



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

C O P I A



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: GLORIA ISABEL PÉREZ LONDOÑO Y YULIMIS SHIRLEY FIGUEROA PÉREZ
DEMANDADO: ESE HOSPITAL EDUARDO ARREDONDO DAZA Y OTROS
RADICADO: 20-001-33-31-006-2011-00234-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Valledupar, por medio de la cual se negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relató el apoderado de las demandantes, que el día 14 de febrero de 2009, la señora YULIMIS SHIRLEY FIGUEROA PÉREZ, acudió a una cita ordinaria al Hospital Eduardo Arredondo Daza – Sede San Martín, en donde luego de ser valorada, los galenos determinaron que tenía cuatro semanas de embarazo.

Adujo, que una vez enterada de lo anterior, la señora Yulimis Shirley acudió periódicamente a sus controles prenatales, siendo inscrita en el programa de salud materno perinatal, sin embargo adujo, que todo el proceso prenatal fue llevado a cabo por parte de una enfermera jefe del hospital, cuando según su dicho debió ser realizado por un médico profesional.

Indicó, que el 18 de marzo de 2009, a la gestante se le practicó un examen denominado “prueba de Sullivan”, con el fin de detectar posibles dificultades en el embarazo, obteniendo como resultado toxoplasma IGG con tope dentro de los límites (positivo 399.2 UI/ml), por lo que la señora Figueroa Pérez alarmada con el resultado, acudió a donde la enfermera superior, sin embargo ésta le dijo que tenía que mantener la calma pues no consideró riesgoso el resultado arrojado, imputándole tales guarismos al laboratorio en donde se realizó el examen.

Precisó, que la enfermera que la trataba, la remitió para consulta externa para el día 21 de mayo de 2009, fecha para la cual contaba con 16 semanas de embarazo, además señaló que en dicha data, recibió los resultados del examen de secreción vaginal el que arrojó tinción gram: Bacilos Gram Positivos, no obstante la gestante nunca recibió tratamiento para ello.

Indicó, que el 23 de julio de 2009, la señora Figueroa Pérez fue remitida al Centro Médico de Imagen Radiológica Diagnóstica, con el fin de que se le practicara una ecografía obstétrica, la cual jamás alertó sobre la cardiopatía que posteriormente sería diagnosticada por el Centro Cardiológico del Cesar, como una enfermedad congénita.

Manifestó, que el 3 de agosto de 2009, por remisión de la doctora tratante, le fue practicado un cuadro hemático a la madre gestante, el cual arrojó un nivel bajo de hemoglobina, cuadro clínico que era muy riesgoso para una mujer en estado de embarazo debido a las probabilidades de una preeclampsia, sin embargo adujo, que a esto también se le restó importancia.

Agregó, que a pocos días de la fecha de parto, a la demandante le fue practicada una ecografía obstétrica, cuyos resultados no arrojaron señales de alarma.

Aseveró, que en cita ordenada por el personal médico de la IPS, el 10 de septiembre de 2009, la actora fue remitida por urgencias a la Clínica del Cesar, debido al cuadro clínico de preeclampsia + macrosomía fetal, por lo que le fue practicada la cesárea.

Precisó, que dos días después del nacimiento, la menor fue examinada por los médicos de la Clínica del Cesar por sugerencia de su abuela la señora Gloria Pérez Londoño, pues según ésta presentaba fiebre al día siguiente del nacimiento y se mostraba con el rostro azul, pero los galenos no encontraron nada raro en ello, descartando cualquier anomalía en la menor, por lo que fue dada de alta.

Anotó, que siempre vieron con extrañeza que cuando la menor salió de UCI, ésta no fue remitida a la sala de neonatos, pese a que fue prematura y con poco peso corporal, ordenándose aún así su salida de la Clínica del Cesar.

Precisó, que en virtud de que la menor seguía presentando los mismos síntomas, decidió apartar cita con el médico general de la IPS, sin embargo éste indicó que la sintomatología era normal por lo que consideró que no era necesaria la remisión por pediatría.

De otro lado adujo, que en relación con la atención a la reciente madre, ésta acudió a cita médica el 17 de septiembre de 2009 con el fin de obtener la cita con ginecología, no obstante, al llevar la autorización a la EPS SaludVida, ésta la remitió al Hospital Rosario Pumarejo de López, ente hospitalario que dio la cita en un plazo no menor a 20 días, a pesar del sangrado abundante que presentó al momento del parto, la hipertensión alta y la hemoglobina baja que tenía.

Resaltó, que finalmente fue atendida el día 22 de septiembre de 2009 por el servicio de urgencias de la Clínica del Cesar, dada la complicación en la herida que presentó la demandante, razón por la cual fue remitida con el radiólogo para practicarle una ecografía de partes blandas en pared de la región inguinal.

Sostuvo, que el 22 de septiembre, la madre de la menor la llevó de urgencias a la Clínica del Cesar por cuanto la infante se quedaba corta de respiración, especialmente cuando se bañaba o se le daba alimentos, además se ponía de

color morado y botaba saliva, pero la médico que la atendió no le prestó importancia.

Agregó, que sin presentar mejoría, el día 30 de septiembre de 2009 la menor presentó un nuevo cuadro de fiebre, asociado a dificultad respiratoria progresiva, sintomatología que desde el nacimiento venía presentando, por lo que fue llevada de urgencias nuevamente a la Clínica del Cesar siendo valorada por el médico general, el cual ordenó recluirla en UCI neonatal, lugar en el cual permaneció por 3 días siempre empeorando su salud, y sin conseguir evolución alguna, por lo que fue remitida a la Clínica del Norte.

Señaló, que la menor ingresó el 30 de septiembre de 2009, por presentar cuadro clínico de fiebre no cuantificada, asociado a dificultad respiratoria progresiva, con más o menos 15 días de evolución, siendo trasladada a UCI.

Precisó, que el 1° de octubre de 2009, dada la complejidad en la sintomatología de la menor, se le ordenó un ecocardiograma doppler y se remitió a cardiología pediátrica, examen que arrojó una malformación cardíaca y/o cardiopatía, que de haberse detectado a tiempo, incluso desde la etapa prenatal, hubiese sido posible superarla tal como ha pasado en otros casos con niños que presentan esa condición, no obstante, dado el mal diagnóstico y el mal cuidado de la gestante y de la recién nacida, se perdió oportunidad de mejoría en la menor.

Narró, que en virtud de lo anterior, el día 26 de octubre de 2009 la menor falleció como consecuencia de una irresponsabilidad obstétrica de los especialistas y médicos tratantes desde su gestación, además por la mala atención por el servicio de urgencias y UCI, tanto para la madre como para ella, suceso que también terminó afectando a la abuela de la recién nacida, por cuanto producto del impacto que le causó el deceso de su nieta, ésta también perdió el bebe que llevaba.

Finalmente señaló, que todo lo acontecido evidenciaba una falla médica generadora de un daño antijurídico, por lo tanto las entidades demandadas eran responsables por la omisión registrada en el cuidado, diagnóstico, atención, promoción y prevención tanto en la etapa perinatal de la gestante como en la posterior atención médica, quirúrgica y de emergencia de la bebé.

2.2.- PRETENSIONES.-

Se solicita en la demanda que se declare a la E.S.E Hospital Eduardo Arredondo Daza, la Sociedad Clínica del Cesar y a la EPS Salud Vida, administrativa y patrimonialmente responsables por la muerte de la niña Natalia Sofía Figueroa Pérez de 46 días de nacida, como consecuencia de la negligencia médica y la falla en la prestación de los servicios médicos, clínicos y asistenciales de prevención y tratamiento dentro del proceso gineco-obstetra que se le brindó, desde la etapa perinatal y con posterioridad a la fecha de su nacimiento.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a las entidades demandadas por los perjuicios morales y materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, sumas que solicita sean reajustadas teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo señalado en el artículo 178 del CCA.

Así mismo, se ordene los intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago, además que a la sentencia se le dé cumplimiento en el término previsto en el artículo 176 del CCA.

III.- TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La apoderada de SaludVida S.A EPS contestó la demanda señalando que la responsabilidad que se le pretendía endilgar en esa entidad no era pertinente, en la medida en que ésta tenía una naturaleza jurídica diferente a la de las entidades demandadas, por cuanto el régimen de responsabilidad que se le puede inculcar es civil.

Sostiene, que en el proceso no están acreditados los elementos de la responsabilidad, por cuanto no se avizora un nexo causal entre la atención que le fue suministrada y el daño.

Propuso como excepciones: *“Ausencia de requisitos de procedibilidad, inexistencia de incumplimiento de los deberes contractuales por parte de SaludVida E.P.S.S, ausencia del hecho que configure el nexo causal, ausencia del elemento axiológico del daño, improcedencia de la presunción de culpa, excesiva tasación de perjuicios.”*

Finalmente, llamó en garantía al Hospital Eduardo Arredondo Daza.

Por su parte, el apoderado de la Clínica del Cesar contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, como quiera que esa entidad actuó con oportunidad, diligencia, pertinencia y cuidado en la atención de la paciente y su recién nacida.

Indicó, que la cardiopatía congénita y la muerte de la bebé, no eran el resultado de las actuaciones adelantadas por los galenos, por lo que solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda.

Agregó, que las actuaciones del personal administrativo y asistencial del Hospital Eduardo Arredondo Daza, no guardan ninguna relación con las actuaciones adelantadas por los agentes de la clínica, ni las adelantadas por aquella pueden ser imputadas a ésta; además precisó, que no era cierto que el neonato presentara alguna complicación respiratoria por cesárea ni mucho menos que tuviese bajo peso al nacer, pues el peso de 2.700 gramos estaba dentro de los niveles normales.

Indicó, que la atención de la menor recién nacida fue oportuna y que el diagnóstico y tratamiento fue pertinente, ordenándose su remisión a un nivel superior en virtud de los resultados obtenidos con el ecocardiograma.

Propuso como excepciones de fondo: *“Diligencia y cuidado en la atención del paciente por parte del centro hospitalario como ausencia de culpa en la producción del daño y supuesto de inexistencia del nexo causal entre el resultado y la actividad médica, ininterpretabilidad del elemento nexo de causalidad adecuada respecto de las actuaciones de los facultativos del IPS.”*

Finalmente, llamó en garantía a Liberty Seguros S.A.

De otro lado, el apoderado del Hospital Eduardo Arredondo Daza se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto carecían de sustento médico legal.

En cuanto a la atención de los controles prenatales aseveró, que no necesariamente éstos tienen que ser adelantados por un médico, pues según la reglamentación dada por el Ministerio de Salud, cuando el riesgo en el embarazo es bajo, éstos pueden ser adelantados por una enfermera, tal como fue el caso de

la demandante, la cual nunca tuvo un embarazo declarado de alto riesgo.

En cuanto a la prueba Sullivan indicó, que los resultados obtenidos por la paciente fue indeterminado, lo que significaba que no existió sospecha de toxoplasmosis, además precisó, que este test no previene enfermedades relacionadas con el VIH, ni predice dificultades en la gestación o malformaciones en el feto, sólo se utiliza para prevención de diabetes en la madre.

En cuanto a los bacilos gram positivos reportados en el examen directo de secreción vaginal indicó, que éstos no tuvieron respuesta positiva leucitaria o polimorfonucleares, por lo tanto fue un resultado normal y no se debía considerar como infección, pero que en caso de que el resultado hubiese sido positivo, ello no estaría asociado a malformaciones congénitas del feto, pues ello sólo produce ruptura prematura de membranas o infecciones neonatales, que no fueron del caso.

Agregó, que las ecografías que le fueron practicadas a la paciente, ordenadas por los médicos tratantes, no advirtieron la presencia de malformaciones congénitas, por lo que no fue necesaria su valoración por un especialista.

Indicó, que a la menor se le dio salida en la Clínica del Cesar por cuanto no presentaba infecciones, había nacido con buen peso, se le prescribió el tratamiento para el cuadro que presentaba la recién nacida en esos momentos, por lo tanto, no era necesario dejarla hospitalizada.

Propuso como excepciones: *"Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir"*.

Finalmente llamó en garantía a la Aseguradora Colseguros S.A.

3.2. CONTESTACIÓN DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA.-

La apoderada de Liberty Seguros S.A indicó, que a esa aseguradora no le asistía ninguna obligación con las demandantes de pagar sumas de dinero, por lo que objetó todas las pretensiones formuladas en la demanda.

Agregó, que las demandantes se limitaron a hacer afirmaciones de hecho sin ningún respaldo probatorio, por lo que la responsabilidad de las entidades demandadas debió ser probada para poder configurarse el nexo causal entre el daño y ésta.

Propuso como excepciones: *"Inexistencia de responsabilidad patrimonial por causa de la actividad médica y necesidad de la prueba, ausencia de prueba del daño y su cuantía, tasación excesiva del perjuicio, enriquecimiento sin causa, cualquier otra excepción que resulte probada dentro del presente proceso en virtud de la ley, conforma al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad de la sociedad demandada en el hecho generador de la demanda, inexistencia de solidaridad frente a Liberty Seguros S.A, deducible, límite de cobertura de acuerdo a los sublímites pactados"*.

Po su parte, el apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A se opuso al llamamiento y a todas las pretensiones formuladas, teniendo en cuenta que los hechos que sirven de fundamento a la demanda con imputación de una defectuosa actuación médica ocurrieron, a partir del día 14 de febrero de 2009 y hasta el fallecimiento de la menor, 26 de octubre de 2009, lo que corresponde a unos hechos que están por fuera de la vigencia y delimitación temporal de

cobertura de la póliza.

Aseveró, que los servicios de salud se encontraban a cargo de SaludVida razón por la cual era esa entidad prestadora de salud la que tenía a su cargo la asunción de riesgos y coberturas, sin que exista relación contractual ni de competencia de servicio público alguno entre la demandante y Colseguros.

Propuso como excepciones: *"Improcedencia del llamamiento en garantía por no existir vinculación legal y/o contractual vigente para la época de ocurrencia de los hechos de la demanda entre el Hospital Eduardo Arredondo Daza y la Aseguradora Colseguros S.A, ausencia de cobertura temporal a cargo de la aseguradora como consecuencia de no encontrarse vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, la póliza de seguro de responsabilidad civil No. RCCH - 373 y por tanto la inexistencia de amparo, existencia de unos eventos iniciados y consumados antes de la vigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional No. RCCH-373 y que en consecuencia no son susceptibles de ser asegurados en la forma prevista por el artículo 1054 del C de Co, inexistencia de solidaridad de la aseguradora Colseguros S.A con las obligaciones legales a cargo de la entidad prestadora de los servicios de salud."*

Con relación a la demanda, consideró que no existía ningún tipo de relación entre lo afirmado por las demandantes y las pruebas obrantes en el proceso, de donde se desprende la calidad, oportunidad e idoneidad en la atención médica proporcionada por los médicos tratantes de la menor.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Valledupar, luego de efectuar un análisis jurisprudencial y probatorio del asunto, determinó que las pretensiones de la demanda no debían prosperar, por cuanto las probanzas determinaban que no hubo falla en la prestación del servicio médico asistencial.

Concluyó, que el material probatorio determinó, que no hubo por parte de las entidades demandadas, una improvisada, tardía y errada atención médico asistencial de prevención y tratamiento dentro del proceso ginecobstetra aplicado a la demandante durante su embarazo y durante la etapa posterior al nacimiento de la menor, pues la malformación congénita que padecía, no presentó síntomas en el nacimiento, siendo llevada a consulta por urgencias 20 días después, con una sepsis neonatal tardía que debía ser tratada con antibióticos como en efecto se hizo, además se realizaron exámenes paraclínicos certeros por lo que no encontró motivos para establecer un nexo causal entre el hecho dañoso y la falla en el servicio.

V.- RECURSO DE APELACIÓN.-

El apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación persiguiendo que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

Indica, que existió un desacertado análisis de los hechos probados respecto de la atención brindada a la menor, quien previo a su nacimiento denotó una improvisada y paupérrima atención, al punto de constituir ésta en motivo de culpa o negligencia grave, por haberse desconocido los protocolos médicos y la lex artis, pues existió falta de previsión y ordenación de los exámenes, además una falta de diagnóstico y error en el verdadero estado de salud que presentaba, sin tener en

cuenta que los síntomas que la menor padecía podían predecir la cardiopatía, la cual vino a ser avizorada por la Clínica del Cesar cuando ya era demasiado tarde.

Agrega, que de haberse atendido a la menor oportunamente en la patología real que presentaba, es decir, se hubiera atendido en un centro de mayor nivel, con adelantos científicos, la infante hubiera podido obtener mejores oportunidades de vida, lo que según su dicho se traduce en una pérdida de oportunidad, por cuanto existió un tratamiento desigual e improvisado en la atención en salud.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones finales.

La apoderada de Liberty Seguros presentó sus alegaciones finales señalando, que en el plenario no se evidencia ninguna prueba que denote que la malformación congénita que padecía la menor, se hubiese dado como consecuencia de la errada atención médico asistencia brindada por el Hospital Eduardo Arredondo Daza y la Clínica del Cesar.

De otro lado, el apoderado de Allianz Seguros S.A alega, que de las pruebas aportadas no se encontró evidencia de una supuesta improvisada, tardía y errada atención médico asistencial de prevención y tratamiento dentro del proceso gineco-obstetra aplicado a la demandante, del cual se pudiera determinar algún tipo de responsabilidad, lo que permite llegar a la conclusión que no existió el nexo causal entre el daño y la falla en el servicio invocada.

Por su parte, el apoderado de la ESE Hospital Eduardo Arredondo Daza presenta sus alegaciones finales señalando, que se debe confirmar el fallo de primera instancia pues no reposan dentro del expediente elementos probatorios para condenar a la ESE, específicamente no se acreditó el nexo causal entre el daño y el supuesto actuar omisivo.

De igual forma, el apoderado de SaludVidaS.A E.P.S sostiene, que ésta dio cumplimiento a sus obligaciones dentro del régimen legal, garantizó y autorizó los servicios que todos los médicos ordenaron a la actora durante el estado de embarazo, así como a la menor, además se dispuso de una red prestadora para la atención de salud de la afiliada en el momento en que ésta presentó ante las diferentes IPS a solicitarlos, por lo tanto sostiene, no existe ningún nexo causal entre la prestación del servicio y la falla alegada.

Indica, que las pruebas obrantes en el proceso demuestran que la malformación que presentó la menor no presentó síntomas al momento del nacimiento y fue llevada a consulta sólo 20 días después de nacida, con una sepsis neonatal tardía que debió ser tratada con antibióticos, por lo que asegura que las secuelas que sufrió la menor, no se produjeron por una improvisada, tardía o errada atención médica.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 47 Judicial Para Asuntos Administrativos, no se pronunció al respecto.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

En atención a los argumentos expuestos en el recurso de apelación que ocupa la atención de esta Corporación, el presente asunto se contrae a determinar, si la E.S.E Hospital Eduardo Arredondo Daza, la Clínica del Cesar y la E.P.S SaludVida, son o no administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios alegados por las demandantes, con ocasión de la presunta falla en el servicio médico por error de diagnóstico y omisión en la asistencia médica brindada tanto a la señora YULIMIS SHIRLEY FIGUEROA PÉREZ en su etapa prenatal del embarazo, como con posterioridad en el nacimiento de la menor NATALIA SOFÍA FIGUEROA PÉREZ (Q.E.P.D), y si como consecuencia de ello, la patología que presentó la menor pudo ser detectada a tiempo para evitar las consecuencias funestas que se presentaron en la infante.

Sólo de encontrar acreditado ese nexo causal, se determinará cuál o cuáles son las entidades llamadas a responder, así como también se analizará los llamamientos en garantía efectuados.

8.3- CUESTIÓN PREVIA.-

Previo a analizar el fondo del asunto, este Tribunal considera necesario precisar, que el presente proceso reúne los requisitos legales para su estudio. En efecto, se observa que las demandantes están legitimados para actuar en el proceso, además, agotadas las etapas procesales propias del juicio no se advierten motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado; asimismo no se encuentra configurado el fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control incoado.

8.4.- FUNDAMENTO JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

Ahora bien, en primer lugar, resulta pertinente establecer el régimen jurídico aplicable a los supuestos en los cuales se reclama el reconocimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños causados por razón de las actividades médico-asistenciales, razón por la cual, es necesario traer a colación lo expuesto sobre el tema por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece tal medio de control, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir, que el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber legal de soportar.

De lo anterior, se observa entonces que no importa si el actuar de la administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación

de la existencia del daño y del nexo causal de éste con aquella.

Al respecto, el principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual ésta surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: El daño antijurídico sufrido por el interesado, la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Ahora bien, visto lo anterior, es pertinente establecer que sobre el tema de la responsabilidad por la prestación de servicios de salud a cargo de la Administración Pública, se observa que el mismo ha sufrido varias modificaciones a lo largo de los años, puesto que inicialmente, se manejó con fundamento en el régimen de la falla probada tanto el daño proveniente del deficiente funcionamiento de los servicios médicos asistenciales, como el causado por actos médicos propiamente dichos, hasta que en 1992 la jurisprudencia del Consejo de Estado consideró que no podía dárseles el mismo tratamiento, teniendo en cuenta la complejidad que envolvía a los actos médicos y las dificultades que implicaba para los pacientes desde el punto de vista probatorio, el acreditar los daños causados con ellos.

Por esta razón, mientras la responsabilidad por la atención hospitalaria y asistencial siguió rigiéndose por la falla probada del servicio, que exige acreditar los tres elementos constitutivos de la misma, cuando se tratara de establecer una responsabilidad médica, en la que interviene la actuación del profesional de la medicina en materias tales como diagnóstico, tratamiento, procedimientos quirúrgicos, etc. en los que está en juego la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina, la jurisprudencia asumió la inversión de la carga de la prueba respecto del elemento falla del servicio, presumiendo su existencia y radicando en cabeza del demandante únicamente la carga de probar el daño y su nexo con el servicio.

Acreditados estos dos elementos de la responsabilidad, le correspondía a la entidad demandada para exonerarse de la misma, la obligación de demostrar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio, o romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña, como lo son la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero¹; este fue el régimen conocido como de la falla del servicio presunta.

Posteriormente, en sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11.878, el Consejo de Estado consideró que la aplicación en términos de las cargas probatorias, tal y como se venía manejando por la jurisprudencia, podía conducir a desvirtuar su propio fundamento, porque existían casos en los cuales *"...los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente..."* no tenían implicaciones técnicas o científicas, estando el paciente en mejores condiciones para probarlos, por lo cual lo procedente era que él lo hiciera y no que también en estos casos se invirtiera la carga de la prueba, porque precisamente en eso era que consistía la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Así dijo en esa ocasión el Consejo de Estado, en sentencia del 1º de julio de

¹ Sentencia del 30 de julio de 1992, Expediente 6897. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez.

2004²:

“Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.”³

De igual forma, en sentencia del 13 de julio de 2005⁴, señaló:

“Quiere decir lo anterior, que la Sala retomó el régimen jurídico probatorio aplicable en materia contencioso administrativa, teniendo en cuenta para ello que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

Específicamente sobre el deber de probar los hechos fundamentales del proceso, el artículo 177 del C.P.C. establece que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, consagrando así el principio de la carga de la prueba, según el cual, al demandante le corresponde acreditar los hechos en los cuales edifica sus pretensiones.

De acuerdo con lo anterior, aún tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de una actividad médico asistencial a su cargo, cuando se demande buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias estatales, por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponderá al interesado probar los extremos de tal responsabilidad; es decir, la existencia del daño antijurídico, y su imputabilidad a la parte demandada.

Dicha exigencia legal en materia probatoria, se ve morigerada en aquellos casos en los cuales, por razones de equidad, deba ser la entidad demandada quien asuma la carga probatoria, porque en razón de las especiales características del hecho a acreditar a ella le resulte más fácil aportar los medios de prueba mientras que para el demandante representaría una carga excesiva, como sucede por ejemplo, con las incidencias de los procedimientos quirúrgicos, que se adelantan a puerta cerrada en salas a las que sólo ingresa el personal autorizado y el paciente que será sometido a cirugía, y que por la misma razón no está en condiciones de enterarse de nada de lo que allí suceda”.

De esta manera, en relación al nexo causal entre el daño y la actividad estatal, debe aparecer debidamente acreditado puesto que el mismo no se presume,

² Expediente 14696. MP: Alier E. Hernández E.

³ Sobre la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que permite la corrección de la ley para evitar una consecuencia injusta no prevista por el legislador, ver sentencias de la Corte Constitucional C-1547 de 2000 y SU-837 de 2002.

⁴ Consejo de Estado Expediente 13.542 (R-1243). Actor: Ángela Patricia Gómez y/o; M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

aunque en reconocimiento de la dificultad que surge en no pocas ocasiones para lograr tal prueba, por los elementos de carácter científico que pueden estar involucrados y que resultan de difícil comprensión y demostración por parte del interesado, se admite para ello "...que la demostración de la causalidad 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"⁵.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció al respecto mediante sentencia del 9 de febrero de 2011, expediente 18793, en el siguiente sentido:

"(...) 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. (...)

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes."⁶ (Subrayas fuera del texto original).

En conclusión, es claro que en la medida en que el demandante alegue que existió una falla por actos médicos que le produjo un daño antijurídico, por el cual reclama una 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, por lo cual, en aras de puntualizar el caso, la Sala analizará la responsabilidad de las entidades demandadas teniendo en cuenta el acervo probatorio arrojado al proceso, que permita determinar si se configura o no la

⁵ Sentencia Consejo de Estado de 14 de junio de 2001. Expediente 11.901.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

responsabilidad de las entidades demandadas, con base en lo reglado por la jurisprudencia nacional. Así se tiene como probados los siguientes hechos:

Que el día 10 de septiembre de 2009, nació la menor NATHALIA SOFÍA FIGUEROA PÉREZ, hija de la señora YULIMIS SHIRLEY FIGUEROA PÉREZ, tal como lo certifica el registro civil de nacimiento visible a folio 40 del expediente.

De igual forma, está acreditado que la menor falleció el día 26 de octubre de 2009, tal como lo determina el registro civil de defunción visto a folio 41 del plenario.

Se demostró, que la señora YULIMIS FIGUEROA, acudió mensualmente a sus controles prenatales ante el Hospital Eduardo Arredondo Daza, tal como lo determina las citas prenatales visibles a folio 42 del proceso, iniciando el 11 de marzo y culminando el 17 de septiembre de 2009 para un total de 9 controles prenatales, además, le fue suministrada tres vacunas de tétano y difteria. Se comprobó, que en los controles no se evidenció ninguna anomalía.

De otro lado, de conformidad con la historia clínica arrimada al proceso por parte del Hospital Eduardo Arredondo Daza, visible a folios 42 a 54 del plenario y del 872 a 883 (historia control prenatal), se puede evidenciar, los controles prenatales realizados a la señora YULIMIS FIGUEROA PÉREZ, en fechas, 11 de marzo, 20 de abril, 19 de mayo, 18 de junio, 17 de julio, 18 de agosto y 3 de septiembre, observándose que no se anotó complejidad alguna, tal como ya se mencionó.

Se evidencia además, los exámenes de laboratorio que le fueron realizados, como el test de Sullivan, prueba de VIH, Hepatitis B, toxoplasma, de secreción vaginal, por parte de su EPS SaludVida. (Folios 45 a 49)

Se observa, que a la paciente le fueron realizadas dos ecografías obstétricas, una el 23 de julio y otra el 8 de septiembre de 2009, las cuales arrojaron un embarazo activo, sin ningún tipo de anomalía. (Folios 50 y 53)

Se demostró, que en el Hospital Eduardo Arredondo Daza le fueron realizados exámenes de laboratorios, como cuadro hemático, uroanálisis, entre otros. (Folios 51 y 52)

Además se evidencia, que el día 17 de septiembre de 2009, el Hospital Eduardo Arredondo Daza remitió a la paciente a consulta con ginecología, cuando llevada 7 días de cesárea segmentaria, por preeclampsia leve – moderada. (Folio 54)

De otro lado, en cuanto a la atención brindada por la Clínica del Cesar (folios 337 a 405), tenemos que la señora YULIMIS SHIRLEY FIGUEROA PÉREZ ingresó a esa institución por el servicio de urgencias el día 10 de septiembre de 2009, por presentar cuadro clínico de preeclampsia leve – moderada más macrosomía fetal, siendo programada para cirugía.

Se reportó, que la cirugía fue desarrollada sin novedad, además que durante la estancia en la clínica la paciente estuvo termodinámicamente estable, sin complicaciones ni sangrado, toleraba la vía oral, la herida en buenas condiciones generales, razón por la cual se le dio de alta el 12 de septiembre de 2009. Eso lo describe la epicrisis vista a folio 21 del expediente.

Así mismo, documentó la historia clínica que el 11 de septiembre de 2009, el familiar del neonato llamó al personal médico por cuanto sentía a la menor caliente, le fue tomada la temperatura y arrojó 37.5 por lo que se ordenó control cada 30 minutos.

Se allegó la epicrisis de la menor, por parte de la Clínica del Cesar (folios 78 a 86) en donde se detalla que la infante fue llevada a esa institución el día 30 de septiembre de 2009, por presentar cuadro clínico de fiebre no cuantificada, asociado a dificultad respiratoria progresiva, al alimentarla se tornaba cianótica, razón por la cual fue trasladada a UCI para su manejo.

Se documenta, que el diagnóstico de ingreso fue SEPSIS NEONATAL TARDÍA y CARDIOPATÍA CONGÉNITA, por lo que le fue brindado el tratamiento de ampicilina, gentamicina, oxigenoterapia, furosemida, oxacilina, terapia respiratoria, dobutamina, prosaglandina E, además se le realizó un Rx de tórax portátil, exámenes de cuadro hemático, glicemia, parcial de orina, urocultivo, hemocultivos, punción lumbar citoquímico, gram, tinta china, koh y cultivos, también se le realizó un ecocardiograma doppler color.

Se evidencia, que ante el mal estado general de la menor, se ordenó su remisión para el IV nivel de atención con el fin de que fuera valorada por cardiología pediátrica o por cirugía cardio infantil, la salida se efectuó el 2 de octubre de 2009.

De igual forma, se demostró que la menor fue remitida a la Clínica General del Norte (folios 65 a 71) documentándose el día 5 de octubre de 2009, que Nathalia Figueroa (Q.E.P.D) requirió un cateterismo cardíaco derecho e izquierdo más arteriografía pulmonar más cavografía, más aortograma torácico, más auriculograma izquierdo, procedimientos que fueron autorizados por la EPS SaludVida el 6 de octubre de 2009.

Se evidenció, que las conclusiones de tales procedimientos fueron:

- Corazón en mesocardia con situs solitus
- Ventrículo común derecho con atresia pulmonar, vasos malpuestos, C.I.A amplia.
- Ductus doble a) del istmo que irriga A.P.I b) colgado de la subclavia derecha que irriga A.P.D estenótico en cavo pulmonar
- Retorno venoso pulmonar anómalo en vena vertical con vena cava inferior drenado en aurícula ubicada a la izquierda
- Aorta a la derecha.

De igual forma fueron recepcionados los testimonios de las siguientes personas, DAYANA MARCELA FIGUEROA PÉREZ, quien manifestó ser hermana de la demandante y ser estudiante de enfermería, MIRIAM YANETH PÉREZ LONDOÑO, quien manifestó ser tía de la gestante, EUGENIO DÍAZ HERNÁNDEZ de profesión pediatra y quien señaló ser socio de la Clínica del Cesar, RICARDO LEÓN POLANÍA OVALLE, de profesión médico pediatra, quien señaló también ser socio de la Clínica del Cesar, MELISSA DE JESÚS ROCHA ROCHA, enfermera jefe del Hospital Eduardo Arredondo Daza. (Folios 564 a 598)

Así mismo, se adjuntó un estudio sobre la atención brindada a la paciente gestante, por parte de la doctora EDITH ANGEL MÜLLER, especialista en obstetricia y ginecología, quien rindió su concepto de la siguiente forma:

"Se trata de una paciente de 22 años, en su primera gestación, quién asiste a sus controles prenatales, considerándose una gestación de bajo riesgo. Asiste también a consultas de urgencias por síntomas de infección urinaria y probable urolitiasis, recibiendo el tratamiento adecuado. Durante el control se realizan los exámenes de rutina y dos ecografías obstétricas. Las ecografías realizadas no son ecografías de tercer nivel o ecografías de detalle y no muestran alteraciones anatómicas en el feto. Al final de la gestación detectan una preeclampsia leve moderada y la última ecografía muestra un feto grande, por lo cual la paciente es programada para

cesárea. Esta se realiza sin complicaciones. El recién nacido nace sin complicaciones aparentes. NO encuentro en los folios recibidos la valoración del recién nacido.” (Sic, folios 746 a 750)

Así las cosas, con la relación probatoria indicada, tenemos que en el expediente se encuentra plenamente acreditado el daño, el cual sería la muerte de la menor NATHALIA SOFÍA FIGUEROA PÉREZ el día 26 de octubre de 2009 a causa de la patología que presentaba denominada cardiopatía congénita, no obstante, surge la necesidad de analizar si existe material probatorio que indique con certeza el nexo causal entre ese daño y la actuación de los entes demandados, pues únicamente demostrados estos elementos, es posible endilgar responsabilidad alguna.

De entrada precisa este Tribunal, que no avizora en el plenario ningún elemento probatorio que demuestre el nexo causal entre el daño alegado y las actividades desplegadas por las entidades demandadas, por las razones que pasan a explicarse.

Lo primero que debe quedar claro, del escueto recurso de apelación que fue presentado por la parte demandante, es que no se avizora un ataque directo a las conclusiones arrojadas por el Juzgado Séptimo Administrativo de Valledupar, sino más bien una inconformidad genérica sobre lo que según su parecer fue la deficiente atención prenatal brindada a la demandante y con posterioridad al nacimiento de la menor, razón por la cual se puede resumir su inconformidad en una presunta mala atención y error de diagnóstico en la etapa prenatal y una indebida valoración médica de la neonata aunado a la presunta falta de exámenes médicos adecuados para determinar en forma temprana la patología que presentaba la menor.

Así las cosas, en cuanto a la etapa prenatal, advierte esta Corporación, que de la sola lectura de las historias clínicas allegadas al plenario, es posible señalar que a la madre gestante, se le brindó la atención prenatal que ameritaba para la sintomatología que presentaba en cada momento de la gestación, practicándosele los exámenes clínicos necesarios para la detección de enfermedades como toxoplasmosis, VIH, glicemia, frotis vaginal, entre otros, sin que los resultados obtenidos advirtieran la presencia de infección alguna de cuidado, ni mucho menos tal como se indica en la demanda, el parásito de la toxoplasmosis, teniendo en cuenta que como indicó la enfermera que atendió cada control prenatal, el resultado de toxoplasma IGM fue de 0.7 (folio 876), lo que significaba que era un resultado negativo.

Ahora bien, contrario a lo sostenido en la demanda, si bien se observa que la gestante obtuvo un resultado de IGG positivo, razón por la cual acudió al servicio de urgencias, también lo es que allí se le indicó que no procedía ningún tratamiento hasta no tener el resultado del IGM, el cual una vez realizado como ya se indicó, resultó negativo, por lo cual la paciente no fue diagnosticada con toxoplasmosis, por ende no se trató dicha enfermedad.

No obstante lo anterior, al interior del proceso no existe ninguna prueba que permita relacionar, en caso de haber tenido la patología de toxoplasmosis, cosa que se desvirtuó, que ello fuera la causa para la patología que posteriormente presentó la neonata, esto es, cardiopatía congénita, por el contrario, figura el testimonio de la enfermera que atendió los controles prenatales de la demandante, quien afirmó que la toxoplasmosis no produce ningún problema en el sistema cardíaco solamente en el sistema nervioso central.

Además de ello, se avizora con las historias clínicas arrimadas, que el embarazo de la señora YULIMIS SHIRLEY FIGUEROA PÉREZ fue catalogado como de bajo riesgo, ello teniendo en cuenta que no presentaba factores de consideración que pudieran catalogarla como una gestación de alto riesgo, por lo tanto, de conformidad con la guía para detección temprana de las alteraciones del embarazo emitida por el Ministerio de Salud⁷, cuando una gestante presenta un embarazo de bajo riesgo, los controles prenatales pueden ser llevados por una enfermera profesional, la cual se encargará de hacer seguimiento al normal desarrollo de la gestación y detectar oportunamente las complicaciones que puedan aparecer en cualquier momento, tal como ocurrió en el asunto de marras.

De igual forma se atisba, que la madre gestante acudió en varias oportunidades al servicio de urgencias de la Clínica del Cesar, por presentar varias afecciones, como infección urinaria, secreción vaginal con mal olor, dolores de cabeza, habiéndosele ordenado por parte del médico tratante, no sólo los exámenes que determinarían la anomalía sino además se le brindó el tratamiento adecuado y de manera oportuna, tal como precisó la doctora Edith Ángel Müller, en su concepto médico dada su especialidad en obstetricia y ginecología de la Universidad Nacional de Colombia. (Folios 746 a 750)

Ahora bien, en la etapa final del embarazo, demuestra la historia clínica que la demandante presentó signos de alarma, razón por la cual fue diagnosticada con una preeclampsia leve – moderada además, la bebe presentaba macrosomía fetal, por lo que se procedió a realizar una cesárea segmentaria, la cual no arrojó ninguna complicación, ni para la madre ni para el neonato.

En virtud de lo anterior, la Sala no observa ninguna falla en la prestación del servicio médico asistencial que se le brindó a la señora YULIMIS SHIRLEY FIGUEROA PÉREZ durante la etapa prenatal, ni por parte de las entidades que le suministraron los servicios médicos, esto es, el Hospital Eduardo Arredondo Daza y la Clínica del Cesar, ni tampoco por la EPS Saludvida a la cual se encontraba afiliada, toda vez que todos los exámenes y órdenes médicas fueron autorizadas, se le brindó el tratamiento requerido de acuerdo a la patología que presentaba, se le brindó la atención de urgencia que ameritaba, se le realizaron los exámenes clínicos necesarios, por lo tanto, no es posible señalar una falla médica asistencial en la etapa prenatal del embarazo.

De otro lado, la parte demandante aduce en su escrito de apelación, que la falla médica también se registró en la etapa posterior del embarazo, con el nacimiento de la menor NATHALIA SOFÍA FIGUEROA PÉREZ (Q.E.P.D), pues según su dicho a la neonata no se le realizó una valoración profunda ni se le practicó los exámenes necesarios y especiales, que pudieran detectar con tiempo la cardiopatía congénita, por el contrario fue dada de alta a los dos días de su nacimiento sin prever la verdadera enfermedad que aquella presentaba.

Contrario a este argumento, al analizar las pruebas obrantes en el plenario, advierte esta Corporación que tal afirmación carece de fundamentación alguna, como quiera que de conformidad con los testimonios rendidos por los especialistas, médicos pediatras que atendieron a la paciente, la menor no presentó ningún signo de alarma o sintomatología que les pudiera hacer sospechar que padecía alguna enfermedad de cuidado, mucho menos, sobre la existencia de la cardiopatía congénita detectada con posterioridad, razón por la cual le fue brindada la atención según el cuadro clínico que reportaba, el cual en

⁷ <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/norma-tecnica-para-la-deteccion-temprana-embarazo.pdf>

esos momentos mostraba una recién nacida totalmente sana, por lo que no era necesario que fuera dejada internada en UCI neonatal.

Además de lo narrado, llama la atención a esta Corporación el testimonio del pediatra EUGENIO DÍAZ HERNÁNDEZ, quien señaló que no todas las cardiopatías congénitas presentan síntomas o signos inmediatos, destacando como síntomas de la patología, soplo cardíaco, dificultad respiratoria, signos que éste aduce no presentó la menor durante su nacimiento, y que tampoco se observan de las pruebas obrantes en el proceso, por lo tanto, no es posible señalar que la Clínica del Cesar erró en el diagnóstico inicial de la neonata, ni mucho menos que el tratamiento que se le brindó no fuera el adecuado.

Se observa, que el mismo galeno señaló, que la recién nacida nació con un peso de 2700 gramos, peso que indicó era adecuado para su edad gestacional, con buen estado general, APGAR (actitud, posición, color, reflejos), por lo que se entiende no existía razón para ser dejada en UCI tal como indica la parte demandante.

Se destaca, que aproximadamente a los 20 días de nacida la menor, ésta empezó a presentar los síntomas que indica el galeno en su testimonio, motivo por el cual al momento de su ingreso en la Clínica del Cesar, se tuvo como diagnóstico inicial una cardiopatía congénita, observándose que se le brindó el tratamiento que ameritaba su estado de salud en esos momentos, siendo recluida de inmediato en UCI neonatal.

Se avizora, que una vez ingresó a la UCI, la neonata fue tratada con los medicamentos que requería, tales como, oxigenoterapia, líquidos endovenosos, se le realizó un cuadro hemático los cuales ayudaron a orientar el proceso infeccioso que presentaba, además se le practicó un Rx de tórax para evaluar sus pulmones y la silueta cardíaca, tal como indicó el pediatra que atendió a la menor, doctor RICARDO LEÓN POLANÍA OVALLE.

Adicional, a lo anterior, se ordenó un ecocardiograma el cual confirmó la patología que presentaba la niña, motivo por el cual la Clínica del Cesar ordenó su remisión a un centro de mayor nivel de complejidad con el fin de que le fuera dado el manejo por cardiología que necesitaba.

Así las cosas, las probanzas arrimadas al plenario no atisban una deficiente valoración médica ni mucho menos una falla en la prestación del servicio médico asistencial que le fue brindado a la recién nacida, pues le fue prestado el tratamiento que requería de conformidad con la sintomatología que ésta iba mostrando, y, cuando finalmente aparecieron los síntomas de la cardiopatía congénita que presentaba, se ordenó de inmediato su traslado a un centro más especializado en aras de procurar una mejoría en su estado de salud, sin obtener los resultados esperados.

Así las cosas, de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, y sólo con éste, reitera la Sala que en el plenario no se evidencia la existencia de falla alguna en el servicio médico asistencial por parte del Hospital Eduardo Arredondo Daza, la Clínica del Cesar y la EPS Saludvida, mucho menos, que los galenos hubiesen errado en el diagnóstico de la neonata ni que no se le hubiera brindado el tratamiento que requería, todo lo contrario, las pruebas denotan que existió un correcto manejo al tratamiento y procedimientos brindados tanto a la gestante como a la recién nacida, sin que se advierta ninguna prueba que muestre el nexo causal entre el fallecimiento de la menor y la atención médica que se le suministró tanto en la etapa prenatal como después de su nacimiento.

Ahora bien, la parte recurrente indica en su escrito, que a la menor se le restó posibilidades de vida, sin embargo, en el expediente como ya se anotó, no existe certeza de un error de diagnóstico, ni falla en la prestación en el servicio médico en la etapa prenatal ni con posterioridad al nacimiento, por lo tanto no es posible encausar los hechos en una pérdida de oportunidad, pues según el Consejo de Estado⁸ ello ocurre cuando la atribución de responsabilidad reside en la falta de diligencia de la entidad que no le permitió al paciente el acceso a una asistencia médica en forma oportuna, así:

“La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”⁹, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica(es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.

⁸ Exp. 11.878, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁹ Tomado de la doctrina francesa “perte d’une chance”. En sentencia de la Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actora Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S. dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo: “Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d’une chance, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

‘CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión, en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

‘Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

‘En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo’. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir” [Énfasis del texto]. Reiterada en la Sentencia 12548 del quince (15) de junio de dos mil (2000). Consejera Ponente MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ”.

En el fallo del 10 de febrero de 2000, la Corporación señaló:

"En otras palabras, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandante y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance sobrevenida (sic). Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de la probabilidad de sanar". (Subrayas fuera de texto).

En consecuencia, la pérdida de la oportunidad debe ser estudiada y definida desde la causalidad, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente, lo cual no es el caso de marras, pues en principio no se trata de un mal tratamiento o diagnóstico errado por parte de los galenos, y además no se demostró el nexo causal entre la muerte de la menor con la atención que le fue suministrada desde su nacimiento.

Ahora, si bien en el proceso se recibieron declaraciones de testigos que afirman que las entidades demandadas erraron en el diagnóstico inicial que se le dio a la niña, así como también indican que a la gestante no se le realizó un correcto control prenatal, lo cierto es que para que tales afirmaciones puedan ser valoradas y tenidas en cuenta como determinante en el nexo causal pretendido, es necesario que sus declaraciones estén soportadas con otros medios probatorios que las respalden; y, en el asunto de autos tal como se ha señalado, tal fuerza probatoria no existe, por el contrario, las probanzas arrimadas demuestran todo lo contrario a lo afirmado por los testigos.

Así las cosas, basándonos exclusivamente en el material probatorio aportado con la demanda, no es posible concluir que en el asunto de autos hubiese existido una falla en el servicio que permita infligir responsabilidad sobre las entidades demandadas, ya que no se encuentra demostrado en el expediente la relación de causalidad entre el daño y la actuación desplegada por éstas, concluyéndose que la responsabilidad implica en forma inequívoca un hecho con suficiente eficacia para generar un resultado, aspecto que en el sub examine no se evidencia.

En consecuencia, se repite, no es posible indilgar responsabilidad a las entidades demandadas, teniendo en cuenta que, la parte actora no asumió la carga probatoria que le correspondía para probar los hechos objeto del presente medio de control, por consiguiente, al estar ausente la prueba de la relación de causalidad, las pretensiones de la demanda estaban condenadas al fracaso, tal como acertadamente determinó el a quo.

Con respecto a ello, no debe olvidarse, que es un principio de derecho probatorio, que para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, es menester demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso Colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones. Todo esto en virtud de que el artículo 167 del Código General del Proceso, que consagra el principio de la carga de la prueba, terminantemente nos dice que: "*Incumbe a las*

partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... "

Debe recordarse, que la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte, de acuerdo con el artículo 167 del C.G.P., y si bien la ley faculta al juez para decretar pruebas de oficio, tal posibilidad no puede convertirse en un instrumento que supla, en su totalidad, las obligaciones que corresponden a las partes en el proceso.

Sobre el deber que le asiste al demandante de acreditar los hechos en que fundamenta su demanda, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de 30 de noviembre de 2006, número interno 16626, Actor: Ramón Fernández Fernández y otro, citando la sentencia del 4 de mayo de 1992 de esa misma Corporación, manifestó:

"Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente y en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes, no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onusprobandi o carga de la prueba". (Sic).

Por otro lado, esa misma Corporación se ha referido a la carga de la prueba basada en el principio de auto responsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable¹⁰:

"Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de 'servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales'¹¹, la Constitución de 1991 'lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano 'Idemest non esse aut non probari', igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas"¹².

"Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que 'son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba'¹³. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba

¹⁰ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike. 1982, pág 147.

¹¹ "LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15."

¹² "Ibidem."

¹³ "Op. Cit. Pág. 26."

que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones."¹⁴(Sic).

Entonces la carga de la prueba, como regla de juicio, que indica a las partes la responsabilidad que tiene para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa, resulten probados, son los elementos necesarios para que la parte demandante obtenga favorablemente sus pretensiones, pues quien bien prepara la demanda sabe de antemano cuáles hechos le interesan que aparezcan demostrados en el proceso, y por tanto sabe de la necesidad de que así sea.

En consecuencia, como no se probaron los hechos aducidos en el libelo demandatorio por parte de las demandantes, no procede la declaración de responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas en este proceso, razón por la cual este Tribunal confirmará la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, de fecha dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

Como no se observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el proceso de la referencia, no procede la condena en costas.

IX.- DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

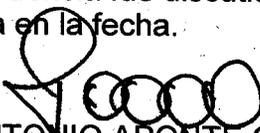
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 18 de diciembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

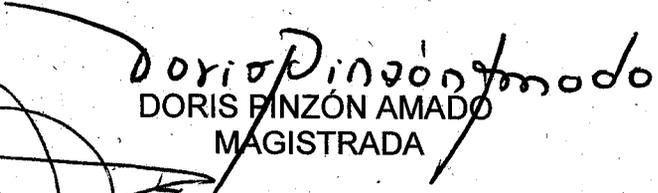
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 083, efectuada en la fecha.


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE

14 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.