



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 1

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Asunto	Proceso ordinario de reparación directa
Radicación No.	11001-33-31-037-2009-00187-00
Accionante	Yazireth Dayana Hernández Ballestas
Accionados	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros
Sentencia No.	2018-0108RD
Tema	Falla en el servicio médico - Inexistencia
Sistema	Escritural

1. ANTECEDENTES

Agotadas las etapas propias del proceso ordinario pasa a proferirse sentencia dentro del presente asunto.

2. PARTES

Son partes del proceso:

2.1 PARTE DEMANDANTE

La parte demandante corresponde a la ciudadana YAZIRETH DAYANA HERNÁNDEZ BALLESTAS, identificada con la C.C. 52.853.381.

2.2 PARTE DEMANDADA

La demanda ha sido dirigida contra NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y la UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD (integrada por las sociedades CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A. y CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A.)

2.3 LLAMADOS EN GARANTÍA

Se vincularon al proceso las siguientes entidades en virtud de llamamientos en garantía.

2.3.1 CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. (Llamado en garantía por el CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A.)

2.3.2 SOCIEDAD ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. (Llamado en garantía por la Clínica de Occidente S.A.)



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 2

3. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda se resumen a continuación:

3.1 HECHOS RELEVANTES

Los hechos relevantes de la demanda se resumen conforme los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado de la siguiente forma:

3.1.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO

Relata la accionante que en su calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es beneficiaria de los servicios de salud prestados en aquel entonces por la Unión Temporal Mejor Salud.

Hacia el mes de julio de 2006, la accionante decide el retiro del dispositivo intrauterino, método de planificación que aplicaba para el momento, de forma que acude al médico ginecólogo de Alcalá, quien al examinarla manifiesta que no puede extraer el dispositivo ya que se había incrustado tal como se observa en una radiografía tomada, por lo que ordena un legrado.

El procedimiento fue realizado en la Clínica del Norte el 1 de agosto de 2007 a las 9:00 a.m., despertando la paciente con un intenso dolor abdominal. Al ser examinada, la doctora que atendió la cirugía le manifiesta que no le suministraba algún medicamento ni le daba de alta, ya que le pudo haber perforado el útero, por lo que era necesario ver como reaccionaba al despertar y dependiendo de ello le formularía el medicamento correspondiente o se le da de alta.

El 2 de agosto de 2007 la demandante fue dada de alta no por la mejoría en su estado de salud, sino por que para la época se había efectuado la cesión del contrato celebrado entre Fiduprevisora y Mejor Salud, recibiendo la U.T. Norte, por lo tanto no podían atender pacientes ni remitirlos a otra clínica, recomendándole a la accionante que acudiera a una clínica particular, lo cual le resultaba imposible dada su situación económica, por lo que la accionante decide irse a su casa. Le formularon dos antibióticos e ibuprofeno.

La accionante tuvo que ser internada nuevamente dado el intenso dolor abdominal constante que mantenía desde su salida sin que los antibióticos o el Ibuprofeno significaran alguna mejoría, con el agravante de una constante y casi imparable disentería.

Dados estos síntomas, la accionante ingresó el 3 de agosto a la Clínica Partenón, donde fue atendida. Esta clínica se encuentra adscrita a la EPS a la que pertenece, de forma que podía haber sido remitida allí desde el 1 de agosto en lugar de ser dada de alta.

En el mencionado establecimiento se ordenaron exámenes de urgencia, entre los que puede citarse una ecografía que arrojó como resultado la existencia dentro del útero de un líquido extraño, además de un quiste de 27 x 25 x 26 mm con un volumen de 9.2 ml. Hipercongénica con centro hipogénico.

Unas horas después del ingreso a la Clínica Partenon se produjo el cambio de turno, y la médica que recibió el mismo le manifestó a la paciente que se trataba de una perforación del útero y que esta sanaba estando completamente en reposo, enviándola nuevamente a casa con antibiótico.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 3

El 4 de agosto de 2007 la accionante tuvo que ser llevada de urgencias a la Clínica Navarra, también adscrita a la EPS Mejor Salud, siendo atendida por el Dr. Daniel, quien le manifestó que a pesar de que no se trataba de la especialidad de la Clínica, se le atendía por tratarse de una urgencia, ordenando de inmediato una serie de exámenes como orina en sonda, sangre, examen físico, entre otros.

Recibidos los resultados de los exámenes, se convocó inmediatamente a una Junta Médica a la cual asisten el cirujano, el Dr. Daniel y otro doctor de turno, quienes diagnostican "abdomen agudo", por lo que debía ser intervenida de urgencia, pues el útero había sido perforado y el líquido del mismo estaba invadiendo el abdomen lo que originaba el intenso dolor y malestar. Los médicos llegaron a pensar que se había perforado el intestino grueso y posiblemente el ano, en virtud de la constante disentería. La nueva cirugía a la que la paciente debía ser sometida es llamada "laparotomía exploratoria".

Tan solo el 5 de agosto de 2007, y luego de más de 10 horas de llamadas y solicitudes urgentes efectuadas por el médico tratante para que Mejor Salud la recibiera y la interviniera en urgencia, la misma autoriza el procedimiento, siendo remitida nuevamente a la Clínica del Norte, donde efectivamente es intervenida pues sí había sido perforado el útero, siendo necesaria la extracción de las vísceras, su limpieza y colocación de nuevo.

A los 8 día de la intervención, se ordenó la extracción de los puntos y se ordenó una serie de controles médicos sin que hubiesen sido autorizados por la EPS, pues se encontraba en periodo de transición, pasando a ser la U.T. Norte.

La EPS U.T. Norte comenzó a tratar a la paciente, siendo la primera atendida por tal organización, determinando el médico tratante que no requería más exámenes y aumentando la incapacidad por 4 días, a pesar de la persistencia del dolor y de la disentería.

Debido que el dolor y la disentería persistían, la accionante acude a la Liga Nacional contra el Cáncer, en donde le fue ordenada nuevamente una ecografía, que arroja como resultado la disminución casi total del líquido, pero un crecimiento exagerado del quiste detectado inicialmente en la Clínica Partenon y que, a pesar de ser conocido por los médicos, no fue extraído en la misma cirugía, midiendo para el momento la mitad de lo que mide el mismo útero.

Por sugerencia de la Liga Contra el Cáncer, la accionante solicita nueva cita para el análisis de la ecografía, siendo atendida por el médico de turno que le informa que el quiste no requiere de intervención quirúrgica, pues seguramente no se trataba de un quiste sino de un coágulo producto de la mala ovulación presentada y por lo tanto sugiere un tratamiento con anticonceptivos puesto que estos hacen que el cuerpo absorba el coágulo y desaparezca. Aclara que durante este tiempo la accionante no ha tenido una mala ovulación, puesto que su periodo menstrual ha llegado puntualmente y por el contrario ha durado un poco más de lo normal, lo que no concuerda con el diagnóstico del médico puesto que, al haber fluidez en la corriente sanguínea, no tienen por qué existir coágulos.

Una vez suspendida la ingesta de anticonceptivos, a mediados del mes de noviembre de 2007, la accionante ha intentado en varias oportunidades quedar embarazada.

A pesar de seguir asistiendo a las citas con su ginecólogo y dando a conocer su historial, la actual EPS U.T. Norte no ha realizado los exámenes tendientes a determinar si la accionante puede tener hijos, a pesar de que en diligencia de conciliación adelantada ante la Procuraduría Delegada 4 se comprometió a ello.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 4

Luego de varios requerimientos la accionante fue sometida a los exámenes de rigor, siendo diagnosticada la infertilidad secundaria como consecuencia de la perforación del útero, diagnóstico emitido por el Hospital de San José.

Luego de un largo tratamiento, la accionante ha quedado embarazada, siendo su embarazo catalogado como de alto riesgo, dado que el útero aún se encuentra maltrecho, por lo que ha sido incapacitada en varias oportunidades, desconociéndose si el embarazo puede llegar a feliz término.

3.1.2 ACERCA DEL DAÑO

Aunque en las pretensiones de la demanda se reclaman daños materiales y morales, no se enuncia en los hechos en qué consisten las pérdidas materiales sufridas en alguna modalidad.

La parte actora indica haber sufrido perjuicios de orden moral respecto del sufrimiento al que fue sometida.

3.1.3 ACERCA DE LA FALLA DEL SERVICIO

En los términos del Artículo 2356 del Código Civil, por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado. En este caso, la falta de cuidado del médico que realizó la intervención quirúrgica en la que se perforó el útero a la accionante, le generó no solamente malestares físicos, en virtud del daño causado por la tardía prestación del servicio además la imposibilidad existente de no volver a tener hijos.

3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones han sido formuladas de la siguiente forma:

"PRIMERO: Que se declare que el MAGISTERIO DE EDUCACIÓN, EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES - FIDUCIARIA LA PREVISORA y MEJOR SALUD, son administrativa y solidariamente responsables de los daños y perjuicios de orden moral y material ocasionados a la señora Yarizett Dayana Hernández, por los hechos ocurridos el día 1 de Agosto de 2007, en los cuales, como consecuencia de una intervención quirúrgica, le fue perforado el útero a mi poderante, quedando su vida en riesgo.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración, el MAGISTERIO DE EDUCACIÓN, EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES - FIDUCIARIA LA PREVISORA y "MEJOR SALUD, en forma solidaria se condene a pagar a la señora Yarizett Dayana Hernández, a título de perjuicios materiales en los valores y en la cuantía que se demuestre en la demanda incluyendo la indemnización vencida y la Indemnización futura.

TERCERO: Que como consecuencia de la anterior declaración, el MAGISTERIO DE EDUCACIÓN, EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES - FIDUCIARIA LA PREVISORA y MEJOR SALUD, en forma solidaria se condene a pagar a la señora Yarizett Dayana Hernández, a título de perjuicios morales el equivalente en dinero a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales por el padecimiento y sufrimiento al que fue sometida



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 5

CUARTO: Que los valores que ordene pagar la sentencia a favor de mi poderdante lo sea dentro del término establecido en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Que las sumas reconocidas en la sentencia a favor de mi poderdante por concepto de daños materiales, sean indexadas en los términos ordenados en el Artículo 178 del Código Contencioso Administrativo."

4. LA DEFENSA

Las accionadas se pronunciaron de la siguiente forma:

4.1 SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.

Este demandado se pronuncia mediante el escrito que obra folios 75 y siguientes del expediente.

4.1.1 ACERCA DE LOS HECHOS

Respecto de los hechos tiene como ciertos los relativos a la afiliación de la accionante y a la prestación del servicio médico, precisando que la U.T. MEJOR SALUD no es una EPS.

En cuanto al daño y la falla en el servicio, este demandado dice atenerse a lo que resulte probado.

Aclara que la Fiduciaria La Previsora actúa como representante del patrimonio autónomo denominado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado con la Nación – Ministerio de Educación Nacional, sin tener alguna injerencia en los hechos de la demanda, pues los servicios médico - asistenciales son atendidos directamente por la entidad prestadora de servicios contratada para el efecto.

Para la época, la entidad prestadora de servicios médico – asistenciales para los docentes, afiliados y beneficiarios del Distrito Capital era la Unión Temporal Mejor Salud U.T., en virtud del contrato No. 1122-55-2005 del 26 de agosto de 2005.

Correspondió entonces la atención de la demandante a la mencionada Unión Temporal, en su condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, correspondiendo entonces a la Unión Temporal responder acerca de la veracidad de los hechos referentes.

4.1.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone expresamente a las pretensiones de la demanda.

4.1.3 EXCEPCIONES

Como excepciones perentorias este demandado formula las siguientes:

4.1.3.1 INEXISTENCIA DE LA DEMANDADA UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD U.T.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 6

La demanda ha sido dirigida contra la U.T. Mejor Salud, la cual no es persona jurídica, ni persona natural, ni patrimonio autónomo.

En consecuencia, una unión temporal nunca puede ser parte de un proceso ni como demandante ni como demandada, pues carece de esta clase de capacidad que es un presupuesto procesal.

A pesar de haberse admitido la demanda contra ella, no se puede entender que por esta circunstancia adquiera personería jurídica, pudiendo entonces derivar el presente caso en una nulidad o en una sentencia de carácter inhibitorio.

Una sentencia condenatoria contra una unión temporal no puede ser cobrada, especialmente si dicha unión temporal ya no existe.

El Artículo 7º de la Ley 80 de 1993, señala que existe unión temporal cuando:

"...dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado..."

En virtud de la solidaridad que impone la ley a las personas naturales o jurídicas que conforman la unión temporal, se puede armar un litis consorcio facultativo pasivo, o simplemente demandar a una sola de las personas que conforman la unión temporal, pero no como se ha hecho en el presente caso.

La unión temporal en el presente caso estuvo conformada por la Clínica de Occidente S.A. y por el Policlínico del Olaya C.P.O. S.A., todo lo cual consta en el contrato para la prestación de servicios médico asistenciales 1122-55-2005 del 26 de agosto de 2005.

4.1.3.2 FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA

En el Artículo 3º de la Ley 91 de 1989 se dispone la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los siguientes términos:

"...como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Para tal efecto el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil..."

El contrato de fiducia mercantil¹ se define en el Artículo 1226 del Código de Comercio.

¹ La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario..."



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 7

En virtud de lo anterior, mediante Escritura Pública 83 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá, el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria La Previsora S.A., celebraron un contrato de fiducia mercantil (actualmente vigente), que tiene por objeto la administración de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo del mismo, en cuya cláusula segunda se indica:

"El presente contrato tiene por objeto constituir una Fiducia Mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio <EL FONDO> con el fin de que LA FIDUCIARIA los administre invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para EL FONDO conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo"

En desarrollo del contrato de fiducia mercantil, el 26 de agosto de 2005 se celebró entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Unión Temporal Mejor Salud U.T (Centro Policlínico del Olaya S.A. y Clínica del Occidente Ltda), el contrato de prestación de servicios No. 1122-55-2005.

Resulta evidente entonces que en el presente caso la Fiduciaria no actúa en nombre propio, sino como representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual se pone de manifiesto en el contrato de prestación de servicios médico – asistenciales así:

*"CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO-ASISTENCIALES ENTRE EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD U.T. (CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A. Y CLÍNICA DEL OCCIDENTE LIMITADA) 1122-55-2005
(...)"*

Entre LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. obrando en nombre y representación del patrimonio autónomo FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuenta especial de la Nación Ministerio de Educación Nacional, entidad representada en este contrato por el Doctor MANUEL DOMINGO PÉREZ RÚAN..." (Negrilla del demandado)

En consecuencia, es dable concluir que respecto de los eventuales perjuicios que aquí se demandan, no existe responsabilidad en cabeza de este demandado, pues los bienes y recursos del fideicomiso deben estar separados de los activos propios de la Fiduciaria, y por ende sus obligaciones y contingencias también, tal como lo ordena el Artículo 1233 del Código de Comercio.

4.1.3.3 (EXCEPCIÓN PERENTORIA SUBSIDIARIA DE LA EXCEPCIÓN PERENTORIA No. 2). LA EVENTUAL RESPONSABILIDAD ESTARÍA DE MANERA EXCLUSIVA Y SOLIDARIA EN CABEZA DE LAS PERSONAS QUE INTEGRAN LA DENOMINADA UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD U.T.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 8

Esta excepción es subsidiaria y complementaria de la anterior, dado que en el contrato de prestación de servicios médico – asistenciales están claramente delimitadas las obligaciones de la fiduciaria, por las cuales se puede declarar su responsabilidad si es del caso hacerlo, y ninguna de ellas atañe a la prestación del servicio médico, por lo que sería contrario a derecho declarar que la misma es responsable por las eventuales fallas que en desarrollo de esta se presenten.

En la Cláusula Quinta del contrato se establecen las funciones de la fiduciaria de la siguiente forma:

"a) Actuar como vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) Ejercer las funciones de supervisión y vigilancia de la ejecución del contrato, haciendo seguimiento a todos los compromisos y obligaciones adquiridas por el contratista, de manera permanente, teniendo en cuenta entre otros los indicadores de gestión, los aspectos relevantes de las quejas de los usuarios y los informes de los Comités Regionales.

c) Pagar el valor del contrato en los términos y condiciones establecidos en el capítulo III del presente contrato.

d) Remitir la base de datos de los afiliados que seleccionaron a cada contratista, a la firma del contrato, e igualmente durante la ejecución del mismo, hacer el aparte de novedades.

e) Imponer al CONTRATISTA las multas a que haya lugar, de lugar, de conformidad con las estipulaciones contenidas en el capítulo IX del presente contrato.

f) Divulgar los estándares, la red y los servicios adicionales ofertados por el CONTRATISTA, para que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) conozcan las entidades en las cuales podrán inscribirse.

g) Todas las demás obligaciones que por la naturaleza del contrato o la ley correspondan al CONTRATANTE."

Además, en la Cláusula Segunda del contrato se establece que:

"EL CONTRATISTA se obliga por medio del presente contrato a garantizar la prestación de servicios médico asistenciales a los docentes activos, y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a sus beneficiarios..."

En la Cláusula Cuarta se establecen las obligaciones del contratista de la siguiente forma:

*"e) Establecer procedimientos e indicadores para controlar la **atención integral, eficiente, oportuna y de calidad** en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de*



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 9

*Salud, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2309 de 2002.”
(Negrilla fuera de Texto)*

“f) Cumplir con las condiciones y especificaciones técnicas de los servicios establecidas en los Términos de Referencia y relacionadas entre otros asuntos con: Plan de atención para afiliados y beneficiarios...estándares de calidad del sistema de atención...suministro de medicamentos servicios de hospitalización y cirugía...”

“q) Mantener indemne a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de todo daño, lesión o perjuicio que se pueda causar a los docentes y beneficiarios de los servicios de salud de que trata este contrato por motivos inherentes al servicio y asumirá con cargo exclusivo a su pecunio cualquier sanción o condena, proferida por autoridad administrativa o judicial, que quede en firme y cualquier costo que por éstas razones se genere. EL CONTRATISTA no podrá en éste caso trasladar su responsabilidad a las personas jurídicas o naturales que contrate, subcontrate o que hagan parte de su organización, sin perjuicio del derecho a repetir contra aquellos en el evento en que fuere procedente...” (Negrilla del demandado)

Además de lo anterior se pactó el pago de multas en los eventos de incumplimiento del contratista.

Finalmente, en la Cláusula 41 se fija la responsabilidad del administrador fiduciario de la siguiente forma:

“De conformidad con la naturaleza de las obligaciones que la Ley le impone a la sociedad administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sus obligaciones son de medio y no de resultado, respondiendo ante el fideicomitente y ante EL CONTRATISTA con la diligencia debida hasta culpa leve, sin que le sea atribuible responsabilidad alguna por los actos que ejecute siguiendo instrucciones del FIDEICOMITENTE, salvo que éstas sean manifiestamente ilegales.

En consecuencia, la sociedad fiduciaria no asume responsabilidad alguna frente a los usuarios de los servicios objeto del presente contrato, cuando estos sean prestados en forma irregular o deficiente, o no sean prestados por cualquier causa.” (Subraya y Negrilla fuera del demandado)

Todo lo anterior permite concluir que no es la Fiduciaria la encargada de responder en los casos de falla en la prestación del servicio médico que se lleguen a presentar y que eventualmente causen perjuicios, significando que los eventos de mala praxis de la unión temporal constituyen un incumplimiento de lo pactado con la Fiduciaria.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 10

4.1.3.4 LA SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS ESTÁ EN CABEZA DEL RESPECTIVO COMITÉ REGIONAL DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

De conformidad con la Cláusula 38 del contrato, corresponde al Comité Regional de Prestaciones "velar porque se cumpla con la prestación de los servicios médico – asistenciales. Dicho comité, según lo dispuesto por el Artículo 6º del Decreto 2831 de 2005 que deroga el Decreto Reglamentario 1775 de 1990, está integrado por los siguientes miembros:

"1. El secretario de educación de la respectiva entidad territorial certificada o su delegado, quien lo presidirá.

2. El jefe de personal de la respectiva secretaría de educación, o quien haga sus veces.

3. Un rector de una de las Instituciones Educativas del Estado de la respectiva entidad territorial certificada, quien deberá ser escogido por la mayoría simple de los votos de los miembros de la planta de directivos docentes de la entidad territorial que participen en el proceso de elección, quien ejercerá por un período de dos (2) años, reelegible por una sola vez.

4. Un representante de la unión sindical de educadores al servicio del Estado con el mayor número de afiliados en la entidad territorial. A falta de este, si no fuere comunicada su designación dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en la que entre a regir este decreto, el de la organización gremial de docentes o directivos docentes al servicio del Estado que le siga en número de afiliados en el respectivo ente territorial."

Como puede observarse, la entidad contratante no forma parte del Comité Regional y al no tener a su cargo la función de vigilancia respecto de la prestación de los servicios médico – asistenciales, mal podría declararse responsable por la eventual falla en ésta y por perjuicios que de ésta se deriven.

4.1.3.5 INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD Y DE NEXOS CAUSALES

De la historia clínica, de los antecedentes de la paciente y de los procedimientos médicos se desprende que el actuar de la profesional de la medicina fue totalmente idónea y el reconocido medicamento para el retiro del dispositivo de planificación cuando se encuentra enquistado; el procedimiento fue satisfactorio y atendió la "lex artis", aplicando la técnica correcta y empleando las normas y deberes que corresponden a la ética profesional basado en las obligaciones de medio, no de resultado y de que el médico no puede ir más allá del riesgo previsto (artículo 16 de la Ley 23 de 1981 y Decreto 3380 de 1981).

Se indica en la demanda que la accionante solicita el retiro del dispositivo debido a su intención de quedar embarazada, por lo cual acude al ginecólogo, quien le manifiesta que la extracción resulta imposible en tanto se había



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 11

incrustado el dispositivo, conclusión a la que llega luego de analizar una radiografía de la paciente y ordena un legrado.

Según indica la demandante, en el procedimiento se produjo una falla y como consecuencia de ello la perforación del útero y una consecuente disentería, para finalmente luego de una serie de intervenciones derivar en una infertilidad secundaria.

Se habla de un hecho que tiene dos consecuencias distintas y en tiempos distintos.

Primero se dice que a la demandante se le perforó el útero en la intervención quirúrgica para la remoción del dispositivo intrauterino, lo cual le produjo dolencias físicas y anímicas, las que llevaron a una infertilidad secundaria.

Debe entonces demostrar la parte demandante:

- a. La operación para la sustracción del dispositivo y su posterior tratamiento constituyeron una mala "praxis médica".
- b. El nexo causal entre el procedimiento quirúrgico y las dolencias que fueron causa de la disentería mencionada.
- c. El nexo causal entre las dolencias que generó la primera intervención y la posterior infertilidad secundaria.

Lo anterior implica que, para la prosperidad de las pretensiones, la accionante deberá probar que eventual daño sufrido por la paciente, no fue producto del uso y posterior incrustación del dispositivo "T", procedimiento en el cual no intervino la clínica que atendió la solicitud de extracción del mismo y que puede deberse, además, a una enfermedad del cuello uterino; que la disentería no fue causada por falla en el cuidado post operatorio a cargo de la accionante, y que la infertilidad secundaria no fue originada por causa distinta (enfermedad diferente, accidente, otras intervenciones quirúrgicas, etc.) a la primera intervención, en donde se tenía como propósito la remoción del dispositivo.

La realidad de lo aquí planteado no obedece tan solo a factores previos como la incrustación del dispositivo intrauterino, sino también a causas y circunstancias posoperatorias, como indebida protección, infecciones no controladas por la paciente, alimentación inadecuada, posteriores intervenciones quirúrgicas, diagnóstico y medicación ordenada por especialistas externos en contravía de lo dispuesto por aquellos que hacen parte del personal de la EPS, entre otros posibles orígenes.

En otras palabras, si fuera cierto que la operación no fue la adecuada y que el medico (a) actuó negligentemente, hoy día resulta sumamente extraño que esto llevara a la disentería o infección presentada posteriormente, pero mucho más extraño resultaría que esta causa le acarrearla la infertilidad secundaria.

Con absoluta seguridad, si el procedimiento no hubiera sido el más idóneo, no podría la demandante quedar en estado de gravidez como lo hizo con posterioridad a la intervención, pues ésta tenía como propósito remover el



dispositivo intrauterino para que, posteriormente, la señora YARIZETT DAYANA HERNÁNDEZ pudiera nuevamente tener un hijo.

La conclusión es que no existe culpa del médico que hace la operación, y mucho menos nexo causal entre este hecho y la "infertilidad secundaria" actualmente diagnosticada, que como se desprende de los hechos no existe, más aún si se tiene en cuenta que puede ser generada por causas distintas como un proceso infeccioso en la pareja, aumento de peso, ingesta de alimentos menos saludables, pérdida de cualidades saludables del esperma, disminución de la capacidad ovocitaria, etc.

4.1.3.6 EXCEPCIÓN GENÉRICA

Pide este demandado que se declare probada cualquier excepción que así encuentre el fallador.

4.2 UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD

Mediante auto del 11 de enero de 2011 se resuelve no tener en cuenta la contestación de la demanda y el llamamiento en garantía formulados por Mejor Salud U.T. dado que tal organización carece de personería jurídica.

4.3 CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA

Este demandado se pronuncia mediante el escrito que corre a folios 171 y siguientes del expediente.

4.3.1 ACERCA DE LOS HECHOS

Tiene como ciertos los relativos a la afiliación de la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que le consten los relativos a sus métodos de planificación familiar o de sus intenciones de tener más hijos.

Precisa que la unión temporal Mejor Salud no es una EPS, correspondiéndole solamente la expedición de las autorizaciones para la prestación de los servicios médicos.

Tiene como cierto lo relativo a la asistencia de la accionante a la IPS Alcalá para la atención por parte del médico ginecólogo con el objeto del retiro del dispositivo, previa autorización por parte de la unión temporal.

Respecto de la imposibilidad para el médico tratante de retirar el dispositivo, ello no corresponde a la función administrativa de la Unión Temporal, pues la competencia de esta se limita a expedir las autorizaciones.

El servicio fue prestado a través de la Clínica del Norte por lo que la información detallada acerca de la prestación del servicio debe proporcionarla el operador, sin que le consten a este sujeto procesal las patologías con las que despertó la demandante. Precisa que las historias clínicas de los pacientes fueron entregadas al cesionario del contrato de prestación de servicios, quien asume el servicio a partir del 20 de agosto de 2007 y no desde el día 2 como lo indica la demandante.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 13

Acepta que la paciente fue dada de alta y se emitieron las autorizaciones necesarias para la prestación del servicio en la Clínica Partenón, adscrita a la red de operadores de Mejor Salud U.T.

Respecto de que la accionante debía ser atendida en la Clínica Partenón y no en la Clínica del Norte, es una situación que atañe a la paciente, pues estaba en el derecho de escoger la entidad que le prestaría los servicios dentro de la red de prestadores.

Respecto de los hallazgos, atenciones y evidencias de la paciente, revisada la historia clínica se evidencia que estuvieron enfocados por el médico tratante a una anexitis pos legrado, debiendo tenerse en cuenta que el médico tratante al momento de la consulta no evidenció signos de peritonitis secundaria a una posible perforación del útero.

Debe tenerse en cuenta que los dispositivos intrauterinos en ciertas ocasiones se encarnan en la pared del útero, lo que puede generar las condiciones que se presentaron en el presente caso, sin que haya lugar por este solo hecho a determinar algún grado de responsabilidad de la IPS o de la Unión Temporal que otorga la autorización.

La historia clínica da cuenta de las anotaciones realizadas por la ginecóloga ANA ZÚÑIGA, quien da cuenta de que "no se considera cuadro de perforación uterina al ser retirado el DIU, se considera una anexitis.", ante lo cual se formularon los medicamentos correspondientes y se citó a la paciente para control en dos días, otorgando para ello las recomendaciones médicas respectivas.

Ello evidencia que la atención médica otorgada por el doctor CARLOS PAREDES, estuvo enmarcada dentro de los parámetros de la lex artis y la buena praxis, máxime si se tiene en cuenta el concepto de la doctora ANA ZÚÑIGA que confirma el diagnóstico del mencionado profesional.

No le consta a este demandado lo ocurrido en su domicilio, precisando que las respuestas de cada paciente son diferentes, acordes con las patologías de cada uno de ellos, dependiendo de los diferentes tratamientos que ordene el cuerpo médico.

Llama la atención de este demandado que a pesar de las recomendaciones médicas, la accionante acuda a otra IPS que no era especializada en el área de ginecología, y que al carecer de esta especialidad únicamente otorga la atención acorde con el nivel que comprendía, situación que siempre estuvo cubierta por la Unión Temporal.

No tiene como cierto que el cuerpo médico le haya indicado a la demandante que se había presentado una perforación del útero o una perforación del intestino grueso o una perforación del ano, máxime si se tiene en cuenta que el diagnóstico de los doctores PAREDES y ZÚÑIGA se enfocaba en una anexitis. Se contradice la accionante en este aparte.

Anota que el procedimiento de "laparotomía exploratoria" se utiliza para visualizar de forma directa un estado clínico del abdomen del paciente, para precisar la patología, no como respuesta a un diagnóstico certero.

Se evidencia que al momento del examen médico, practicado el día anterior por el ginecólogo CARLOS PAREDES se encontró lo siguiente:



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 14

- La paciente presentaba dolor pélvico
- No hay signos de defensa abdominal
- Diagnóstico de anexitis pos legrado
- Formula exámenes de laboratorio y una ecografía

No puede entonces deducirse que hubo fallas en la atención en salud, falta de calidad en la misma o ausencia de la suficiente provisión de servicios, pues el resultado del acto médico, a pesar de haberse practicado dentro de los parámetros de la lex artis en varias oportunidades, no debe contemplarse como responsable por el solo hecho de no complacer la expectativa de la paciente. Es decir, que si el acto médico a pesar de haberse realizado dentro de la máxima vigilancia y precaución y a pesar de ello surgen complicaciones, no puede inferirse que hubo fallas en la atención.

No pueden entremezclarse las autorizaciones que efectivamente se otorgaron por Mejor Salud y que efectivamente llevaron a buen término, con las actuaciones médico-quirúrgicas y los resultados connaturales al procedimiento de legrado, pues las dos situaciones difieren en su origen a pesar de buscar el mismo objetivo de preservación de la salud de la paciente.

Tiene como cierto que una vez establecido el posible diagnóstico de abdomen agudo por la Clínica Navarra, se expide la autorización para la remisión a una institución que prestara los servicios de ginecología, específicamente a la Clínica del Norte de Bogotá, en donde la paciente fue intervenida y dada de alta una vez se encontró en buenas condiciones de salud.

Los procedimientos practicados tuvieron como objetivo solventar la patología del proceso inflamatorio de la paciente, secundario a un dispositivo encarnado que fue removido quirúrgicamente y en donde Mejor Salud, a pesar de no estar en contacto directo con la paciente, expidió todas las autorizaciones requeridas y sin que se denotaran irregularidades.

No se vislumbra entonces responsabilidad del médico tratante en su acto tendiente a solventar los resultados del retiro del dispositivo incrustado en la pared del útero el 1 de agosto de 2007, el cual puede migrar por sí mismo sin la intervención del médico, correspondiendo entonces el remediar esta situación.

Aclara que si bien es cierto que se presentó la cesión del contrato, esto se produjo el 22 de agosto de 2007, sin que en algún momento se llegara a suspender la autorización de los servicios.

No le constan a este demandado las atenciones brindadas con posterioridad a la cesión del contrato, especialmente la orden médica de suspensión de la ingesta de anticonceptivos dada en el mes de noviembre de 2007, así como tampoco el que la demandante no hubiera logrado quedar en estado de embarazo.

A pesar de lo anterior, se tiene conocimiento por información de la Clínica Materno Infantil EUSALUD S.A., adscrita en su momento a la UT Mejor Salud, que la accionante ingresó el 27 de agosto de 2009 para parto por cesárea y pomeyoy, lo cual desvirtúa lo manifestado por la accionante respecto de su infertilidad.

4.3.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este demandado se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones.



4.3.3 EXCEPCIONES DE MÉRITO

Como excepciones de mérito este demandado propuso las siguientes:

4.3.3.1 LA OBLIGACIÓN DE LA UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD - CLÍNICA DE OCCIDENTE S.A. Y CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA SA., ERA LA DE ADMINISTRAR EL RIESGO EN SALUD DE SU POBLACIÓN AFILIADA AL RÉGIMEN ESPECIAL DEL MAGISTERIO, EN ESTE CASO LA SEÑORA YARISSETT DAYANA HERNÁNDEZ, ESA OBLIGACIÓN ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO

La obligación de la UT Mejor Salud era la de administrar el riesgo de salud de su población afiliada, riesgo que se administra, ya sea prestando directamente el servicio a través de las IPS propias o mediante la contratación con otras IPS, como en el presente caso se hizo a través de la Clínica del Norte y de la Clínica Partenón de la ciudad de Bogotá.

Se tiene entonces que la administración del riesgo en salud corresponde a una obligación de medio, no de resultado, por lo que no resulta posible la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva como lo sostiene la parte actora, quien aduce una falla del servicio que no es aplicable a la responsabilidad de los particulares, sino únicamente en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, falla que conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado debe ser probada, pues no se presume.

4.3.3.2 FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA UT MEJOR SALUD DADO QUE NO SE ENCUENTRA OBLIGADA A RESPONDER POR LOS ACTOS MÉDICOS SUMINISTRADOS POR LA IPS CLINA PARTENÓN S.A. Y CLÍNICA NORTE

La Unión Temporal Mejor Salud – Centro Policlínico del Olaya S.A. no ha sido el causante de las afectaciones padecidas por la demandante, pues no existe vínculo jurídico con la parte actora.

Los servicios que se imputan por parte de los demandantes como causantes del daño sufrido por la accionante, fueron suministrados por la IPS Clínica del Norte y Clínica Partenón S.A., sin que obre prueba de solidaridad o factor de imputación que haga responsable a tales sociedades respecto de la Unión Temporal Mejor Salud. Al estar reclamándose un daño contractual, debe probarse que existe obligación de la U.T. Mejor Salud – Centro Policlínico del Olaya, de responder por el daño reclamado por la parte actora.

4.3.3.3 INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA GENERADORA DEL DAÑO Y EL DAÑO

Entre tanto la Unión Temporal no es responsable de los servicios médicos o de salud por los cuales se presenta la demanda, es decir, al no haber intervenido en ellos, no existe un nexo de causalidad entre la conducta y el daño, pues la obligación de la Unión Temporal para con el afiliado se limitan al cubrimiento económico a través de la red de prestadores de los servicios médicos que requiriera el afiliado, no siendo responsable de los actos médicos desarrollados por la Clínica Partenón, por lo que no existe relación de causalidad entre el acto médico y el daño imputado en la demanda.



4.3.3.4 LA I.P.S NO TIENE VINCULO DE SUBORDINACIÓN CON LA UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD-CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A., POR TANTO LA UNIÓN TEMPORAL NO RESPONDE POR EL HECHO DE UN TERCERO.

En tanto las IPS cuentan con autonomía técnica y financiera, al no existir vínculo de subordinación con la Unión Temporal Mejor Salud, corresponde a los prestadores directos del servicio médico responder por los daños y perjuicios que pudieren ocasionar, de conformidad con lo previsto en el Artículo 2357 del Código Civil.

4.3.3.5 EXCESIVA TASACIÓN EN LOS PERJUICIOS

Este accionado cita en extenso un aparte de la sentencia² del 17 de agosto de 2001 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en donde se pronuncia acerca de la tasación del daño moral. También cita un aparte de la providencia de esta misma Corporación proferida el 11 de septiembre de 2002 con ponencia del Dr. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

Como se observa en las sentencias referenciadas el Juez debe tener en cuenta los límites jurisprudenciales frente al monto indemnizable en el caso de los perjuicios morales pero también debe utilizar su arbitrio, ésta conjugación de factores debe darse en la tasación del monto a indemnizar pero sobre todo debe tenerse certeza de la existencia del daño moral sobre esto y no puede existir alguna duda.

4.3.3.6 RIESGO PREVISTO

Considera este demandado que en atención de la patología sufrida por VICTORIA PÉREZ DE BAUTISTA (Sic), no pueden desconocerse los riesgos que toda enfermedad trae consigo por los diferentes factores que confluyen.

Toda enfermedad conlleva cierto riesgo para quien la padece, y no se puede dar certeza absoluta al paciente acerca de su total recuperación, más si se tiene en cuenta que la obligación de los médicos es de medio y no de resultado.

4.3.3.7 LA GENÉRICA

Solicita al juzgador que en los términos del Artículo 306 del Código de Procedimiento Civil declare probada cualquier excepción que así encuentre de forma oficiosa.

4.3.3.8 NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PARA CONDENAR A LA UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD -CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A.

4.3.3.9 LOS ACTOS MÉDICOS REALIZADOS A LA SEÑORA YARISSETT DAYANA HERNÁNDEZ ESTUVIERON CONFORME A LA LEX ARTIS POR LO QUE NO EXISTE DAÑO IMPUTADO POR LOS ACTORES DE LA DEMANDA

² Radicación interna 20016492



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 17

4.3.3.10 AUSENCIA DEL ELEMENTO CULPA EN LA ATENCIÓN ASISTENCIAL SUMINISTRADA POR LA CLÍNICA NORTE Y CLÍNICA PARTENÓN S.A., A LA SEÑORA YARISSETT DAYANA HERNÁNDEZ 11. LOS ACTOS MÉDICOS SE REALIZARON CONFORME A LA LEY DE ÉTICA MEDICA

4.3.3.12 LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA SE RIGE POR LA CULPA PROBADA CONFORME EL ART 177 DEL C.P.C., DEBE LA PARTE ACTORA PROBAR LOS HECHOS IMPUTADOS COMO NEGLIGENTES Y EL NEXO CAUSAL ENTRE LOS MISMOS Y LOS DAÑOS REFERENCIADOS EN LA DEMANDA

5. LLAMADOS EN GARANTÍA

Los llamados en garantía se pronunciaron de la siguiente forma:

5.1 SOCIEDAD CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.

La sociedad Clínica del Occidente S.A. se pronuncia mediante el escrito que corre a folios 221 y siguientes del expediente.

5.1.1 ACERCA DE LA DEMANDA

Sobre la demanda principal, esta sociedad se pronuncia de la siguiente forma:

5.1.1.1 ACERCA DE LOS HECHOS

Respecto de los hechos, manifiesta que no le constan los relativos a la intención de la accionante de retirar el dispositivo intrauterino con el fin de lograr un embarazo, precisando que como integrante de la unión temporal no tiene conocimiento de los manejos administrativos. Sostiene que la Unión Temporal es una EPS.

No le consta alguno de los relativos a la atención médica de la paciente y de sus consecuencias. Se atiende a lo que resulte probado en el proceso.

5.1.1.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este llamado en garantía se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

5.1.1.3 EXCEPCIONES DE MÉRITO

Se propusieron con la contestación de la demanda las siguientes excepciones de mérito.

5.1.1.3.1 INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS PARA QUE SE PRESENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PARTE DE LA CLÍNICA DEL OCCIDENTE COMO PARTICIPANTE DE LA UNIÓN TEMPORAL EPS MEJOR SALUD, ESTO ES UN DAÑO CAUSADO, UNA CULPA PROBADA Y UN NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CULPA



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 18

5.1.1.3.2 INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE EVENTUALES PERJUICIOS A CARGO DE LA DÉ LA CLÍNICA DEL OCCIDENTE POR CUANTO LOS DAÑOS QUE RECLAMA LA PACIENTE NO SON ATRIBUIBLES A ELLA DIRECTA O INDIRECTAMENTE NI TAMPOCO A LA UNIÓN TEMPORAL DE LA CUAL HACE PARTE

Estas dos excepciones fueron sustentadas indicando la accionada que no prestó alguna atención médica de forma directa a la accionante, correspondiéndole solamente la expedición de autorizaciones como integrante de la Unión Temporal Mejor Salud EPS.

Se le brindaron los servicios requeridos mientras permaneció vigente su afiliación, de forma que se le autorizó el procedimiento requerido el 1 de agosto de 2007 en la Clínica del Norte, consistente en un legrado.

El hecho de que se haya presentado una presunta perforación del útero de la paciente al momento del procedimiento de legrado no significa que se haya atentado contra los postulados de seguridad y de pertinencia, pues este resultado es connatural al procedimiento y su índice de presencia es usual y común por el procedimiento riesgoso que conlleva. Ello no significa que se hayan dejado de lado los protocolos médicos y las regulaciones que rodean el acto médico. No necesariamente una complicación médica puede tener como génesis un evento adverso o viceversa, pues este punto debe analizarse desde la óptica del mayor o menor grado de diligencia y versación utilizada por el médico tratante, situación que no corresponde a la esfera administrativa sino de la responsabilidad médica.

Si todo resultado se asumiera de manera totalmente objetiva, perdería sentido el acto médico que de por sí conlleva obligaciones de medio en tanto no se puede garantizar al paciente que no sufra las posibles consecuencias propias de la intervención o tratamiento.

La demandante recibió las intervenciones requeridas mediante una secuencia lógica de las actividades médicas y la Unión Temporal desplegó todas sus actuaciones dentro del máximo rigor y con la observancia del principio de continuidad, pues otorgó todas y cada una de las autorizaciones respectivas, y si el acto médico presentó complicaciones inherentes al procedimiento, debe desligarse de la actividad administrativa tendiente a la satisfacción de la necesidad de la usuaria, sin que por ello pueda inferirse que se descuidaron desde el punto de vista institucional los deberes para la atención de la paciente.

La responsabilidad de los integrantes de una unión temporal de conformidad con lo que prevé el Artículo 7 de la Ley 80 de 1993, es solidaria respecto del cumplimiento total de la propuesta y del contrato. Las sanciones en caso de incumplimiento se imponen de acuerdo a la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal, debiendo tenerse en cuenta que frente a un eventual incumplimiento, todos y cada uno de los miembros del consorcio responden por el mismo, pero debe resaltarse que de hecho la unión temporal es diferente a sus integrantes por funcionalidad, organización y responsabilidad.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 19

Respecto de la EPS Mejor Salud, ésta presenta sus propias consideraciones para probar que cumplió con sus obligaciones en relación con la afiliada. Los procedimientos que se practicaron estuvieron encaminados a solventar la patología propia del proceso inflamatorio, secundario a un dispositivo encarnado que fue retirado quirúrgicamente y en donde Mejor Salud UT, a pesar de no estar en algún momento en contacto directo de tipo médico con la paciente, otorgó todas las autorizaciones requeridas sin que la parte actora haya denotado alguna irregularidad al respecto.

No se vislumbra entonces responsabilidad en el médico tratante por su acto tendiente a solventar resultados del retiro del dispositivo incrustado en la pared del útero el 1 de agosto de 2007, el cual puede migrar por sí mismo a través de la pared del útero sin intervención médica, correspondiendo al profesional tratante la corrección de esta situación dentro de su conocimiento.

5.1.1.3.2 EXCEPCIÓN GENÉRICA

Este llamado en garantía solicita que el fallador decrete como tal cualquiera que encuentre probada.

5.1.2 ACERCA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Sobre el llamamiento en garantía esta sociedad se pronuncia de la siguiente forma:

5.1.2.1 ACERCA DE LOS HECHOS

Tiene como cierto lo relativo a la conformación de la Unión Temporal Mejor Salud entre la sociedad CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A. y el CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A., quienes se obligaron a garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a los afiliados al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios.

Respecto de los demás hechos los acepta, salvo el último que constituye una pretensión.

5.1.2.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

Este sujeto procesal se opone a las pretensiones del llamamiento en garantía.

5.1.2.3 EXCEPCIONES DE MÉRITO

Como excepciones de mérito contra el llamamiento en garantía se propusieron las siguientes:

5.1.2.3.1 INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS PARA QUE SE PRESENTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PARTE DE LA CLÍNICA DEL OCCIDENTE COMO PARTICIPANTE DE LA UNIÓN TEMPORAL EPS MEJOR SALUD

Es un daño causado, una culpa probada y un nexo de causalidad entre el daño y la culpa.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 20

5.1.2.3.2 INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE EVENTUALES PERJUICIOS A CARGO DE LA DE LA CLÍNICA DEL OCCIDENTE POR CUANTO LOS DAÑOS QUE RECLAMA LA PACIENTE NO SON ATRIBUIBLES A ELLA DIRECTA O INDIRECTAMENTE NI TAMPOCO A LA UNIÓN TEMPORAL DE LA CUAL HACE PARTE

La accionante estuvo afiliada a la EPS Mejor Salud, unión temporal cuyos integrantes cumplieron con sus obligaciones de garantizar la atención en salud del paciente. La Clínica del Occidente no prestó directamente alguna atención médica a la accionante, autorizando la EPS Mejor Salud los servicios que requería en el marco de los procesos propios del aseguramiento y mientras estuvo vigente su afiliación.

De esa forma, se autorizó el procedimiento que requería para el día 1 de agosto de 2007 a las 7:00 en la Clínica Norte, consistente en legrado.

El hecho de que se haya presentado una presunta perforación del útero de la paciente al momento del legrado, no significa que se haya atentado contra los postulados de seguridad y pertinencia, pues este resultado es connatural al procedimiento y su índice de presencia es usual y común dado el riesgo que el procedimiento conlleva, lo que no significa que se hayan dejado de lado los protocolos médicos y las regulaciones que rodean al acto médico. No necesariamente una complicación médica puede tener como génesis un evento adverso y viceversa, pues este punto debe ser analizado desde la óptica del mayor o menor grado de diligencia y versación utilizada por el médico tratante, situación que no corresponde a la esfera administrativa sino a la de la responsabilidad médica.

No puede asumirse todo resultado connatural al procedimiento y por tanto de posible ocurrencia de forma peligrosista al no satisfacer las expectativas del paciente, pues ningún médico intervendría a sus pacientes, pues al ver el peligro campante que rodean sus operaciones, pues omitiría sus acciones, pues no se tomarían como un método terapéutico sino como un ataque a la salud de los mismos.

La accionante recibió las intervenciones requeridas mediante una secuencia lógica de actividades médicas, desplegando la unión temporal su actuación dentro del máximo rigor y en observancia del principio de continuidad, pues otorgó todas las autorizaciones respectivas. Si el acto médico presentó complicaciones inherentes al procedimiento, debe desligarse de la actividad administrativa tendiente a la satisfacción de la necesidad de la usuaria, sin que por ello pueda inferirse que se descuidó desde el punto de vista institucional alguno de los deberes para la atención de la paciente.

De conformidad con el Artículo 7 de la Ley 80 de 1993, la Unión Temporal, es un acuerdo en virtud del cual, dos o más personas conjuntamente, presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del contrato. Las sanciones en caso de incumplimiento se imponen de acuerdo a la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 21

Frente a un eventual incumplimiento, todos y cada uno de los miembros del consorcio responden del mismo, pero es importante resaltar que de hecho la unión temporal es diferente a sus integrantes y por lo tanto, por funcionalidad, organización y responsabilidad.

5.1.2.3.3 EXCEPCIÓN GENÉRICA

Pide que se declare de oficio cualquiera que así encuentre el fallador.

5.2 SOCIEDAD ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

Este llamado en garantía se pronuncia mediante el escrito que corre a folios 65 y siguientes del expediente.

5.2.1 ACERCA DE LA DEMANDA

Respecto de la demanda, la aseguradora se pronuncia de la siguiente forma:

5.2.1.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

No le consta alguno de los hechos de la demanda.

5.2.1.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La sociedad aseguradora se opone a las pretensiones de la demanda.

5.2.1.3 EXCEPCIONES

Como excepciones de mérito a las pretensiones de la demanda formuló las siguientes:

5.2.1.3.1 AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

En la Clínica del Occidente no se prestó algún servicio a la accionante de naturaleza médico – asistencial, de forma que no puede deducirse responsabilidad a su cargo.

Según se desprende de la historia clínica de la paciente, la unión temporal cumplió con sus obligaciones respecto de garantizar la atención en salud que requirió, autorizando todos los servicios.

En la responsabilidad médica la culpa del agente debe ser establecida por el actor, en virtud del artículo 2144 del Código Civil, que equipara dicha actividad a la de los mandatarios y conforme al artículo 2184, la determinación de la prestación defectuosa del servicio está supeditada a la demostración de la culpa.

Son entonces los elementos constitutivos de la responsabilidad médica los siguientes:

- Un comportamiento culposo que debe ser probado
- El perjuicio sufrido por el demandante



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 22

- El nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño

Estos elementos deben darse de forma simultánea, pues ante la ausencia de alguno de ellos no es posible hablar de indemnización de perjuicios por la responsabilidad civil médica.

Los problemas que se presentaron en la salud de la paciente no fueron generados por causa imputable a la atención médica suministrada, sino a las condiciones preexistentes y naturales de su organismo, así como del método de planificación que decidió utilizar, conforme confiesa en la demanda, esto fue el evento que creó el delicado estado de salud al incrustarse en su organismo.

A la paciente se le brindó un diagnóstico pronto y se le dio un tratamiento adecuado a la patología que padecía por parte de las instituciones médico asistenciales en las que fue atendida y sin que hubiere existido imprudencia, impericia ni negligencia por parte del personal que tuvo a cargo la paciente.

Se concluye entonces que no existe relación de causalidad entre los tratamientos oportunamente ordenados por Mejor Salud y prestados por la Clínica del Norte y la causa de las complicaciones posteriores presentadas en la paciente, las cuales son consecuencia del método de planificación familiar que decidió utilizar, al incrustarse en el útero el dispositivo, generando al ser retirado las consecuencias ya conocidas.

5.2.1.3.2 CUALQUIER OTRO MEDIO EXCEPTIVO QUE RESULTE PROBADO DENTRO DEL PROCESO Y QUE SE OPONGA A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Pide que se declare probada por el fallador cualquiera que así encuentre.

5.2.2 ACERCA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Respecto del llamamiento en garantía, la aseguradora se pronuncia de la siguiente forma:

5.2.2.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Respecto de los hechos del llamamiento en garantía, la aseguradora explica que suscribió con la Clínica del Occidente S.A. el contrato de seguro contenido en la Póliza de RCCH-196 siendo su objeto:

"Se ampara la responsabilidad civil profesional del asegurado por los perjuicios causados a terceros durante la vigencia de las póliza a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio, o asimilados, prestados durante la misma vigencia dentro de los predios asegurados"(subrayado de la aseguradora)

Conforme se desprende de la demanda y de su contestación efectuada por la Clínica del Occidente S.A., no existió alguna prestación de servicios por parte de la institución asegurada a la demandante, por lo que la póliza no tiene cobertura sobre los hechos planteados en el llamamiento en garantía.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 23

Las obligaciones que pudieren corresponder a la aseguradora llamada en garantía nacen en virtud del contrato de seguro y se encuentran delimitadas por las coberturas otorgadas, los valores asegurados y las exclusiones pactadas, constando las mismas en las condiciones generales y particulares del seguro que la integran, documentos que en los términos del Artículo 1046 del Código de Comercio fueron entregados al tomador.

5.2.2.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La sociedad aseguradora se opone a las pretensiones de llamamiento en garantía.

Se opone este demandado a la condena en costas.

5.2.2.3 EXCEPCIONES DE MÉRITO

Como excepciones de mérito al llamamiento en garantía se formularon las siguientes:

5.2.2.3.1 EXTEMPORANEIDAD EN LA VINCULACIÓN DE LA LLAMADA EN GARANTÍA

En los términos del Artículo 56 del Código de Procedimiento Civil se prevé la suspensión del proceso desde la admisión de la denuncia hasta cuando se cite al denunciado y se haya vencido el término para que comparezca. La suspensión no podrá exceder de 90 días. Esto aplica al llamamiento en garantía, tal como lo prevé el Artículo 57 del mismo Código.

La notificación del llamamiento en garantía se produjo después de vencido el término de 90 días, por lo que se entiende que el llamamiento perdió su efecto vinculante, determinándose la pérdida de la oportunidad procesal.

5.2.2.3.2 FALTA DE COBERTURA PARA LOS HECHOS RECLAMADOS

La demandante no fue atendida en las instalaciones de la Clínica del Occidente, ni por profesionales de la salud que laboraran al servicio de la misma, por lo que la póliza expedida y que sirve de fundamento al llamamiento en garantía no tiene cobertura sobre los hechos materia del proceso.

En las Condiciones aplicables al Anexo de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Hospitales, quedó definido el alcance de la cobertura así:

"CLAUSULA PRIMERA. AMPARO:

- 1. La responsabilidad civil profesional del asegurado por los perjuicios causados a terceros durante la vigencia de la póliza a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio, o asimilados, prestados durante la misma vigencia dentro de los predios asegurados*

Esta cobertura incluye responsabilidad civil imputable al asegurado como consecuencia de acciones y omisiones profesionales, cometidos por personal médico, paramédico, médico auxiliar, farmaceuta, laboratorista, de enfermería o



asimilados, bajo relación laboral con el asegurado o autorizados por este para trabajar en sus instalaciones mediante convenio especial, en el ejercicio de sus actividades al servicio del mismo, siempre y cuando figuren en una relación que se adhiere a esta póliza, la cual forma parte de la misma." (Se resalta).

Conforme se desprende de la demanda, la cirugía practicada a la demandante se realizó en una institución diferente a la asegurada Clínica del Occidente S.A. y por personal médico que no hace parte de dicha institución, lo cual determina que no exista cobertura por la Póliza RCCH-196.

5.2.2.3.3 COBERTURA EXCLUSIVA PARA EMPLEADOS DE LA CLÍNICA DEL OCCIDENTE S.A.

Los riesgos amparados se enuncian de forma taxativa y son los únicos que asume la compañía, sin que se incluya otro concepto diferente, habiéndose pactado las siguientes exclusiones en las condiciones particulares – Anexo de Responsabilidad Civil Profesional para Clínicas y Hospitales, contenidas en la forma REC086V7, en la Cláusula Segunda:

"La cobertura de esta póliza en ningún caso amparará ni se refiere a reclamaciones:

1 ... 2 ... (...)

10. contra el asegurado, derivadas de la prestación de servicios o de la atención médica por personas, que no tienen una relación laboral con el asegurado o que no están amparados de acuerdo con el numeral 1 de la cláusula primera."

Ello significa que la póliza solamente cubre la responsabilidad civil imputable al asegurado como consecuencia de las acciones y omisiones profesionales que se produzcan por personal que se encuentre vinculado mediante una relación laboral con el asegurado o estén autorizados para trabajar en sus instalaciones mediante convenio especial, en el ejercicio de sus actividades al servicio de la misma, siempre y cuando figuren en la relación que la Asegurada entregó a la Compañía.

5.2.2.3.4 LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad del asegurador, como lo indica el Artículo 1079 del Código de Comercio se limita a la concurrencia de los valores pactados, y el daño debe haber sido producido por personal vinculado laboralmente por el asegurado.

5.2.2.3.5 AJUSTE DEL VALOR A INDEMNIZAR DE ACUERDO AL GRADO DE AGOTAMIENTO DEL VALOR ASEGURADO

La póliza establece la vigencia del seguro, determina el límite asegurado por vigencia y por evento y se pactaron los deducibles aplicables.

El límite asegurado es la cobertura máxima de la póliza que se va agotando a medida que se vayan presentando reclamaciones dentro de su vigencia, produciendo la disminución del valor asegurado hasta llegar a extinguirse.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 25

Por lo anterior, deben tenerse en cuenta las sumas ya canceladas o que se cancelen por concepto de siniestros causados en la vigencia que corresponde a la póliza objeto del llamamiento.

Si antes de producirse la sentencia se dictare otra providencia de condena en sentido similar o la aseguradora debiere cancelar alguna otra reclamación que extinga el valor asegurado, quedará en todo caso agotada la cobertura y cumplida la obligación contractual con la aseguradora.

5.2.2.3.6 APLICACIÓN DEL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA

La póliza establece el deducible que debe aplicarse a los diferentes amparos otorgados por la aseguradora que para el caso corresponden al 10% del valor de la indemnización, con un mínimo de \$4.000.000.00, valor que debe ser asumido por el asegurado y descontado de la indemnización que le corresponde asumir a la aseguradora.

5.2.2.3.7 CUALQUIER OTRO MEDIO EXCEPTIVO QUE RESULTE PROBADO DENTRO DEL PROCESO Y QUE SE OPONGA AL LLAMAMIENTO

Pide que se declare de manera oficiosa por el juzgador cualquier excepción que así encuentre.

6. TRÁMITE

Por medio de auto del 11 de agosto de 2009 el Juzgado 37 Administrativo del Circuito de Bogotá admite la demanda contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. y la U.T. Mejor Salud EPS.

Mediante providencia del 11 de marzo de 2010 se corrige el auto admisorio en el sentido de ordenar la notificación de cada una de las sociedades que integran la Unión Temporal Mejor Salud.

A través de auto del 11 de enero de 2011 se dispuso aceptar el llamamiento en garantía formulado contra la sociedad ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., elevado por la sociedad Clínica del Occidente S.A.

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 28 de octubre de 2011 ordena citar como llamado en garantía a la sociedad Clínica del Occidente S.A.

La apertura a pruebas del proceso se dispuso mediante auto del 19 de marzo de 2013.

Estando al Despacho para fallo, mediante auto del 9 de junio de 2016 se ordenaron pruebas para mejor proveer.

Entra al Despacho el 17 de mayo de 2018 al ser devuelto el expediente de descongestión sin fallo.



7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

7.1 PARTE DEMANDANTE

El alegato de conclusión de la parte demandante obra a folios 438 y siguientes del expediente, reiterando la argumentación presentada con la demanda.

Destaca que la imposibilidad de obtener las historias clínicas de forma completa debe ser tenida como indicio grave en contra de la prestadora del servicio médico.

Respecto de la responsabilidad, la accionante estima que incurrió la demandada en culpa grave al haber perforado el útero el 1 de agosto de 2007 durante un legrado.

Cita la normatividad que considera aplicable, y diversos apartes doctrinales y jurisprudenciales.

7.2 CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA

El alegato de conclusión de este demandado obra a folios 434 y siguientes del expediente, oportunidad en la cual manifiesta que este demandado no es responsable de los posibles perjuicios que haya podido sufrir la demandante, pues no puede predicarse culpa alguna de los actos médicos que se cuestionan ni su actuar fue el generador del daño que se pretende sea resarcido.

En el evento de que se llegara a declarar la responsabilidad de la demandada, esta debe ser graduada según la participación de CPO S.A. en los hechos objeto del proceso, debiendo tenerse en cuenta que esta entidad no suministró algún acto médico y no tuvo participación en el mismo, no autorizó ni intervino en la colocación del DIU que fue el generador de la complicación presentada y relacionada con la implantación de este dispositivo.

Además se refiere a atenciones que no fueron prestadas por Mejor Salud, pues esta cedió el contrato en agosto de 2007, por lo que esta organización no puede responder por actos médicos posteriores a este periodo, por lo que deben ser denegadas las pretensiones de la demanda respecto de ella.

Debe tenerse en cuenta además que la participación de este demandado en el contrato solamente correspondía al 5% como miembro de la unión temporal.

7.3 CLÍNICA DEL OCCIDENTE

El alegato de conclusión de este demandado obra a folios 431 y siguientes del expediente.

En esta oportunidad se reitera el demandado en las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda, pues se soportan en la respuesta dada a los hechos de la demanda y en contras consideraciones que habrían sido demostradas a lo largo de la actuación procesal.

Reitera lo relativo a que no prestó algún servicio médico a la accionante, limitándose como EPS a emitir las autorizaciones correspondientes, destacándose que no se demostró en el curso del proceso que se hubiere perforado el útero, presentándose en realidad una anexitis,



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 27

lo cual no significa que se haya atentado con los postulados de seguridad y pertinencia, resultado que además es connatural al procedimiento y su índice de presencia es usual y común por el procedimiento riesgoso que conlleva. Reitera que no necesariamente una complicación médica puede tener su origen en un evento adverso y viceversa.

La paciente recibió las intervenciones requeridas mediante una secuencia lógica de las actividades médicas, procediendo la unión temporal a expedir las autorizaciones respectivas, debiendo tenerse en cuenta que el acto médico y la actuación administrativa no están vinculadas.

Respecto de las pruebas se hicieron las siguientes precisiones:

"En el proceso se practicaron las pruebas encaminadas a fundar las posiciones de cada una de las partes. De ellas podemos destacar el contenido de la historia clínica en la que se observa que la atención presentada en la Clínica Norte fue oportuna y que el tratamiento instaurado para el retiro del dispositivo era necesario. Respecto de las atenciones, hallazgos y evidencias en la paciente, una vez revisada la historia clínica se evidencia que todas las atenciones y diagnósticos estuvieron enfocados por el médico tratante a una Anexitis Pos legrado, máxime si se tiene en cuenta que el médico tratante al momento de la consulta no evidenció signos de peritonis patología esta secundaria a una posible perforación del útero.

Deberá tenerse en cuenta que los dispositivos intrauterinos en ciertas ocasiones se encarnan en la pared del útero, y ello no puede más que generar unas condiciones que evaluadas en su integralidad ofrecen unos resultados como el que nos ocupa, sin que haya lugar por este solo hecho a determinar algún grado de responsabilidad en la IPS o en la Unión Temporal que fue quien se encargó de otorgar la autorización correspondiente. Ahora bien, revisada la historia clínica de la paciente, se observa que en las anotaciones clínicas realizadas por la ginecóloga ANA ZÚÑIGA, se describe lo siguiente: "NO SE CONSIDERA CUADRO DE PERFORACIÓN UTERINA AL SER RETIRADO EL DIU, SE CONSIDERA UNA ANEXITIS". Respecto de la anterior patología la médico tratante ANA ZÚÑIGA, formuló los medicamentos correspondientes, y citó a la paciente para control en dos días otorgando para ello las recomendaciones médicas respectivas.

Lo anterior evidencia que la atención médica otorgada por el doctor CARLOS PAREDES M., estuvo enmarcada dentro de los parámetros de la lex artis y la buena praxis, máxime si se tiene en cuenta que el concepto de la nueva galena tratante ANA ZÚÑIGA, confirma el diagnóstico otorgado por el precitado médico.

Igualmente no probó la demandante las razones de sus argumentos ni los fundamentos de la demanda."

Concluye indicando que no se demostró el daño así como su causación por este demandado, siendo las complicaciones presentadas el resultado de la existencia de un dispositivo intrauterino que se mandó a colocar la paciente tiempo atrás.

Por lo anterior, deben ser denegadas las pretensiones de la demanda.

7.4 SOCIEDAD ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

El alegato de conclusión de este llamado en garantía obra a folios 424 y siguientes del expediente.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 28

7.4.1 ACERCA DE LA DEMANDA

Precisa que conforme la historia clínica de la demandante, ninguna de las atenciones médicas fue suministrada por la Clínica de Occidente, la que ha sido vinculada al proceso como integrante de la Unión Temporal EPS Mejor Salud.

La EPS Mejor Salud ordenó la prestación de todos los servicios que requirió la usuaria conforme consta en las autorizaciones expedidas y que se materializaron en las diferentes atenciones que se le suministraron.

La póliza expedida por la Aseguradora Colseguros S.A., hoy Allianz Seguros S.A., de conformidad con lo indicado en el contrato de seguro suscrito, no garantiza las obligaciones imputables a la Unión Temporal Mejor Salud EPS, conformada por el Centro Policlínico del Olaya y la Clínica del Occidente.

Por lo anterior, las pretensiones de la demanda no se encuentran legalmente justificadas en cuanto a la Clínica del Occidente, por lo que deben probarse las excepciones propuestas coadyuvando la contestación de la demanda y que son las siguientes:

- Inexistencia de requisitos para que se presente responsabilidad civil por parte de la Clínica del Occidente como participante de la U.T. EPS Mejor Salud, esto es un daño causado, una culpa probada y un nexo de causalidad entre daño y culpa.
- Inexistencia de la obligación de indemnización de eventuales perjuicios a cargo de la Clínica del Occidente por cuanto los daños que reclama la paciente no son atribuibles a ella directa o indirectamente, ni tampoco a la Unión Temporal de la cual hace parte.

Las presentadas por la aseguradora son las siguientes:

- Ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad médica imputable a la Clínica del Occidente

Reitera que la Clínica del Occidente no prestó algún servicio a la accionante ya demás se autorizaron todos los tratamientos requeridos.

En la responsabilidad médica, la culpa del agente debe ser establecida por el actor, en virtud del Artículo 2144 del Código Civil, que equipara dicha actividad a la de los mandatarios y que conforme al Artículo 2184 de la misma codificación, la determinación de la prestación defectuosa del servicio está supeditada a que se demuestre su culpa.

Conforme ese lineamiento, los elementos constitutivos de la responsabilidad médica son:

- Un comportamiento culposo que deberá probarse
- El perjuicio sufrido por la demandante
- El nexo de causalidad entre el comportamiento y el daño

Estos comportamientos deben darse simultáneamente, ya que, ante la ausencia de uno de ellos, no es posible hablar de indemnización de perjuicios por la responsabilidad civil médica.

Los problemas de salud de la paciente no tuvieron su origen en la atención médica suministrada, sin por las condiciones preexistentes y naturales de su organismo y el método de planificación que decidió utilizar, conforme se confiesa en el hecho segundo de la



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 29

demanda, que fue lo que derivó en el delicado estado de salud al incrustarse en su organismo.

A la paciente se le brindó un pronto diagnóstico y se le dio el tratamiento adecuado a la patología que padecía por parte de las instituciones médico - asistenciales en las que fue atendida, sin que hubiere existido imprudencia, impericia ni negligencia por parte del personal a cargo de la atención.

Se concluye entonces que no existe relación de causalidad entre los tratamientos oportunamente ordenados por la EPS Mejor Salud y prestados por la Clínica del Norte y la causa de las complicaciones posteriores presentadas en la paciente, las cuales son consecuencia del método de planificación de su elección, que al incrustarse en el útero, su retiro generó las consecuencias ya conocidas.

Reitera la petición de que se declare probado de oficio cualquier medio exceptivo que resulte probado de conformidad con lo previsto en el Artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

7.4.2 ACERCA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Quedó demostrado que entre la Aseguradora Colseguros S.A. y la Clínica del Occidente S.A. se celebró el contrato de seguro consignado en la póliza de RCCH-196 siendo su objeto:

"Se ampara la responsabilidad civil profesional del asegurado por los perjuicios causados a terceros durante la vigencia de la póliza a consecuencia de un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería, laboratorio, o asimilados, prestados durante la misma vigencia dentro de los predios asegurados."

Conforme se desprende de la demanda y la contestación presentada por la Clínica del Occidente, no existió alguna prestación de servicios por parte de la asegurada a la demandante, razón por la cual la Póliza RCCCH 196 no tiene cobertura sobre los hechos planteados en el llamamiento en garantía.

Las obligaciones que pudieran corresponder a la aseguradora llamada en garantía nacen en virtud del contrato de seguro y se encuentran delimitadas por las coberturas otorgadas, los valores asegurados y las exclusiones pactadas, constando las mismas en las condiciones generales y particulares del seguro que la integran, documentos que en cumplimiento del Artículo 1046 del Código de Comercio fueron entregados al tomador.

Las excepciones formuladas contra el llamamiento en garantía deben ser declaradas como probadas:

1. Extemporaneidad en la vinculación de la llamada en garantía
2. Falta de cobertura para los hechos reclamados
3. Cobertura exclusiva para empleados de la Clínica del Occidente
4. Limitación de la responsabilidad
5. Ajuste del valor a indemnizar de Acuerdo al Grado de Agotamiento del Valor Asegurado
6. Aplicación del deducible pactado en la póliza
7. Cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se oponga al llamamiento



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 30

8. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto dentro del presente asunto.

9. CONSIDERACIONES

La estructura de las consideraciones obedece al siguiente orden: Excepciones previa, tesis de las partes, problema jurídico, caso concreto.

9.1 EXCEPCIONES PREVIAS

Las excepciones de esta naturaleza se resuelven a continuación:

9.1.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SOCIEDAD FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Alega este demandado que no es responsable de la prestación del servicio médico, sino que en su calidad de administrador de los recursos del Fondo suscribió un contrato con la Unión Temporal Mejor Salud con el objeto de prestar tales servicios a su población afiliada.

Para resolver esta excepción, encuentra el Despacho que debe tenerse en cuenta que en la demanda no se formulan hechos que puedan configurar acción u omisión de parte de este demandado que puedan ser causa de daño antijurídico.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la sociedad fiduciaria adquiere sus obligaciones en virtud del contrato de fiducia, sin tener obligación directa respecto de la prestación del servicio de salud a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se trata de un objeto ajeno a sus capacidad social, la cual se limita al cumplimiento de los encargos fiduciarios.

La responsabilidad en materia de servicios de salud tiene dos componentes, uno administrativo, correspondiente a la autorización y financiación de los servicios, y otro correspondiente a la atención médica, debiendo destacarse que en el presente caso la teoría del caso que propone la parte actora se fundamenta en el acto médico como fuente del daño.

Elo permite delimitar el alcance de la responsabilidad, permitiendo la desvinculación de la autoridad administrativa involucrada, que para el caso actúa a través de la sociedad fiduciaria que administra los recursos del fondo.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad entre la sociedad fiduciaria y la unión temporal está regulada por los términos del acuerdo de voluntades denominado "CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES", al que corresponde el número 1122-55-2005 suscrito entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la UNIÓN TEMPORAL MEJOR SALUD U.T. (CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A. Y CLÍNICA DEL OCCIDENTE LIMITADA) el 26 de agosto de 2005.

El objeto de este contrato fue enunciado en la Cláusula 2 de la siguiente forma:



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 31

"CLÁUSULA 2. OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga por medio del presente contrato a garantizar la prestación de servicios médico asistenciales a los docentes activos, y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a sus beneficiarios zonificados en la Región 2, que incluye los departamentos de Amazonas, Casanare, Guainía, Guaviare, San Andrés, Vaupés, Bogotá y Vichada, de acuerdo con las condiciones jurídicas, financieras y técnicas definidas en los términos de referencia y en la propuesta presentada por el CONTRATISTA y que hacen parte integral del presente contrato."

Del análisis de la cláusula se desprende que es la Unión Temporal quien asume el deber de garantizar la atención de los afiliados, entre los que se incluye la demandante, debiendo destacarse además lo indicado en el Literal q) de la Cláusula 4 "Obligaciones del Contratista", la cual expresamente prevé lo siguiente:

"CLÁUSULA 4. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. En virtud del presente Contrato, el CONTRATISTA asume entre otras las siguientes obligaciones:

(...)

q) Mantener indemne a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de todo daño, lesión o perjuicio que se pueda causar a los docentes y beneficiarios de los servicios de salud de que trata este contrato por motivos inherentes al servicio y asumirá con cargo exclusivo a su pecunio cualquier sanción o condena, proferida por autoridad administrativa o judicial, que quede en firme y cualquier costo que por estas razones se genere. El CONTRATISTA no podrá en este caso trasladar su responsabilidad a las personas jurídicas o naturales que contrate, subcontrate o que hagan parte de su organización, sin perjuicio del derecho a repetir contra aquellos en el evento de que fuere procedente. De todo proceso que se inicie en su contra deberá darle a la FIDUCIARIA aviso dentro de las 24 horas siguientes, a su notificación."

De la lectura de esta cláusula se observa que quien asume el riesgo que surja en respecto de todo daño, lesión o perjuicio que pueda sufrir algún docente o afiliado, lo asume el contratista, por lo que concluye el Despacho que se estructura la falta de legitimación en la causa por pasiva de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en su calidad de vocero y representante.

9.1.2 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA SOCIEDAD CENTRO POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A.

Sostiene este demandado que no ha sido el causante de las afectaciones padecidas por la demandante, pues no tiene vínculo jurídico con la parte actora.

Los servicios médicos que recibió la demandante fueron prestados por la IPS Clínica del Norte y la Clínica Partenón S.A., sin que obre prueba de solidad o factor de imputación que haga responsable a tales sociedades respecto de la U.T. Mejor Salud, al estar reclamándose un daño contractual, debe probarse que existe obligación de este demandado de responder por el daño que se reclama.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 32

Sobre el particular, encuentra el Despacho que esta excepción no está llamada a prosperar, pues el alcance de la responsabilidad de las sociedades que integran la unión temporal está fijado en el contrato de la siguiente forma:

"CLÁUSULA 4. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. En virtud del presente Contrato, el CONTRATISTA asume entre otras las siguientes obligaciones:

(...)

q) Mantener indemne a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de todo daño, lesión o perjuicio que se pueda causar a los docentes y beneficiarios de los servicios de salud de que trata este contrato por motivos inherentes al servicio y asumirá con cargo exclusivo a su pecunio cualquier sanción o condena, proferida por autoridad administrativa o judicial, que quede en firme y cualquier costo que por estas razones se genere. El CONTRATISTA no podrá en este caso trasladar su responsabilidad a las personas jurídicas o naturales que contrate, subcontrate o que hagan parte de su organización, sin perjuicio del derecho a repetir contra aquellos en el evento de que fuere procedente. De todo proceso que se inicie en su contra deberá darle a la FIDUCIARIA aviso dentro de las 24 horas siguientes, a su notificación." (Subrayado del Despacho)

De la lectura de esta cláusula se desprende que respecto de los daños, lesiones o perjuicios que se pudiere causar a los docentes y beneficiarios de los servicios de salud por motivos inherentes al servicio, ello corresponde a un riesgo que asume el contratista, que en este caso es la unión temporal, precisando además el contrato que no puede el contratista trasladar su responsabilidad a las personas jurídicas o naturales que contrate, subcontrate o hagan parte de su organización.

Teniendo en cuenta que los efectos del contrato resultan vinculantes y definen el alcance de la responsabilidad del contratista, no puede entonces tenerse como probada esta excepción, pues define claramente que respecto de los docentes, usuarios y beneficiarios, asume la responsabilidad así preste el servicio a través de terceros.

No se acredita que las dos instituciones Clínica del Norte y Clínica Partenón no sean parte de la red de prestadores o no tuvieran una relación contractual con la Unión Temporal de forma que pueda trasladarse la responsabilidad por fuera de las previsiones del contrato.

Si bien es cierto que el contrato fue cedido, no se acredita tampoco que los hechos materia del proceso se hubieran producido con posterioridad a la cesión, la cual se habría producido el 22 de agosto de 2007.

Por estas razones, en tanto está acreditado que la demandante es docente y por tanto corresponde a la clase de usuario previsto en el literal q) arriba transcrito, se tendrá como no probada esta excepción.

Resueltas las excepciones, pasa el Despacho a pronunciarse acerca de las pretensiones de la demanda.

9.1 TESIS DE LAS PARTES

La parte actora sostiene que se produce un fallo médico en tanto fue dada de alta ante la sospecha de perforación de su útero durante un legrado realizado para el retiro de un



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 33

dispositivo intrauterino. La perforación habría derivado en disentería y además en la contaminación de los órganos con fluidos que requirió de su limpieza quirúrgica, además de la infertilidad secundaria.

Los accionados sostienen que no incurrieron en fallas en tanto expidieron todas las autorizaciones que requirió la atención de la paciente y además la prestación del servicio médico se realizó por parte de IPS con capacidad para responder por sus actos, precisando que el diagnóstico correcto corresponde a una anexitis y no a la perforación del útero.

9.2 EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si con la atención prestada a la afiliada YAZIRETT DAYANA HERNÁNDEZ BALLESTAS se incurrió en defectuosa prestación del servicio médico, de forma que surja un daño antijurídico que deba ser indemnizado.

9.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

A continuación se analiza cada uno de los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado de conformidad con lo previsto en el Artículo 90 de la Constitución Política.

Debe recordarse que en los términos del Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Régimen General de Seguridad Social en Salud no aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

9.3.1 EL HECHO DAÑOSO

La parte actora sostiene que durante la intervención practicada por la Clínica del Norte el 2 de agosto de 2007 resultó perforado su útero.

No obstante, la información obrante en el expediente no da cuenta de esta situación pues de la época solamente se aporta la copia de las historias clínicas elaboradas por la Clínica Partenón y la Clínica Navarra.

En efecto, la Clínica Partenón registra la consulta del 3 de agosto de 2007 y que se contiene en la Historia Clínica de Obstetricia.

La anotación de la consulta corresponde a lo siguiente:

"Consulta por dolor abdominal + escalofrío, malestar general con antecedente de retiro del DIU GAB el 1 de agosto de 2007, con sospecha de perforación uterina, no fiebre, no disuria ni diarrea, no vómito."

Se deja la siguiente anotación:

"No se considera cuadro perforación uterina al ser retirado el DIU. Se maneja como anexitis pos legrado."

Llama la atención que para ese momento la institución tratante señale que no se considera cuadro de perforación uterina al ser retirado el DIU, sino como anexitis pos legrado.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 34

La siguiente consulta se produjo el 4 de agosto de 2007 a la Clínica Vasculat Navarra Ltda, correspondiendo la hoja de admisión No. 0000242359.

Se anota en la historia clínica como diagnóstico principal: Abdomen agudo

Se anota además lo siguiente: "Enfermedad actual: Pte con cuadro de 4 días de POP legrado por incrustación de DIU en útero en Clínica del Norte le dieron salida con sospecha de posible perforación uterina. Consulta actualmente por dolor severo en abdomen generalizado."

De lo consignado en el examen de ingreso se destaca lo siguiente: "Abd/Dolor generalizado a la palpación con signos de irritación peritoneal rebote (+)."

Como diagnóstico definitivo se consigna: "Abdomen agudo"

En la hoja de evolución se anota como causa probable de foco séptico la perforación abdominal con un signo de interrogación.

Se concluye entonces que del material probatorio recaudado no puede concluirse que la complicación posoperatoria de la accionante haya sido resultado de alguna conducta de los prestadores del servicio médico, así como tampoco que tenga la causa señalada en la demanda y que corresponde al útero perforado.

Llama la atención que en las dos instituciones a las que acude la accionante con posterioridad al legrado, no se tiene certeza acerca de la existencia de la perforación del útero, información que se consigna en las historias clínicas al ser referida por la paciente.

Si bien está demostrada la existencia de la complicación, no está demostrada la causa de la misma.

9.3.2 EL NEXO CAUSAL – LA FALLA DEL SERVICIO

Respecto de los demandados, no está demostrado que se haya incumplido con alguno de sus deberes respecto de la atención médica o la autorización de los procedimientos, así como tampoco está demostrada la ocurrencia de alguna conducta activa u omisiva que sea directa causa de la complicación sufrida por la demandante, así como tampoco se demuestra que tal complicación no sea una de las connaturales al procedimiento de legrado realizado para el retiro del dispositivo intrauterino.

No puede tenerse entonces por demostrada la configuración de este elemento de la responsabilidad.

Si bien es cierto que la omisión en el suministro de la historia clínica debe entenderse como un indicio grave, la responsabilidad médica no puede inferirse de un simple indicio aunque sea grave, pues en el presente caso no existe certeza acerca de la ocurrencia de la falla, la cual habría podido ser acreditada mediante otros medios de prueba distintos de la historia clínica.

No se aportó ningún documento por parte de la accionante así como tampoco se pidió algún concepto científico que desvirtúe la ocurrencia de la complicación como resultante de una falla médica, siendo ello necesario, pues siendo una complicación connatural al procedimiento, tal posibilidad debe ser descartada a efecto de endilgar alguna forma de responsabilidad.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 35

9.3.3 EL DAÑO ANTIJURÍDICO

Está demostrada la ocurrencia de la complicación, pero en tanto no se acredita que ello fuera el resultado de alguna conducta de los demandados, de naturaleza activa u omisiva, no puede considerarse como un daño antijurídico, pues este concepto se refiere al daño que no se está en obligación de soportar, y necesariamente el someterse a un procedimiento quirúrgico implica el consentimiento informado acerca de las complicaciones que pueden presentarse, sin que esté probado que a la accionante no se le informó de las posibles consecuencias negativas que la intervención podría derivar.

No se acreditó de alguna forma la ocurrencia de gastos en que tuviere que incurrir la accionante que puedan ser tenidos como daño emergente.

Se tiene entonces que este elemento de la responsabilidad no está demostrado.

9.4 CONCLUSIÓN

La conclusión a la que se llega en el presente caso es que el análisis del material probatorio no permite tener por demostrada la configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

9.5 ACERCA DE LOS LLAMADOS EN GARANTÍA

En tanto no se acredita la responsabilidad de los demandados, no procede hacer pronunciamientos acerca de la accesoriedad de los llamados en garantía.

9.6 ASPECTOS ACCESORIOS

Ejecutoriada esta providencia, se enviará el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá a efecto de que se liquide el remanente y se efectúe el archivo.

10. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta Administrativo del Circuito de Bogotá, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y A LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

SEGUNDO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la sociedad POLICLÍNICO DEL OLAYA S.A.

TERCERO: Denegar las pretensiones de la demanda.



JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN TERCERA-

Página 36

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá a efecto de que se liquide el remanente y se efectúe el archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO ALDANA BONILLA
Juez