

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Acción de reparación directa

Radicación: 660012331000201000222 01 (46467)

Demandantes: Janeth Marín Espinosa y otros

Demandadas: Empresa Social del Estado Salud Pereira y la

Empresa Social del Estado, Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

Tema: Responsabilidad por atención médica. Muerte de menor por infección, luego de haber sido enyesada por un esguince de tobillo. Se revoca la decisión que negó las pretensiones, porque está demostrado que el daño fue determinado por omisiones en la atención médica; se condena a las demandadas y la compañía de seguros al pago de perjuicios morales. El testimonio de los médicos tratantes no sirve para complementar ni desvirtuar las anotaciones que debieron hacerse en la historia clínica, ni para contradecir las opiniones de los peritos.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las pretensiones de la demanda.

La Subsección es competente conforme con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, porque resuelve un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un tribunal administrativo. El Tribunal Administrativo de Risaralda era competente para conocer el proceso en primera instancia en razón de la cuantía, según el numeral 6 del artículo 132 del mismo código.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 10 de mayo de 2013¹. En el auto del 27 de septiembre de 2013² se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente. Las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no rindió concepto.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- La demanda fue interpuesta el 23 de julio de 2010³ por los familiares de la menor Yessica Lorena Espinosa Hernández contra la ESE Salud Pereira (en adelante Hospital de Kennedy) y la

ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira (en adelante Hospital San Jorge) para reclamar los perjuicios causados por su muerte, ocurrida el 1° de enero de 2010.

2.- En la demanda se formularon las siguientes pretensiones⁴:

<<Declárese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SALUD PEREIRA Y LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN

JORGE DE PEREIRA, administrativamente responsable de la muerte de la menor YESSICA LORENA ESPINOSA HERNANDEZ, dentro del marco de circunstancias que da cuenta la presente demanda.

Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:

1.- POR PERJUICIOS MORALES. Se solicita para cada uno de los actores el equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en atención a la nueva orientación jurisprudencial del H. Consejo de Estado.

2.- INTERESES. Se debe a cada uno de los demandantes, o a quien sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses que se causen a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con el Artículo 177 del C.C.A.>> (Mayúsculas y negrillas del texto original).

3.- Las pretensiones se fundaron en las siguientes afirmaciones:

3.1.- El 27 de diciembre de 2009 Janeth Marín Espinosa llevó a su hermana menor, Yessica Lorena Espinosa Hernández⁵ al Hospital de Kennedy porque tenía un edema moderado en el pie derecho, hinchazón y dificultad para

¹ Fl. 506 cuaderno principal.

² Fl. 512 cuaderno principal.

³ Fl. 89 C.1.

⁴ Fls. 63-64 C.1.

⁵ La niña tenía 9 años de edad.

caminar, fiebre, malestar general, decaimiento, sed y resequedad en la boca. El médico que la atendió ordenó practicarle una radiografía y le formuló Naproxeno.

3.2.- El 28 de diciembre de 2009 regresaron a urgencias de la misma institución con los resultados de la radiografía. Para ese momento, la niña mantenía los mismos síntomas. Sin embargo, el médico solo revisó la radiografía, determinó que tenía un esguince en el tobillo, y ordenó remitirla al Hospital San Jorge para adelantar el procedimiento con ortopedia.

3.3.- La menor fue llevada ese mismo día, el 28 de diciembre de 2009, al Hospital San Jorge para la lectura de la radiografía y allí le diagnosticaron fractura de la epífisis inferior de la tibia, la inmovilizaron con bota de yeso por 4 semanas, y le ordenaron control por ortopedia.

3.4.- Los familiares de la menor le retiraron el yeso debido al llanto de la niña, y al observar unas llagas en el pie la llevaron al Hospital de Kennedy. Ingresó a dicha institución el **1° de enero de 2010**. Allí le practicaron exámenes de laboratorio, y aunque los resultados eran normales, la

paciente lucía en malas condiciones, por lo que el médico consideró que debía ser remitida al Hospital San Jorge por posible sepsis.

3.5.- En el Hospital San Jorge se diagnosticó «septicemia debida staphylococcus aureus y celulitis de otras partes de los miembros». La paciente ingresó <<en condiciones muy críticas por sepsis severa>>. En la UCI se le realizaron maniobras de reanimación debido a un segundo paro cardiorrespiratorio, y luego de 45 minutos de reanimación, a las 21:46 horas, se reportó su fallecimiento, por «probable choque séptico secundario a estafilococemia».

3.6.- Las imputaciones a las entidades demandadas se resumen de la siguiente manera en la demanda:

<<La madre lleva la pequeña el día 27/12/2009 con varios síntomas y manifestaciones clínicas tales como fiebre, malestar general, decaída, con peladura en los labios y dificultad para caminar siempre. La llevó en sus brazos y toda esta situación pasa desapercibida; lo único que hizo el galeno del hospital de Kennedy fue regañar a la madre por haberla llevado donde sobandero y sobre las manifestaciones clínicas simplemente se limita a ordenar una radiografía de un solo pie para el día siguiente y le manda Naproxeno. Al otro día, cuando la paciente tiene la radiografía, vuelve otra vez al hospital de Kennedy con los mismos síntomas y manifestaciones clínicas y nada se dice de las manifestaciones y comportamiento de la niña por eso en

la remisión sol (sic) diagnóstico previo a la remisión es esguince de tobillo izquierdo y nada se dice los otros síntomas; no se entiende qué clase de valoración médica se le hizo a la niña durante estos 2 días en que acudió. Para empeorar las cosas, llega al hospital San Jorge y ni siquiera le hacen un examen físico para establecer las condiciones de su ingreso; y para rematar la pésima atención, no obstante que el diagnóstico del hospital de Kennedy es esguince de tobillo izquierdo terminan inmovilizando la pierna derecha con bota de yeso que además tenía edema grado II y se da la salida sin saberse en qué condiciones, fue despachada para la casa ese 28 de diciembre de 2009. Las pésimas condiciones en que reingresa el día 1 de enero de 2010, son el reflejo claro de una mala anamnesis y por ende una mala atención médica y un procedimiento previo que causó llagas en el pie derecho porque estaba demasiado apretado, no era el pie del esguince y además estaba edematizado, situación que por mera lógica sin más esfuerzo ocasionó los estragos de la salud de la menor; sumado todo eso a la indiferencia de los médicos frente a un cuadro que ameritaba como mínimo una hospitalización y estudios complementarios desde el día 27 de diciembre de 2009. Otra situación más que demuestra la pasividad y negligencia de la entidad remitente, es que la niña reingresa en malas condiciones el 01/01/2010 a las 9:30 y sólo es remitida después de las 17:00, pues ingresa al San Jorge a las 17:26 cuando desde las 13:00 había sido aceptada en el San Jorge y cuando llega allí sólo es valorada cuando ya estaba complicada a las 4 horas de su ingreso y después de esta valoración la niña sobrevive 6 minutos, pues falleció a las 21:30>>.

B.- Posición de la parte demandada Hospital de Kennedy

4.- El Hospital de Kennedy ⁶ señaló que los hechos de la demanda no eran ciertos, se opuso a las pretensiones y propuso excepciones.

4.1.- En relación con la atención prestada a la niña el 27 de diciembre de 2009, afirmó que la menor o su acudiente no señalaron que la niña sufriera síntomas distintos a haberse <<chocado>> el pie, razón por la cual se solicitó una radiografía y se le ordenó Naproxeno. Se indicó que ese día fue atendida por el médico Pablo Hernán Hidalgo.

4.2.- Sobre el regaño a la acudiente de la niña al que se hace referencia en la demanda, contestó que el médico lo que hizo fue educar a la mencionada señora por haber llevado a la menor a un sobandero. Ello está contraindicado por la ciencia médica, toda vez que esta práctica puede aumentar la lesión y

⁶ Fls. 138-159 C.1.

generar mayor dolor e inflamación. Además, señaló que generalmente esa práctica <<se realiza sin ningún tipo de procedimiento de analgesia ni antisepsia y sin conocimiento de la anatomía y fisiopatología de las lesiones óseo-musculares>>.

4.3.- Señaló que el 28 de diciembre de 2009 la niña fue atendida por Carlos Humberto Monsalve, quien revisó la radiografía, le encontró dolor, edema y eritema en el maléolo externo del tobillo izquierdo y la remitió al hospital San Jorge con diagnóstico de esguince de tobillo izquierdo, para valoración de ortopedia. Anotó: <<Es de resaltar que en la historia clínica de la menor no existen datos de que ella o su acudiente haya manifestado síntomas diferentes al trauma. Se anexa historia clínica>>.

4.4.- Agregó que la niña acudió <<el día 1 de enero de 2010 a las 9:50 al área de urgencias del hospital de Kennedy donde fue atendida por el profesional médico Jorge Luciano Martínez quien se encontraba de turno en ese centro asistencial tal como consta en la historia clínica, siendo el motivo de consulta de la menor “edema y dolor en la pierna derecha”. En la enfermedad actual se refiere: paciente con cambios en el comportamiento desde hace 6 días tales como morderse los labios causándose lesiones, incontinencia urinaria como antecedentes el 25 de diciembre sufrió caída de su propia altura con trauma en tobillo pie donde fue valorada por ortopedista se le puso yeso el cual retiró la familia por edema en el miembro inferior derecho. El examen físico refiere al aspecto general pálida decaída frecuencia cardíaca 120, frecuencia respiratoria 20, tensión arterial 37, peso 25 kg se le diagnosticó SMO – sepsis? Trauma pierna derecha, se le ordena cuadro hemático, parcial de orina y se espera reporte para remisión al Hospital Universitario San Jorge. Una vez se obtienen estos reportes es remitida a esta institución>> (...) <<La menor Jessica Lorena Espinoza Hernández ingresó al área de urgencias del hospital Kennedy el día 01/01/2010 a las 9:50 am e ingresó al servicio de observación del mismo hospital a las 11:00 am y fue valorada por la médica Beatriz Orozco quién hace la nota de evolución.>> (...) <<Se precisa que el tiempo transcurrido desde su ingreso al área de urgencias del hospital Kennedy el día primero de 2010 a las 9:50 horas hasta subir eso a las 15:50 fue sólo de 6 horas terminó durante el cual se le realizaron los exámenes a que se hizo alusión anteriormente y se obtuvo los resultados pertinentes>>.

4.5.- Como excepciones, el hospital de Kennedy propuso las que denominó:

(i) «Inexistencia de responsabilidad de acuerdo a la ley», ya que la entidad obró con diligencia y cuidado a través de sus profesionales de salud, brindándole a la menor Yessica Lorena Espinosa Hernández el tratamiento médico conforme al cuadro clínico presentado; (ii) «inexistencia de culpa grave o dolo>>; (iii) «inexistencia de vínculo causal»; (iv) «obligación del médico es

de medio y no de resultado», la que soportó en la sentencia proferida el 5 de junio de 1992 por esta Corporación; (v) «acto médico ajustado a protocolos de la ciencia médica», porque las tres (3) consultas brindadas en la institución a la menor Espinosa Hernández durante los días 27 y 28 de diciembre de 2009 y el 1° de enero de 2010 se prestaron conforme a los protocolos de la ciencia médica; (vi) «Corresponsabilidad», ya que a su juicio, la conducta de la menor fallecida y

su familia fue imprudente, pues en un primer momento la menor fue llevada a un <<sobandero>> y negligente porque pese a que la menor tenía fiebre y dolor, solo fue llevada a urgencias pasados tres (3) días, y (vii) «Culpa de un tercero», ya que los señores Fidel Gutiérrez y Janet Marín llevaron la niña donde un «sobandero». Sostuvo, además, que su obrar fue negligente e imprudente por retirar el yeso a la menor y no trasladarla al hospital cuando aparecieron los síntomas de cambio de comportamiento, autoagresión e incontinencia urinaria.

4.6.- En relación con la excepción de inexistencia de culpa grave o dolo, la entidad señaló:

<<En la atención de urgencias brindada a la menor Jessica Lorena Espinoza Hernández los días 27 y 28 de diciembre 2009 y el 1 de enero de 2010 en el área de urgencias del hospital Kennedy por los profesionales médicos Pablo Hernán Hidalgo, Carlos Humberto Monsalve García, Jorge Luciano Martínez y Beatriz Orozco, los actos médicos fueron siempre adecuados, oportunos, pertinentes y diligentes frente a los cuadros clínicos presentados, que fueron totalmente diferentes. Por tanto si su conducta no fue siquiera culposa menos podría tildarse de dolosa o gravemente culposa>>.

Hospital San Jorge

5.- La Empresa Social del Estado Hospital Universitario San Jorge de Pereira ⁷ también negó las afirmaciones de la demanda, se opuso a sus pretensiones y propuso excepciones de fondo.

5.1.- En relación con los síntomas que la niña presentaba el 27 de diciembre señaló que <<revisada la historia clínica de la ESE SALUD PEREIRA se observa claramente que a la valoración física la paciente no presentaba ninguno de los síntomas que se señalan en este punto; por el contrario se da cuenta de una paciente afebril con frecuencia cardíaca respiratoria entre los límites normales. Por otro lado, tampoco aparece evidencia de que la familia haya informado sobre los síntomas relacionados al médico que atiende a la paciente>>. Luego de indicar que no le constaba lo ocurrido en dicho centro (el Hospital Kennedy), agregó que, <<en todo caso si la familia no refirió los

⁷ Fl. 233 cuaderno principal.

síntomas que estaba presentando la niña con anterioridad y diferentes del esguince de tobillo y si al el examen físico se encontraba normal, el médico no tendría por qué haberlos supuesto y no podría ser otro el diagnóstico que haya realizado>>

5.2.- En cuanto la imputación relativa a que luego de ponerle el yeso, le dieron salida “sin saberse en qué condiciones”, señaló que de haberse observado otros síntomas diferentes al que ocasiona una remisión al especialista en ortopedia, se habría ordenado su hospitalización y la valoración por otra especialidad.

5.3.- Agregó que para el esguince que presentaba la paciente no estaba prevista la hospitalización, <<(…)mucho menos el edema grado II es contra indicativo del yeso (…) No fue el yeso el que produjo las llagas, como se afirma que se deduce por lógica: fue la infección que presentaba la paciente. Por otro lado, si la paciente ya presentaba signos y síntomas de autoagresión incontinencia urinaria para la valoración del 27/12/2009, es evidente que hubo una omisión por parte de la familia de la niña al no informar dicha situación en el momento de la consulta en el primer nivel y peor aún tampoco lo informaron cuando fue atendida en el centro asistencial que represento>>.

<<Desafortunadamente cuando llega la niña a la entidad asistencial que represento presentaba una sepsis que evolucionó rápidamente produciendo su deceso antes de obtenerse el resultado de varios de los exámenes que le fueron ordenados y que eran primordiales para establecer el plan de manejo como sucedió con el reporte de hemocultivo y el respectivo antibiograma>>.

5.4.- Se indicó que según la historia clínica, antes de que la niña fuera atendida en la institución fue llevada a un «sobandero»; para la demandada ese hecho fue <<un factor preponderante para el desarrollo de la infección, por existir un estrecho contacto físico al momento de realizar el masaje en el pie. Igualmente, el 28 de diciembre de 2009 la menor no presentaba ninguno de los síntomas que refieren en la demanda; tanto así, que en la historia clínica se describió una <<piel normal>>.

5.5.- La familia de la menor fue descuidada porque no informó al médico sobre síntomas que presentaba para la primera consulta y tardó en consultar nuevamente cuando reaparecieron; y estos factores contribuyeron a que la sepsis evolucionara.

5.6.- Propuso las excepciones que denominó: (i) «Inexistencia o falta de configuración de falla del servicio o ausencia de responsabilidad administrativa» e «inexistencia de nexo causal entre el acto médico y el daño», por cuanto no existe relación entre la muerte de la menor y la atención asistencial brindada; (ii) «Obligación de medio y no de resultado» la que soportó en la sentencia proferida el 17 de agosto de 2000 por esta Corporación; (iii) «Valoración exagerada de los perjuicios» pues la pedida corresponde a un valor superior al reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y (iv) «Hecho de un tercero», porque era deber de la familia informar que la niña tenía fiebre y dolor; además, dejaron pasar los días 29 a 31 de diciembre de 2009 sin acudir al servicio de salud, y acudieron cuando vieron el deterioro de su estado.

Compañía de seguros La Previsora

6.- Las demandadas llamaron en garantía a la Previsora Seguros S.A. con base en el artículo 1602 del Código Civil, para lo cual allegaron la póliza de seguro. El tribunal admitió el llamamiento en garantía⁸. La Previsora S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y adujo que no estaba probado que sus aseguradas hubiesen incurrido en una falla en la prestación del servicio de salud, y que tampoco se demostró el nexo de causalidad.

6.1.- En relación con la responsabilidad de las entidades demandadas propuso la excepción de culpa de la víctima en los siguientes términos:

<<La señora Janeth Marín Espinosa quien funge como madre de crianza de la menor obró en una forma bastante imprudente frente a la lesión que presentaba la niña en el tobillo, pues antes de asistir a un centro hospitalario acudió donde un sobandero lo que posiblemente hizo que la lesión se complicara aunado a que omitió desde un principio informar las afecciones de salud y los otros síntomas que presentaba la menor, que hubieran dado lugar a que los galenos hicieran un diagnóstico pertinente>>.

6.2.- En relación con el llamamiento en garantía solicitó que se tuvieran en cuenta las condiciones de la póliza, las exclusiones cuando el daño lo producen contratistas y subcontratistas del asegurado <<además de la responsabilidad civil en que puedan incurrir los médicos vinculados en la atención individualmente considerados>> y, en cuanto al límite asegurado para perjuicios familiares, dijo:

<<Dado que los únicos perjuicios reclamados en la demanda son de orden moral, en caso de que se encontrara acreditada la responsabilidad de las llamantes en garantía, sólo podrán tenerse en cuenta el valor asegurado sublimitado por perjuicios extrapatrimoniales>>

⁸ Por auto del 30 de junio de 2012 el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió el llamamiento en garantía. (Fls. 301-302 C-4)

C.- Sentencia recurrida

7.- En sentencia del 14 de diciembre de 2012⁹ el Tribunal Administrativo de Risaralda, luego de establecer que la demanda fue presentada en término, declaró no probadas las excepciones y negó las pretensiones de la demanda.

7.1.- En relación con las excepciones, señaló que <<no se acreditaron los elementos de juicio necesarios para establecer que la conducta que se le atribuye a los familiares de la menor fuera la causa determinante de su fallecimiento o que siquiera hubiera influido de manera importante en lamentable hecho final, (...) comprendiéndose entonces que fue la presencia de esta bacteria lo que conllevó al resultado final>>

7.2.- Frente al régimen de responsabilidad aplicable, señaló que debía aplicarse el de la falla probada, para lo cual citó la jurisprudencia de la Sección Tercera conforme con la cual <<en materia es 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 puede construirse con fundamento en las demás pruebas que ordenen el proceso en especialidad para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño (...). En cuanto a la prueba del vínculo causal ha considerado la Sala que, aun cuando resulte imposible probar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueban dicha relación, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad” que permite tenerlo por establecido.>>¹⁰

7.3.- En relación con el testimonio del médico ortopedista que ordenó enyesar a la niña, el tribunal rechazó la tacha formulada en su contra e indicó que <<su declaración resulta valiosa para esta corporación, dado que fue el médico tratante frente al cuadro clínico que presentaba la paciente remitida por el hospital de Kennedy al San Jorge de Pereira, aunado al hecho de que es especialista en el área de ortopedia y traumatología y que cuenta con amplio conocimiento por lo que su declaración puede contribuir al esclarecimiento de los hechos (...)>>.

7.4.- Frente a la circunstancia de que las historias clínicas de las entidades demandadas <<se encontraran incompletas>>, el tribunal señaló que ellas

⁹ Fls. 422-475 cuaderno principal.

¹⁰ Sentencia de 31 de agosto de 2006. Exp: 15.772

fueron <<apreciadas probatoriamente junto con las demás pruebas obrantes en el proceso, como con los testimonios de los médicos tratantes>> y que <<si bien, no se encuentra dentro de la historia clínica correspondiente la atención médica brindada por la ESE salud Pereira el folio correspondiente a la atención de los días 27 y 28 de diciembre de 1999, no por ello se puede

decir que tal hecho se constituye en un indicio grave de responsabilidad en su contra toda vez que frente a la atención del día 27 en la historia clínica aportada por el demandante reposa la prescripción médica coincidente con la fecha, aunada al testimonio del médico Pablo Hernán Hidalgo quien atendió ese día a la niña y la formuló (...)»>>.

7.5.- Del análisis en conjunto de las pruebas, el tribunal concluyó que los médicos obraron adecuadamente conforme con la información con que contaban; desechó el dictamen del ortopedista aportado por los demandantes, en lo relativo a que el yeso generó la infección; consideró que lo que produjo la muerte de la niña fue la infección sin que pudiera establecerse cuándo, ni dónde la contrajo. Por estas razones absolvió de responsabilidad a las demandadas.

Se lee en lo pertinente en el fallo:

<<El análisis y valoración del dictamen del inicial rendido por un profesional del Instituto de Medicina Legal, los testimonios de los médicos que atendieron a la menor y las anotaciones efectuadas en la historia clínica permiten a la sala apartarse del criterio expuesto por el perito Carlos Eduardo Rodríguez Gutiérrez, no sólo porque son coincidentes en que la infección tiene diferentes causas, el yeso no fue la causa y que cuando la niña consultó reportaba un estado de salud normal presentando sólo un esguince de tobillo»>>.

<<Sino también porque el profesional Rodríguez Gutiérrez concluyó en su dictamen que la anotación en la historia clínica de la Unidad local el 28/12/2009, EDEMA ERITEMA MALÉOLO EXTERNO, correspondía a un enrojecimiento de la piel debido a la inflamación por exceso de riego sanguíneo mediante vasodilatación y que es un síntoma de distintas enfermedades infecciosas y de la piel, pero sin tener en cuenta, como lo indicó el médico que hizo la anotación, que esa misma está referida que la que la paciente sufrió un trauma o golpe y se produjo el edema el eritema y el dolor que el diagnóstico fue esguince de tobillo»>>.

<<Bien aclarado lo anterior, considera necesario advertir que en el plenario no obra prueba que permita tener certeza del momento en el cual inició el proceso de la infección padecida por la menor, de dónde ni cómo fue adquirida y que para el momento de la consulta del 28 de diciembre ya la tuviera. Por el

contrario, de las anotaciones de la historia clínica correspondientes a la atención del 01/01/2010 se puede establecer que fue en esa fecha que la acompañante de la niña indicó que la menor presentaba desde hacía 6 días atrás cambios en su comportamiento e incontinencia urinaria»>>.

<<Si bien se ordenaron los exámenes pertinentes para establecer el diagnóstico definitivo de la menor el avanzado estado de la afección no hizo posible una mejoría falleciendo el 01/01/2010 teniéndose como causa del deceso una septicemia debida a estafilococo no especificado»>>.

D.- Recurso de apelación

8.- En su recurso de apelación¹¹ contra el fallo de primera instancia, la parte demandante pide que se revoque la decisión. Señala que el tribunal pasó por alto lo dicho por el experto en ortopedia –que corresponde a la prueba pericial aportada por la parte actora-, quien manifestó que el «edema, eritema maléolo externo» era un indicio de que la menor tenía un proceso infeccioso. Este hallazgo en las consultas iniciales ameritaba un tratamiento diferente, toda vez que correspondía a un enrojecimiento de la piel debido a la inflamación por exceso de riego sanguíneo mediante vasodilatación, es decir, sí había otros síntomas que exigían una conducta diferente a la adoptada por los galenos.

9.- La responsabilidad por negligencia es notoria, porque, pese a que la menor presentaba «edema, eritema maléolo externo» no se practicaron los exámenes correspondientes para identificar el proceso infeccioso; si estos se hubieran practicado en las visitas de los días 27 y 28 de diciembre de 2009, su detección habría sido temprana y con ello se habría evitado que el proceso infeccioso avanzara.

10.- Por otra parte, la ausencia de la historia clínica de los días 27 y 28 de diciembre de 2009 constituye un indicio grave en contra de la entidad, y esta falencia no puede suplirse con los testimonios de los médicos que atendieron a la paciente, como lo consideró el tribunal.

11.- Afirma que (i) no se sabe cuál fue la atención en la ESE Salud de Pereira los días 27 y 28 de diciembre de 2009; (ii) no existe registro sobre el procedimiento que adelantó el ortopedista y no se puede aceptar que el procedimiento se hizo verbal; (iii) ¿cuáles fueron los hallazgos de ese día?

¿qué manifestó la familia al médico? ¿qué examen físico le realizó? ¿qué pruebas o paraclínicos le ordenó?; (iv) no se puede aceptar que el edema, eritema sea producto de un golpe porque lo dice el médico que la atendió, cuando en el proceso obra prueba pericial que señala que ese es un síntoma

¹¹ Fls. 479-492 cuaderno principal.

de distintas enfermedades infecciosas y justo cuatro días después aparece

<<flictena, edema, eritema en la misma zona>>; (v) la existencia del edema, eritema ameritaba un proceso diferente porque era señal de infección; por eso cuando la niña llega al hospital el 1° de enero de 2010 la infección ya estaba tan avanzada que su muerte ocurrió en horas y ya era demasiado tarde para cualquier tratamiento; (vi) no aparecen registros de temperatura, frecuencia cardiaca, frecuencia respiratoria en las consultas iniciales, (vii) no se sabe en qué condiciones se hizo el procedimiento de inmovilización, ni cómo despacharon a la menor.

I. CONSIDERACIONES

E.- Objeto del litigio, decisión a adoptar y plan de exposición

12.- La Sala se pronunciará de fondo porque están reunidos los presupuestos procesales para fallar y, tal como lo señaló el tribunal, la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal para ello. La muerte de la menor ocurrió el 1° de enero de 2010 y la demanda fue radicada el 23 de julio de 2010, es decir, dentro del término de dos años establecido en el numeral 8° del artículo 136 del C.C.A.

13.- La Sala revocará la sentencia y en su lugar se declarará la responsabilidad de las entidades demandadas, porque el análisis en conjunto de los medios de prueba obrantes en el expediente evidencia que las omisiones y actuaciones de los médicos del hospital de Kennedy y del hospital San Jorge de Pereira, afirmadas en la demanda, efectivamente se presentaron y fueron determinantes en el fallecimiento de la menor. Es cierto, como lo advirtió el tribunal, que lo que finalmente generó la muerte de la niña fue la infección, lo que no quiere decir que la falta de prueba acerca de qué fue exactamente lo que la produjo o en qué momento exacto la niña la contrajo, descarte la omisión de los médicos tratantes como causa del daño.

14.- No se discute que la niña fue llevada a urgencias del hospital de Kennedy el 27 de diciembre

de 2009, porque había tenido una caída y le ordenaron Naproxeno y la práctica de una radiografía; que al día siguiente volvió al mismo hospital con el resultado y fue remitida a ortopedia al hospital San Jorge donde le pusieron un yeso por cuatro semanas en el pie derecho afectado, y por error en la nota clínica aparece que fue el izquierdo; que el 1° de enero de 2010 fue nuevamente llevada al hospital de Kennedy porque se había quitado el yeso y tenía <<llegado el pie>>; que de allí fue remitida otra vez al hospital San Jorge donde falleció el mismo día, como consecuencia de una infección.

15.- Las conclusiones del dictamen del médico ortopedista aportado como prueba por la parte demandante, que no fueron controvertidas por las demandadas, evidencian (i) que a la niña no le realizaron los exámenes necesarios para diagnosticar oportunamente la infección; (ii) que dados los síntomas que tenía en su piel, no debieron ponerle un yeso que no permitía el control de dichos síntomas, y menos hacerlo sin darle indicaciones a los familiares acerca de las medidas que debían tomar en caso de que se presentaran síntomas que revelaran la existencia de una infección; (iii) que no obstante el grave estado en que se presentó la niña el 1° de enero en el hospital de Kennedy, su traslado y atención en el hospital San Jorge fueron injustificadamente demorados; (iv) que esta situación no debió presentarse si se tiene en cuenta que la infección que causó la muerte avanza de manera muy rápida.

16.- Estas conclusiones del perito de parte, que se fundamentan en la historia clínica incompleta e indebidamente diligenciada que se allegó al proceso, no fueron contradichas por el dictamen pericial de Medicina Legal decretado a instancias de las demandadas, ni por los testimonios de los médicos que intervinieron en la atención de la menor. Por el contrario, el análisis de estos medios de prueba confirma las conclusiones presentadas en el dictamen de parte.

17.- Las excepciones formuladas por las demandadas, que fueron denegadas en la primera instancia en decisión que no fue impugnada por éstas, y que se contraen a indicar que haber ido al sobandero y no haber manifestado oportunamente los síntomas que la niña venía presentando, no fueron probadas en el proceso. Desde antes de enyesar a la niña los médicos conocían que había sido llevada a un sobandero. Contando con tal información y teniendo en cuenta las lesiones que la niña presentaba en su piel, debieron realizarle los exámenes necesarios para descartar la existencia de una infección y determinar si era adecuado enyesarla.

18.- La <<falta de información>> acerca de los malestares que había sufrido la niña por parte de los familiares, invocada también como excepción, no puede darse por probada cuando los médicos no cumplieron la obligación legal de indicar en la historia clínica cuál era el estado de la menor. Lo que debe indagarse no es si los familiares advirtieron los síntomas que presentaba: debe indagarse es si los médicos hicieron una valoración adecuada de las condiciones de salud de la menor y si el diagnóstico fue pertinente; y la valoración incluía indagar por los antecedentes y la situación actual de la niña, e implicaba registrar estos puntos en la historia. Lo que refleja la actitud de los médicos, que se ratifica en las declaraciones rendidas por ellos mismos en el

curso del proceso, es el incumplimiento de estos deberes. Es evidente la falta de cuidado al elaborar la historia clínica, en la cual se confunden de pie al decir que se debe enyesar el izquierdo cuando el correcto es el derecho, aunque está probado que el pie que se enyesó fue el afectado, esto es el derecho; y al rendir testimonios obran como si en lugar de tener la obligación de decir la verdad, tuvieran el deber de corregir los errores, salvar responsabilidades por solidaridad de cuerpo, y eluden pronunciarse sobre la realidad de su actuación dejando de explicar <<conceptos técnicos o científicos>> que en todo resultan contrarios a lo expuesto en la historia clínica y a lo establecido por los peritos.

19.- Se condenará solidariamente a la ESE Salud Pereira y al Hospital San Jorge de Pereira al pago de los perjuicios morales –única pretensión indemnizatoria- de acuerdo con lo acreditado en el proceso. Y también se condenará a la compañía de seguros llamada en garantía – Previsora S.A.- a reembolsar lo pagado por las entidades demandadas y aseguradas, condena que comprende la indemnización de los perjuicios morales hasta el límite de la cobertura según las pólizas de seguros No. 1001527 y 1001671.

Plan de exposición:

20.- En la primera parte del fallo se harán consideraciones generales sobre el régimen sustantivo y probatorio de la responsabilidad médica del Estado, dirigidas a precisar las alegaciones de la parte demandada que fueron acogidas en el fallo de primera instancia. Se señalará que la responsabilidad médica del Estado se rige por la primera parte del artículo 90 de la C.P. que requiere acreditar que el daño fue causado por los agentes estatales, sin que sea menester probar su dolo o culpa grave, ya que tales presupuestos sólo son relevantes en la acción de repetición regulada en la segunda parte de la norma. Que si bien es cierto que el objeto de la intervención médica (que generalmente es intentar curar al paciente) es una obligación de medios, no todas las obligaciones médicas tienen tal naturaleza, como ocurre con la obligación de realizar diagnósticos completos y registrar lo ocurrido en una historia clínica: no se trata de intentar cumplir estas obligaciones, sino de cumplirlas efectivamente.

21.- También se hará referencia a las reglas sobre carga de la prueba que se aplican en materia de responsabilidad médica, para precisar que ellas no implican desconocer las posiciones asumidas por las partes al contestar la demanda ni las excepciones de fondo que allí se formulen; y que la causalidad que debe acreditarse no es material sino jurídica, sin que pueda exigirse como tal una demostración plena o exacta de qué fue lo que generó el daño. En relación con los medios probatorios particulares, se hará referencia a la importancia de la historia clínica y se explicará que las omisiones en ella, que

juegan contra la entidad demandada, no pueden ser suplidas por los testimonios de los médicos tratantes que estaban obligados a hacer los registros, los cuales deben ser analizados críticamente, sin que se les pueda dar el valor de conceptos técnicos. Y en cuanto a los dictámenes periciales se precisará que su análisis es distinto cuando se trata de un dictamen judicial y un dictamen de parte y se determinará que en ambos casos el valor de las conclusiones debe ser determinado teniendo en cuenta su coherencia, su fundamentación en la historia clínica, y la contradicción de la cual hayan sido objeto.

22.- En la segunda parte se hará el análisis de las pruebas practicadas en el expediente. Se hará referencia, primero, al dictamen de parte que sustenta las afirmaciones de la demanda cuyas conclusiones se expondrán conjuntamente con las del rendido por Medicina Legal a instancias de las demandadas para evidenciar sus coincidencias. Y, luego, se analizarán los testimonios de los médicos que intervinieron en la atención de la niña, para mostrar que sus dichos no desvirtúan la imputación que se deduce de la pericia.

23.- En la tercera parte, se determinará el monto de los perjuicios y la obligación de reembolso a cargo de la compañía de seguros.

I.- Primera parte: consideraciones generales sobre el régimen sustantivo y probatorio aplicado en la sentencia de primera instancia

24.- La responsabilidad médica del Estado se rige por lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P. conforme con el cual, las entidades públicas deben responder cuando el daño causado sea consecuencia de la acción o la omisión de sus agentes. En este proceso no se discute la conducta de los agentes estatales: para condenar al Estado no se requiere acreditar que estos obraron con dolo o culpa grave y la demostración de que ello no fue así tampoco sirve para exonerarlo; eso es materia de la acción de repetición regulada en el segundo párrafo de la misma norma.

25.- La obligación principal de los médicos (curar o mitigar los efectos de una enfermedad) es una obligación de medios. Esto implica que la causación del daño por la atención médica solo pueda considerarse probada cuando se acredita una indebida atención médica que, en relación con el Estado, se asimila a la falla en servicio, cuya prueba descarta que el resultado haya sido producto de la evolución propia de la enfermedad o del estado de salud del paciente. Sin embargo, también es cierto que en la atención médica existen obligaciones específicas o de resultado, frente a las cuales basta acreditar la omisión para evidenciar su incumplimiento y esa sola evidencia puede comprometer la responsabilidad de los agentes, cuando es determinante en la

causación del daño. Determinar un diagnóstico o escoger un tratamiento no genera responsabilidad de manera automática cuando no se obtenga el resultado esperado. Por el contrario, no practicar los exámenes necesarios para hacer el diagnóstico o no realizar la intervención de manera oportuna, son obligaciones que la doctrina denomina <<de resultado negativas>>, pues generan la obligación de reparar demostrando simplemente que no se cumplieron y que causaron un daño: la obligación en estos casos no es

<<intentar>> practicarle los exámenes o realizarle el tratamiento y no puede compararse con la de <<intentar>> o <<hacer lo posible>> por curar al paciente.

26.- Tal y como lo anota el tribunal, la jurisprudencia del Consejo de Estado abandonó la tesis de la falla presunta conforme con la cual era a la entidad médica a la que le correspondía acreditar la ausencia de una <<falla en el servicio>>. Esta tesis fue elaborada considerando que los médicos estaban en mejores condiciones de explicar y acreditar lo ocurrido, pues se estimó que esta circunstancia justificaba inaplicar la regla legal de carga de la prueba. Y también es cierto que, al asumirse esta posición jurisprudencial, se advirtió que el juez podía dar por probada la responsabilidad con fundamento en indicios.

27.- La aplicación de la regla legal de la carga de la prueba, prevista en el artículo 177¹² del CPC no implica en esa materia: (i) que el juez no deba primero considerar las posiciones de las partes para determinar cuál es la materia que en realidad constituye el tema de la prueba, descartando del mismo los hechos aceptados o no discutidos por las partes; (ii) que el juez no deba tener en cuenta la conducta procesal de las partes y no pueda deducir indicios de ella, como lo ordenan los artículos 249¹³ y 304¹⁴ del CPC; (iii) que

<<solo deba probar el demandante>>, puesto que conforme con dicha regla, al demandado le incumbe acreditar los supuestos fácticos que sustenten las excepciones de fondo que proponga, las cuales se circunscriben a los

<<hechos nuevos>> que afirme en la contestación y que tengan como finalidad enervar las pretensiones de la demanda. Tal naturaleza tiene la excepción de

<<culpa de la víctima o de un tercero>> propuesta por las demandadas al contestar la demanda, de acuerdo con la cual la muerte de la niña se produjo por la culpa de la propia víctima, porque

lo que generó la infección fue haber acudido previamente a un sobandero y no haberles suministrado a los médicos de manera oportuna la información relativa a las dolencias que ella presentaba.

¹² Art. 167 CGP

¹³ Art. 249 CGP

¹⁴ Art. 280 CGP

28.- La alusión a la prueba indiciaria hecha por la jurisprudencia podría entenderse como un mensaje dirigido a consagrar una especie de flexibilidad probatoria para acreditar que la causalidad en la responsabilidad médica sea inferior y ello en realidad no es cierto. Lo que sí resulta cierto que en esta materia no puede exigírsele al demandado acreditar de manera absoluta o incontrovertible que la acción o la omisión atribuida a los médicos fue la causa del daño: es suficiente que el juez, con base en los medios de prueba obrantes en el expediente, llegue racionalmente a esta conclusión y la justifique en el fallo.

29.- La flexibilidad probatoria, vista como la posibilidad que tiene el juez de aplicar un estándar probatorio menos exigente para fijar los hechos que fundamentan su decisión, resulta innecesaria y es incompatible en un sistema legal como el nuestro en el que rige la regla de la libre apreciación de la prueba, en el cual al juez no penal no se le establece ningún estándar probatorio, pues la ley dispone simplemente que <<Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso>>¹⁵ (art. 174 del CPC). Si al Juez Administrativo, del mismo modo que al Juez Civil, no se le exige un estándar probatorio determinado, ni se le indica que para dar por probado un hecho debe contar con prueba plena o completa del mismo, no parece razonable señalar que en determinados casos deba aplicar un estándar inferior.

30.- Salvo en los procesos penales, donde para condenar se exige un estándar probatorio específico (más allá de toda duda razonable), nuestras normas procesales solamente le imponen al Juez (Civil o Administrativo) el deber de exponer las razones en las cuales fundamenta sus conclusiones probatorias; el deber de expresar los motivos por los cuales estima que los medios probatorios obrantes en el expediente lo llevan a la convicción de que un supuesto fáctico efectivamente ocurrió, sin exigirle que el mismo deba estar acreditado plenamente.

31.- Nuestra legislación procesal pasó de un sistema de tarifa legal en el cual no solo se señalaba cómo debían probarse determinados hechos sino que se indicaba cuál era el valor de los medios de prueba y se determinaba específicamente cuándo el juez podía considerar que tenía prueba plena de determinado supuesto fáctico,¹⁶ a un sistema de libre valoración en el cual el

¹⁵ <<Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso>> (art. 164 del CGP)

¹⁶ La noción de prueba plena, estaba prevista en el Código Judicial (Ley 105 de 1931), que disponía que las decisiones judiciales estuvieran fundadas en hechos que debían aparecer demostrados <<**de manera plena y completa** según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas>>. Y se establecía qué medios probatorios constituían **prueba plena**, incluyendo reglas como aquella según la cual <<**una**

único deber que pesa sobre el juez es el de expresar en el fallo las razones por las cuales, con los medios probatorios que obran en el expediente, llegó a la convicción de la existencia de los supuestos fácticos en los que fundamenta su decisión¹⁷.

31.1.- A lo anterior debe agregarse que la prueba de la causalidad en responsabilidad médica no puede entenderse como la demostración de que la actuación de los médicos o la prestación del servicio fue la causa material, directa, o fue la causa incontrovertible del daño. Lo que debe acreditarse es su relevancia en la generación del resultado.

31.2.- Desde la imputación objetiva la doctrina señala: <<Para que un daño pueda imputarse objetivamente a un sujeto jurídico es preciso que la acción causante del daño haya creado un riesgo, y que ese riesgo se haya realizado en el resultado lesivo, teniendo esos daños la consideración de antijurídicos>> y lo que resulta relevante <<como criterio de imputación es la naturaleza de los riesgos que dicha conducta puede crear, pues solo los daños que se produzcan como consecuencia de haberse realizado un riesgo jurídicamente relevante, van a poder ser imputados al sujeto causante del mismo, lo que, a su vez, va a determinar el deber de indemnizar de éste>>¹⁸.

32.- Tal y como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, en los procesos de responsabilidad médica resultan de particular importancia dos medios de prueba: la historia clínica y el dictamen pericial.

33.- En relación con la primera, la Ley 23 de 1981¹⁹ dispone que (i) la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, (ii) que las prescripciones médicas deben realizarse por escrito, y que (iii) la historia clínica deberá diligenciarse con claridad y ceñirse a los modelos implantados por el Ministerio de Salud²⁰.

33.1.- Con fundamento en el artículo 35 de la Ley 23 de 1981, el Ministerio de Salud expidió la Resolución número 1995 de 1999 a través de la cual implantó el modelo relacionado con el diligenciamiento de la historia clínica en el Sistema Nacional de Salud. Dicha norma dispuso las características básicas

prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero dos o más constituyen plena prueba si cada una está debidamente establecida y si son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado>> (arts. 593 y 594).

¹⁷ El desarrollo teórico de este punto fue expuesto por el ponente en un voto disidente del veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019) Referencia: Reparación directa. Radicación: 15001-23-31-000- 2003-03453-01 (44240)

¹⁸ BELANDIZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación por daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Madrid: Ed. Tecnos, 1997. pp 98-99.

¹⁹ <<Por la cual se dictan normas en materia de ética médica.>>

²⁰ artículos 33 a 35 de la Ley Ley 23 de 1981

que debe tener la historia clínica, la obligatoriedad del registro, qué debe contener y manejo de los anexos, así:

<<ARTICULO 3. CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA.

Las características básicas son:

Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.

Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.

Disponibilidad: Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley.

Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio.

ARTICULO 4. OBLIGATORIEDAD DEL REGISTRO.

Los profesionales, técnicos y auxiliares que intervienen directamente en la atención a un usuario, tienen la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas, conforme a las características señaladas en la presente resolución.

ARTICULO 5. GENERALIDADES.

La Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.

ARTICULO 8. COMPONENTES.

Son componentes de la historia clínica, la identificación del usuario, los registros específicos y los anexos.

(...)

ARTICULO 10. REGISTROS ESPECÍFICOS.

Registro específico es el documento en el que se consignan los datos e informes de un tipo determinado de atención. El prestador de servicios de salud debe seleccionar para consignar la información de la atención en salud brindada al usuario, los registros específicos que correspondan a la naturaleza del servicio que presta.

ARTICULO 11. ANEXOS.

Son todos aquellos documentos que sirven como sustento legal, técnico, científico y/o administrativo de las acciones realizadas al usuario en los procesos de atención, tales como: autorizaciones para intervenciones quirúrgicas (consentimiento informado), procedimientos, autorización para necropsia, declaración de retiro voluntario y demás documentos que las instituciones prestadoras consideren pertinentes.

PARAGRAFO 1°. Los reportes de exámenes paraclínicos podrán ser entregados al paciente luego que el resultado sea registrado en la historia clínica, en el registro específico de exámenes paraclínicos que el prestador de servicios deberá establecer en forma obligatoria para tal fin.

PARAGRAFO 2°. A partir de la fecha de expedición de la presente resolución, en los casos de imágenes diagnósticas, los reportes de interpretación de las mismas también deberán registrarse en el registro específico de exámenes paraclínicos y las imágenes diagnósticas podrán ser entregadas al paciente, explicándole la importancia de ser conservadas para futuros análisis, acto del cual deberá dejarse constancia en la historia clínica con la firma del paciente.

PARAGRAFO 3°. Los archivos de imágenes diagnósticas que hasta la fecha existen en las Instituciones Prestadoras de servicios deberán conservarse de acuerdo a los tiempos fijados en el artículo 15 de la presente resolución. Los prestadores de servicios podrán efectuar la entrega de las imágenes que reposan en estos archivos, al usuario, dejando constancia de ello en la historia clínica.

PARAGRAFO 4°. En todo caso el prestador de servicios será responsable de estas imágenes, si no ha dejado constancia en la historia clínica de su entrega. Cuando existiere esta constancia firmada por el usuario, será este último el responsable de la conservación de las mismas. (...)>>

33.2.- La Resolución 2546 de 1998 <<Por la cual se determinan los datos mínimos, las responsabilidades y los flujos de la información de prestaciones de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud>>, establece los modelos y datos que deben consignarse en la historia clínica en cada uno de los servicios por urgencias, consulta y procedimientos. De estas tablas se destaca la importancia en consignar la información sobre el estado de salud del paciente al ingreso, como las condiciones en las que ocurre la salida.

33.3.- Esta Sección ha dicho que la historia clínica debe satisfacer ciertos criterios sobre la información que debe contener:

<<conforme al deber normativo, deben satisfacerse ciertos criterios: a) claridad en la información (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, etc.); b) fidelidad en la información que se refleje y que corresponda con la situación médica del paciente y, con el período en el que se presta la atención médica;

c) que sea completa tanto en el iter prestacional, como en la existencia de todo el material que debe reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud; d) debe dejarse consignado dentro de la historia clínica de manera ordenada, cronológica y secuencial toda la información de diagnóstico, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente; e) debe orientar y permitir la continuidad en la atención y proporcionar al médico la mejor información, posible, para adoptar decisiones sin improvisación para así ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Política>>²¹.

33.4.- La historia clínica es un medio de prueba de vital importancia cuando se trata de determinar la responsabilidad por la atención o el servicio prestado a un paciente. Se trata de un documento elaborado unilateralmente por la entidad demandada, razón por la cual, así pueda considerarse como una información suministrada por una parte interesada cuyo contenido, en relación con lo ocurrido, es muy difícil de controvertir, lo cierto es que ella se tiene como un recuento fidedigno de las circunstancias en las que se prestó la atención médica, mientras sus aseveraciones no sean contradichas, con su análisis detallado o con otros medios de prueba.

33.5.- El hecho de que la entidad demandada haya elaborado la historia clínica también obra en su contra cuando no la aporte como prueba al expediente, cuando la presente de manera incompleta o cuando en ella se plasmen anotaciones, o se omitan informaciones de las cuales se deduzca que no se prestó la atención médica o que se prestó de manera inoportuna o inadecuada. La doctrina la ha calificado de <<confesión anticipada>> y ha advertido la impertinencia de admitir que la entidad médica ofrezca otro tipo de medios probatorios (particularmente testimonios) dirigidos a contradecir lo que allí se plasmó:

<< Las omisiones y desprolijidades en la confección de la historia clínica son un elemento de convicción fundamental en la dilucidación de la

²¹ Tal postura ha sido reiterada en sentencias de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 1º de febrero de 2012, expediente 22199 y de 25 de abril de 2012, expediente: 19602.

responsabilidad del centro asistencial, cuyas carencias no pueden ser salvadas por declaraciones testimoniales tardías provenientes de dependientes de la demandada (...)>>

<< Se sostiene que resulta evidente que la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico o a la institución, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte del demandado para facilitar la prueba, por lo que la ausencia u omisiones de la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica (...)>>²²

33.6.- En todo caso, <<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 (...)>>²³.

33.7.- Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

<<... es lo cierto que la historia clínica es de una importancia excepcional, no sólo en el tratamiento y seguimiento de la evolución del paciente, usualmente examinado en forma consecutiva o secuencial por diversos grupos de médicos y personal paramédico que con el recuento plasmado allí pueden tener una cabal comprensión de las condiciones de salud, actos médicos realizados y demás particularidades necesarias para continuar la prestación profesional del servicio, sino también a los efectos de la reconstrucción de los hechos que en materia judicial debe adelantarse en un proceso de responsabilidad médica (...)

<<Es una prueba crucial tanto para la exoneración del médico como para derivarle responsabilidad, pues como en ella se recoge todo el itinerario del tratamiento galénico del paciente, tiene el profesional de la salud la posibilidad de brindar al juez, en caso de ser demandado por responsabilidad profesional, los elementos de juicio que permitan a la autoridad

concluir que la diligencia, el cuidado, la prudencia, la aplicación de la *lex artis*, fueron adecuadamente cumplidas tanto por él como por el equipo médico, paramédico, y por los establecimientos hospitalarios.

<<De allí que una historia clínica irregular, mal confeccionada, inexistente, con abreviaturas, tachones, intercalaciones y demás anomalías, o que sea incomprensible, puede ser un indicio grave de negligencia profesional porque en sí misma, tal irregularidad es constitutiva del incumplimiento de una obligación determinada, que es la de llevarla correctamente (...)>>²⁴.

²² Herrera Ramírez, Fernando Javier, Manual de responsabilidad médica. Leyer, Bogotá 2008, p. 112.

²³ Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772)

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de diciembre de 2018, Exp. SC5641-2018, M.P. Margarita Cabello Blanco.

33.8.- Esta Corporación también ha dicho que <<... el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa...>>²⁵. Su correcta elaboración permite conocer si hubo o no una adecuada atención. En ese sentido <<(...) elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo (...)>>²⁶.

33.9.- La historia clínica cobra relevancia en los procesos de reparación directa; el artículo 144 del CCA disponía <<Con la contestación se acompañarán los documentos que se pretendan hacer valer como prueba y que se encuentren en su poder>>²⁷.

34.- En cuanto a los dictámenes periciales la Sala resalta, en primer lugar, su especial conexidad con la historia clínica que les sirve de fundamento, pues solo contando con la información completa acerca de cómo se prestó el servicio es posible determinar, con un dictamen pericial, si el daño puede considerarse como causado por la atención médica.

34.1.- Ahora bien, en relación con el dictamen judicial y el dictamen de parte, la Sala advierte que mientras las respuestas en el judicial no son generalmente afirmativas ni concluyentes en la medida en que la <<imparcialidad>> del perito judicial se traduce en la realización de afirmaciones sobre la causalidad genérica y no sobre la causalidad específica del caso, en el dictamen de parte –por el contrario– ellas sí tienen estas características. Y teniendo en cuenta este aspecto, resulta esencial considerar que en este tipo de dictamen, el contradictamen o dictamen de contracción es el medio de prueba adecuado para desvirtuar sus conclusiones.

34.2.- Mientras que en dictamen judicial la parte no conoce previamente las conclusiones del perito que lo rinde, ni las del que se pronuncia luego como

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2000, Radicación 11878.

²⁶ Sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente: 15772. Posición reiterada en sentencia de 26 de mayo de 2011, expediente: 20097

²⁷ Hoy el artículo 175 del CPACA establece que <<con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción>>.

consecuencia de su objeción, en el dictamen aportado por la parte, tanto dicha experticia como la allegado para contradecirla son pedidos y orientados por quien lo aporta; y esa circunstancia es precisamente la que permite al juez verificar la consistencia de las conclusiones de este medio de prueba: es la resistencia a la contradicción la que permite otorgarle mérito probatorio al dictamen aportado por la parte.

34.3.- En tercer y último lugar, se resalta que este tipo de dictamen no es un dictamen de comprobación en el que solo quepa una respuesta (la extensión de un predio) sino un dictamen de convicción en el cual el valor que se le otorgue dependerá del análisis que, de sus consideraciones, fundamentos, idoneidad y desarrollo, haga el juez del proceso. Y esta misma característica sirve para reiterar una consideración hecha antes sobre la prueba de la causalidad: ella se deducirá del análisis probatorio y deberá darse por demostrada cuando el juez llegue a la convicción de que la atención médica fue lo que determinó la ocurrencia del daño.

35.- Por último, es importante tener en cuenta que el testimonio de los médicos que intervinieron en la atención debe ser analizado rigurosamente, por razones similares a las que se tienen en cuenta cuando se analiza la declaración de parte como medio de prueba en un proceso. Si bien es cierto que nuestra legislación superó la concepción de acuerdo con la cual la declaración de la parte solo podía tenerse en cuenta en relación con los hechos desfavorables que esta confesara, para considerar que puede analizarse como medio de prueba cuando concorra con otros medios de convicción, ello no quiere decir que este medio de prueba (i) permita tener como acreditadas las circunstancias desfavorables al testigo pero (ii) imponga analizar con mucha reserva las manifestaciones dirigidas a salvar su propia responsabilidad, a imputársela a un tercero, o a la propia víctima.

36.- En relación con el contenido de las declaraciones de los médicos, ellas no sirven para <<complementar>> el registro de la historia clínica, pues esta debe elaborarse en el momento en que se realiza la atención o se presta el servicio; no sirven para incluir datos que debieron constar en la historia, y mucho menos contradecir lo que allí se plasmó.

37.- Y en relación con los conceptos técnicos que nuestra legislación permite que este tipo de declarantes incluyan en sus declaraciones, no debe olvidarse que tal permisión tiene como finalidad lograr el entendimiento de su dicho y en ocasiones permite también examinar su credibilidad. Tales declaraciones no pueden incluir conceptos propios de un perito y menos incluir opiniones sobre cuál fue la causa del daño o sobre si la atención o el servicio fueron correctamente prestados. No solo porque provienen de quien no tiene la condición de tercero imparcial, sino porque la prueba conducente para

determinar estos aspectos es el dictamen pericial y es frente al mismo que la contraparte tiene la posibilidad y los medios adecuados para controvertir este tipo de opiniones.

38.- El artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, hoy 220 del CGP, dispone que el juez

<<rechazará también las preguntas que tiendan a provocar conceptos del declarante que no sean necesarios para precisar o aclarar sus percepciones, excepto cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia>>. Los testigos técnicos no concurren al proceso a emitir opiniones sino a relatar hechos que les constan por haberlos presenciado o por haber participado en los mismos; y cuando la explicación de tales hechos haga necesario exponer un concepto técnico, deben ser oídos porque ello permite precisar, entender y valorar su declaración. No pueden emitir conceptos técnicos que no puedan ser controvertidos por las partes en la forma prevista para controvertir el dictamen pericial.

39.- El testigo técnico tiene conocimientos especializados que cualifican su percepción de esos hechos, pero se diferencia claramente del perito porque su declaración no busca demostrar una hipótesis o dar una opinión a partir de sus conocimientos técnicos o científicos. En este sentido, la doctrina señala que <<estos testigos, por tratarse de personas especialmente calificadas, dados sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia, podrán al declarar emitir conceptos **cuando sean necesarios para precisar o aclarar sus propias percepciones**>>²⁸.

II.- Segunda parte: análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente

1.- Los aspectos tratados en los dos dictámenes de parte

40.- De los dos dictámenes pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a.- La falta de historia clínica no permite saber qué síntomas tenía la niña el 27 de diciembre de 2009, cuando fue llevada al Hospital de Kennedy por primera vez

40.1.- De los dos dictámenes puede deducirse que, al no haberse aportado la historia clínica del 27 de diciembre de 2009, no se sabe qué exámenes le hicieron a la niña, qué síntomas presentaba, ni qué tratamiento se le ordenó. Solo se conoce que le ordenaron una radiografía y le prescribieron Naproxeno. Y en el desarrollo de los dictámenes resulta evidente que la falta de esta

²⁸ Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho procesal administrativo. Medellín: Señal Editorial, 2013, p. 464.

información dificulta determinar cómo se realizó la atención médica y cuál fue su incidencia en el fallecimiento de la menor.

En el dictamen de parte se lee:

<<El motivo de consulta de la menor Yesica Lorena Espinosa Hernández, para el día 27 de diciembre de 2009, no aparece en la historia clínica evaluada, se desconoce enfermedad actual, examen físico, diagnóstico y el tratamiento, sin embargo, del día 27 obra fórmula médica donde se ordena NAPROXENO suspensión 5 centímetros cada 8 horas oral (hoja 86-59 historia clínica)>>.

Y en el dictamen de Medicina Legal se lee:

<<Se trata de una niña de 9 años con cuadro clínico que inició con cambios del comportamiento, presentó una torsión de tobillo es llevada inicialmente donde “sobandero” a los tres días consulta a urgencias del hospital de Kennedy donde remiten al hospital San Jorge, esta remisión no es aportada dentro de los documentos>>.

b.- La influencia de haber llevado la niña previamente al sobandero

40.2.- En la demanda se admite este hecho y se hace referencia al <<regaño> a los familiares el primer día. Sin embargo, no se acreditó que esta circunstancia hubiera contribuido a la infección y lo que indica el dictamen de Medicina Legal es que puede contribuir a <<enmascararla>>. Si se considerara que esta circunstancia puede contribuir a la infección (como lo afirman la entidad y los médicos tratantes) lo cierto es que, en la medida en todos la conocían desde el primer día, tal circunstancia imponía a los médicos prestar más atención sobre una posible infección.

Se lee en el dictamen de Medicina Legal:

<<El hecho de haber llevado a la niña a un “sobandero” antes que a un médico y a un especialista, hace que se retrase y se enmascare el diagnóstico además de retardar el tratamiento adecuado, la incidencia en la infección es difícil de establecer>>.

Y en el dictamen de parte se afirma:

<<No se puede afirmar, que el hecho de la familia haber llevado a la niña a un sobandero haya incidido en la infección que cursaba la menor, porque cuando consultó a las instituciones ya había ido donde el sobandero y el ERITEMA MALEOLO EXTERNO se detecta el día 28 de diciembre de 2009 y al 01 de enero de 2010 se encuentra FLICTEMAS, EDEMA Y ERITEMA DE

MIEMBRO INFERIOR DERECHO CON ULCERACIONES A NIVEL DEL

TERCIO INFERIOR, BORDE EXTERNO, lo cual muestra que el proceso infeccioso se inició con el ERITEMA MALEOLO EXTERNO encontrado el día 28 de diciembre de 2009, ya que del 27 de diciembre no existe ningún registro en la historia clínica, que permita afirmar que en esa fecha ya había lesión en la piel>> .

c.- La infección en el lugar del esguince como causa de la muerte

40.3.- Como se indicó antes, no hay discusión acerca de que el proceso infeccioso fue el que generó la muerte de la niña y los dos peritos coinciden en relación con que la bacteria que la causó fue un estafilococo.

El dictamen de Medicina Legal claramente indica que la infección pudo deberse a la úlcera en el pie, punto en el que señaló:

<<Teniendo en cuenta el reporte de los hemocultivos practicados a la niña Yessica Lorena Espinosa que estafilococo aureus, las úlceras que presentó en su pie se pudo deber a ello. Respuesta: como se pudo revisar en la literatura el estafilococo aureus es una bacteria que se puede encontrar en la piel, las úlceras que la fallecida presentó en su pie pueden ser de dos orígenes: como lesión primaria o secundaria a una ruptura de una flictena (ampolla grande que se reproduce en la celulitis) como consecuencia de la infección por estafilococo>>.

Y en el dictamen de parte se lee:

<<La probable causa de muerte fue choque séptico secundario a estafilococo aureus, este último fue confirmado con el reporte de hemocultivo realizado a la paciente el día 01 de enero de 2010. Ver hojas 80 o 53-83 o 56 de la historia clínica (...)>>

d.- La posibilidad de tratar la infección con medidas oportunas

40.4.- Del dictamen de Medicina Legal se resalta que la infección era tratable, e incluso <<fácilmente>> tratable, punto sobre el cual se señala:

<<La mayoría de las infecciones en la piel por estafilococo se tratan fácilmente con antibióticos o drenando la infección. Algunos estafilococos son resistentes a determinados antibióticos, lo que dificulta el tratamiento.

<http://www.min.nih.gov/medlineplus/spanish/staphylococcalinfections.html>>>

40.5.- Y en este punto también coincide el dictamen de parte, en el cual se hace referencia de la siguiente manera a la forma como debe ser tratada esta infección:

<<Y el tratamiento para dicha patología es antibiótico triconjugado, es decir 3 antibióticos (prostaflina, gentamicina y metrodinazol), que deben ser iniciado por especialista ante la sospecha de la patología>>.

2.- Las conclusiones del dictamen de parte sobre: (i) la incidencia de la postura del yeso, sin conocer los antecedentes, sin hacer otras valoraciones y sin advertir a la familia que debía estar atenta a síntomas que revelarían la infección; (ii) la atención brindada el 1° de enero en el Hospital San Jorge

41.- Las entidades médicas demandadas, al solicitar dictamen, no pidieron que se rindiera concepto sobre estos aspectos. A ellos se hizo referencia en el dictamen de parte en el que se llega a las siguientes conclusiones:

a.- Que el día 28 en el Hospital de Kennedy sí se registra su examen físico y se detecta que tiene <<dolor, edema, eritema maléolo externo>> en el tobillo izquierdo y se le diagnostica esguince y se remite al Hospital San Jorge. En el Hospital San Jorge también se le hace el examen físico que se determina como normal, salvo por el registro de edema grado II en el miembro inferior derecho; y llama la atención que aquí no se reporte (como se hizo en el hospital de Kennedy), la existencia del eritema.

b.- Que la bota de yeso que le pusieron a la niña fue la causante de las úlceras que ella presentaba; que se ordenó el yeso no obstante existir constancia en la historia de que tenía eritema, lo cual es un síntoma de distintas enfermedades infecciosas en la piel, punto que puede constatarse con la simple lectura del significado de este término médico en la internet; y que a los cuatro días la niña llegó con úlceras en el mismo punto.

c.- Que no se puede determinar si el yeso era necesario porque no se aportó la placa y no se acudió en el Hospital San Jorge a otro examen de rayos X. Sin embargo, la nota del ortopedista indicaba que no había compromiso óseo sino esguince de tobillo.

d.- Que el tratamiento no fue adecuado y que reflejaba descuido en el examen físico de la menor, porque si la niña tenía edema y eritema, <<ameritaba, no solo la inmovilización del miembro inferior afectado, por férula o con la misma bota de yeso, pero con una ventana para vigilar el eritema en caso de

presentar complicaciones, sino que era necesario estudios complementarios para determinar cuál era la causa de ese ERITEMA>>.

e.- Que en la historia clínica no se señala cómo salió la niña luego de que le pusieron el yeso, ni

<<cuáles fueron las recomendaciones dadas a la familia para saber qué hacer en caso de dolor o hinchazón intenso>>.

f.- Que sí existe relación de causalidad entre la atención médica y el fallecimiento de la menor <<pues si la causa de muerte fue choque séptico secundario a estafilococo aureus y la niña ingresa a las instituciones el día 28 de diciembre de 2009 con EDEMA GRADO II Y ERITEMA MALEOLO EXTERNO, y cuatro días después (Enero 01 de 2010) llega con FLICTENAS, EDEMA Y ERITEMA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO CON ULCERAS A NIVEL TERCIO, BORDE EXTERNO, eso demuestra la relación de causa efecto>>.

g.- <<La causa o mejor la puerta de entrada del estafilococo fue la lesión localizada (ERITEMA MALEOLO EXTERNO) y por eso la evolución al 01 de enero de 2010 FLICTENAS, EDEMA Y ERITEMA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO CON ULCERACIÓN A NIVEL DE TERCIO INFERIOR, BORDE EXTERNO>>.

h.- <<La septicemia por estafilococo, que fue el diagnóstico final del Hospital San Jorge, tiene relación de causalidad, con la bota de yeso y la ulcera del pie derecho. (...) porque la piel afectada por eritema que ya indicaba un compromiso en el riego sanguíneo y un síntoma de enfermedad infecciosa y de la piel, al colocar yeso cerrado llega a ulceraciones y estas ulceraciones fueron la puerta de entrada del estafilococo, por eso cuando la niña llega el 01 de enero de 2010, no solo las presentaba en su pie sino en cuero cabelludo y a nivel frontal>>.

i.- Aunque no es claro en cuánto tiempo, indicando horas, días, meses, etc, pudo desarrollarse la infección, <<sí hay hallazgos que permiten afirmar que desde el día 28 de diciembre de 2009, cuando encuentran el EDEMA Y ERITEMA MALEOLO EXTERNO, se iniciaba el proceso infeccioso, que fue diagnosticado el día 01 de enero de 2010 cuando al examen físico hay flictenas edema y eritema de miembro inferior derecho con ulceración a nivel del tercio inferior, borde externo, que coincide perfectamente con el hallazgo inicial>>.

<<Sin embargo hay que aclarar que no fue por el estafilococo que se ocasionaron las úlceras sino que el estafilococo tuvo su puerta de entrada por las úlceras que se formaron en el pie, se afirma esto, porque al 28 de diciembre de 2009, había cambios en la piel como eritema que cuatro días más tarde

mostraba en el mismo sitio ulceraciones, si dicho hallazgo no se hubiera presentado muy seguramente podía afirmarse lo contrario>>.

3.- Que el 1° de enero de 2010 se incurrió en una demora injustificada en la remisión de la niña del Hospital de Kennedy al San Jorge y en la práctica de los exámenes necesarios para tratarle la infección

42.- En el dictamen de parte se responde lo siguiente acerca de si la atención en este día fue adecuada:

<<En cuanto a la Unidad Local puede afirmarse que no lo fue, faltó prontitud. La paciente llega en muy malas condiciones a la 9+50 y pasa más de una hora para tomar exámenes y trasladada al servicio de observación, que ocurre a las 11 de la mañana, además a las 13 horas se tiene autorización para remitir al San Jorge y se despacha después de las 15 horas. Lo anterior demuestra una demora en la toma de exámenes y remisión al San Jorge. En cuanto al Hospital San Jorge igual faltó prontitud, ya que al momento del fallecimiento no se había obtenido el

resultado de los exámenes ordenados, como describe en la hoja 80 o 53 de la historia clínica a las 21+30 y que si miramos el resultado de exámenes que esta en la hoja 83 o 56 fueron obtenidos desde las 17+36 y no se sabe porqué razón esos resultados no llegaron oportunamente a la historia de la niña, pues de eso dependía el tratamiento apropiado>>.

43.- La Sala encuentra razonables las conclusiones del dictamen de parte presentado por las demandantes que confirman las afirmaciones de la demanda de acuerdo con las cuales el fallecimiento de la menor se habría evitado (i) si desde día 27 de diciembre de 2009 se le hubiese dado relevancia a los síntomas que presentaba la niña y a las características de su lesión; (ii) si con base en dichas circunstancias se le hubieran practicado los exámenes necesarios para determinar si tenía una infección y si era procedente enyesarla; (iii) si se le hubiese advertido a los parientes de las posibilidades de que existiera una infección y de los síntomas a los cuales debían prestar atención; (iv) si a la niña se le hubiera prestado el 1º de enero una atención más expedita, conociendo que la infección podía avanzar muy rápidamente, como efectivamente ocurrió.

44.- Está acreditada la idoneidad del perito, como quiera que está demostrada su condición de ortopedista y su experiencia incluso como médico en una de las entidades demandadas²⁹.

45.- Las conclusiones son razonables porque en ellas se tiene en cuenta que no existe historia clínica del primer día de atención de donde pueda deducirse qué tipo de examen o valoración se le hizo a la niña, ni se da cuenta de cual era su estado los días anteriores. Se tienen en cuenta las anotaciones sobre

²⁹ Fls. 370-371 c.1

las lesiones en la piel de la niña que se relacionan con la infección que le causó la muerte. Y en cuanto a la necesidad de una atención urgente, resultan concordantes con el dicho de los médicos acerca del acelerado avance de la infección.

4.- Los testimonios de los médicos que intervinieron en la atención de la menor

46.- Ya se advirtió que los testimonios de los médicos no pueden tenerse en cuenta para señalar lo que omitieron incluir en la historia clínica ni para contradecir los dictámenes periciales. Descartado lo anterior, en este caso tales declaraciones confirman las conclusiones de los dictámenes.

a.- El testimonio del médico que atendió a la niña el 27 de diciembre de 2009 en el hospital de Kennedy

46.1.- En la demanda se afirma que el 27 de diciembre de 2009 la menor fue llevada en brazos al Hospital de Kennedy <<porque se chocó el pie, tenía un edema moderado en el pie derecho, hinchazón y dificultad para caminar, fiebre, malestar general, decaimiento, sed y resequedad en la boca. El médico que la atendió ordenó practicarle una radiografía y le formuló Naproxeno>>.

46.2.- Para determinar si la atención del médico que recibió a la niña el 27 de diciembre fue adecuada, y particularmente para que un perito médico pudiera establecer esta circunstancia, era necesario contar con la historia clínica en la que se registrara en qué estado llegó la menor, se establecieran los síntomas que presentaba y los exámenes que se le realizaron. A partir de esta información era que podía determinarse si era adecuado simplemente hacerle una radiografía y ordenarle tomar Naproxeno. El Hospital de Kennedy no allegó la historia clínica para determinar

lo anterior. La única prueba de lo que ocurrió ese día es la fórmula médica en la que se ordenó el Naproxeno y la orden de una radiografía, que efectivamente se le hizo y con la cual volvió el día siguiente; y el hecho de que desde ese momento se supo que la niña había sido llevada previamente a un sobandero, pues tal afirmación de la demanda fue confirmada en la contestación.

47.- El hecho de que no se hubiera aportado la historia clínica, ni que conste qué exámenes se le hicieron a la niña ni se indique cuál era el estado general que presentaba, teniendo la obligación de registrar todo lo anterior, es indicativo de que el médico tratante no indagó sobre los síntomas que ella presentaba y de que no hizo un examen de sus condiciones físicas ni del estado que presentaba la lesión: de haberlo hecho, lo habría plasmado en la historia clínica.

48.- El testimonio del médico Pablo Hernán Hidalgo, que atendió a la menor el 27 de diciembre de 2009, es el siguiente:

<<El médico Pablo Hernán Hidalgo trabajo como médico en la ESE Salud Pereira, servicio de urgencias, estudios superiores. PREGUNTADO: Sírvase manifestar sí recuerda haber atendido en su condición de médico de la ESE Salud Pereira a la menor Yessicca Lorena Espinosa Hernández, en caso afirmativo se le solicita que haga un resumen claro y concreto de su actuación como médico. CONTESTÓ: En el momento no recuerdo muy bien. Se le pone de presente el cuaderno 1 desde folio 161 en adelante Historia Clínica. Encuentro a folio 162 una atención de urgencias del folio 161 en adelante que ustedes me entregan no encuentro ningún documento que este con mi firma, encuentro del doctor Martínez. A folio 59 encuentro una formula mía, el motivo de la fórmula no aparece, pero por lógica, por lo que está prescrito fue formulada por un proceso inflamatorio o traumático. En el folio 42 encuentro una historia pero es del doctor Monsalve, historia relacionada con la paciente, por lo que leo aquí dice que la paciente consulta trayendo unos rayos x de un tobillo derecho. No encuentro otro documento que hable de mi proceder médico, pero por lógica del proceso si la paciente consultó el 28 de diciembre de 2009 con unos rayos x, y tiene una formulación del 27 de diciembre de 2009, significa que la paciente debió haber sido previamente valorado, se le formularon los rayos x, se le mandó antiinflamatorio y eso comprueba porque la señora consultó al otro día, recuerdo que la paciente consultó en compañía de su mamá por un cuadro clínico si no estoy muy mal de 3 días de evolución por haber sufrido la torsión de un tobillo, que concuerda con mi procedimiento, antiinflamatorio, rayos x y el debido control al día siguiente con el reporte del examen, hasta ahí recuerdo mi proceder médico. PREGUNTADO: En el caso particular que nos ocupa recuerda haber dejado anotaciones referentes a la paciente CONTESTÓ: Sí, si recuerdo haber dejado las respectivas anotaciones. PREGUNTADO: De acuerdo a lo manifestado por usted y al cuadro clínico que presentaba la menor Yessicca Espinosa el día 27 de diciembre de 2009, manifieste al despacho por qué no dejó hospitalizada o en observación la mencionada menor. CONTESTÓ: No deje hospitalizada a la menor nombrada ya que no cumplía con los requisitos del protocolo para hospitalización más la clínica del caso o sintomatología. PREGUNTADO: De acuerdo a lo manifestado por usted respecto al medicamento ordenado a la menor Yessicca Espinosa para qué conducta le servía a la menor CONTESTÓ: es un medicamento que pertenece a los antiinflamatorios no esteroides, los cuales se utilizan, que valga la redundancia como antiinflamatorios y en ocasiones como antipiréticos y analgésicos, en ese caso le servía como antiinflamatorio y analgésico.>>³⁰

49.- No es <<por lógica>>, como afirma el médico en su testimonio, que en un proceso judicial debe deducirse que, si lo único que está probado es que el médico le recetó <<Naproxeno>> y se

le mandaron rayos X, <<la paciente debió ser previamente valorada>>; y mucho menos a partir de allí pueda deducirse que esa era la atención que debía prestársele. Con esa información

³⁰ Fls. 15-17 c.2

no se puede practicar un dictamen médico para determinar si el examen y la prescripción del medicamento era lo único que debía hacerse. Y el dictamen tampoco puede realizarse con base en lo que <<recuerda>> el médico en su testimonio quien afirma: <<recuerdo que la paciente consultó en compañía de su mamá por un cuadro clínico si no estoy muy mal de 3 días de evolución por haber sufrido la torsión de un tobillo>>. Precisamente para esto está prevista la historia clínica: para contar con un documento objetivo que permita establecer exactamente cuál era el cuadro clínico que presentaba la paciente, de qué dieron cuenta los familiares que la trajeron y cómo fue la atención médica que se le brindó. La historia clínica sirve para no depender, en el proceso judicial, de lo que <<mal recuerda>> el médico que realizó la atención cuando rinde testimonio en el proceso judicial.

50.- Un perito médico tampoco puede dictaminar sobre si era necesario dejar hospitalizada a la menor o dejarla en observación <<porque no cumplía los requisitos del protocolo para la hospitalización más la clínica del caso o sintomatología>> si no hay ningún registro sobre cuál era la sintomatología que ella presentaba.

b.- Los testimonios relativos a la atención de la niña el 28 de diciembre de 2009, fecha en la cual se ordenó enyesarla durante cuatro semanas

51.- En este día la niña fue llevada nuevamente al Hospital de Kennedy donde luego de evaluar el resultado de los rayos X y examinar a la menor, fue remitida al Hospital San Jorge donde ordenan enyesarle el pie, sin tomar las precauciones para verificar el posible avance de una infección y sin hacerle los exámenes necesarios para determinar si la tenía.

52.- Para la Sala no son de recibo las explicaciones de los médicos dirigidas a demostrar que la atención de la niña fue adecuada y que la evolución de su estado tuvo como causa haber llevado a la niña a un sobandero, no haberla traído oportunamente al hospital y no haber informado de sus síntomas.

53.- En primer lugar, resulta muy grave la falta de conocimiento que todos tenían acerca de los síntomas de la niña el 27 de diciembre de 2019, que fue el primer día que fue llevada al hospital. Si sus síntomas se hubieran registrado adecuadamente, todos los médicos que la trataron posteriormente habrían tenido conocimiento de los antecedentes para obrar conforme con ellos.

54.- En segundo lugar, no hay duda de que el 28 de diciembre de 2009 la menor sí presentaba el eritema en su piel, puesto que a eso se hizo referencia antes de remitirla ese día del Hospital Kennedy. Este dato es muy relevante porque el eritema, de acuerdo con el perito, evidencia la infección, y también

es relevante la actitud omisiva del doctor Monsalve cuando en su declaración se le interroga sobre el significado de que la niña presentara el citado eritema.

55.- El médico Carlos Humberto Monsalve que atendió a la niña el 28 de diciembre de 2009 en el Hospital de Kennedy y la remitió al Hospital San Jorge confirmó en su declaración que <<recibí la paciente el día 28, tenía eritema, dolor y edema en tobillo, inmediatamente se llama al Hospital San Jorge allí responde el médico interno Albeiro Salazar y ahí se autorizó la

remisión>>, y a la pregunta <<Quiere explicarle a la audiencia en términos sencillo qué comprende su anotación dolor, edema, eritema malévolo externo tobillo izquierdo.>>
<<CONTESTÓ: eso quiere decir que la paciente sufrió un trauma o un golpe y ese le produjo el edema el eritema y el dolor>>³¹.

56.- El artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, como se explicó anteriormente, permite a los testigos que tengan conocimientos técnicos (como el médico), explicar los conceptos técnicos de su declaración para poder entenderla. Si el dictamen señala como elemental saber que un eritema muestra la existencia de una infección, la omisión del médico en explicar su significado le indica a la Sala la gravedad de no haberlo tenido en cuenta para prestarle atención médica a la menor.

57.- El 28 de diciembre de 2009 el doctor Alberto Salazar Osorio recibe a la niña en el Hospital San Jorge. De su declaración debe resaltarse simplemente que confirma que, ya en ese momento, se conocía que la habían llevado a un sobandero y adicionalmente que tenía un edema grado II, sin que aquí se registre el eritema que sí se anotó en la historia del Hospital de Kennedy. En su declaración se lee:

<<CONTESTÓ: El día 28 de diciembre recibo una paciente remitida de la ESE Salud Pereira, donde tenía antecedentes de una torcedura de tobillo derecho luego de estar caminando y hay referencia de dolor, edema y que presentaba dificultad para caminar con antecedente de haber sido manipulada por un sobandero. Ante la no mejoría por este manejo consulta a la unidad local y de allí nos la remite, durante el examen encuentro edema grado 2 de miembro inferior derecho con dolor a la movilización pasiva, hay limitación a la movilización activa, movilidad en dedo limitada por dolor con perfusión y pulsos presentes de buena intensidad. Se decide que se debe manejar por ortopedia y se remite a la sala de yesos para que la valore ortopedia ya que no hay otros hallazgos que ameriten manejo según la remisión>>.

58.- El médico cirujano y ortopedista José Bernardo Vaca Villanueva, que atendió a la menor, declaró:

³¹ Fls 18-19 c.2

<<CONTESTÓ: si lo recuerdo, es una paciente que fue remitida al servicio de urgencias del Hospital San Jorge secundario a un trauma de cuello de pie, **se realizó la evaluación se tomaron los paraclínicos de rigor** se dio el diagnóstico y se realizó el tratamiento de acuerdo a los parámetros médicos que ameritaba el caso. PREGUNTADO: Sírvase manifestar en qué condiciones encontró usted a la niña al momento de atenderla. CONTESTÓ: era una niña en buen estado general, **con estímulo de trauma a nivel del cuello de pie, secundarios, a trauma directa dados por edema, dolor local, escoriación en pie, y limitación funcional.** PREGUNTADO: En qué consistió ese diagnóstico de rigor al que usted ha hecho referencia anteriormente CONTESTÓ: en el caso de la menor se debe descartar fractura **la cual se hizo por medio de una radiografía y ante la evidencia del trauma de tejido blando, clínicamente se realiza el diagnóstico según el código de sistema de salud, como esguince o torcedura** de la articulación del cuello del pie, que agrupa las lesiones de tejidos blandos localizadas particulares en los cuales se ha descartado compromiso óseo. PREGUNTADO: Por favor indíqueme al despacho qué implicaciones para la salud de la menor pudo tener el hecho de que haya sido llevada a un sobandero antes de haber consultado a un centro asistencial. CONTESTÓ. La piel después de un trauma presenta alteraciones en la contextura de la misma, normalmente existen microorganismos que son huéspedes rutinarios de nuestra piel al producirse un trauma existe la

posibilidad de acuerdo a las condiciones de inmunidad del paciente que estos mismos microorganismos normales puedan pasar a través del tegumento al realizarse una maniobra por personal empírico sin las medidas de antisepsia y con productos sin las normas de higiene adecuado conllevan tres posibles complicaciones. La primera un mayor daño al tejido blando, la segunda una lesión de la articulación y **la tercera una inoculación directa de gérmenes dado por los materiales que utilizan para su práctica y por la fricción que produce la manipulación directa sobre una zona traumatizada**>>. PREGUNTADO: A folio 262 de la historia clínica del Hospital San Jorge cuaderno 1-1 se encuentra nota de ingreso de Yessica Lorena Espinoza la del servicio de urgencia del día 1 de enero de 2010, en ella se inca “fue valorada por ortopedia, se le puso yeso, el cual le retiró la familia por Edema” por favor indíquele al despacho que tan procedente es que la familia retire el yeso que le fue puesto a la menor cuando consultó con usted. CONTESTÓ: **las inmovilizaciones conllevan si son secundarias a la producción de un trauma recomendaciones generales que tiene que ver con el grado del edema, la coloración de los dedos y la sensación de dolor se consideran señales de alarma para reconsultar** (sic) en caso de que se presente coloración en los dedos y sensación de dolor, puesto que se debe revisar la inmovilización y determinar las causas del síntoma aparente, **la explicación de la consulta está dada por la necesidad de retiro del yeso con los elementos adecuados** dado que el yeso es una construcción sólida que requiere el uso de sierra oscilante que es el elemento para su retiro dado que a la seguridad de la apertura de la inmovilización sin producir daño a la piel del paciente de manera contraria la utilización de serruchos, seguetas, tijeras o sierras caseras conllevan un alto riesgo de producir heridas, laceraciones y escoriaciones en la piel del paciente, por lo cual la recomendación es que no sean retirados en casa por el riesgo de lesión asociado. PREGUNTADO: **De acuerdo con su conocimiento y experticia por favor indíquele al despacho si un edema es una contraindicación para poner un yeso.** CONTESTÓ: **el edema per se no se considera una contraindicación para inmovilizar** puesto que

todos los traumatismos ya sean por fractura o trauma de tejidos blandos tiene presente el edema por lo cual lo que se evalúa es el grado del mismo para determinar el tipo de inmovilización que se realiza o las modificaciones que se deben hacer en el tiempo a esta inmovilización. PREGUNTADO: por favor infórmele al despacho de acuerdo con su conocimiento y experiencia si un trauma por sí solo puede producir leucocitosis. CONTESTÓ: Por sí mismo el trauma no produce leucocitosis. En este momento la magistrada concede el uso de la palabra al señor apoderado de la parte demandante, quien procede a interrogar a la testigo así: PREGUNTADO: conforme al folio 261 del cuaderno 1-1 quiere precisarle a la audiencia si dentro de dicho folio se consignaron de su parte recomendaciones dadas a la familia en caso de algún cambio o el no retiro del yeso en casa como lo afirmó usted en respuesta anterior y en caso de aparecer allí consignadas tales recomendaciones nos indicará textualmente cuáles se hicieron de su parte. CONTESTÓ: Las recomendaciones se realizan de manera verbal. PREGUNTADO: Cuando usted valora la paciente afirma en el mismo folio puesto de presente anteriormente que había ido a un sobandero según relato que le hizo la familia al momento de su valoración, dentro de la audiencia en respuesta anterior ha manifestado que ese hecho podía generar tres posibilidades tales como daño a tejido blando, lesión a una articulación o inoculaciones de gérmenes, ante tales posibilidades que podían presentarse en la menor, explique si desplegó alguna actuación médica paramédica o ayudas diagnósticas para efectos de determinar si alguna de estas tres posibilidades se podía estar presentado al momento de su atención. CONTESTÓ: Se realizó la evaluación clínica de la condición de la paciente, se evaluaron los rayos x de la zona comprometida con lo cual se pudo determinar que no hay alteración articular, que no hay signo de infección y el

tiempo de evolución se determinó la inmovilización de acuerdo al diagnóstico de esguince, los cambios posteriores a la evaluación son independientes a la valoración inicial y que reunirían análisis distintos a los inicialmente dados. PREGUNTADO: Quiere indicarle a la audiencia si luego del procedimiento realizado por usted el 28 de diciembre de 2009, tuvo usted algún contacto con la menor en el que haya participado en alguna atención médica. CONTESTÓ: no que recuerde. PREGUNTADO: Ha dicho usted al inicio de la declaración que a la menor se le ordenaron paraclínicos al momento de ocurrir su valoración, quiere precisarle conforme a la historia clínica que tiene de presente, en qué folio reposan esos paraclínicos a que usted hace referencia. CONTESTÓ: Los paraclínicos solicitados en un caso como el que está en conocimiento son las radiografías de la zona afectada la paciente al momento de la consulta traía ya estas radiografías por lo cual no fue necesario tomar unas nuevas y se realizaron las que tenía en su poder y habían sido realizadas en tiempo reciente>>. ³²

58.1.- Lo que la Sala deduce de lo dicho por el ortopedista es que a la niña en realidad no le hicieron ningún examen adicional dirigido a saber si podía tener una infección; no le hicieron ni siquiera una radiografía porque trabajaron con base en la que traía del Hospital Kennedy. El médico es muy prolijo en conocimientos y declaraciones en lo relativo a los demás, pero muy corto en relación con el cumplimiento de sus propias obligaciones, y bastante

³² Fls. 68-71 c.2

incoherente en sus conclusiones. Se extiende en explicaciones técnicas para indicar que llevar la niña al sobandero generaba un grave riesgo de infección (lo que contradicen los dos peritos), pero inexplicablemente no señala por qué, existiendo tal riesgo, no ordenó exámenes adicionales para verificar si la tenía y para determinar si era adecuado enyesarla.

58.2.- También se extiende en explicaciones técnicas acerca de lo grave que podía resultar quitarle el yeso a la niña, sin aclarar por qué no registró en la historia clínica los síntomas a los que tenían que estar atentos sus parientes para una <<reconsulta>>, ni tuvo ninguna comunicación con ella luego de que la enyesaron. En todo caso, no está demostrado que el retiro del yeso hubiese ocasionado las afectaciones en la salud de la menor.

58.3.- Por el contrario, aunque advierte que la existencia del edema per sé no es contraindicada con el yeso, sino que depende del grado del mismo, no hace referencia al grado II del edema que presentaba la niña conforme con la historia clínica y mucho menos se refiere al eritema que la niña presentaba conforme con el registro en la historia clínica en el Hospital de Kennedy.

c.- Los testimonios relativos a la atención del 1° de enero de 2010, fecha del fallecimiento de la niña

59.- Los testimonios rendidos por los médicos que atendieron la niña ese día, tanto en el Hospital de Kennedy como en el San Jorge, confirman el dictamen pericial de parte en lo relativo a la injustificada demora en la atención de la menor en este día. No obstante estar probado que a la niña la llevaron al primer hospital a las 9:50 de la mañana, fue remitida al Hospital San Jorge a las 13:00 y efectivamente fue atendida allí a las 15:53 y diagnosticada a las 17:52, es decir, ocho horas después.

59.1.- El médico Jorge Luciano Martínez Rojas, atendió a la niña en el Hospital de Kennedy y ordenó su remisión al Hospital San Jorge al verificar la existencia del proceso infeccioso. En su declaración dijo:

<<CONTESTÓ: Solo hay una actuación mía el 1 de enero de 2010, a cabo de revisar la historia clínica y yo atendí la paciente a las 9:50 de la mañana del 1 de enero de 2010, por lo que encuentro registrado fue llevada por los familiares y en el interrogatorio me informaron que llevaba 6 días enferma, es lo que yo tengo registrado en acto médico, por una caída de su propia altura, me dijeron que había sido llevada al ortopedista y que ellos le retiraron el yeso, la familia, inmediatamente hice un diagnóstico de una posible sepsis, trauma antiguo en pierna derecha, un síndrome mental orgánico y se interrogó una sepsis doblemente y le ordenó unos paraclínicos y la deje en observación, le inicio manejo con líquidos endovenosos, solicito paraclínicos como cuadro hemático y parcial de orina y dejo constancia de revalorar con paraclínicos y ya el acto que sigue es el

de mi compañera que veo que fue inmediato, apenas llega los paraclínicos ella actúa inmediatamente según se ve a folio 19, no encuentro más anotaciones.

En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a la apoderada judicial de la parte demandada ESE Salud Pereira quien interroga a la testigo así: PREGUNTADO: Manifestó usted, que le ordenó la realización de exámenes paraclínicos a la menor Yessica Lorena. Manifieste al despacho cuáles fueron los resultados de los mismos de acuerdo con la historia clínica que tiene de presente. CONTESTÓ: Doctor aquí no veo los exámenes. Hay unos del San Jorge que no son los que yo pedí. Hay una anotación del parcial de orina pero lo hace la doctora Beatriz Orozco quien fue que la valoró. Existe un reporte a folio 19 del cuadro hemático y del parcial de orina que reportaron 7.000 leucositos, neutrofilos de 63% y plaquetas de 184.000 un parcial de orina con una densidad de 1.024 color café un ph de 5, proteína de 75 miligramos glucosa, positiva, hematíes positivos y nitritos negativos. Son casi normales pero sin embargo el aspecto de la paciente primó sobre los exámenes y la doctora la remitió al San Jorge inmediatamente, la doctora que la valoró dice que le vio un aspecto séptico, reporta esos exámenes y la remite al San Jorge. En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra al apoderado judicial de la parte demandante quine interroga al testigo así: PREGUNTADO. A dicho usted en respuesta anterior que la familia retiró el yeso a la menor. Quiere usted explicarle a la audiencia si consigo usted en la historia clínica qué razón dio la familia por ello. CONTESTÓ: Si registre a folio 18, la familia que me dijo el ortopedista le puso el yeso el cual lo retiraron por edema en miembro inferior derecho, lo cual fue una imprudencia, esto no esta registrado en la historia clínica es mi concepto. PREGUNTADO: A manifestado usted frente a unos resultados de exámenes de laboratorio que se consignaron a folio 19 de la historia clínica referente a leucocitos, neutrofilos y plaquetas, quiere usted explicarnos los resultados que siguen a continuación en su orden en el mismo folio 29. CONTESTÓ. No sé que es 110, pero esto se podría aclarar muy fácil si pudiéramos aportar los exámenes. PREGUNTADO. A manifestado usted los resultados de los exámenes eran casi normales, quiere usted indicarle a la audiencia que quiere decir frente a esos exámenes PO compatible con SIRS, que se escribe en el mismo folio 19 de la historia clínica CONTESTÓ: PO quiere decir parcial de orina, y compatible con SIRS quiere decir síndrome de respuesta inflamatoria sistémica al que usted ha hecho referencia corresponde a shock séptico o proceso séptico, según los protocolos y guías médicas CONTESTÓ: Si corresponde a un proceso séptico.>>³³

59.2.- La médica Beatriz Orozco, declaró lo siguiente:

<<PREGUNTADO: Recuerda usted haber atendido en su condición de médico de la ESE Salud Pereira a la menor Yessica Lorena Espinosa Hernández, quien consultó por torcedura o esguince de tobillo derecho. En caso afirmativo se le solicita haga un resumen claro y concreto de su

actuación como médico. CONTESTÓ: Yo recibí la paciente en observación a las 11 de la mañana del 1 de enero de 2010, los

³³ Fls. 20-23 c.2

paraclínicos llegaron más o menos en 45 minutos y se inició el proceso de remisión, comunicarse con el San Jorge, hablar con el médico de pediatría del San Jorge, esperar que haya cama y que me aceptara, aquí en la nota mía lo que hay es la transcripción de los exámenes paraclínicos, que yo lo traje acá y lo anexo en dos folios. Se hizo la valoración de los paraclínicos y se remitió a la paciente en un tercer nivel porque no era de manejo de primer nivel. Eso fue toda la intervención mía. En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra al apoderado judicial de la parte demandante quien interroga al testigo así: PREGUNTADO: Precísele a la audiencia si existe alguna explicación dentro de la historia clínica de siendo las 13 horas del 1 de enero de 2010 en nota elaborada por usted en la que aparece su sello y firma la paciente fue aceptada en el Hospital Universitario San Jorge, cuál fue la razón para que la paciente a las 15:00 todavía permaneciera dentro de la institución CONTESTÓ. Yo terminé mi turno a las 13:00 horas de ahí para adelante no sé.>>³⁴

59.3.- Por último, obra el testimonio de la pediatra encargada de la UCI que precisa que solo recibió a la niña a las 8 de la noche cuando está probado que en el hospital de KENNEDY se detectó el proceso desde las 9:50 de la mañana. La doctora Olivia Cebreros de Sánchez, médica pediátrica en el Hospital San Jorge de Pereira, dijo lo siguiente:

<<CONTESTÓ: Yo la recuerdo, el 1 de enero yo estaba en cuidados intensivos pediatría más o menos sería un cuarto para las ocho de la noche cuando nos llamaron de urgencias, nos llamó el médico de planta para comentarnos que tenía una paciente que necesitaba que valoráramos, yo estaba dando la ronda, suspendí lo que estaba haciendo y me fui para urgencias porque cuando lo llaman a uno de urgencias es porque es realmente urgente, me presentó el caso el doctor, era una niña que estaba con la mamá, estaba en regulares condiciones por el aspecto de la niña sugería que estaba séptica, yo les comenté que había que pasarle un bolbo de líquidos porque estaba un poco deshidratada a pesar de que estaba con líquidos y que la teníamos que trasladar a intermedios UCI, eso es la UCI pediátrica, pregunté rápido por los exámenes y en ese momento no estaban disponibles aunque ya se los habían tomado, hable con la familia porque la niña estaba muy mal y les explique que la niña tenía alta probabilidad de que se le ayudara con un ventilador mecánico, uno les dice a ellos que un respirador y les explica más o menos en qué consiste, también le dijimos que estaba muy delicada y que tenía un pronóstico reservado por la condición en que ese momento la veíamos. De ahí, pues yo normalmente cuando vamos a mandar a un niño a cuidados intensivos llamo para avisar que va un paciente para que sepan qué tipo de cama tenemos que tener lista porque a veces necesitamos camas más grandes, se hizo eso, la niña se iba a enviar para cuidados intensivos y yo de ahí ya me fui para cuidados intensivos, yo creo que yo tenía más o menos unos cinco minutos de haber entrado a la unidad cuando toca por la puerta, hay

³⁴ Fl. 55

dos puertas por cuidados intensivo una que nos conecta con radiología y cirugía por la cual nos tocaron y nos dijeron que estaban con una niña en paro, una niña que llevaban a radiología pero no alcanzó a llegar a radiología porque salieron con ella corriendo hacia la unidad y pues ya la ingresamos, la reanimamos, del primer paro nos tardamos en cuanto a que ella respondiera, se le hizo todo y tardó unos 9 a 10 minutos en reaccionar, en volver a tener frecuencia, la conectamos

al ventilador le iniciamos el manejo de líquidos, soporte inotrópico y yo salí a hablar con la familia porque eso es muy delicado, y en so estábamos cuando el segundo paro y ese segundo paro nos llevó una reanimación de 45 minutos fue largo y no la sacamos de ese segundo paro. (...) Yo sé que a ella la vieron en la mañana en el hospital de Kennedy y de ahí la mandaron en la tarde al hospital de nosotros y yo la valore casi en la última hora de vida de la niña. En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra la apoderada judicial de la parte demandada ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira quien interroga al testigo así: PREGUNTADO: Por favor infórmele al Despacho si los signos de edema y eritema son signos por si solos de una infección CONTESTÓ: No, los signos exclusivos de edema y eritema no, pueden ser signos inflamatorios de cualquier causa, si uno se machuca puede tener enrojecimiento pero no es en ese momento una infección. PREGUNTADO: Por favor infórmele al despacho si la presencia de un edema y de eritema son contraindicativos para poner un yeso. CONTESTÓ: Hasta donde yo sé no, en los esguinces por ejemplo ponen yeso para inmovilizar y evitar mayor lesión. En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra al apoderado judicial de la parte demandante quien interroga al testigo así PREGUNTADO: Precísele a la audiencia, si tuvo conocimiento que a la paciente a la que usted ha hecho referencia se le diagnóstico edema y eritema malévolos externos del tobillo izquierdo antes de inmovilizarla con yeso CONTESTÓ: No tuve conocimiento, yo la conocí realmente al final yo no sé si ella lo tenía realmente cuando la inmovilizaron.>>³⁵

60.- Los conceptos técnicos de esta testigo, que no están referidos a los hechos de los que tuvo conocimiento, no deben ser objeto de valoración. Por el contrario, de su declaración sí se deduce que la atención que demandaba la situación de la menor era una atención urgente y que no hay justificación para haber dejado transcurrir tanto tiempo.

III.- Tercera parte: monto de los perjuicios y la obligación de reembolso a cargo de la compañía de seguros

Daño moral

61.- Los demandantes pidieron que se les reconozca el equivalente de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) a

³⁵ Fls. 51-52 c.2

favor de cada uno de ellos por los perjuicios morales que sufrieron como consecuencia de la muerte de Yessica Lorena Espinosa Hernández.

62.- La parte demandante la conforman: Janeth Marín Espinosa, hermana y madre de crianza de la víctima; Fidel Gutiérrez García compañero sentimental de Janeth y padre de crianza de la víctima; Briget Daniela y María Fernanda Gutiérrez Marín hijos de Janeth y Fidel y sobrinos de la víctima directa; Joilan Alejandro Espinosa Hernández, María Alejandra Espinosa Hernández, Julián Andrés Silva Espinosa, Evert Antonio Espinosa Hernández, hermanos menores de la víctima directa; y Ángela María Marín Espinosa y Martha Marín Espinosa hermanas mayores de la víctima directa.

63.- Como quiera que Joilan Alejandro Espinosa Hernández, María Alejandra Espinosa Hernández, Julián Andrés Silva Espinosa, Evert Antonio Espinosa Hernández, hermanos³⁶ de la víctima directa adquirieron la mayoría de edad en el transcurso del proceso, el pago de la indemnización se hará a ellos directamente y no a través del curador ad litem –nombrado por la primera instancia por ausencia de los padres-. En relación con el parentesco (hermanos) se

reconocerá para cada uno el equivalente a cincuenta (50) SMLMV.

64.- Con el registro civil de defunción de la víctima directa³⁷ está acreditado el vínculo de consanguinidad de Janeth, Angélica María y Martha Marín Espinosa como hermanas³⁸ de la menor Jessica Lorena Espinosa Hernández. De conformidad con los parámetros fijados en sentencia de unificación³⁹ atinentes al grado de parentesco y la presunción del perjuicio moral aplicable al segundo nivel grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos), la Sala reconocerá a favor de cada una el equivalente a cincuenta (50) SMLMV.

65.- La Sala reconocerá a Briget Daniela y María Fernanda Gutiérrez Marín hijos de Janeth y Fidel, y sobrinas de la víctima directa, atinentes al grado de parentesco y porque testimonialmente⁴⁰ está demostrado que los menores convivían con la menor y eran sus compañeritos de juego, para lo cual se aplica el tercer nivel (tíos y sobrinos), la Sala reconocerá a favor de cada uno el equivalente a treinta y cinco (35) SMLMV.

³⁶ Fls. 8-12 obran los registros civiles

³⁷ Fl. 16 c.1

³⁸ Fls. 5, 13 y 15 obran los registros civiles.

³⁹ Consejo de Estado, Sección tercera, «Documento final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 de referentes para la reparación de perjuicios inmateriales».

⁴⁰ Fl. 8-13 c.2

66.- Finalmente a Fidel Gutiérrez García, compañero sentimental de Janeth Marín Espinosa, se le reconocerá el equivalente a quince (15) SMMLV porque está probada la relación afectiva con la víctima directa. Según prueba testimonial⁴¹ Fidel Gutiérrez estaba a cargo de la manutención de la familia y de los hermanos menores de Janeth Marín Espinosa

La compañía de Seguros

67.- La ESE Salud Pereira y el hospital San Jorge de Pereira llamaron en garantía a la Previsora S.A., y el llamamiento fue admitido en la primera instancia³⁸. De la revisión de las pólizas se advierte que, en relación con la ESE Salud Pereira, el período cubierto en la póliza 1001671 comprende desde el 21 de septiembre de 2009 hasta el 22 de enero de 2010 y se estableció como límite de cobertura para el pago de perjuicios morales la suma de \$20.000.000 por evento³⁹ y vigencia, a la cual debe aplicársele el deducible pactado⁴⁰. En cuanto al Hospital San Jorge de Pereira el período cubierto en la póliza 1001527 comprende desde el 31 de enero de 2009 hasta el 31 de enero de 2010 y se estableció como límite de cobertura para el pago de perjuicios morales la suma de \$50.000.000 por evento y vigencia, a la cual debe aplicársele el deducible pactado⁴¹.

68.- La asegura solicita que se tengan en cuenta las exclusiones cuando el daño lo producen contratistas y subcontratistas del asegurado. De la revisión de las pólizas, la Sala no advierte que se hubiera establecido dicha exclusión.

69.- Por consiguiente, la Sala ordenará a la Previsora S.A reembolsar lo pagado por las entidades demandadas y aseguradas, condena que comprende la indemnización de los perjuicios morales hasta el límite⁴² de la cobertura según las pólizas de seguros No. 1001527 y 1001671. Estas sumas deberán pagarse de manera indexada⁴³. La actualización garantiza que el valor de las

sumas pagadas sea el mismo que tenían esas sumas en el momento en que se pactaron. Lo anterior, con fundamento en los artículos 1627⁴⁴ y 1649⁴⁵ del Código Civil.

70.- El valor de las pólizas se actualizará de acuerdo a la siguiente fórmula: 70.1.- Póliza de seguros No. 1001527

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Índice inicial

Donde:

Ra: Renta actualizada

⁴¹ Ibídem

Rh: Renta histórica, o suma que se actualiza: \$50.000.000 Índice final certificado por el DANE para mayo de 2022: 118,70 Índice inicial certificado por el DANE para enero de 2010: 71,69

$$Ra = \$50.000.00 \times \frac{118,70}{71,69}$$

$$Ra = \$82.786.999$$

70.2.- En consecuencia, el valor a pagar por concepto de esta póliza es la suma de ochenta y dos millones setecientos ochenta y seis mil novecientos noventa y nueve pesos (\$82.786.999).

71.- Póliza de seguros No. 1001671 Donde:

Ra: Renta actualizada

Rh: Renta histórica, o suma que se actualiza: \$20.000.000 Índice final certificado por el DANE para mayo de 2022: 118,70 Índice inicial certificado por el DANE para enero de 2010: 71,69

$$Ra = \$20.000.000 \times \frac{118,70}{71,69}$$

$$71,69$$

$$Ra = \$33.114.799$$

71.1.- En consecuencia, el valor a pagar por concepto de esta póliza es la suma de treinta y tres millones ciento catorce mil setecientos noventa y nueve pesos (\$33.114.799).

F.- Costas

72.- En vista de que no se observa temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRANSE patrimonialmente responsables a la ESE Salud Pereira y al Hospital San Jorge de Pereira por los perjuicios causados a Janeth Marín Espinosa, Fidel Gutiérrez García, Briget Daniela y María Fernanda Gutiérrez Marín, Joilan Alejandro Espinosa Hernández, María Alejandra Espinosa Hernández, Julián Andrés Silva Espinosa, Evert Antonio Espinosa Hernández, Ángela María Marín Espinosa y Martha Marín Espinosa, con la muerte de su familiar Yessica Lorena Hernández Espinosa, como consecuencia de las omisiones en que incurrieron en la prestación del servicio de salud.

TERCERO: CONDÉNASE solidariamente a la ESE Salud Pereira y al Hospital San Jorge de Pereira al pago de los perjuicios morales, así:

Demandante	Parentesco y/o relación afectiva	Indemnización
Janeth Marín Espinosa	Hermana	50 SMLMV
Fidel Gutiérrez García	Relación afectiva	15 SMLMV
Briget Daniela Gutiérrez Marín	Sobrina	35 SMLMV
María Fernanda Gutiérrez Marín	Sobrina	35 SMLMV
Joilan Alejandro Espinosa Hernández	Hermano	50 SMLMV
María Alejandra Espinosa Hernández	Hermana	50 SMLMV
Julián Andrés Silva Espinosa,	Hermana	50 SMLMV
Evert Antonio Espinosa Hernández	Hermana	50 SMLMV
Ángela María Marín Espinosa	Hermana	50 SMLMV
Martha Marín Espinosa.	Hermana	50 SMLMV

La Previsora S.A reembolsará lo pagado por las entidades demandadas y aseguradas, condena que comprende la indemnización de los perjuicios morales hasta el límite de la cobertura según las pólizas de seguros No. 1001527 y 1001671. Valores que deberán pagarse indexados, así:

Número de Póliza	Limite	Indexado
1001527	\$50.000.000	\$82.786.999
1001671	\$20.000.000	\$33.114.799

CUARTO: Sin CONDENA en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría DEVUÉLVASE el expediente a su tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

Aclara voto

Con firma electrónica Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado Magistrado

Aclara voto



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

