



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 250002326000200501762 01 (38805)

Actor: Elvia Delgadillo Méndez y otro.

Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otros.

Referencia: Acción de Reparación Directa.

Tema: *Prelación de fallo. Entidad en liquidación. – Legitimación en la causa. Racionalización de servicios de salud. - Responsabilidad médica. Falla en el servicio. Muerte de neonato.*

Atendiendo a los artículos 7 del Decreto-Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 7 de la Ley 1105 de 2006, y 129 de la Ley 446 de 1998, que determinan que los procesos en los cuales sea parte una entidad en liquidación tienen prelación en el trámite y la decisión, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y adicionada mediante providencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), en la cual se dispuso:

“PRIMERO. - *Declarar que LA NACIÓN – ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y LA EPS DEL SEGURO SOCIAL son responsables solidariamente de los daños ocasionados a los demandantes por la omisión en la prestación del servicio médico asistencial y hospitalario requerido por la paciente Elvia Leonor Delgadillo Méndez, que trajo como consecuencia el parto prematuro y la posterior muerte del feto de 22 semanas de gestación.*



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

SEGUNDO. - *Condenar a LA NACIÓN – ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO Y LA EPS DEL SEGURO SOCIAL a pagar solidariamente a cada uno de los demandantes la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de daño moral.*

TERCERO. - *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

CUARTO. - *Sin condena en costas.*

QUINTO. - *Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaría de la sección los gastos ordinarios de proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el artículo 7° y 9° del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.”*

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

En ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., los señores Jhon Alexander Bonilla y Elvia Delgadillo Méndez, actuando mediante apoderado judicial, en escrito fechado 28 de julio de 2005, presentaron demanda contra la Nación – Ministerio de la Protección Social; la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento y la E.P.S. del Instituto de Seguros Sociales, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.2. Pretensiones

“1.- Que LA NACION (sic) – MINISTERIO DE LA PROTECCION (sic) SOCIAL; LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUISCA RLOS GALAN (sic) SARMIENTO Y LA EPS SEGUROS SOCIAL, son solidaria y administrativamente responsables de los perjuicios sufridos por los demandantes Elvia Delgadillo Méndez y Jhon Alexander Bonilla Correa, por la falta de servicio médico y hospitalario adecuados, su prestación deficiente e irregular, que llevó a la pérdida del primer hijo que había concebido la pareja, el cual nació prematuramente el 15 de agosto de 2.003, y vivió únicamente por 15 minutos, como consecuencia también de falta de atención médica y hospitalaria adecuadas.



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

2.- Que como consecuencia de la declaración anterior, condénese a LA NACION (sic) – MINISTERIO DE LA PROTECCION (sic) SOCIAL; LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALAN (sic) SARMIENTO Y LA EPS SEGURO SOCIAL, a pagar solidariamente, a los demandantes, por concepto de perjuicios:

- a) La cantidad de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o lo máximo que reconozca la jurisprudencia, por concepto de perjuicios morales.
- b) Por concepto de perjuicios fisiológicos la suma de 550 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o lo máximo que reconozca la jurisprudencia.

3.- Que en virtud de esta demanda, se condene a los demandantes a pagar los intereses corrientes bancarios vigentes, desde la ejecutoria de la sentencia y los moratorios, como lo dispone el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

4.- Que el valor de las condenas aquí señaladas, se actualice al ejecutoriarse la sentencia, con base en el índice de precios al consumidor (IPC), según certifique el Departamento Nacional de Estadística, Dane (sic), para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. (CCA. Artículo 178)

5.- Que a la sentencia de (sic) mérito favorable a las pretensiones de la demanda, se le dé cumplimiento en los términos del artículo 176 del CCA.”

1.3. Hechos

Los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

La señora Elvia Delgadillo Méndez, en su calidad de afiliada al Instituto de Seguros Sociales, acudió en varias ocasiones a la Clínica Carlos Lleras Restrepo, institución perteneciente a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, para ser atendida por su embarazo.

El día 5 de agosto de 2003, se presentó en el servicio de urgencias de maternidad de dicha entidad, por presentar un flujo rosado, a lo que fue atendida por un médico ginecobstetra quien le diagnosticó amenaza de aborto, le otorgó incapacidad por 5 días y le ordenó una ecografía.



El día 11 de agosto de 2003, la señora Elvia acudió a control en la Clínica Carlos Lleras Restrepo, donde se le ordenaron exámenes de laboratorio, y luego de ser analizados los resultados, se le prescribió incapacidad por 10 días más y se le ordenó reposo. Ese mismo día, la paciente ingresó al servicio de urgencias por presentar dolor pélvico, razón por la cual fue hospitalizada, se le aplicó un inhibidor uterino y debió permanecer en la institución, pues debido a que presentaba fiebre, los médicos sospechaban que estaba padeciendo una infección amniótica (*corioamniotitis*).

El 14 de agosto de 2003, la paciente presentó nuevas contracciones y fue dejada en observación, pues continuaba la sospecha de una infección, y ello podía comprometer la vida de la madre y el feto. Posteriormente, se ordenó iniciar tratamiento farmacológico por cervicovaginitis, y la familia debió proporcionar el medicamento.

Debido a que la paciente requería una atención más especializada, fue remitida a la Clínica San Pedro Claver, también perteneciente a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, donde fue recibida por Ginecobstetricia, determinándose que no se trataba de una urgencia vital que comprometiera la vida de la madre o del bebé, y además indicaron que no podían atenderla, pues la Clínica Carlos Lleras Restrepo no envió el último recibo de pago del seguro social.

La paciente debió ser trasladada nuevamente a la Clínica Carlos Lleras Restrepo el día 15 de agosto de 2003, y a las 6:55 de la mañana, nació el bebé, pero debido a que la Clínica no contaba con los medios adecuados para preservar la vida de un bebé prematuro de 6 meses de gestación, falleció.

El feto de sexo masculino fue remitido para estudio a la Universidad Nacional, previa autorización de los padres.

1.4. Actuación procesal en primera instancia

La demanda fue presentada el 28 de julio de 2005 y admitida el 1 de septiembre del mismo año.



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

El Instituto de Seguros Sociales, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda en escrito en el cual se opuso a las pretensiones de la misma. Igualmente, señaló que el informe del Comité Técnico de Calidad conceptuó que no se habían presentado irregularidades en la atención de la paciente, pues a esta se le había brindado la atención médica que requería aun cuando no se trataba de una urgencia vital, y no había presentado la documentación completa.

Mediante auto del 27 de abril de 2006, se inició la etapa probatoria, la cual culminó el 12 de octubre de 2007, cuando se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, adujo que no se había acreditado una falla en el servicio por parte de su representada, pues no se demostró negligencia por parte del personal médico.

De otra parte, manifestó que la paciente presentaba un cuadro de embarazo prematuro sin probabilidades de vida, pues no era posible, que un feto de 490 gramos de peso, sobreviviera fuera del útero de la madre; y respecto de la infección que presentó la señora Elvia, sostuvo que no se trataba de una urgencia vital, pero se le había dado a la misma el manejo adecuado.

Finalmente, adujo que se había presentado la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, por cuanto en el vientre materno, no se alcanzó a madurar el feto, y ello se debió a falta de tratamiento, de nutrientes alimenticios o a factores genéticos.

Por su parte, el apoderado de la parte actora, luego de hacer un recuento de la atención de la paciente, concluyó que se había presentado una falla en la prestación del servicio médico, pues de habersele aplicado el tratamiento adecuada y oportunamente, el feto hubiera podido avanzar en su gestación.

Por último, sostuvo que la falla del servicio se encontraba probada con las declaraciones de los médicos que intervinieron en la atención de la paciente, y las pruebas documentales allegadas al proceso.



El Ministerio Público rindió concepto, alegando en primer lugar, que la falla debía analizarse a la luz de la atención brindada a la madre, y no respecto del feto, pues se había logrado acreditar a lo largo del proceso, que por el tiempo de gestación del mismo, su supervivencia habría sido imposible, así hubiera sido atendido en la más especializada de las instituciones.

Sobre la atención médica de la madre, consideró que no se evidenciaba negligencia en la atención brindada a la paciente, y que el tratamiento que se le suministró, fue el adecuado de acuerdo con su patología.

1.5. La sentencia apelada

El 15 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia de primera instancia, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, argumentó que entre los días 5 y 11 de agosto de 2003, la Clínica Carlos Lleras Restrepo le brindó una atención médica oportuna, y que ante un posible parto prematuro, fue remitida a la Clínica San Pedro Claver, donde la atención fue deficiente, dado que la Gineco – Obstetra que la valoró, consideró que no se trataba de una urgencia vital, y se abstuvo de ordenar su hospitalización, lo que impidió que la materna continuara con su embarazo, se apresurara el parto prematuro, y puesto que no se contaba con los medios para atender al neonato, sobrevino su muerte.

1.6. La solicitud de adición de la sentencia

Mediante escrito allegado el 28 de octubre de 2009, el apoderado de la parte actora solicitó adicionar la sentencia, en el sentido de determinar que la declaratoria de responsabilidad y la condena impuesta en la sentencia en mención, era solidaria, de acuerdo con lo solicitado en las pretensiones de la demanda.

Mediante providencia del 25 de marzo de 2010, se accedió a la solicitud, y se declaró que la Nación – ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y La EPS del Seguro



Social, eran solidariamente responsables de los daños ocasionados a los demandantes, y, en consecuencia, se les condenó a dichas entidades, a pagar solidariamente a cada uno de los demandantes, la suma equivalente a 100 salarios mínimos por concepto de perjuicios morales.

1.7. El recurso de apelación y trámite en segunda instancia

El 21 de octubre de 2009, el apoderado del Instituto de Seguros Sociales presentó recurso de apelación contra la sentencia, el cual fue concedido mediante auto del 22 de abril de 2010, y admitido por esta Corporación el 29 de julio de 2010.

Como fundamentos de su inconformismo, aseveró que para la época de los hechos –agosto de 2003-, la Clínica Carlos Lleras Restrepo se encontraba a cargo de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, de acuerdo con el Decreto Ley 1750 de 2003, el cual escindió del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria, y creó como Empresa Social del Estado, a la Clínica Luis Carlos Galán Sarmiento, entre otras, cuyo objeto era la prestación de servicios de salud; por consiguiente, ni la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento ni la Clínica San Pedro Claver, se encontraban a cargo del Instituto de Seguros Sociales.

En cuanto a la atención médica brindada a la paciente, consideró que no había existido una mala praxis u omisión por parte del personal médico, pues esta recibió en varias ocasiones, una atención oportuna, apropiada y adecuada desde el inicio de su embarazo, y que el diagnóstico presuntivo de infección intramniótica, no constituía una urgencia vital.

En cuanto a las probabilidades de supervivencia del feto, señaló que debido a sus 22 semanas de gestación, su estado era inmaduro y crítico, por lo que su muerte no devino como consecuencia de fallas en la atención médica, sino de sus propias condiciones.



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

Por auto del 27 de octubre de 2010, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para rendir concepto.

El apoderado de la parte actora, presentó escrito en el que solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el hecho había sido probado, el daño había ocurrido y la falla y la relación de causalidad se había acreditado, toda vez que el servicio no había sido oportuno.

El Agente del Ministerio Público, consideró que se habían presentado dos actuaciones irregulares por parte de la Clínica San Pedro Claver. En primer lugar, no atendieron adecuadamente a la paciente, pues se conformaron con la valoración inicial hecha por urgencias, y no se le realizaron exámenes adicionales para confirmar el diagnóstico presuntivo; y en segundo lugar, escudándose en la ausencia de algún documento, no se autorizó la hospitalización de la paciente, lo que constituye una clara falla en la prestación del servicio, pues a la madre se le negó el derecho a la salud, y al feto, se le negó la oportunidad de contar con una esperanza de vida.

En lo referente a la legitimación del Instituto de Seguros Sociales, sostuvo que este podía considerarse como el responsable jurídico de la atención de salud, y por tal razón al actuar como asegurador, se convertía en responsable solidario, contractual y extracontractualmente de los servicios que prestan las Empresas Sociales del Estado que atienden directamente los servicios de salud de sus afiliados.

La parte demandada guardó silencio.

CONSIDERACIONES

2.1. La competencia de la Subsección

El Artículo 129 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la ley 446 de 1998, referido a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia, dice: *“El Consejo de Estado en la sala contenciosa administrativa conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por*



los tribunales (...)”. Así, la Corporación es competente para conocer del asunto, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de octubre de 2009, y adicionada mediante providencia del 25 de marzo de 2010, en proceso con vocación de segunda instancia.

A la fecha de presentación del recurso, 21 de octubre de 2009, se encontraban vigentes las disposiciones contenidas en la Ley 446 de 1998, según las cuales, para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa en el año 2005 tuviera vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la cuantía exigida para el efecto, estimada en 500 salarios mínimos. En este caso la cuantía se estima en 1.000 salarios mínimos por concepto de perjuicios morales.

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, ni caducidad,¹ procede la Subsección a resolver el asunto sometido a su consideración.

En primer lugar, y teniendo en cuenta que se trata de apelante único, se dará aplicación al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, donde se entiende que la apelación es interpuesta en lo que resulta desfavorable para el apelante; por lo tanto, no podrá el superior pronunciarse sobre lo que no fue objeto del recurso, con base en el principio de *no reformatio in pejus*.

2.2. De la legitimación en la causa por pasiva del Instituto de Seguros Sociales

La legitimación en la causa por pasiva *“es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho”*². Así las cosas, si se acredita que la persona o entidad demandada no es la obligada a responder por el supuesto daño alegado, se deben negar las pretensiones de la demanda.

¹ Los hechos sucedieron el 3 de diciembre de 1992 con la muerte de la señora Amelia Cuellar de Lamilla, y la demanda fue presentada el 2 de diciembre de 1994, luego fue presentada en tiempo, razón por la cual no hay caducidad de la acción.

² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 13 de febrero de 1996; Exp. 11213.



Por ser esta una de las razones por las cuales el actor apeló la sentencia de primera instancia, procede la Subsección a abordar el tema.

En el *sub lite*, el apoderado del Instituto de Seguros Sociales solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de su representado, toda vez que en virtud del Decreto 1750 de 2003, que ordenó escindir del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, y creó la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, razón por la cual, era esta la entidad llamada a responder, pues el ISS no tenía a su cargo la prestación de los servicios de salud.

Al respecto, es preciso recordar que la ley 100 de 1993, reguló lo pertinente a las Entidades Promotoras de Salud, en los siguientes términos:

“ARTICULO. 156- Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:

(...)

k) Las entidades promotoras de salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos (...)

ARTICULO. 159.-Garantías de los afiliados. Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1. La atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas (...)

ARTICULO. 177.-Definición. Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las



correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.

ARTICULO. 178.-Funciones de las entidades promotoras de salud. *Las entidades promotoras de salud tendrán las siguientes funciones:*

- 1. Ser delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.*
- 2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.*
- 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.*
- 4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.*
- 5. Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.*
- 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.*
- 7. Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.*

ARTICULO. 179.-Campo de acción de las entidades promotoras de salud. *Para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el consejo nacional de seguridad social en salud.*

PARAGRAFO. *-Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o*



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

asociaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”

A su vez, el citado decreto 1750 de 2003, en su artículo 24 dispone:

“Artículo 24. Contratación de servicios de salud. Con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, el Instituto de Seguros Sociales contratará la prestación de servicios de salud con las empresas de que trata el presente decreto, de acuerdo con el portafolio de servicios que estén en capacidad de ofrecer (...)”

Finalmente, visible a folios 90 a 96 del cuaderno 2, se encuentra un oficio remitido por el Jefe del Departamento Nacional de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales, informando que en el período de mayo de 2003 a noviembre del mismo año, la señora Elvia Delgadillo Méndez se encontraba afiliada a los sistemas de salud y riesgos profesionales, bajo el empleador Asistencia Hospitalaria Ltda.; Así como también, a la fecha de suscripción de dicho oficio -10 de agosto de 2007- su vinculación se encontraba activa, de acuerdo con el Sistema de Afiliados, Beneficiarios y Aportantes del Seguro Social –SABASS-.

Conforme a lo anterior, para la Sala resulta evidente que si bien el Instituto de Seguros Sociales no prestó los servicios médicos por sí mismo, estos fueron brindados a la paciente en virtud de la afiliación que esta tenía vigente con él, y de acuerdo con los anteriores planteamientos, la Entidad Promotora de Salud, está llamada a responder por las acciones u omisiones de las instituciones con las cuales contrató la prestación de los servicios, por ser el ISS el responsable de la afiliación, el recaudo de cotizaciones, y de verificar que las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritas, atiendan a los usuarios, de acuerdo con el Plan Obligatorio de Salud,

2.3. De la responsabilidad por falla médica

La responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia



del 31 de agosto,³ volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan.

Así lo expresó la Sala:

“(...) Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas. Así, por ejemplo, en los años ochentas había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía una

³ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.



25000232600020050176201 (38805)

Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

explicación posible de lo sucedido⁴. En sentido contrario, Mazeaud y Tunc, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a este le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente. “Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia”⁵.

Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general, sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

“(…) no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”⁶.

Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta

⁴ Sobre este aspecto ver, por ejemplo, RICARDO LUIS LORENZETTI. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. Tomo II, pág. 218.

⁵ MAZEAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo I, Volumen II, pág. 405.

⁶ Sentencia del 10 de febrero de 2000, Exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp: 12.792.



con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de



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

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.”⁷

2.4. De las pruebas

Regular y oportunamente se allegaron al plenario las siguientes pruebas:

1. Registro civil del matrimonio celebrado entre Jhon Alexander Bonilla Correa y Elvia Leonor Delgadillo Méndez (f. 1 cuad. 2).
2. Informe de patología suscrito por la Universidad Nacional de Colombia (f. 2 cuad. 2).
3. Hoja de remisión de la paciente desde la Clínica Carlos Lleras Restrepo hacia la Clínica San Pedro Claver y epicrisis (f. 3 a 4 cuad. 2).
4. Informe mediante el cual, el Director de la Clínica San Pedro Claver E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento comunica las conclusiones arrojadas por la Dirección de Calidad y Vigilancia Epidemiológica de la Clínica San Pedro Claver, en el Comité Técnico de Calidad, donde se evaluó el caso de la señora Elvia Delgadillo (f. 5 a 6 cuad. 2).

⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.



5. Testimonios rendidos por los doctores Germán Hernández Cely, Cecilia Arroyave Gómez y Edgar Augusto Ramírez Rey (f. 20 a 25 cuad. 2).
6. Oficio mediante el cual el Director de la Clínica San Pedro Claver E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, informan que no fue posible ubicar la historia clínica de la señora Elvia Delgadillo Méndez (f. 26 a 27 cuad. 2).
7. Historia Clínica de la señora Elvia Delgadillo Méndez, remitida por la Clínica Carlos Lleras Restrepo (f. 31 a 89 cuad. 2).
8. Oficio remitido por el Jefe del Departamento Nacional de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales, informando que en el período de mayo de 2003 a noviembre del mismo año, la señora Elvia Delgadillo Méndez se encontraba afiliada a los sistemas de salud y riesgos profesionales, bajo el empleador Asistencia Hospitalaria Ltda. (f. 90 a 96 cuad. 2).

2.5. Del Daño

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, en la cual debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado.

Al respecto, la Sala en recientes pronunciamientos ha considerado que:

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes



aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido en el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo depreca, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

“La antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.

“Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.⁸

“En ese orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico; se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

“De allí que, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.”⁹

En este caso, de acuerdo con las pruebas allegadas, el daño se concretó en la muerte del feto de la señora Elvia Delgadillo Méndez, al parecer, por una falla en la prestación del servicio médico, consistente en la atención tardía y

⁸ Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, Exp. 21.466



negligente de la enfermedad que esta presentaba, situación que la condujo a un parto prematuro, y debido a que era un feto de 6 meses de gestación, y que la institución no contaba con los recursos técnicos para la atención de esos casos, falleció.

2.6. La imputación

Según la posición jurisprudencial que ha manejado la Corporación, los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda.

Sobre la prueba del daño se tiene que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, ha sido enfático en afirmar *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”*, no es suficiente que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque *“el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”*¹⁰.

Solicitan los demandantes que se declare que hubo una falla en la prestación del servicio médico, tanto en la atención de la señora Elvia Delgadillo Méndez como en la del feto de 6 meses de gestación, pues se les causó un daño que debe ser reparado.

Ahora bien, es menester que la Sala entre a estudiar si lo alegado por la parte demandante se encuentra acreditado en el proceso o si al menos se cuenta con indicios que permitan determinar la existencia de elementos que permitan imputar el daño al Estado.

Sobre el particular, la Sala ha expresado que:

“De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del

¹⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 1 de febrero de 2012, Exp. 21466; C.P. Enrique Gil Botero.



vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios¹¹.

Vale señalar que, en materia de responsabilidad estatal, el asunto no puede ser resuelto con la sola constatación de la intervención causal de la actuación médica, sino que esa actuación debe ser constitutiva de una falla del servicio y ser ésta su causa eficiente. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto¹² no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente¹³.

En el *sub lite*, se cuenta con la historia clínica de la paciente remitida por la Clínica Carlos Lleras Restrepo, (f. 31 a 89 cuad. 2), de la cual se destaca:

"HISTORIA DE URGENCIAS

¹¹ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

¹² Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

¹³ En este sentido, ver, por ejemplo, el caso referido por Fernando Pantaleón "Responsabilidad Médica y Responsabilidad de la Administración". Madrid, Editorial Civitas S.A., 1995, 91 p., quien criticó la sentencia proferida por el Tribunal Supremo el 14 de junio de 1991, cuyos supuestos de hecho y fundamentos de la decisión relacionó así: "doña María Teresa F.C. ingresó en una Residencia Sanitaria de la Seguridad Social presentando aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano que la intervino optó por reducir primero el aneurisma del lado derecho, y al no ser posible obliterar su cuello, con un clip de Hefetz, se decidió por ocluir la carótida proximal al aneurisma con el mismo clip. Unos días después, la paciente sufrió una hemiparasia braquiofacial izquierda, que le ha dejado graves secuelas. La falta de riego sanguíneo al cerebro que la produjo –al no suministrar la otra carótida, contra lo sensatamente previsible, un mayor flujo de sangre- fue precipitada por una estenosis en la carótida izquierda, probablemente relacionada con una inyección sub-intimal necesaria para la práctica de las angiografías previas a la intervención; por lo que, aunque la actuación del cirujano fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis* (pues *ex ante* no había motivo para pensar que los riesgos para la paciente eran mayores por ocuparse primero del aneurisma del lado derecho), *a posteriori* podía afirmarse que hubiera sido mejor opción resolver en primer lugar el aneurisma de la carótida izquierda". Se consideró en dicho fallo que si bien el médico responsable no había obrado de manera culpable, su actuación sí tenía incidencia causal en la producción del daño y que, por lo tanto, se estaba en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, por lo que había lugar a concederle una indemnización, excluyendo de la misma resultados lesivos inherentes a la gravísima situación clínica en la que se encontraba la paciente al momento de su ingreso y sus complicaciones posteriores. Sentencia que el autor juzgó irrazonable, en el marco de la responsabilidad que se predica en España, a partir de la verificación de que la víctima sufrió un daño que no estaba en el deber jurídico de soportar y en el que intervino causalmente la Administración, sin incurrir en falla alguna del servicio, ni tratarse de "daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio", esto es, los que aparezcan como consecuencia directa de actuaciones administrativas lícitas. Críticas que bien podrían tener su aplicación en la responsabilidad patrimonial que establece el artículo 90 de la Constitución y que para algunos doctrinantes debería ser suficiente para deducir la responsabilidad.



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

FECHA: 05-08-03

MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL *Leucorrea rosada de +/- 12 hora, sin dolor tipo colico (sic), (ilegible) asintomatica (sic)*

EXAMEN FISICO: TA: 114/72 FC: (ilegible) 96 FR: M86 T: fiebre
ASPECTO GENERAL: *satisfactorio*

ALTURA UTERINA: 21 FETO: U-VIVO-(ilegible)

TACTO VAGINAL: *cuello corte nat (ilegible), leve (ilegible) rosado no fet (sic)*

DIAGNOSTICOS: 1. (ilegible)
2. *embarazo 21 sem*
3. *FUV*
4. *amenaza de aborto*

CONDUCTA: *ph: Reposo*
Incapacidad 5 días
Eco obstétrica

Paciente quien trae paraclínicos solicitados hoy en la mañana los cuales son normales
Eco: DIU en cavidad cervical
Refiere que ha persistido el sangrado y dolor en hipogastrio

Dx: 1. *Emb de 21 semanas*
2. *Placenta baja*
3. *DIU en canal cervical*
4. (ilegible)

Plan: Se indica reposo – se fija incapacidad por 10 días a partir de la fecha”

HISTORIA DE URGENCIAS

FECHA: 08-11-2003

MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL: *23+45 Dolor hipogástrico irradiado a región lumbar*
Manchado genital



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

ALTURA UTERINA: 19 cm FETO: podálico
TACTO VAGINAL: Cervix posterior 1 cm x 70% E=-3 M: integras (sic)
Sangrado escaso

OBSERVACIONES: Se evidencia actividad uterina +/- 5 minutos, durante el (ilegible)

DIAGNOSTICOS: 1. Embarazo +/- 22 sem x FUR
2. Amenaza de parto inmaduro
3. DIV in situ

CONDUCTA: - Hospitalizar

- L. Ringer 1000 cc chorro y luego 500 cc + 5 ampollas de terbutalina a 30 cc/h.
- Reposo absoluto
- Reclamar H.C. Antigua
- CSV

En la hoja de remisión de la paciente desde la Clínica Carlos Lleras Restrepo hacia la Clínica San Pedro Claver, y la epicrisis, se lee:

"(...) Pte de 22 años, G2P1C1V1 con gestación de 22 semanas, con cc de +/- 4 días de evolución de actividad uterina + flujo sanguinopurulento x lo cual consultó el 11/08/2003 a la CCLLR, se inició manejo con terbutalina 2.5 mg/kg/min con mejoría del cuadro. Se tomaron lab: CH con leucocitosis, neutrofilia y (ilegible) P. de orina normal, sin embargo presentó picos febriles, signos de SIRS asociados a cervicovaginitis x lo cual se considera posible corioamniotitis.

HALLAZGOS DEL EXAMEN FISICO: Mucosas húmedas, C/P normal, Abd/ Blando, AU 18 cm FCF 144x', GU/ cuello, (ilegible) blando, OCE entreabierta OCI cerrado flujo vaginal purulento, fétido, abundante.

A pesar de tto instaurado pte con actividad uterina importante, taquicárdica.

(...)

1. Gest 20 sem x ECO (ilegible)
2. APP inmaduro
3. Corioamniotitis??
4. SIRS"



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

EPICRISIS

Nombre: *Elvia Delgadillo Mendez (sic)*

CC 52771776

Afiliada

Ingreso: 11/08/2003

Egreso: 14/08/2003

Pte G2P1C1V1 con gestación de 20 sem x ECO y 22 sem x FUR quien ingresa por act. Uterina y flujo sanguino purulento. Se inició manejo con terbutalina con mejoría, Se toman paraclínicos: CH con leucocitosis, neutrofilia y cayademia P. de oma normal. Pte presenta taquicardia, picos febriles, nuevo control con persistencia de aumento de leucocitosis y cayademia, neutrofilia en aumento, presenta actividad uterina. Se considera posible corioamniotitis dado cervicovaginitis + SIRS. Se considera manejo especializado en III nivel x lo cual se decide remitir.

Dx ingreso: Emb 22 sem

Amenaza parto inmaduro

DIU in utero

Dx egreso: Idem +

Corioamniotitis?

SIRS"

En las hojas de evolución, el 14 de agosto de 2003, a las 9:30 pm se consignó:

Dx Anotados

Refiere act (sic) uterina en aumento; mega perdidas (sic) vaginales, M1F1 (+), no picos febriles

TA 105/56 FC 121 x' T 36° FCF 140 x No TV

Pte con cuadro de APP inmaduro con sospecha de corioamniotitis? Persiste taquicardia, con actividad uterina en el momento se considera manejo especializado en II nivel atención, para lo cual se decide remitir.

00+30 Regresa paciente, no fue aceptada en San Pedro Claver por no tratarse de urgencia vital

En el momento con contracciones regulares (ilegible) (+)

TV 90 x 3(ilegible) (-)

P/SS Peridural ya.



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

15/08/03

2AM

Anestesia

Pte 62 cm 21 semanas. Peridural para analgesia: TA 116/60 FC 80

Plan: peridural (ilegible) L3L3 asepsia y antisepsia colocación de catéter sin complicaciones (...)

El mismo día a las 6:55 se consignó:

“Expulsa feto sexo masculino vivo – se traslada a U.R.N. (ilegible) se realiza alumbramiento y (ilegible) uterina, legrado de cavidad – (ilegible) placenta (ilegible) Se extrae DIU en lavado en pared anterior de útero. Restos (ilegible) fétidos (ilegible) (...)”

De la historia neonatal se desprende:

“(...)

OBSERVACIONES

Se recibe paciente inmaduro de 22 semanas de gestación se limpia se observa (ilegible) labial hacia la derecha

Peso 580 gr Talla 27 cms PC= 19 PT 15' apgar 2-2-0. Se administra oxígeno (sic) sin embargo paciente fallece a los 15 minutos

Se hace solicitud de autopsia. (...)”

Continuando con la valoración probatoria, las conclusiones arrojadas por el comité Técnico de Calidad de la Clínica San Pedro Claver fueron las siguientes:

“(...)

Paciente de 22 años de edad, quien consulta al servicio de Admisión de Maternidad el día 14 de Agosto (sic) de 2003, a las 23:13 horas, y en la historia clínica se anota: “Paciente remitida de Carlos Lleras, estuvo en ese Centro hospitalizada el lunes donde consultó por contracciones, las cuales han ido aumentando de intensidad especialmente en el día de hoy. Fecha última menstruación 7 de Marzo (sic) para un embarazo de 22 semanas, fecha probable de parto 14 de Diciembre (sic).

Movimientos fetales positivos disminuidos sangrado negativo, hidrorrea negativo.



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

Antecedentes Médicos negativos, Quirúrgicos Cesárea, Ginecoobstetricos (sic) G2, P0, C1, A0, V1 (15 meses). Eco: Embarazo de 20 semanas 12 de Agosto (sic). Cuadro Hemático con leucocitos de 16.100 del 13 de Agosto (sic) y 20.000 del 14 de Agosto (sic).

Al examen físico Tensión arterial 105/60, pulso 117, Altura Uterina 23 cm, útero tono basal, feto único oblicuo, frecuencia cardiaca fetal positiva 140. Al examen ginecoobstétrico: Tacto vaginal dilatación 1 cm, borramiento de 70% Membranas integras (sic), Abundante leucorrea, y resto de óvulo amarillo.

Impresión diagnostica (sic) de embarazo de 22 semanas, Amenaza de parto inmaduro, Corioamniotitis.

Conducta: Hospitalización para manejo médico. Hay nota "Paciente sin papeles ISS completos. Se solicita autorización a facturación".

Hay nota de facturación en la cual se autoriza consulta inicial de urgencias, con fecha 14 de Agosto (sic) de 2003, hay otra nota en la historia, "Paciente se regresa a la Carlos Lleras con el médico. Mañana vuelve con los papeles al día."

En la historia clínica, la hoja de ingreso Póliza No. 527717776 se registró como paciente particular. La nueva normatividad reglamentada en los Decretos expedidos a partir de 26 de Junio de 2003, en el cual crean la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, la Clínica San Pedro Claver debe prestar atención a los afiliados de la EPS Seguro Social, quienes deben presentar los documentos que lo acrediten como usuario al día del ISS. En el caso particular la señora Elvia Leonor Delgadillo Méndez hay nota "paciente sin papeles ISS completos". En vista de que su estado de salud no era una urgencia vital se autoriza consulta inicial de urgencias y hay nota en la historia clínica: "la paciente se regresa a la Carlos Lleras con el médico"

El Comité concluyó:

- *La paciente fue vista en urgencias de la Clínica y por su historia clínica no se consideró una urgencia vital por lo cual no se hospitalizó, sin embargo se realizó la consulta de urgencias.*
- *Hay nota en la historia clínica que la paciente se regresa a la Clínica Carlos Lleras con el médico."*

Ahora bien, de los testimonios rendidos dentro del proceso, es importante destacar lo manifestado por los especialistas, sobre el caso de la paciente, en los términos transcritos a continuación:



- Doctor Germán Hernández Cely, médico especialista en Ginecología y Obstetricia:

*“(...) **PREGUNTADO:** Cuales fueron las razones médicas para haberla considerado paciente integral por alto riesgo a la señora Elvia Delgadillo y haber solicitado su atención por parte de la clínica San Pedro Claver. **CONTESTO:** Revisada la hoja de remisión de la paciente en mención, resumo que se trataba de una paciente con una gestación de 20 semanas por ecografía quien pocos días antes había consultado por presentar contracciones, se formuló un manejo médico y la paciente reingresa a la clínica en donde por sospecha de coreoamniotitis (infección de las membranas ovulares y placenta) se decidió remitirla a un tercer nivel de atención debido a que se necesitaban una serie de exámenes especiales para corroborar el diagnóstico; y ante la posibilidad del nacimiento de un feto inmaduro se necesitaría una unidad de cuidados intensivos neonatales elementos con los que no contábamos en la Clínica Carlos Lleras Restrepo. (...) **PREGUNTADO:** Sírvase manifestarle al Despacho, si una persona como Elvia Delgadillo Mendez (sic) con 22 semanas de embarazo y con una infección a la que usted alude en su respuesta, hubiese podido evitarse con una atención pronta y oportuna en una clínica especializada el aborto que sufrió la citada señora. **CONTESTO:** En caso de confirmarse una infección como la que se interrogaba y que genero (sic) la remisión, es mandatorio desembarazar a ala (sic) paciente independientemente de la edad del embarazo, razón por la cual es fundamental realizar esos procedimientos en un sitio donde se pueda garantizar la mejor atención a un producto inmaduro aunque se considere que su pronóstico para sobrevivir sea mínimo. (...) **PREGUNTADO:** Sírvase manifestarle al despacho, si esa infección se reconoció en la clínica Carlos Lleras Restrepo por algunos exámenes de laboratorio que permitiesen concluir la posible infección intramniótica. **CONTESTO:** Como lo manifesté inicialmente remitimos a la paciente porque se sospechaba este tipo de infección pero no teníamos forma de corroborarlo. La sospecha estaba dada por la persistencia de las contracciones a pesar del tratamiento, signos clínicos que sugerían compromiso general del estado de la paciente y laboratorios que eran conclusivos de un proceso infeccioso. (...) **PREGUNTADO:** Sírvase manifestarle al despacho, si bajo las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se encontraba la paciente Elvia Delgadillo Mendez (sic) y mediando la remisión de la Clínica Carlos Lleras Restrepo, dicha paciente debió ser atendida en la Clínica San Pedro Claver. **CONTESTO:** Indudablemente la paciente debió ser admitida debido a que presentaba una patología que necesitaba ser manejada en un tercer nivel de atención, que para el caso del Seguro Social el único disponible era la Clínica San Pedro Claver. (...)”*



- Doctora Cecilia Arroyave Gómez, médico Ginecobstetra:

*“(...) **PREGUNTADO:** Cuales fueron las razones si las conoce por las cuales, la Clínica San Pedro Claver, no consideró una urgencia vital el estado de salud de la señora Elbia (sic) Delgadillo Méndez, a pesar del servicio solicitado por parte de la Clínica Carlos Lleras Restrepo en la cual se hace un resumen de la historia Clínica y en general se le considera paciente de alto Riesgo. **CONTESTO:** Porque la señora Elvia Delgadillo, no corría peligro inminente y se encontraba con signos estables, se le había iniciado el manejo médico adecuado para su patología y era remitida para continuar manejo médico, sin embargo no era una urgencia vital. **PREGUNTADO:** Manifiéstele al despacho, con que (sic) elementos de juicio médicos se consideró que no debía admitirse como urgencia vital, una paciente con sospecha de infección intracmiotica (Sic). **CONTESTO:** Una paciente con diagnostico (sic) presuntivo de infección intracmiotica (Sic), se considera de alto riesgo, sin embargo esto no es sinónimo de una urgencia vital y mas (sic) aún si ya se inició manejo médico. **PREGUNTADO:** Sírvase manifestarle al despacho, si a la paciente Elvia Delgadillo Méndez se le practicaron exámenes de diagnóstico que permitieran establecer la presumible infección, que venía padeciendo. **CONTESTO:** La paciente es remitida con resultados de laboratorio que se le realizaron en la institución remitente. **PREGUNTADO:** Lo anterior quiere decir para aclarar la respuesta anterior que en la Clínica San Pedro Claver, no se le practicó ningún exámen (sic) de diagnostico (sic) **CONTESTO:** No. (...) **PREGUNTADO:** Sírvase manifestarle al despacho si ala (Sic) paciente Elvia Delgadillo Méndez, según su conocimiento, no se le hospitalizó porque tenia (sic) documentos incompletos. **CONTESTO:** La conducta médica tomada, era hospitalización y manejo médico para lo cual la paciente debe presentar documentación completa a la institución y en caso de que ingrese como particular firmar los papeles correspondientes. **PREGUNTADO:** Quién es la persona si usted lo sabe, que en el momento de recibir la remisión determina si los papeles se encuentran completos. **CONTESTO:** El área (sic) administrativa de facturación. **PREGUNTADO:** Manifiéstele al despacho, si ante un manejo integral por alto riesgo con remisión, de una clínica del Seguro a otra Clínica también del Seguro, el paciente tiene que presentar nueva documentación o se le atiende con la remisión correspondiente. **CONTESTO:** Al paciente se le atiende con la remisión correspondiente como así sucedió. (...) **PREGUNTADO:** Sabe usted las razones por las cuales se le realizó el aborto a la citada paciente. **CONTESTO:** por el diagnostico (sic) de amenaza de parto inmaduro, asociado a una infección intracmiotica (sic) que disminuye el efecto de los uteroinhibidores que venía recibiendo la paciente. **PREGUNTADO:** Si se tenía conocimiento de todo lo anterior, y en la Clínica Carlos Lleras Restrepo no tenían la manera de corroborar dicha*



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

*infección, ni de prestarle las ayudas médicas especializadas, por qué razón no la hospitalizaron ni le practicaron los exámenes de rigor y por el contrario, se regresa nuevamente a la Clínica Carlos Lleras Restrepo. **CONTESTO:** Como mencione (sic) anteriormente la paciente ya traía los exámenes de laboratorio indicados para el diagnóstico (sic) de la patología asociada al embarazo y ya se le había iniciado el manejo médico adecuado. (...)*

- Doctor Edgar Augusto Ramírez Rey, médico Pediatra:

*“(...) **PREGUNTADO:** Manifiéstele al Despacho, según su leal y saber entender si un prematuro con dichas semanas de gestación tiene probabilidades de supervivencia en el evento en que se le presten servicios médicos especializados de alta tecnología. **CONTESTO:** Un neonato de 24 semanas, no tiene sobrevida por su inmadurez extrema, incluso utilizando la máxima tecnología disponible en este momento, por ello cuando nacen vivos se les prestan los cuidados básico (sic) (mantener una temperatura adecuada, un aporte de oxígeno (sic)) mientras fallece. **PREGUNTADO:** Manifiéstele al despacho, según su leal saber y entender, si una paciente de las características anotadas, es decir con amenaza de aborto, por una posible infección que pone en riesgo la vida de ella y del neonato por qué es remitida a una Clínica mucho mas (sic) especializada **CONTESTO:** Las pacientes con amenaza de aborto y amenaza de parto pretérmino, son pacientes de alto riesgo porque, en caso de nacimiento del bebé si este es viable, requerirá de unidad de cuidados intensivos, que solo se prestan en Clínicas de alta complejidad. **PREGUNTADO POR EL MAGISTRADO:** Desea agregar algo más a la presente diligencia. **CONTESTO:** Un recién nacido de estas semanas de gestación, en este momento año 2006, no tiene ninguna opción de sobrevida, por su extrema prematurez por ello la mejor opción de tratamiento médico es evitar los partos con embarazos de esta edad gestacional. (...)*”

Pues bien, de lo anteriormente transcrito, la Sala considera que efectivamente, se presentó una falla en la prestación del servicio médico que se brindó a la señora Elvia Delgadillo Méndez.

En primer lugar, se encuentra acreditado que la aquí demandante acudió al servicio de urgencias, en su calidad de afiliada al Instituto de Seguros Sociales, con el propósito de ser atendida por los quebrantos de salud que presentaba; en la Clínica Carlos Lleras Restrepo, se le prestó la atención adecuada, consistente en su hospitalización, la realización de exámenes diagnósticos, la determinación



25000232600020050176201 (38805)

Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

de un diagnóstico presuntivo de corioamniotitis, y debido a que no presentaba mejoría, se tomó la decisión –por demás acertada- de remitir a la paciente a un hospital de tercer nivel, en el que fuera posible brindarle una atención especializada, donde se pudiera confirmar el diagnóstico presuntivo registrado por los médicos de la Clínica Carlos Lleras Restrepo, y se le aplicara el tratamiento pertinente para contrarrestar los efectos de la enfermedad.

Resulta claro para la Sala, que las actuaciones desplegadas por la Clínica Carlos Lleras Restrepo y su personal, fueron adecuadas, oportunas y diligentes, pero no ocurrió lo mismo con la Clínica San Pedro Claver, ya que su personal médico fue desidioso, descuidado y negligente.

La anterior afirmación, puede corroborarse con el material probatorio, pues se registró que la paciente no había acudido con la documentación requerida, por lo que no fue atendida de inmediato y retornada a la Clínica Carlos Lleras Restrepo, máxime cuando se consideraba que la paciente presentaba un alto riesgo.

Igualmente, de los testimonios se desprende que a la señora Elvia Delgadillo Méndez no se le practicaron exámenes de ningún tipo en dicha institución, pues a juicio del médico ginecobstetra que la recibió, no se trataba de una urgencia vital, y ya la paciente tenía un tratamiento asignado.

No tuvo en cuenta la doctora, que, en la hoja de remisión y su correspondiente epicrisis, el diagnóstico de corioamniotitis era considerado presuntivo, y fue por esa razón, y la necesidad de exámenes especializados que lo confirmaran, que se consideró necesaria su remisión, sin que en dicha institución se le prestara la atención requerida.

No es de recibo para esta Sala, el argumento consistente en que, al tratarse de un bebé de 22 semanas de gestación, considerado por la mayoría como no viable, resulta imposible la declaratoria de responsabilidad por parte del Instituto de Seguros Sociales.



En primer lugar, el hecho de que un embarazo presente inconvenientes en la semana 22 de gestación, con pocas probabilidades de vida para el feto, no constituye una justificación para prestar una atención negligente a una paciente, o peor aún, para negarle la atención. Tal como lo manifestó el doctor Edgar Augusto Ramírez Rey, médico pediatra, incluso cuando nace un feto sin probabilidades de sobrevivir, a este se le prestan los cuidados básicos, hasta el momento de su fallecimiento.

De otra parte, continuando con el testimonio del doctor Edgar Augusto Ramírez, el manejo que se da cuando se presenta un acontecimiento de este tipo, es el de evitar el nacimiento prematuro, hecho que no se verificó en el caso que nos ocupa, pues en la Clínica San Pedro Claver se le negó toda posibilidad a la paciente, y se le remitió a una institución en la que pese al mejor esfuerzo de los galenos, no se logró un resultado positivo, por no contar con los medios adecuados.

En consecuencia, de acuerdo con las razones anteriormente expuestas, y dado que no fue posible desvirtuar la responsabilidad de la entidad demandada, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

Dado que la parte demandada fue quien apeló la sentencia, y no es posible hacer más gravosa su situación, la Sala confirmará los valores concedidos por el *a quo*.

2.6. La condena en costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Sub-Sección se abstendrá de condenar en costas.

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



25000232600020050176201 (38805)
Elvia Delgadillo Méndez y otro
Acción de reparación directa

FALLA

PRIMERO: **Confirmar** la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de octubre de 2009, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: **Dese** cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: **Expídanse** las copias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado.

QUINTO: En firme esta providencia **envíese** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE