de los casos, y especialmente para menores de edad con problemas diarreicos, puede producir un desenlace fatal, como se presentó en este caso¹⁸.

¹⁸ En un caso precedente la Sala manifestó: “Debe insistir la Sala, en este momento, en la importancia que tiene el esclarecimiento rápido del diagnóstico en un paciente que presenta los síntomas observados en Javier Durán Gómez, y concretamente dolor abdominal. Como se ha dicho, un período excesivo de observación conlleva, en la gran mayoría de los casos, consecuencias funestas para el paciente”. Consejo de Estado. Sec. 3ª, sentencia de 10 de febrero de 2000. Exp.11878.

Y es reprochable que la entidad demandada no haya desplegado todos los medios para buscar la mejoría y recuperación del menor, sino que simplemente asistió como un observador al empeoramiento y deterioro de la salud del menor Daniel Mauricio, lo que lleva a demostrar la falta de diligencia de la entidad demandada y la vulneración de la dignidad del menor Daniel Mauricio¹⁹, y la vulneración de las garantías reforzadas que se debía observar en la época, y hoy, respecto de los niños conforme con lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, que en su artículo 24 establece:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

¹⁹ La Sala en un precedente señaló: “El servicio médico debe prestarse diligentemente, con el concurso de todos los medios humanos, técnicos, farmacéuticos, científicos, etc., entre otras razones, porque la dignidad de la persona humana exige que al paciente se le preste la condigna atención. Por ello el médico tiene la obligación legal, moral y social de atender a toda persona que se encuentre enferma. La enfermedad misma coloca al paciente en una situación tal de dependencia y sumisión, que no le deja elegir ni exigir, y simplemente debe confiar en las decisiones que respecto de él tomen los médicos y las instituciones encargadas de su atención médica. El acto médico es complejo, comienza con el diagnóstico y la extensión en su cubrimiento corresponde a la situación del paciente según su estado de salud y requerimientos de la misma”. Consejo de Estado. Sec 3ª, sentencia de 24 de abril de 2008. Exp.15790.

La muerte del menor Daniel Mauricio se produjo, sin duda, por la falta de tratamiento oportuno de la patología que presentaba, lo que, a su vez, tuvo por causa la falta de esclarecimiento a tiempo del diagnóstico definitivo. La historia clínica presenta falencias, como lo detectó el Instituto de Medicina Legal, Seccional Tolima, en uno de sus dictámenes, que llevaron a materializar más que un error en el juicio propio a la valoración clínica, en un error derivado de las omisiones y faltas en la realización de evaluaciones, exámenes detallados de las condiciones de salud del paciente, esto es, por no haber tomado todas las medidas necesarias que se exigen para tratar a un menor con un cuadro médico diarreico²⁰.

7.3. La historia clínica como factor de ineficiencia en la prestación del servicio médico hospitalario.

La Sala encuentra que pese a haberse aportado al expediente la historia clínica, su elaboración, manejo y comprensión lleva a deducir que no se manejó de manera adecuada, ni siquiera se reparó por la multiplicidad de médicos tratantes la patología de origen que fue advertida en la consulta externa, y que fue luego tratada por los especialistas gastroenterólogos (Montealegre Lynnett y Ayala Nieto), lo que llevó a una recopilación de diagnósticos presuntivos, de prescripciones médicas y de órdenes sin el suficiente rigor, calidad, seguimiento y control de la evolución del paciente, lo que llevó a asistir a una actividad que sólo se contentaba con la constatación de una etiología que no se descifró por los médicos de la entidad demandada, y que rompió con la obligación propia del principio de confianza legítima²¹ depositado en la actividad médica de búsqueda de alternativas para la detección, diagnóstico, tratamiento y, si es posible la mejoría o recuperación del paciente, y no, como en el caso la aplicación descoordinada, errática e ineficiente de los conocimientos médicos, a partir de la

²⁰ La Sala en decisión precedente frente a un caso similar señaló: “En el primero, se concluyó que el señor Herrán padecía enfermedad diarreica aguda, mientras que en la segunda se definió que la causa de su muerte había sido insuficiencia respiratoria por neumonía. Lo anterior constituye un claro caso de diagnóstico incompleto o errado puesto que si bien es cierto que el paciente adolecía de diarrea, también lo es que de manera concomitante con esta padecía de neumonía, y que fue esta última la que le causó la muerte. Para la Sala, esa ausencia de diagnóstico y tratamiento oportunos, constituye una clara falla del servicio. La muerte se produjo, sin duda, debido a la falta de tratamiento oportuno de la patología presentada, lo que, a su vez, tuvo por causa el no esclarecimiento a tiempo del diagnóstico. La historia clínica presenta falencias y contradicciones que llevaron a que el diagnóstico fuera incompleto o errado, es decir, que más que un error en el juicio hecho sobre la valoración clínica, se trata de un error derivado de las omisiones y faltas en la evaluación de las condiciones de salud del paciente, por no haberse tomado todas las medidas necesarias para examinarlo”. Consejo de Estado. Sec 3ª, sentencia de 12 de febrero de 2009. Exp.16147.

²¹ Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

historia clínica que tan deficientemente se tuvo y al inexistente seguimiento que se hizo. A

A esto, cabe agregar a la Sala que la demandada no logró probar que la enfermedad de base del menor Daniel Mauricio era de carácter catastrófico, o que su desenlace en cualquier caso derivaría siempre en la muerte del menor, pues todo lo contrario se evidencia con las pruebas periciales, los informes rendidos, los testimonios técnicos y las declaraciones de los médicos que atendieron o trataron al menor, lo que hace más pesada la carga de la entidad demandada ya que no puede entenderse que la puesta al servicio de tantos médicos y de los servicios es la única forma de definir las obligaciones en la prestación de la actividad médica, sino que también, y sin constituir un resultado, lo es el seguimiento, el control y la procura por adelantar todos los estudios y exámenes que permitan la aplicación de un tratamiento, que habría podido cambiar las circunstancias de supervivencia del paciente.

La Sala al llegar a las anteriores conclusiones y con respaldo en el acervo probatorio y en la literatura científica, considera que procede la condena de la responsabilidad a la entidad demandada a pagar.

7.4. Vulneración del deber de ejecución y de diligencia en la ejecución.

Como se determina en los dictámenes de Medicina Legal, en los conceptos de los Comités Ad-Hoc, y en los testimonios de los médicos, la Sala encuentra que la entidad demandada no se correspondió con su deber de ejecución al no dar tratamiento expedito a la patología de un menor de 5 años con una patología de base identificada con síntomas diarreicos con moco y sangre, lo que ha sido ratificado en las probanzas, ya que como el propio médico Montealegre Lynnett lo declaró, al menor se le vino a practicar el examen ordenado 3 meses después de haber estado en su consulta especializada, y luego de haber sido remitido en junio de 1995 desde la consulta externa.

Dicho deber de ejecución se incumple también desde el momento en el que la entidad no hizo un seguimiento a la situación del menor, más cuando se evidenciaron en múltiples oportunidades la atención por urgencias del mismo sin haber llamado la atención del médico especialista Ayala Nieto, ni haber determinado la realización de una junta médica, o el relevo del especialista, o de

haber remitido a otro centro que hubiese ofrecido el examen que tardó tanto tiempo, el que precisamente constituye una forma de incumplir con ese deber de ejecución, y con consecuente de diligencia en la ejecución.

Se infiere, de las pruebas en el proceso, y en aplicación de las reglas de la experiencia, la Sala encuentra que la entidad demandada no se correspondió con la satisfacción de la prestación del servicio en su integridad²², ya que como queda demostrado en el plenario, el menor Daniel Mauricio fue abandonado a la suerte de la evolución de la etiología que padecía, sin hallar un mínimo de cuidado, manejo y tratamiento que hubiera permitido lograr no la mejoría del paciente, sino, por lo menos, la forma de evitar las múltiples afecciones que concurrieron, los sufrimientos y el degeneramiento de su salud hasta su fallecimiento.

8. En cuanto al llamado en garantía, la Sala, sin perjuicio de la decisión penal que no afecta el juicio realizado ante la jurisdicción contencioso administrativa, encontró demostrado que el médico Guillermo Ayala Nieto estaba vinculado a la entidad, según lo certificado por el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Tolima.

Como los hechos objeto de discusión se produjeron entre el 15 de agosto y el 19 de noviembre de 1997, la responsabilidad del llamado en garantía se estudiará con base en lo consagrado en los artículos 77 y 78 del decreto - ley 01 de 1984, C.C.A., normas que regulaban la acción de repetición y el llamamiento en garantía²³.

²² Sentencia de 17 de marzo de 2010. Exp.19756.

²³ La Sala en decisión precedente manifestó: "Si bien es cierto por expreso mandato legal (art. 78 del C.C.A.) se puede en este tipo de acción demandar a la entidad pública o al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del ente al cual está adscrito o a ambos (como sucedió aquí), no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública y su funcionario son una sola persona, ya que aquella actúa a través de éste y para que exista la solidaridad debe darse, por activa, o por pasiva la pluralidad de sujetos. "No obstante lo dicho la antecitada norma permite demandar al funcionario cuando éste con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones, cause perjuicios que deban resarcirse. "Es esa la razón que les permite a los perjudicados demandar, ante esta jurisdicción, a la entidad pública, al funcionario o ambos como pasa a explicarse: "a) Si se demanda sólo a la entidad y no se hace llamamiento en garantía, la condena será contra ésta. Si dentro del proceso se infiere que la responsabilidad del ente se debió a la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, podrá la administración demandar en acción de repetición a dicho funcionario. "b) Si se demanda sólo a la entidad, esta podrá llamar en garantía al funcionario que la comprometió con su conducta dolosa o gravemente culposa. Aquí la condena, frente al demandante se entiende, será sólo contra la entidad. Pero, si además se comprobó dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario, la sentencia deberá disponer que la entidad repita contra dicho funcionario por lo que le corresponde. "c) Si se demanda a la entidad y al funcionario y se considera que

Como se señaló, y se reitera, no ha habido un error en el diagnóstico, pese a que debió haber ordenado más exámenes, especialmente la biopsia de la mucosa del colon, ya que se orientó hacia la impresión diagnóstica a la que llegó después de la valoración y el examen realizado, aunque debió haber realizado un seguimiento y ordenar un más amplio espectro de exámenes, lo que hace inferir que puede hallarse como una causa de inferior entidad, no determinante, porque el tratamiento prescrito por lo menos permitió evoluciones tórpidas del menor, siendo la causa eficiente la falla cometida por la entidad al no disponer de todos los medios médicos, científicos y médicos, incluido el de relevar al especialista que trató al paciente, para que se pudiera favorecer la salud, la dignidad y vida del menor fallecido.

9 Perjuicios

9.1. Perjuicios morales. Es connatural que el fallecimiento de Daniel Mauricio Cardona Cortés (hijo) haya afectado profundamente a su padre Jorge Alberto y a su madre Mariela Cortés Claros, como se puede deducir también el dolor en su debida proporción que afectará a sus hermanos Jorge Alejandro y Carlos Mario Cardona. Obra en el acervo probatorio los registros civiles de nacimiento de Daniel Mauricio, de Jorge Alejandro y de Carlos Mario Cardona en los que figuran como padres Jorge Alberto Cardona Lozano y Mariela Cortés Claros (fls. 8 y 9 c1),

Antes de fijar el valor correspondiente a los perjuicios morales, la Sala advierte que a pesar de que las pretensiones de la demanda se definen en gramos oro la

éste debe responder, en todo o en parte, se impondrá la condena contra aquélla, debiendo ésta repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera, una vez efectuado el pago. “Lo precedente permite afirmar que en tales eventos por voluntad de la ley, no se le da entrada a la solidaridad por pasiva entre la administración y el funcionario que haya actuado con dolo o culpa grave. Lo que no sucede en el campo de la responsabilidad contractual, en donde de manera expresa la ley (art. 293 del decreto 222 de 1983) habla de solidaridad entre la administración contratante y el funcionario. “Se insiste que en los eventos de responsabilidad extracontractual o de reparación directa, la posibilidad de demandar al funcionario se da cuando a éste pueda imputársele dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones (art. 77 del c.c.a.). Hechas las precisiones precedentes, se anota: Los artículos 77 y 78 del C.C.A., aunque anteriores al art. 90 de la nueva carta, continúan vigentes porque no solo no coliden con éste, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como sanción para el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones causó perjuicios. “Se estima, entonces, que para la prosperidad de la repetición deberá no sólo resultar probada la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, sino que, precisamente, por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó daño a la persona demandante. Se entiende, asimismo, que una vez cumplida la obligación por la entidad, esta deberá repetir contra el funcionario por lo que le correspondiera. “Lo precedente tiene su apoyo, como se dijo, en el artículo 78 del C.C.A., armonizado con el 77 del mismo estatuto”. Sentencia de 9 de diciembre de 1993, Exp. 7818.

condena se proferirá en el valor equivalente a salarios mínimos legales. Esto teniendo en cuenta que la Sala²⁴ resolvió abandonar el sistema de cálculo de los perjuicios morales con base en el patrón gramo de oro, para acoger en su lugar la indemnización de los mismos en salarios mínimos legales, considerando apropiado para la tasación de los perjuicios morales sufridos en mayor grado, el monto equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

En consecuencia, por concepto de perjuicios morales, la condena a favor de los demandantes se establecerá de la siguiente manera: a) la condena a favor de Jorge Alberto Cardona Lozano (padre) ascenderá a 100 smlmv; la condena a favor de Mariela Cortés Claros (madre) ascenderá a 100 smlmv; la condena a favor de Jorge Alejandro Cardona (hermano) ascenderá a 50 smlmv y; la condena a favor de Carlos Mario Cardona (hermano) ascenderá a 50 smlmv; la condena a favor de Flor Margarita Lozano de Cardona (abuela paterna) ascenderá a 25 smlmv; la condena a favor de Ricardo Cortés (abuelo materno) ascenderá a 25 smlmv, y; la condena a favor de María Elena Claros de Cortés (abuela materna) ascenderá a 25 smlmv.

A favor de los demandantes se reconocerá un valor equivalente a 50 smlmv, por la alteración a sus condiciones materiales de existencia.

Adicionalmente, y acogiendo el precedente de la Sala que incorpora a nuestro concepto de reparación integral las denominadas medidas de no pecuniarias, se ordenará, como fue solicitado por los demandantes, al liquidador, o a quien haga sus veces, del Instituto de los Seguros Sociales para que en un medio de publicación local se ofrezca una excusa pública a los padres y familia del menor Daniel Mauricio.

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

REVOCASE la sentencia recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 8 de octubre de 1999, la cual quedará así:

²⁴ Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

PRIMERO. DECLARASE patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales, por la muerte del menor Daniel Mauricio Cardona Cortés, ocurrida a la 1:00 pm del 19 de noviembre de 1995, como consecuencia de una falla médica.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENASE** al Instituto de los Seguros Sociales a pagar, por perjuicios morales, a favor de cada uno de los señores JORGE ALBERTO CARDONA LOZANO y MARIELA CORTES CLAROS, el valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a favor de cada una de los jóvenes JORGE ALEJANDRO y CARLOS MARIO CARDONA, el valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así como pagar al señor RICARDO CORTES, y a las señoras MARIA ELENA CLAROS DE CORTES y FLOR MARGARITA LOZANO DE CARDONA, el valor equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de JORGE ALBERTO CARDONA LOZANO y MARIELA CORTES CLAROS, JORGE ALEJANDRO y CARLOS MARIO CARDONA, se condena al pago del valor equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por alteración a sus condiciones de existencia.

TERCERO. ORDENESE al liquidador, o a quien haga sus veces, del Instituto de los Seguros Sociales para que en un medio de publicación local se ofrezca una excusa pública a los padres y familia del menor Daniel Mauricio Cardona Cortés.

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. Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVA al expediente al tribunal de origen”

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Con aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

**ACLARACION DE VOTO DE LOS DOCTORES ENRIQUE GIL BOTERO Y
OLGA VALLE DE DE LA HOZ**

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Imputación fáctica y
jurídica**

(...) consideramos que a lo largo de la parte motiva del proveído se incurrieron en varias contradicciones respecto a la imputación fáctica y jurídica del daño en cabeza de la entidad demandada. Lo anterior, en tanto no creemos viable señalar que el daño es imputable en virtud de una demora en la atención y el tratamiento de una patología que estaba sin despejar –al ser catalogada como inespecífica– máxime si en la necropsia se calificó como probable el deceso a causa de una “falla sistémica multiorgánica debido a una reacción medicamentosa”. Aunado a lo anterior, en nuestro pensamiento, la responsabilidad en el caso concreto se hizo consistir en una disparidad de criterios que no podían concurrir porque son excluyentes los unos a los otros; no es posible admitir, como se sostiene en el fallo, que no existió un error de diagnóstico y de manera simultánea predicar que la falla del servicio se derivó de una demora en el tratamiento idóneo y efectivo al paciente, puesto que ello supondría incurrir en la siguiente paradoja: ¿si se tenía un diagnóstico definitivo el cual, según el criterio mayoritario, fue atendido de manera inoportuna, entonces por qué hacer referencia a una dificultad excesiva en la valoración del paciente dado lo extraño de la enfermedad respecto a su edad? Desde nuestra perspectiva, era necesario despejar como primera medida la imputación fáctica en aras de establecer de manera puntual y específica, cuál fue la causa del deceso de Daniel Mauricio, previo análisis de una serie de fallas del servicio que, al no tener claridad sobre la patología de base, podían entrar a excluirse las unas con las otras frente a la producción del daño o resultado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la imputación fáctica y jurídica, salvamento de voto del Dr. Enrique Gil Botero, respecto de la sentencia proferida por la Sección Tercera el 10 de febrero de 2010, exp. 17866, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Magistrado ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 73-000-12-33-1000-1997-04867(17547)

Actor: JORGE ALBERTO CARDONA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTROS

Referencia: ACLARACION

Con el acostumbrado respeto, procedemos a señalar los motivos por los cuales, si bien compartimos la decisión adoptada el 24 de enero del año en curso, aclaramos nuestro voto en relación con varios aspectos de la parte motiva del proveído.

1. Contenido y alcance de la decisión materia de aclaración de voto

A nuestro modo de ver, en la sentencia se reiteró y aplicó un criterio jurisprudencial según el cual es posible condenar a una institución médico - hospitalaria por la existencia de fallas del servicio que no necesariamente están vinculadas en el plano fáctico con el daño reclamado.

En efecto, en el proveído se puntualizó lo siguiente:

“De acuerdo con la necropsia practicada al cuerpo de Daniel Mauricio Cardona Cortés, por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Seccional Tolima, se concluyó:

“NIÑOS PREESCOLAR QUE MUERE POR FALLA MULTIORGANICA POR SEPSIS CON MANIFESTACIONES EN:

“A. INSUFICIENCIA RESPIRATORIA.

“B. ENCEFALOPATIA POR INSUFICIENCIA HEPATICA.

“C. COAGULAPOTIA.

“D. NECROLISIS EPIDERMOLITICA TOXICA.

“E. ANEMIZACION PROGRESIVA.

“LA FALLA ORGANICA MULTISISTEMICA SE PRESENTO MUY PROBABLEMENTE COMO CONSECUENCIA DE UNA REACCION MEDICAMENTOSA ADVERSA A LA SULFALACINA EMPLEADA EN EL MANEJO DE DIAGNOSTICO CLINICO Y ENDOSCOPICO DE COLITIS ULCERATIVA.

“LA COLITIS ULCERATIVA NO TUVO UNA DEMOSTRACION HISTOPATOLOGICA FEHACIENTE NI EN LA NECROPSIA. POR LOS HALLAZGOS HISTOLOGICOS DE NECROPSIA Y CLINICOS PUEDE AFIRMARSE QUE EL PACIETNE TENIA UNA ENFERMEDAD COLONICA DE ETIOLOGIA NO PRECISADA...

“(...) Le asiste razón al a quo al considerar que no se configuró un error de diagnóstico, ya que desde que el menor Daniel Mauricio fue atendido en la consulta externa y en la consulta especializada, se tenía como antecedente una sintomatología previa de al menos 5 meses que estaba asociada con el diagnóstico efectuado, ya que venía presentando eventos diarreicos con moco y sangre... pruebas que permiten ilustrar la complejidad, dificultad y relatividad al momento de valorar los síntomas que presentó un paciente menor, cuya patología se consideraba en la época extraña para su edad, lo que llevó a consignar en la necropsia que se trataba de una patología inespecífica.

“(...) La muerte de Daniel Mauricio se produjo, sin duda, debido a la dilación o demora en el tratamiento oportuno de la patología que consta en la historia clínica, en los dos dictámenes del Instituto de Medicina Legal, en el informe del médico Angel y en lo manifestado por el propio Tribunal de Etica Médica de Cundinamarca lo corroboran (sic), lo que se produjo por la atención dispar y errática que se le ofreció al menor cada vez que acudía a urgencias del Instituto de los Seguros Sociales.

“(...) La muerte de Daniel Mauricio se produjo, sin duda, por falta de tratamiento oportuno de la patología que presentaba, lo que, a su vez, tuvo por causa la falta de esclarecimiento a tiempo del diagnóstico definitivo.

“(...) Se infiere, de las pruebas en el proceso, y en aplicación de las reglas de la experiencia, la Sala encuentra (sic) que la entidad demandada no se correspondió con la satisfacción de la prestación del servicio en su integridad, ya que como queda demostrado en el plenario, el menor Daniel Mauricio fue abandonado a la suerte de la evolución de la etiología que padecía, sin hallar un mínimo de cuidado, manejo y tratamiento que hubiera permitido lograr no la mejoría del paciente, sino, por lo menos, la forma de evitar múltiples afecciones que concurrieron, los sufrimientos y el regeneramiento de su salud hasta el fallecimiento.

“(...)” (páginas 19, 27, 32, 38, 40 - mayúsculas del original).

2. Fundamentos de la aclaración

Si bien compartimos la decisión adoptada por la Sala, esto es, la de declarar la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada, nos apartamos de manera respetuosa desde luego, de las consideraciones trazadas para arribar a esa conclusión.

En efecto, consideramos que a lo largo de la parte motiva del proveído se incurrieron en varias contradicciones respecto a la imputación fáctica y jurídica del daño en cabeza de la entidad demandada. Lo anterior, en tanto no creemos viable señalar que el daño es imputable en virtud de una demora en la atención y el tratamiento de una patología que estaba sin despejar –al ser catalogada como inespecífica– máxime si en la necropsia se calificó como probable el deceso a causa de una “falla sistémica multiorgánica debido a una reacción medicamentosa”.

Aunado a lo anterior, en nuestro pensamiento, la responsabilidad en el caso concreto se hizo consistir en una disparidad de criterios que no podían concurrir porque son excluyentes los unos a los otros; no es posible admitir, como se sostiene en el fallo, que no existió un error de diagnóstico y de manera simultánea predicar que la falla del servicio se derivó de una demora en el tratamiento idóneo y efectivo al paciente, puesto que ello supondría incurrir en la siguiente paradoja: ¿si se tenía un diagnóstico definitivo el cual, según el criterio mayoritario, fue atendido de manera inoportuna, entonces por qué hacer referencia a una dificultad excesiva en la valoración del paciente dado lo extraño de la enfermedad respecto a su edad?

Desde nuestra perspectiva, era necesario despejar como primera medida la imputación fáctica en aras de establecer de manera puntual y específica, cuál fue la causa del deceso de Daniel Mauricio, previo análisis de una serie de fallas del servicio que, al no tener claridad sobre la patología de base, podían entrar a excluirse las unas con las otras frente a la producción del daño o resultado.

En relación con la dificultad que tiene el hecho de analizar la responsabilidad médico sanitaria a partir de la falla del servicio, sin tener identificada de manera previa la imputación fáctica del daño en cabeza de la entidad demandada, reiteramos –con las debidas salvedades y matices, ya que en el caso concreto compartimos la decisión de fondo– algunas de las razones contenidas en el salvamento de voto frente a la providencia del 18 de febrero de 2010, expediente No. 17.866, oportunidad en la que se puntualizó²⁵:

²⁵ Salvamento de voto de uno de los suscritos Consejeros de Estado, Dr. Enrique Gil Botero, respecto de la sentencia proferida por la Sección Tercera el 10 de febrero de 2010, expediente No. 17.866, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“(...) al margen de cualquier sistema de aligeramiento probatorio, en el proceso no quedó establecido ni siquiera indiciariamente que la muerte de la niña Rosa Omaira fuera producto de una falta de atención médica; *a contrario sensu*, se desconocen las causas del deceso, circunstancia que impide, desde todo punto de vista, establecer la imputación fáctica y, consecuentemente, abordar un juicio de responsabilidad patrimonial. De otro lado, el acervo probatorio tampoco permitía afirmar –de manera categórica como lo hace el fallo– que se produjo un evento de abandono de paciente, ya que, como se desprende de los testimonios y demás documentos allegados al plenario, el único médico del centro asistencial de El Tambo salía de ronda los días jueves y viernes, razón por la que se debió abordar el estudio de la controversia desde la falla relativa del servicio.

“(...) Desde el año 2006... la postura mayoritaria ha reiterado la existencia del *onus probandi*, en asuntos de responsabilidad médica, a cargo de la parte actora, de conformidad con la regla probatoria contenida en el artículo 177 del C.P.C. En esa medida, no deja de ser sorprendente y paradójico que la Sección defienda una postura rígida a cargo de los demandantes en este tipo de procesos y, sin embargo, en el caso *sub examine* aplique un sistema absolutamente laxo y flexible, en donde, por lo demás, se desconocen los principios básicos del derecho de daños, esto es, que sólo se debe responder por los daños que sean imputables, es decir, que sean producto de la acción u omisión del demandado.

“2.3. En efecto, en la sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772 se puntualizó:

“Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse

como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción trasladada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el alea 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.”²⁶

“Tesis reiterada en el auto del 22 de mayo de 2008, expediente No. 26427, oportunidad en la que se sostuvo:

“De manera reciente la Sala ha recogido las tesis de la presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que **en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran**, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. **En cuanto a la prueba del vínculo causal, de manera reciente se precisó la necesidad de demostrar el vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar a la entidad que prestó el servicio, el daño por el cual se demanda indemnización, el cual puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios.**”²⁷ (negritas y subrayado adicionales).

“2.4. Así las cosas, considero que en el caso puntual se aplicó un sistema de presunción de responsabilidad, en el que, la parte actora se limitó a acreditar el daño antijurídico padecido, pero no estableció la imputación fáctica ni jurídica respecto del mismo. No se determinó, como se reconoce expresamente en el proveído, si el deceso fue producto de la patología de base de la niña o, si por el contrario, tuvo su génesis en la falta de atención oportuna en un sitio donde los recursos eran limitados, como ya se señaló.

“(…) En otros términos, la responsabilidad patrimonial del Estado no opera de manera automática ante la constatación o verificación de que existió o pudo

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 22 de mayo de 2008, exp. 26427, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Con aclaración de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero.

configurarse una falla del servicio, es indefectible además que exista un daño que haya sido originado en el comportamiento de la entidad a la cual se le imputa el mismo.

“Por consiguiente, si bien es deplorable y lamentable que los niños en Colombia mueran sin haber recibido atención médica, máxime si sus derechos prevalecen sobre los de los demás, ello no supone que por ese sólo hecho deba declararse la responsabilidad del Estado; es necesario, para esos efectos, que se haya constatado la existencia de un daño que no se estaba en el deber de soportar y, consecuentemente, que esa lesión o afectación negativa del *statu quo*, haya sido originado material y jurídicamente por el demandado. Una circunstancia contraria podría configurar eventualmente una irregularidad y, por lo tanto, serían procedentes medidas de tipo administrativo o disciplinario, entre otras, pero no daría lugar a la responsabilidad patrimonial, ya que ésta presupone que el daño sea producto de la acción u omisión de la demandada, lo que implicaba, en el caso concreto, acreditar que fue la falta de atención oportuna e injustificada del servicio médico lo que desencadenó el deceso de Rosa Omaira, circunstancia que no quedó demostrada en el proceso.

“Y, si bien, como Consejero de Estado he defendido la necesidad de formular o acoger un sistema de aligeramiento probatorio de la falla del servicio médico - sanitario, en aras de facilitar la difícil tarea a que se somete al paciente o sus familiares, quienes por cierto, en la mayoría de eventos, no poseen los conocimientos técnicos o científicos relacionados con los procedimientos aplicables, y más aún en aquellos casos en los que el paciente al momento de sufrir el daño se encontraba en estado de inconsciencia, lo cierto es que no puedo prohiar una teoría que desconozca los fundamentos filosóficos y conceptuales de la responsabilidad extracontractual, y que decrete condenas patrimoniales contra el Estado sin estar acreditada la imputación fáctica del daño. Este tipo de planteamientos ni siquiera se asemejan a la responsabilidad de tipo objetiva, sino que conllevan una *presunción de responsabilidad*²⁸, en donde al demandante le bastaría delimitar la prueba del daño.

²⁸ Acerca de la impertinencia de este concepto, esta Corporación precisó: “Sea ésta la oportunidad para aclarar que no existe, en ningún caso, la llamada "presunción de responsabilidad", expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su

“Sobre el particular, en relevantes pronunciamientos la Sección señaló:

“Recuérdese que si bien esta Corporación, en procura de aligerar la carga probatoria de las víctimas que resultan dañadas dentro del giro ordinario de la prestación de los servicios de salud, ha aceptado la aplicación de la tesis de la carga dinámica de la prueba, o en otros términos, de la presunción de falla, ello no puede comportar una presunción de causalidad, toda vez que dicho elemento estructural de la responsabilidad patrimonial ha de resultar debidamente acreditado a instancias del actor, entendido éste como el nexo o vínculo que permite deducir o imputar el resultado dañino a la conducta activa u omisiva del demandado.

“(…) Aquí es necesario tener en cuenta que la mera participación o contacto que haya tenido el profesional de la medicina o el centro hospitalario para el caso concreto con el paciente o con el resultado, no siempre ha de resultar criterio suficiente para tener acreditada la relación de causalidad reclamada por el instituto de la responsabilidad patrimonial, particularmente dentro de la actividad médica...”²⁹

“

“Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual– del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil –si no imposible– para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.”³⁰

demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. El régimen así denominado por esta Corporación en varias oportunidades tenía, sin duda, todas las características del régimen objetivo de responsabilidad, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta -por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente-, **los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante.** Re caer sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad.” (Se destaca). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2000, exp. 11.401, M.P. Alier E. Hernández E.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de noviembre de 1997, exp. 11.701.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de junio de 2001, exp. 11.901.

“Bajo la anterior perspectiva la administración pública sería responsable inclusive de los daños que son producto del comportamiento de la propia víctima, o del hecho de un tercero o de la fuerza mayor, pues si el perjuicio es imputable al Estado por el sólo hecho de que la niña no recibió atención médica se está negando, de manera absoluta, la posibilidad al demandado de acreditar cualquier eximente de responsabilidad o de que se comportó con la diligencia y cuidado necesarios para enervar la configuración de la falla. En esa medida, la organización estatal no puede ser declarada responsable patrimonialmente por cualquier funcionamiento irregular o anormal de un servicio, ya que se requiere la vinculación de ese comportamiento defectuoso con el daño irrogado, al margen de la existencia de otro tipo de acciones constitucionales u ordinarias encaminadas a que la administración cumpla con sus deberes o actúe de manera prioritaria cuando esté de por medio la amenaza o vulneración de un derecho fundamental del individuo; instrumentos jurídicos que, por regla general, a diferencia de la acción de reparación directa no tienen un fin resarcitorio sino preventivo o prestacional.

“(…) Como se aprecia, la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad administrativa de la administración pública a al momento de producción del daño.

“2.6. Dejo así planteada mi posición, para lo cual reitero el planteamiento que he efectuado de forma sistemática en múltiples salvamentos y aclaraciones de voto, en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta a contradicciones, adopte un sistema probatorio de principio en materia médico - hospitalaria que sin desconocer o subvertir los fundamentos estructurales de la responsabilidad reconozca el difícil escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado³¹.

“Estoy convencido que una teoría que respete los anteriores parámetros, garantizará decisiones justas, que se acompañen con la realidad de nuestro país,

³¹ “Sí, las palabras vuelven. Todo vuelve, las cosas y las palabras vuelven en círculo, a veces atraviesan el mundo entero, siempre en círculo, y luego se vuelven a encontrar, se tocan y cierran algo.” Sándor Márai “El último encuentro”.

y que, por encima de todo no se amenace el concepto y la naturaleza del derecho de daños.”

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

OLGA VALLE DE DE LA HOZ