

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Santiago de Cali, treinta (30) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

RADICACIÓN No.: 76-111-33-31-002-2014-00365-01

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

ACCIONANTE: AURORA MARÍA GAÑAN BENTACUR

info@morenoygutierrez.com

bejarano1963@hotmail.com

ACCIONADO: HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA

jurídico@hdn.gov.co

CLINICA MARIANGEL-DUMIAN MEDICAL S.A.S

contacto@grupo3abogados.com.co

servicioalcliente@dumianmedical.com

EMSSANAR E.S.S

edwargutierrez@emssanar.org.co

vallecauca@emssanar.org.co

LLAMADAS EN GARANTÍA: LA PREVISORA S.A

notificacionesjudiciales@previsora.gov.co

gherrera@gha.com.co

ALLIANZ SEGUROS S.A

notificacionesjudiciales@allianz.co

HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE

"EVARISTO GARCIA"

notificacionesjudiciales@correohuv.gov.co

ASUNTO: Falla médica por presunta omisión en atención a menor gestante—
Confirma sentencia de primera instancia, la cual negó las pretensiones de la demanda.

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR A. VALERO NISIMBLAT

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia No. 095 del 05 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Buga, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

La señora AURORA MARIA GAÑAN BENTACUR, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control reparación directa consagrado en el artículo 140 del CPACA, presentaron demanda contra el HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA, CLINICA MARIANGEL DUMIAN MEDICAL S.A.S., y EMSANNAR E.S.S, solicitando que se le declare administrativamente responsable de los perjuicios materiales, morales, vida en relación y pérdida oportunidad causados como consecuencia de la muerte de su hija menor gestante por la demora injustificada de la prestación de servicio de salud.

La parte actora fundamenta su demanda en que es madre de la menor MG, la cual crio como madre soltera junto a su otra hija RUTH ESTER.

Que, por su condición de madre soltera se encontraba afiliada al régimen subsidiado en salud en la Eps EMSSANAR.

Indicó que, su hija MG quedó embarazada en julio de 2013 y por ser una menor los protocolos en salud consideran que estos embarazos son de alto riesgo.

El 16 de octubre de 2013 a sus 4 meses de gestión la menor presenta fiebre alta, por lo cual es ingresada por urgencias al HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA a las 7:00 am, y es trasladada el mismo día a las 12:00 m a la CLINICA MARIANGEL DUMIAN MEDICAL S.A.S de Tuluá.

Que, el 17 de octubre del 2013 a las 3:00 am, una enfermera le llama para indicarle que su hija será trasladada a la ciudad de Cali o Palmira, que le estaban buscando cupo. Ese mismo día, en horas del medio día le informan que su hija falleció, encontrándose ya en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE.

Sostuvo que, a su hija se le practico necropsia en medicina legal de Cali para determinar la causa de muerte. Que, la falta de calificación y atención en el embarazo de alto riesgo y la negligencia en la prestación del servicio de salud a la menor gestante, fue deteriorando hasta producirle la muerte.

DEFENSA

EMSSANAR ESS, la entidad se pronunció oponiéndose a las pretensiones (fls. 90 al 106). Para ello indicó, que para la prestación del servicio de salud suscribe contratos con IPS's, y para el presente caso al momento de los hechos se encontraba vigente contrato con el HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA y en los cuales se pacta como clausula la exoneración de responsabilidad de EMSSANAR de los perjuicios causados a un afiliado y/o atendido por el contratista, e igualmente sucede con la CLINICA MARIA ANGEL DE DUMIAN y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE en adelante HUV.

HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA, se opuso a las pretensiones (Fls. 136 a 149), manifestó que los médicos que atendieron a la menor cumplieron con los protocolos para la atención de pacientes, se le ordenó los exámenes pertinentes y conforme al resultado de alarma arrojado se procedió a su remisión a un nivel de complejidad más alto, habiendo obtenido código de autorización por parte de la EPS a la CLINICA MARIA ANGEL DUMIAN de Tuluá, en un término aproximado de 3 horas contados desde el momento de su ingreso.

Precisó que, la menor conocía de los signos de alarma por el embarazo de alto riesgo en razón de la edad, las cuales le fueron explicadas en diversas oportunidades; sin embargo, el día que acudió a urgencias lo hizo después de 24 horas de tener fiebre.

Indicó, que desde el momento de su embarazo se le prestaron las atenciones médicas de controles prenatales. Respecto a la autopsia realizada a la menor, se estableció como diagnostico leucemia linfoblástica aguda, siendo este un tipo de cáncer de la sangre y la medula ósea, con síntomas como fiebre, cansancio, moretones y hemorragias, síntomas que no presentó la menor y por lo que no permitió un diagnóstico temprano y evitar su deceso. Por lo anterior, no se configuraba el nexo causal entre la atención brindada en el Hospital y el deceso de la paciente.

CLINICA MARIANGEL DUMIAN MEDICAL DE TULUA, se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 262 a 293). Indicó que, por parte de la entidad se prestó oportunamente todo el tratamiento médico requerido, como atención, exámenes, medicamentos y demás servicios requeridos conforme a la lex artis.

LLAMADOS EN GARANTIA

La **PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**, se opuso a las pretensiones (fls. 313 a 325), indicando que la parte actora arguye una responsabilidad por la presunta demora en la atención de la menor gestante, no obstante, se evidencia que la actora ingresó por urgencias el 16 de octubre de 2013 al HOSPITAL DIVINO NIÑO de Buga y ese mismo día fue remitida a la CLINICA MARÍA ANGEL DE Tuluá y ante la complejidad presentada el 17 de octubre fue remitida al HUV por ser de mayor nivel de complejidad, en donde lamentablemente fallece.

Que, la necropsia indica que la causa del deceso fue por el diagnostico de leucemia linfoblástica, con compromiso en bazo, hígado, riñón, tejido mamario y médula ósea y probable septicemia por E.coli. Por lo anterior, no existe nexo causal entre la prestación del servicio y el fallecimiento de la menor.

Frente al llamamiento en garantía realizado por la CLINICA MARÍA ANGEL DUMIAN MEDICAL S.A.S de Tuluá, preció que entre ellas se celebró contrato de seguro por póliza de responsabilidad civil No. 1040171 con vigencia del 17 de mayo de 2012 al 17 de mayo de 2013, la cual fue renovada para la vigencia comprendida entre el 17 de mayo de mayo de 2013 al 17 de mayo de 2014.

Indicó que, en caso de que prosperen las pretensiones se debe tener en cuenta el monto asegurado y las coberturas acordadas.

Frente al llamamiento en garantía realizado por el HUV precisó que, se celebraron contratos de seguros con póliza No 1008804, con vigencia desde el 01 de marzo de 2013 hasta el 01 de febrero de 2014 y la No. 1010647 con vigencia desde el 15 de febrero de 2015 al 01 de enero de 2016.

Que, en caso de prosperar las pretensiones se debe tener en cuenta el monto asegurado y la vigencia de las mismas o si los hechos ocurrieron en el periodo de retroactividad.

ALLIANZ SEGUROS, igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 386 a 399), manifestó que no se encuentra acreditado la falla del servicio en cabeza de las demandadas. Indico que, no se encuentra probado los daños reclamados y las sumas solicitadas son superiores a lo dispuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado.

HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, se manifestó oponiéndose a las pretensiones (fls.409 a 429), por no existir causa imputable, ni nexo causal, ni falla institucional o daño indemnizable.

Precisó, que no se encontraba legitimado en la causa por pasiva, como muestra de ello es que en la demanda no se le indilgó responsabilidad alguna, ya que la menor fue remitida antes de pesar por otras entidades de salud, y llegó con un estado grave de su salud, donde infortunadamente el personal médico no pudo hacer nada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Oral de Buga mediante Sentencia No. 95 del 05 de septiembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda (fls. 631 a 637).

Manifestó que, conforme a las pruebas aportadas y lo indicado por el perito la prestación del servicio de salud por parte de las entidades fue el correcto, y cuando la menor gestante acudió por urgencias al HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA, este la remitió por una posible anemia, solo transcurrió 1 día, situación que impide la emisión de un diagnóstico oportuno, sin embargo, el diagnostico no hubiese permitido un desenlace diferente, ya que no era posible prever esa situación.

Concluyo que, no hubo forma de detectar la enfermedad que aquejaba a la menor gestante con anticipación y cuando se remitió a un nivel de complejidad hospitalario más avanzado, que no surtió efectos dada la agresividad de la evolución de la enfermedad, por tanto, no existe una relación causal entre la atención recibida por la menor y el fallecimiento.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación (fls. 652 a 657), al no encontrarse de acuerdo con la decisión de primera instancia, señalando que en el proceso no se acreditó la diligencia y cuidado por parte de las entidades hospitalarias, encontrándose probado los elementos de la responsabilidad.

Precisó que, la menor gestante contrajo una infección en el hospital la cual la llevó a la muerte, por tanto, existió una falta de cuidado por parte de los centros hospitalarios. Trajo a colación jurisprudencia sobre la responsabilidad de los centros hospitalarios en fallas médicas.

TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

El proceso correspondió por reparto al Despacho de la magistrada Luz Elena Sierra Valencia (fl. 661), quien admitió el recurso de apelación mediante auto del 24 de octubre de 2017 (fl. 662), se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 666) término dentro del cual las partes se pronunciaron (fl. 720).

Mediante oficio del 28 de mayo de 2018 (fl.721), la magistrada presentó impedimento por encontrarse incurso dentro de la causal 9º del artículo 141 del CGP, por cuanto, el apoderado especial de LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, doctor Gustavo Alberto Herrera Ávila, es el padre de sus hijos, existiendo una amistad íntima.

Por lo anterior, mediante auto del 13 de junio de 2018, se declaró fundado el impedimento (fls.722 y 723), y el asunto le fue asignado al sustanciador, como Despacho que sigue en turno (fl.726).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

EMSSANAR ESS, presentó sus alegatos (fls. 674 a 675), señalando que en el expediente no existe material probatorio que demuestre la falla o negligencia por parte de la entidad, ya que no participó en el acto médico el cual fue ejecutado por el HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA, HUV y la CLINICA MARIA ANGEL DUMIAN MEDICAL DE TULUA. Solicitó se confirme la sentencia.

La **CLINICA MARIANGEL DUMIAN MEDICAL S.A.S**, presentó sus alegatos (fls. 674 a 688), indicó que la parte actora no cumplió con la carga procesal de probar los hechos de la demanda, y que el juez de primera instancia valoró en totalidad la pruebas obrantes en el plenario.

El **HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA**, presentó sus alegatos (fls. 689 a 703), trajo a colación lo ya dispuesto en la contestación y en los alegatos de primera instancia, en el entendido que no se probó la falla en el servicio y el nexo causal entre el daño y la intervención de los entes hospitalarios.

ALLIANZ SEGUROS S.A., también se pronunció (fls.704 a 711), manifestando que se encontraba probado la causa del daño no se constituyó por una omisión o

falla del servicio médico de las entidades, y las entidades actuaron con diligencia y cuidadosamente, por tanto, no podía endilgarse responsabilidad alguna.

La **PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en sus alegatos (fls. 712 a 719), reitera lo mencionado en la contestación de la demanda, y precisó que el servicio médico es de medio y no de resultados.

En esta oportunidad, el **MINISTERIO PÚBLICO** guardó silencio.

Tramitada la segunda instancia, y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a dictar sentencia, conforme a las siguientes,

II.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala dilucidar si el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Buga, a través del cual se negaron las pretensiones de la demanda, está ajustado a derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo los argumentos esbozados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, el problema jurídico que le corresponderá dilucidar a esta Sala será determinar si en el presente asunto se encuentra realmente probada la falla en el servicio en el que incurrieron las entidades demandadas, al haberse presuntamente omitido una prestación del servicio adecuada a la menor gestante, que hubiere conllevado a su deceso.

TESIS DE LA SALA

La Sala absolverá desfavorablemente el interrogante planteado y en consecuencia confirmara la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda.

Lo anterior se basa en que, al revisar el material probatorio obrante en el expediente, no se incurrió en una omisión en la prestación del servicio de salud, ni tardanza por parte de las entidades hospitalarias.

ARGUMENTOS DEL FALLO

Se procederá entonces a determinar el régimen de responsabilidad imputable al caso concreto y a analizar si de acuerdo a los elementos probatorios allegados al plenario se configura la falla en el servicio por omisión alegado por la parte demandante.

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALLA EN EL SERVICIO

El artículo 16 de nuestra anterior Constitución Nacional (1886), disponía respecto a la responsabilidad del Estado que *"Las autoridades de la república están instituidas*

para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares”.

En la Constitución Política actual (1991), en virtud del artículo 90, se establece que el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, de donde se infiere que son tres los elementos que deberán hallarse probados, los cuales en su conjunto estructuran la responsabilidad del Estado, estos son, el daño antijurídico imputable a una acción u omisión de una autoridad y el nexo de causalidad entre aquellos extremos.

De igual forma, el inciso 2º del art. 2º de nuestra Carta Política vigente señala que *"las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

Así pues, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente No. 14170, Consejero Ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, señaló lo siguiente sobre la responsabilidad patrimonial por falla en el servicio y los requisitos para que se configure:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la

comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.” (Resalta la Sala)

En este mismo sentido, la misma Corporación en Sentencia del 01 de marzo de 2006, expediente No. 13764, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, consideró:

"(...) la misma Sección reformuló su interpretación del artículo 90 superior y concluyó que la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. De hecho, esa tesis fue avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1993, en la cual expresó que "es menester, que además de constatar la antijuricidad del daño, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la imputatio juris además de la imputatio facti".

En consecuencia, para establecer la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado corresponde analizar: i) la existencia de un daño antijurídico, ii) la imputación jurídica y fáctica, que en el asunto concreto, corresponde a la falla en el servicio y, iii) el nexo causal entre el daño y la falla en el servicio. (...)" (Resalta la Sala)

De manera que, en los precitados pronunciamientos jurisprudenciales se establece que para configurarse la responsabilidad en cabeza del Estado deben reunirse unos elementos tipificantes, a saber: **i)** un daño antijurídico que implica perturbación o lesión de un bien protegido que sea indemnizable; **ii)** una falta o falla del servicio de la Administración producida por retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia de servicio; y **iii)** una relación de causalidad entre la falla o falta de la Administración y el daño.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN ASUNTOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

En este punto debe indicarse que jurisprudencialmente se ha establecido que en casos en los cuales se controvierte la responsabilidad del Estado por actividades médicas el título de imputación aplicable es el de falla en el servicio. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

"En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, se ha retornado, como se verá, a la teoría clásica de la falla probada; esta Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro; en este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus

obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como 'anormalmente deficiente'¹.

En este punto conviene recordar que, por un tiempo, aceptó la jurisprudencia Contencioso Administrativa que el título de imputación jurídica en torno a los eventos en los que se debatía la responsabilidad médica fuese el de la "falla presunta", según la cual la nuda constatación de la intervención causal de la actuación médica en el resultado nocivo por el que se reclamaba era suficiente para atribuir el daño a la Administración. Pese a lo anterior, se retomó la senda clásica de la responsabilidad subjetiva o falla probada², por lo que en la actualidad, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal, sin los cuales improcedente se hace la condena del Estado por esta vía, tal y como lo ha entendido esta Corporación, cuando consideró que:

*"Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, **lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención - actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicios y que dicha falla fue causa eficiente del daño.**"³ (énfasis añadido).*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*Se concluye, entonces, que la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que **la responsabilidad médica**, en casos como el presente, **debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño**, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por el régimen de responsabilidad objetiva.”⁴ (Resalta la Sala)*

En este sentido, se aprecia que si bien en un principio el Consejo de Estado sostenía la aplicación de la falla del servicio presunta en asuntos donde se alega la responsabilidad médica, en donde “*la nuda constatación de la intervención causal de la actuación médica en el resultado nocivo por el que se reclamaba era suficiente para atribuir el daño a la Administración*”; en la actualidad, la misma Corporación ha establecido que este tipo de asuntos debe ventilarse bajo el empleo del título de imputación de la falla del servicio probada, el cual, en atención a lo señalado anteriormente, requiere que se pruebe: **i)** el daño ocasionado; **ii)** la falla por el acto médico y **iii)** su nexo causal con el primer elemento.

RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL SERVICIO DE OBSTETRICIA

Si bien por regla general en asuntos de falla médica se aplica el régimen de responsabilidad subjetivo por falla probada del servicio, como bien se indicó; el Consejo de Estado ha determinado que al acto obstétrico se le ha otorgado un tratamiento propio en la responsabilidad médica. En este sentido, ha indicado:

“En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado”⁵.

“En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal.

(...).

No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, radicado No. 05001-23-31-000-2003-03304-01(45060). Julio 05 de 2018.

⁵ Original de la cita en la sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: “...en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles. En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología’.”.

prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla⁶.

En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras, no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.”⁷

De manera que, como bien lo ha concluido la Alta Corporación⁸, a pesar de haberse aplicado el régimen objetivo de responsabilidad, dicha posición varió, dándose aplicación al régimen subjetivo de responsabilidad, con la advertencia de presentarse una “flexibilización frente al rigor de la prueba de la falla”.

ANÁLISIS PROBATORIO

- A folio 4 obra registro civil de defunción de la menor con fecha de defunción 17 de octubre de 2013.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 17.512. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera – Subsección A, C.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Radicación No. 19001-23-31-000-2010-00431-02 (59559). Sentencia del 0 de octubre de 2022.

- A folios 6 a 32 y 156 a 176 obra historia clínica del HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA en la cual se aprecia que la menor acude el 05 de septiembre de 2013, por motivo de consulta: *"HACE 2 MESES NO ME LLEGA EL PERIODO"* con amenorreas de 2 meses, asociado a náuseas, somnolencia y se le da plan de manejo recomendaciones signos de alarma, ss prueba de embarazo y hemograma control con resultados.

El 10 de septiembre de la misma anualidad, acude nuevamente en la que se evidencia consulta por supervisión de embarazo de alto riesgo, sin otra especificación, se inscribe paciente al control prenatal con prueba de embarazo positiva y con observaciones: *"SE ENTREGA ORDEN DE PARACLINICOS, SE DAN INDICACIONES Y SIGNOS DE ALARMA"*.

El 18 de septiembre de 2013, asiste a consulta por primer control prenatal, en el que se evidencia *"GESTANTE ADOLESCENTE POR LO QUE SE CONSIDERA ARO, ADEMÁS CON HG DE 10.9 POR LO QUE SE CONSIDERA ANEMIA, ADEMÁS INFECCIÓN VAGINAL POR GARDENELLA, POR LO QUE SE ORDENA MATRONIDAZOL ORAL POR 7 DÍAS. SE REMITE A PSICOLOGÍA Y CITA CON ENFERMERA JEFE, SE ORDENA MICRONUTRIENTE Y HIERRO. SE CITA EN UN MES A CONTROL, SE ESPERA RESULTADO DE VIH QUE APENAS SE TOMO ESTA SEMANA. SE DAN RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA PACIENTE AFIRMA ENTENDER"*.

El 25 de septiembre de 2013 acude por motivo de consulta control prenatal educativo n1.

El 04 de octubre de 2013, acude a las 21:21 horas con motivo de consulta dolor de cabeza, con 5 días de cefalea frontal progresiva emesis sin sangrado vaginal, sin fiebre, sin SINT urinarios, sin flujo y sin mareo. Se da plan de manejo *"ANALGESIA LUEGO DE ESTA MEJORA FRANCA DE DOLOR SE DA ALTA CON ACETAMINOFEN MET. CONTROL MEDICO EN 2 DÍAS"*

El 16 de octubre de 2013, ingresa por urgencias a las 7:12 am:

Motivo de consulta: TENGO FIEBRE

Enfermedad Actual: CC DE 24 HORAS DE EVOLUCIÓN CARACTERIZADO POR FIEBRE ASTENIA ANEMIA CONGESTIÓN NASAL DISURIA, TOS SECA. NO EMORRAGIAS-

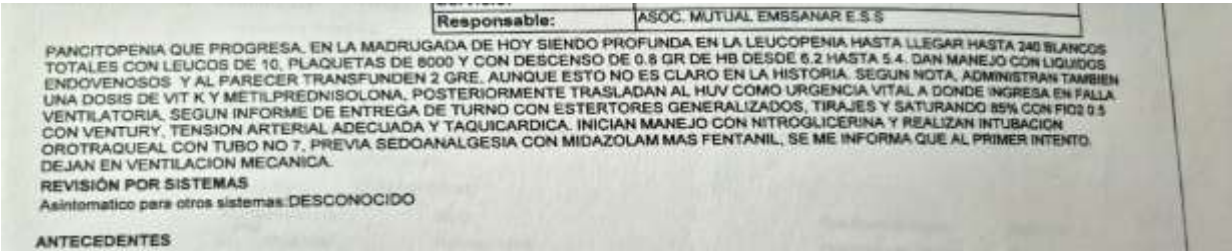
(...)

Análisis y plan de manejo: LEV SSN 1000 CC DIPIRONA 2 GR IV SS HEMOGRAMA UROANÁLISIS POR Sonda-

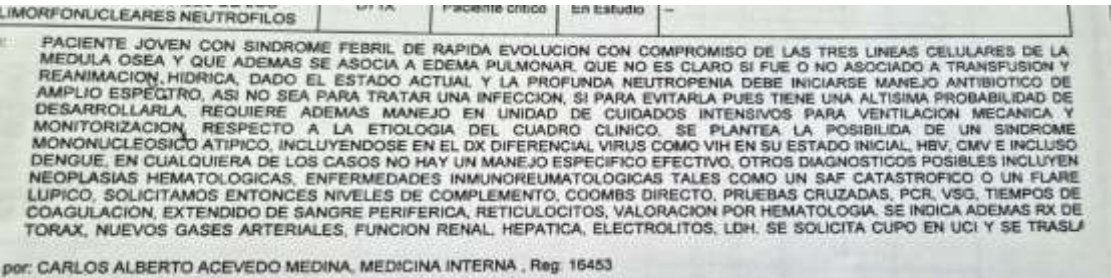
El médico de urgencias a las 9:14 am, indica que los resultados e interpretación de los paraclínicos arrojan pancitopenia con plaquetas de 24000 HB6 leucopenia, por lo cual, se decide remisión a nivel superior.

Según nota de enfermería a las 10:22 am, sale la paciente en camilla, consciente, orientada, afebril e hidratada en ambulancia para ser trasladada a la CLINICA DUMIAN.

- A folios 133 a 155 obra historia clínica del HUV, la cual no fue aportada transcrita, de la cual se logra evidenciar: Fecha de ingreso de la menor al Hospital el 17 de octubre de 2013 a las 6:02, donde es atendida por medicina interna:



Con plan de manejo:



A las 10:15 es valorada por ginecología en unidad de cuidados intensivos, donde se evidencia la paciente en malas condiciones generales con intubación, ventilación mecánica, bajo efectos de sedación.

A las 10:30 am en presencia del internista la paciente presenta episodio de bradicardia extrema con posterior asistolia, se le realiza reanimación, se requiere 8 ampollas de adrenalina, después de 30 minutos de reanimación la paciente persiste en asistolia y se declara hora de defunción 11:00 am, y se envía a necropsia.

- A folios 36 a 41 y 252 a 261 obra historia clínica de la CLINICA DUMIAN, en la que se evidencia que la menor ingresa el 16 de octubre de 2013 a las 12:18 con motivo de consulta remitido del HOSPITAL DIVINO NIÑO son FUM de 5 de julio de 2013, es remitida con hemograma con alteración de plaquetas 24000, con leucopenia, con cuadro clínico de mas de 3 días de evolución consistente en malestar general astenia adinamia.

EVOLUCIONES

17:15 es valorado por especialidad en ginecología, con análisis "PACIENTE CON DIAGNOSTICO ANOTADOS QUIEN SE ENCUENTRA CON UNA TROMBOCITOPENIA SEVERA, ANEMIA AGUDA Y LEUCOPENIA SEVERA, CON

GESTACION TEMPRANA, SE COMENTA CON INTENSIVISTA DE TURNO PARA MANEJO EN UCI, SE DECIDE REMITIR A CUARTO NIVEL (sic) POR NO CONTAR EN ESTE MOMENTO CON PLAQUETAS” deciden remitir a cuarto nivel.

18:09 es valorada por especialidad en intensivista con análisis *“paciente joven, gestante, embarazo de 14 semanas, cuadro febril y trombocitopenia-leucopenia, hemodinámicamente estable, sin sangrado pero con riesgo”,* se recomienda remitir a nivel superior, donde se cuente con hemoderivados, particularmente plaquetas por aféresis de manera continua, debe seguir estudio de trombocitopenia febril.

22:12 es valorada por médico general quien manifiesta un posible diagnóstico clínico de pancitopenia febril con posible dengue con signos de alarma y primigestande de 14 ss, con plan *“está aún pendiente de trámite de remisión”*

00:23 es valorada de nuevo por médico general quien indica *“se comenta con monica gonzalez 12:15 de Emssanar quien recepciona los datos del paciente quedatremos (sic) entonces al tanto de que se le consiga sitio de remisión”*

03:24 del 17 de octubre de 2013, se le realiza transfusión de glóbulos rojos, a espera de su traslado médico.

- A folio 168 obra autopsia de la menor realizada por el HUV- departamento de patología, en la que se evidencia:

Fecha de ingreso: 17 de octubre/2013, 06:02 hrs

Fecha y hora de la muerte: 17 de octubre/2013, 11:00 hrs

Fecha y hora de Autopsia: 17 de octubre/2013, 20:00 hrs

DIAGNÓSTICO FINAL:

LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA, CON COMPROMISO DE BAZO, HIGADO, RIÑÓN, TEJIDO MAMARIO Y MEDULA OSEA.

NECROSIS TUBULAR AGUDA

PROPABLE SEPTICEMIA POR ESCHERICHIA COLI REPORTADO EN HEMOCULTIVO, CULTIVO DE HISOPADO DE PULMON Y CULTIVO DE LIQUIDO CEFALORAQUIDEO.

DIAGNÓSTICO ACCESORIO:

BOCIO COLOIDE.”

- A folio 169 Y 170 obra reporte de resultado de laboratorio del Instituto Nacional de Salud de los tejidos sacados en la autopsia y enviado a análisis

con diagnóstico: *ORGANOS VARIOS – AUTOPSIA. HALLAZGOS INDICATIVOS DE SEVERO ESTADO SÉPTICO CON PRIMORDIAL COMPROMISO DE HÍGADO Y RIÑÓN*”

- A folios 197 a 246 obra guías de atención No. 1 para la atención integral para la prevención, detección temprana y tratamiento de las complicaciones del embarazo, parto o puerperio, la No. 10 para la detección temprana, diagnóstico, atención integral y seguimiento del linfoma de hodking, linfomas no hodgkin, leucemia mieloide aguda y leucemia linfoblástica aguda en niños, niñas y adolescentes, y la No. 23 para el abordaje sindrómico para el diagnóstico y tratamiento de los pacientes con infecciones de transmisión sexual (ITS) y otras infecciones del tracto genital (ITG).
- Obra a folio 563 a 573 dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se describe que los síntomas presentados por la menor y por los que acudió a urgencias el 16 de octubre de 2013, son por infecciones virales, que requieren manejo médico, por tratarse de embarazada requería de toma de paraclínicos, como se realizó y se determinó que presentaba alteración en el hemograma, por lo que se decide remitir.

Precisó que, no existe un tratamiento diferente que hubiera evitado el fallecimiento de la menor, e indicó: *"El manejo dado al mismo y la aparición de la leucemia que presentó un cuadro complicado severo en forma muy rápida que se tornó fatal, siendo medicamente imposible prever esta situación."*

- El médico Quiñonez rindió testimonio indicando que existe una relación laboral con el HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA, precisó que el conocimiento del caso es por el coe, la cual es una reunión que se realiza con el científico, medico de urgencia, los médicos tratantes y el epidemiólogo, se estudia la atención realizada, y se verifica si hubo una demora en la atención, el cual, es obligatorio hacerlo en unos casos, como en el presente por ser menor de edad y gestante. Indicó que, de la reunión se concluyo que las atenciones realizadas desde el momento de su embarazo y el día anterior al insuceso fueron las acertadas y no hubo ningún retraso en la atención.

Preció que, la leucemia es una enfermedad que es un cáncer en la sangre y que se manifiesta como pacintopenia la cual se evidencia en la caída de las 3 líneas celulares, se puede detectar con examen médico de sangre, y en el presente caso solo salió alterado el día 16 de octubre, en los exámenes previos que se le tomaron salieron normales. También indicó que, la pacintopenia puede ser un posible dengue o leucemia.

El testimonio recibido recibirá favorablemente, aunque con algunas salvedades. Si bien podría pensarse que las declaraciones brindadas por el médico Quiñonez, puede verse afectadas en su imparcialidad por el hecho de

provenir de un dependiente de la entidad demandada, no puede dejarse de lado que es precisamente por los conocimientos técnicos que ese testigo posee en ejercicio de su cargo que sus manifestaciones son útiles para la controversia.

CASO CONCRETO

En principio se encuentra que, el daño que se le imputa a las entidades demandadas es la muerte de la menor gestante, lo cual, se encuentra debidamente acreditado en el presente asunto, según lo determinado en historia clínica aportada y el informe de necropsia realizado por el HUV- departamento de patología, donde se concluyó que la causa de la muerte había sido leucemia linfoblástica aguda, con compromiso de bazo, hígado, riñón, tejido mamario y medula ósea.

Ahora bien, en cuanto a la falla por el acto obstétrico, se tiene que en tanto en la demanda, como en el recurso de apelación elevado por la parte actora se indica que el daño ocasionado aconteció por el alto riesgo del embarazo de la menor y que las entidades no actuaron de forma oportuna y rápida.

En este punto debe advertirse que, de conformidad a lo establecido en la historia clínica, en los chequeos realizados en el control materno prenatal a la menor gestante, se aprecia que su embarazo se estaba gestando en condiciones normales, no presentaba ningún tipo de alteración o irregularidad en su desarrollo.

Así pues, se tiene que al comparar la historia clínica, única prueba que acredita las asistencias prestadas a la demandante en su embarazo, y el día de su deceso, se aprecia que en el primer ingreso al HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA el 05 de septiembre de 2013, con motivo de consulta de un posible embarazo por falta del periodo hace 2 meses, fue debidamente valorado ordenándole examen de hemograma y prueba de embarazo, y una vez obtenido los resultados acudir a consulta de control.

El 10 de septiembre acude nuevamente con resultados dando positivo para prueba de embarazo, se inscribe en control prenatal, se ordenan paraclínicos, se da indicaciones y signos de alarmas.

Posteriormente, el 18 de septiembre de 2013, asiste a consulta por primer control prenatal con resultados de paraclínicos, en el que se evidencia "GESTANTE ADOLESCENTE POR LO QUE SE CONDISERA ARO, ADEMAS CON HG DE 10.9 POR LO QUE SE CONSIDERA ANEMIA, ADEMAS INFECCION VAGINAL POR GARDENELLA, POR LO QUE SE ORDENA METRONIDAZOL ORAL POR 7 DIAS. SE REMITE A PSICOLOGIA Y CITA CON ENFERMERA JEFE, SE ORDENA MICRONUTRIENTE Y HIERRO. SE CITA EN UN MES A CONTROL, SE ESPERA RESULTADO DE VIH QUE APENAS SE TOMO ESTA SEMANA. SE DAN RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA PACIENTE AFIRMA ENTENDER".

El 25 de septiembre de 2013 acude por motivo de consulta control prenatal educativo n1, consciente, orientada, afebril y en buenas condiciones generales, refiere que se ha sentido maluca con vómito, con cefalea intensa en región frontal.

La menor acude nuevamente el 04 de octubre de 2013, por dolor de cabeza, con 5 días de cefalea frontal progresiva emesis sin sangrado vaginal, sin fiebre, sin SINT urinarios, sin flujo y sin mareo. Se da plan de manejo con analgésico y se da de alta con acetaminofén.

Acude el 16 de octubre de 2013 a las 7:12 am por fiebre y se da plan de manejo líquidos endovenosos, se solicita hemograma y uroanálisis por sonda. A las 9:14 am se da lectura a los resultados del hemograma arrojando pancitopenia con plaquetas de 24000 HB6 leucopneia, por lo cual, se decide remisión a nivel superior.

Ingresa a la clínica DAMIAN de Tuluá a las 13:18 pm, se realiza chequeos se decide remite a un nivel de mayor complejidad. El 17 de octubre a las 02:16 mientras sale el traslado es subida a UCI, a las 3:24 am se le realiza transfusión de glóbulos rojos.

Se sabe que ingresa el 17 de octubre de 2013 a las 06:02 am al HUV, donde empieza con falla ventilatoria, por lo que, le realizan intubación y se deja en sedación, se ordena exámenes para determinar la causa y se sube a UCI; a las 10:15 es valorada por especialista en ginecología, encontrándola en mal estado, se le realiza transfusión de 3 unidades de concentrado globular, 2 pool de plaquetas y a las 10:30 en presencia del intensivista presenta la menor episodio de bradicardia extrema con posterior asitolia, se da inicio a reanimación cardiopulmonar avanzado con masaje cardiaco, requiere 8 ampollas de adrenalina, 40 unidades de vasopresina, 7 ampollas de bicarbonato, luego de 30 minutos de reanimación la paciente persiste en asistolia y se declara el fallecimiento a las 11:00 am.

Ahora bien, la necropsia practicada a la menor se concluyó que la causa de la muerte había sido leucemia linfoblástica aguda, con compromiso de bazo, hígado, riñón, tejido mamario y medula ósea.

En este sentido, el daño antes mencionado es antijurídico en tanto que la menor gestante, según la historia clínica había tenido un embarazo normal, asistió a los controles y no padecía ninguna enfermedad pues sus exámenes de hemograma salían dentro de los rangos normales, y si bien es cierto, que el embarazo era considerado de alto riesgo por ser menor de edad hasta ese momento su embarazo no presentaba complicaciones en el feto y en su salud, por lo cual, no se evidenciaba un posible riesgo de muerte de la menor gestante.

Aunado a ello, se tiene que la necropsia arrojó como causa de muerte leucemia linfoblástica aguda, con compromiso de órganos y medula ósea, según la guía No. 10, este tipo de enfermedad es un trastorno linproliferativo clonal que compromete la medula ósea. Se caracteriza por la proliferación de una célula maligna que reemplaza las células normales e infiltra órganos y tejidos.

Y en el testimonio rendido por el médico se precisó que, la leucemia es un tipo de cáncer en el sangre, y a la misma conclusión llegó el perito en su informe *"la leucemia linfocítica aguda, es un cáncer que se inicia en la versión temprana en los glóbulos blancos llamados linfocitos en la medula ósea. (...). Las células leucémicas usualmente invaden la sangre con bastante rapidez. Estas células se pueden propagar a otras partes del cuerpo, como a los ganglios linfáticos, el hígado, el bazo, el sistema nervioso central (el cerebro y la médula espinal) y los testículos (en los hombres). El termino agudo significa que la leucemia puede progresar rápidamente, y que si no se trata, podría ser fatal dentro de unos meses, mientras que linfocito, significa que se origina en las primeras etapas (inmaduras) de los linfocitos, un tipo de glóbulo blanco."*

El perito del análisis de la historia clínica concluye que la menor recibió la atención prenatal en el HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA, donde se le realizaron los estudios clínicos indicados para su estado de gestión.

En este sentido, se tiene entonces para la Sala que a la menor se le brindó la atención oportuna y se le realizaron los exámenes médicos necesarios para su estado de gestión, los cuales no arrojaron evidencia de alteración en su sistema, ni tampoco problemas en su embarazo.

Ahora bien, respecto a la atención del 16 de octubre cuando la menor acude por fiebre al HOSPITAL DIVINO NIÑO DE BUGA, donde se le tomó hemograma que arrojó pancitopenia, por lo cual, se remite a la CLINICA DUMIAN, donde le realizan paraclínicos donde se evidencia aumento de la pancitopenia, y se decide remite a un Hospital de mayor nivel, siendo este el HUV, donde presenta complicaciones y posteriormente muere.

El perito precisó que, la sintomatología presentada por la menor, se presentan en infecciones virales, y requería toma de paraclínicos como se le realizo, igualmente precisó que los síntomas no son predictivos de fallecimiento. Frente al tratamiento recibido precisó que era el adecuado y que no existe un tratamiento diferente al recibido que hubiera evitado su deceso, análisis que se determinada con los resultados arrojados con la autopsia.

De esta manera, para la Sala, en el sub examine no se advierte medio de convicción que permita inferir que las entidades demandadas hayan dado un manejo inadecuado a la patología que padeció la menor gestante, lo que sí esta probado es que, pese a que se le tomaron los exámenes pertinente, se hicieron las remisiones a centros de alto nivel de complejidad para el manejo de los síntomas que se presentaba y del tratamiento realizado, la paciente tuvo complicaciones clínicas relativas a la enfermedad que padecía de leucemia, y que desafortunadamente conllevó a la muerte de menor de manera rápida, pues se recuerda que esta ingreso el 16 de octubre de 2013 por urgencias y al día siguiente, esto es, el 17 de octubre a las 11:00 am, fue declarado el fallecimiento de la menor, su estado de gravedad no permitió a los médicos tratantes detectar a tiempo su enfermedad y proceder a darle el tratamiento adecuado.

Así pues, no hubo forma de que los médicos tratantes pudieran detectar la enfermedad que aquejaba a la menor gestante con anticipación y cuando se remitió a un nivel de complejidad hospitalario más avanzado, no surtió efectos dada la agresividad de la evolución de la enfermedad, si bien, se tenía un posible diagnóstico de varias enfermedades que podría tener la menor por los síntomas y los resultados de los exámenes anteriormente tomados, entre ellos la leucemia, le fueron tomado más exámenes para poder determinar con certeza un posible diagnóstico, pero su deceso fue muy rápido.

Entonces, si bien el extremo activo afirmó que hubo negligencia, no se atendió a tiempo a la paciente, conforme los hechos probados y la praxis médica establecida para ese asunto, la prestación del servicio médico se dio dentro de los procedimientos que la lex artis impone, por lo que se declarará que no está probada la falla como criterio subjetivo de imputación.

De otro lado, resulta necesario precisar que, en virtud de la enfermedad de la paciente y sus propios riesgos, la parte demandante tampoco logró comprobar que la menor tuviera una expectativa legítima de recuperar su salud, no solo por la naturaleza misma de la patología «Leucemia linfoblástica aguda» sino también porque el perito mencionó que por su estado ningún otro tratamiento hubiese podido cambiar la situación de la paciente que la llevó a su fallecimiento.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las obligaciones que se desprenden del acto médico propiamente dicho son de medio y no de resultado, al demandante no le es suficiente con demostrar que su estado de salud no mejoró o que empeoró luego de la intervención del profesional de la salud, puesto que es posible que, pese a todos los esfuerzos médicos, el paciente no reaccione favorablemente al tratamiento de su enfermedad. Por tal motivo, la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada que en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados del diagnóstico, tratamientos e intervenciones quirúrgicas de las patologías, la parte actora tiene la carga de demostrar la falla del servicio atribuible a la entidad.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que: En relación con el acto médico propiamente dicho se señala que los resultados fallidos en la prestación del servicio médico, tanto en el diagnóstico, como en el tratamiento o en la cirugía no constituyen una falla del servicio, cuando esos resultados son atribuibles a causas naturales, como aquéllos eventos en los cuales el curso de la enfermedad no pudo ser interrumpido con la intervención médica, bien porque el organismo del paciente no respondió como era de esperarse a esos tratamientos, o porque en ese momento aún no se disponía de los conocimientos y elementos científicos necesarios para encontrar remedio o paliativo para esas enfermedades, o porque esos recursos no están al alcance de las instituciones médicas del Estado. Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos; por no prever siendo previsible, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien

para modificar el diagnóstico o el tratamiento, y en fin de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera deficiente⁹.

Por tanto, la obligación prestada por los centros hospitalarios era de medio, más no de resultado, en razón a las circunstancias variables no controlables, como las presentadas en el caso de autos, e impredecibles por los galenos, de modo que, lo que reclama la actora es la responsabilidad médica por el fallecimiento de la menor gestante, soportado en que existió una omisión en la atención en su embarazo de alto riesgo y en la prestación del servicio de salud, situación que fue desvirtuada en el dictamen pericial, al precisar que los diagnósticos que acaecía la menor eran de un posible virus, y su salud empeoró de una forma muy rápida exactamente un día, desde que ingreso al Hospital hasta su fallecimiento, imposibilitando a los galenos dar con un diagnóstico y proceder al tratamiento adecuado, pues la enfermedad ya estaba avanzada y la menor solo presentó síntomas cuando acudió por urgencias el 16 de octubre de 2013.

Ahora bien, en el escrito de apelación la parte actora aduce que el fallecimiento de la menor acaeció por una infección que contrajo, sobre este punto la Sala precisa que en el plenario no se demostró que la menor gestante haya contraído una infección en algunos de los centros hospitalarios y que esto haya llevado a su deceso.

Por lo anterior, se encuentra que en el presente caso la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que le asiste a la parte que alega el hecho lesivo y por ello resulta determinante demostrar por los medios legalmente dispuestos para tal fin, las circunstancias fácticas sobre las que se fundó la demanda, de modo que su mera afirmación no resulta suficiente para ello. Así las cosas, al no encontrarse acreditado el elemento de la imputabilidad, la Sala confirmará decisión inicial.

COSTAS

Finalmente, en cuanto a la condena en costas se tiene que el artículo 188 del CPACA pareciera en principio que hubiera dispuesto un criterio netamente objetivo, por cuanto en contraste con el artículo 171 del CCA, norma que disponía que éstas se causarían *“teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”*, ahora establece que *“Salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”* (actual CGP), lo cual se entiende como que debe hacerse un ejercicio valorativo donde se observen *“ (...) una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la acusación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronunciará sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.”*¹⁰

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 20.502, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, radicado No. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Noviembre 3 de 2016.

De manera que, para cada caso se hace necesario no sólo la comprobación que efectivamente la parte a quien se le da la razón incurrió en gastos del proceso y en agencias en derecho, sino también factores y conductas que le hacen inferir al Juez que tan jurídicamente razonables eran los argumentos de la parte vencida; o si por el contrario, en tratándose por ejemplo de un asunto sobre el cual ya hay un posición jurisprudencialmente decantada o consolidada, la parte se empeña en defender otra. Sin embargo, bien puede suceder que se haya producido un cambio de jurisprudencia ya estando en curso el proceso, en cuyo caso, salvo la valoración de otros factores diferentes a la razonabilidad del argumento, no habrá lugar a condena en costas.

Para el caso presente, debe decirse que a pesar de que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue resuelto de manera desfavorable; en el plenario solo se evidencia que los apoderados de las entidades demandadas y llamados en garantía presentaron alegatos en las oportunidades para ello en segunda instancia, como tampoco se avizora la comprobación de gastos incurridos en este escenario; por lo que la Sala se abstendrá de condenar en costas de esta instancia.

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFÍRMESE la Sentencia No. 095 del 05 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Buga.

SEGUNDO.- Sin condena en costas de segunda instancia por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

Firmado electrónicamente
OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT

Firmado electrónicamente
PATRICIA FEUILLET PALOMARES

Con impedimento aceptado
LUZ ELENA SIERRA VALENCIA