



**CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA
ESTATAL EN LA PRÁCTICA DE LA GINECO-OBSTETRICIA EN COLOMBIA**

PROYECTO DE GRADO

NATHALIA JIMÉNEZ BARÁ

**Asesor: Dr. Jorge Andrés Illera Cajiao
Profesor del Departamento de Estudios Jurídicos**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI**

2012

**CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA
ESTATAL EN LA PRÁCTICA DE LA GINECO-OBSTETRICIA EN COLOMBIA**

NATHALIA JIMÉNEZ BARÁ

**Trabajo de grado presentado como requisito
para optar por el título de Abogado**

**Asesor: Dr. Jorge Andrés Illera Cajiao
Profesor del Departamento de Estudios Jurídicos**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2012**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I: DE LAS OBLIGACIONES EN GINECO-OBSTETRICIA	9
CAPITULO II: CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL EN GINECO-OBSTETRICIA	16
2.1. Normalidad o Anormalidad del Embarazo:	17
2.2. Nivel de atención de las IPS en Colombia:	24
2.3. Circunstancias previas al parto:	40
2.4. El acto médico como una actividad compleja:	44
CAPITULO III: RESPONSABILIDAD MÉDICA GINECO-OBSTÉTRICA EN COLOMBIA	50
CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFÍA	61
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	62

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad médica derivada de los daños generados con ocasión de la prestación del servicio de salud, ha sido objeto de elaboración doctrinal y jurisprudencial durante varios años en Colombia. La práctica profesional de la medicina, definida como una actividad compleja en razón a los riesgos que aparece, no se encuentra exenta de generar daños o perjuicios de los cuales se pueda exigir reparación por vía judicial. Así, una de las especialidades de la medicina con mayor índice de demandas legales en Colombia, solicitando indemnizaciones por los perjuicios ocasionados en el ejercicio de la actividad médico-asistencial¹, es la Gineco-obstetricia entendida como la rama de la medicina relacionada con el desarrollo del embarazo, desde la etapa diagnóstica, pasando por el control prenatal, hasta la atención del parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento (MELLONI, 1995).

La causa más común de las demandas guarda relación con los resultados adversos ocasionados a la madre y/o el hijo durante el parto o con posterioridad al mismo. Atendiendo a esta realidad, durante los últimos años, en sede de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se han resuelto gran cantidad de casos relacionados con la responsabilidad médica de las entidades estatales encargadas de prestar el servicio de salud a través de sus funcionarios o instituciones contratadas para tal fin. Sin embargo, de los fallos emitidos recientemente por el Consejo de Estado es posible vislumbrar que son varios los criterios utilizados por el juez administrativo para deducir la imputación de la responsabilidad médica gineco-obstétrica, los cuales no han sido unificados en nuestro ordenamiento jurídico.

Al contrario, del estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, se concluye que ha existido un amplio margen de discrecionalidad por parte del juez administrativo para definir si es o no posible atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad por daños a las entidades estatales que prestaron el servicio médico-asistencial a la paciente en estado de embarazo. Bajo ese contexto, la falta de una norma universal que reúna todos los criterios que permiten evaluar la existencia de la responsabilidad médica en el campo de la Gineco-obstetricia, conlleva a que se genere necesariamente inseguridad jurídica y desigualdad por parte de los operadores jurídicos; y en especial, de las víctimas

¹ Este dato se extrae del artículo "*La ginecoobstetricia y las demandas de responsabilidad profesional*" (2005) de la División Científica FEPASDE, en el cual se presentan los resultados obtenidos del estudio de 100 casos de demandas Ginecoobstétricas, asociados al Fondo Especial para Auxilio Solidario de Demandas (FEPASDE), de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE), entre 1999 y 2003, a partir del cual se concluyó que la Ginecología y Obstetricia son las ramas de la medicina que ocupan la segunda posición en relación con el porcentaje de demandas generadas solicitando indemnización por los perjuicios ocasionados durante la atención del parto.

que recurren a las vías judiciales para hacer valer sus derechos vulnerados. En atención a la falta de uniformidad de los criterios de imputación de la responsabilidad por la prestación de servicios médico-obstétricos, el presente trabajo constituye una propuesta de unificación de los criterios identificados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que han sido empleados en el estudio de la imputación la responsabilidad médica por daños en Colombia.

En vista de que estos criterios para la configuración de la responsabilidad médica obstétrica no se encuentran recogidos en ninguna fuente doctrinal ni jurisprudencial sobre la materia, se hizo necesario hacer un rastreo de los fallos del Consejo de Estado, desde el año 1991 (fecha en que se produjo la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del estado) hasta el presente año, en los cuales se aplican los distintos criterios jurisprudenciales identificados, a fin de caracterizarlos y determinar las circunstancias en que procede su aplicación. Dentro de este marco temporal, se encontraron un total de 60 sentencias que desarrollan el tema de la responsabilidad médica obstétrica. De las mismas se extrajeron 25 sentencias consideradas relevantes, en razón a que el Consejo de Estado aplicó los criterios de imputación en distintos escenarios fácticos, lo que permitió comprender con mayor claridad los motivos que tuvo en cuenta el juez al momento de acoger cada criterio, logrando identificar además los elementos y características que los definen y diferencian entre sí. En este orden de ideas, el presente trabajo de grado pretende dar una respuesta general a la pregunta sobre ¿qué razones fundamentan la decisión del juez para declarar o no la responsabilidad médica estatal cuando se han producido daños con motivo del ejercicio de la actividad médica gineco-obstétrica?.

Para resolver este interrogante, fue indispensable en primer lugar hacer un seguimiento de los principales argumentos expuestos por los doctrinantes colombianos acerca del tipo de obligaciones que debe asumir el médico especialista en Gineco-obstetricia en el ejercicio de su profesión. Lo anterior con el fin de definir el régimen de responsabilidad aplicable de conformidad con la naturaleza obligacional del médico gineco-obstetra. En segundo lugar, fue necesario hacer un rastreo jurisprudencial de los principales fallos en los que el Consejo de Estado aplicó los criterios de imputación sobre “la normalidad o anormalidad del embarazo”, “el nivel de atención de las IPS en Colombia”, “las circunstancias previas al parto”, y “el acto médico como una actividad compleja”, los cuales fueron identificados como fundamentos para la imputación de los daños producidos con ocasión a la prestación del servicio gineco-obstétrico, y caracterizados durante el proceso investigativo realizado. Por último, de las sentencias rastreadas se estudiaron las de últimos años (2008-2012)² en materia de responsabilidad médica estatal, a fin de determinar cuál es el régimen de responsabilidad vigente, el título de imputación aplicable, y por tanto, el régimen

² A partir del año 2008 hubo un cambio jurisprudencial en cuanto al título de imputación aplicable en los procesos de responsabilidad médica gineco-obstétrica en Colombia.

probatorio establecido para estos asuntos, sin necesidad de adentrarnos en el estudio de los cambios jurisprudenciales que han existido sobre la materia.

Visto este panorama, el primer capítulo del presente trabajo tiene como finalidad establecer la naturaleza obligacional del médico gineco-obstetra en el ejercicio de su profesión, con base en los criterios utilizados por la corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en torno a la aplicación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en la práctica médica. De igual modo, se definirá la importancia de establecer el tipo de obligación a cargo del médico, en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en los eventos en que se produzca un daño con motivo de la intervención médica. Finalmente, se tendrán en cuenta los argumentos expuestos por los principales doctrinantes colombianos a fin de construir una definición clara que precise el alcance y contenido obligacional del médico.

En el segundo capítulo se abordará el estudio de los distintos criterios identificados en los fallos del Consejo de Estado, que permiten al juez administrativo definir si es posible imputar al médico o a la entidad prestadora del servicio de salud gineco-obstétrico los daños producidos a la víctima, con fundamento en lo cual se evalúa la posibilidad de configurar la responsabilidad médica estatal. Nos ocuparemos, en concreto, del análisis de las principales circunstancias fácticas concretas en que se emplearon los criterios para declarar la responsabilidad médica gineco-obstétrica o eximir de la misma a la parte demandada. Estos criterios jurisprudenciales de imputación empleados en distintos escenarios fácticos por el Consejo de Estado son los siguientes: el primer criterio identificado es aquel que hace referencia a la “normalidad o anormalidad del embarazo”; el segundo criterio trata acerca del “nivel de atención de las IPS en Colombia”; el tercer criterio hace referencia a “las circunstancias previas al parto”; y el último criterio al “acto médico como una actividad compleja”. En síntesis, estudiaremos la forma en que han sido utilizados, por parte del Consejo de Estado, los criterios que permiten justificar la declaratoria o exoneración de responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en la prestación del servicio de salud obstétrico. Con base en ello, se hará una propuesta de unificación de estos criterios a fin de llenar el vacío jurisprudencial y doctrinal relativo a la falta de unificación de los mismos; propuesta que, en últimas, implica caracterizar y estructurar los elementos que componen cada uno de estos criterios de evaluación, con lo que se pretende, por un lado, facilitar la labor del juez administrativo al momento de evaluar la existencia de la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud obstétricos, y por otro, construir una guía para aquellas víctimas de los daños ocasionados con motivo de la actividad médica-asistencial, que permita establecer en qué casos pueden hacer valer sus derechos con fundamento en el precedente jurisprudencial acerca de la responsabilidad médica gineco-obstétrica, y determinar el régimen probatorio aplicable al cual se deben someter para demostrar los hechos que alegan como causas del daño. En suma, facilitar la tarea del litigio.

El capítulo tercero se ocupará del estudio de la responsabilidad médica gineco-obstétrica en Colombia. En particular, se estudiará el régimen probatorio instituido por la jurisprudencia del Consejo de Estado para los procesos de responsabilidad médica gineco-obstétrica, teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad vigente, y el título de imputación aplicable a estos asuntos. Para ello, en primer lugar, se abordará el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del estado, con fundamento en el artículo 90 de la Carta Política, como corolario de la responsabilidad estatal por daños. Posteriormente, se dedicará el estudio del título de imputación aplicable en fallos recientes por el Consejo de Estado, puntualizando acerca del régimen probatorio establecido para aquellos eventos en que se debate la responsabilidad médica estatal por la prestación del servicio de salud en Gineco-obstetricia. En concreto, se hará referencia a la carga probatoria asignada a cada de las partes dentro del proceso de referencia, a fin de aclarar qué se deberá probar y en qué forma. Por último, se estudiará la tesis que actualmente acoge la jurisprudencia sobre el indicio de falla en el servicio médico-obstétrico como sistema de aligeramiento probatorio.

Finalmente, se presentarán unas conclusiones extraídas con fundamento en la investigación llevada a cabo dentro del marco temporal concebido desde 1991 hasta nuestros días, sobre la naturaleza obligacional en medicina, según la postura jurídica mayoritaria asumida por la doctrina y la jurisprudencia; los criterios de imputación identificados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que permiten evaluar la configuración de la responsabilidad médica gineco-obstétrica; y, por último, se concluirá cuál es el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado vigente y el fundamento del deber de reparar aplicable a los casos en que se pretende la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado por la deficiente prestación del servicio de salud en esta rama de la medicina.

En síntesis, el presente trabajo de grado pretende, ante todo, reconocer la realidad jurídica sobre las controversias originadas en torno a la responsabilidad médica gineco-obstétrica en Colombia, con el fin de poder analizar los criterios tenidos en cuenta por el Consejo de Estado al resolver tales controversias. De este modo, partiendo del estudio de los fallos sobre la materia, se verificó que la Sección Tercera ha adoptado diversas soluciones en sus fallos, a pesar que los mismos se presentan bajo circunstancias fácticas y jurídicas similares, lo cual, como se dijo anteriormente, genera inseguridad por parte de los operadores jurídicos. En este sentido, el objetivo que orienta el presente trabajo no es otro que el de analizar los criterios adoptados por la jurisprudencia con base en las circunstancias a las que estuvo sometida la prestación de la atención médica en cada caso particular, para así aclarar las razones por las cuales el juez administrativo ha declarado la responsabilidad o exonerado de la misma a la entidad prestadora del servicio de salud obstétrico. Bajo este contexto, se busca proponer una salida jurídica a la problemática que genera en algunos casos el ejercicio de la función discrecional del juez administrativo para resolver sobre la declaratoria o no de responsabilidad médica gineco-obstétrica, en la medida en que se unifican y delimitan los criterios

utilizados por el precedente jurisprudencial, del cual el juez no se podrá apartar. Se deja planteada, entonces, una propuesta de unificación de los criterios de evaluación de la imputación de la responsabilidad médica del Estado en el servicio de obstetricia, que permita dilucidar el precedente jurisprudencial para su aplicación hacia el futuro, buscando, de este modo, salvaguardar los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación del derecho en esta materia. Con base en lo anterior, se espera que esta propuesta de unificación sea reconocida por los operadores jurídicos como una herramienta jurídica a aplicar en los casos de responsabilidad médica obstétrica, con el objetivo de resolver de una manera eficaz las disputas originadas en torno a los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad médico-asistencial, partiendo del precedente jurisprudencial que el Consejo de Estado ha elaborado sobre la materia en los últimos años.

CAPITULO I

DE LAS OBLIGACIONES EN GINECO-OBSTETRICIA

En materia de responsabilidad médica, la determinación del tipo de obligación a cargo del médico adquiere especial importancia a efectos de definir el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos eventos en que se produce un daño con motivo de la prestación del servicio de salud. Si bien es cierto que el tema acerca de la aplicación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el campo de la medicina ha sido ampliamente debatido en el ordenamiento jurídico colombiano, hoy en día no cabe duda sobre la preeminencia de la tesis mayoritaria según la cual, por regla general, la obligación que asume el médico en el ejercicio de su profesión es de medios y no de resultado. Sin embargo, esta tesis no fue acogida en todos los casos por el derecho colombiano. Del examen de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los textos doctrinales sobre la materia, fue posible evidenciar que, alrededor de esta temática, se han suscitado, desde hace varios años, grandes debates jurídicos que dieron origen a dos corrientes jurídicas contrapuestas: Una conformada por aquellos que hacen extensivo el tema de las obligaciones de resultado no solo a distintas ramas de la medicina, sino además a procedimientos o tratamientos médicos particulares, de los cuales, consideran, podría exigirse un resultado concreto, una garantía o un producto determinado; y otra corriente constituida por aquellos que pregonan que todo acto médico, sin excepción alguna, está circunscrito dentro de las obligaciones de medio y no de resultado (Pinzón, 2004).

A pesar que estos encuentros doctrinales siguen vigentes, en las siguientes líneas no pretendo ahondar en el debate ni en los argumentos expuestos por los doctrinantes más destacados como representantes de cada corriente jurídica de medios y de resultado. El objetivo primordial del presente capítulo, no es otro que establecer una definición clara que precise el alcance y contenido obligacional que ha de asumir el médico, a partir de las definiciones más importantes extraídas de los textos de reconocidos tratadistas colombianos sobre la materia. Adicionalmente, se mencionarán algunos de los argumentos desarrollados por estos doctrinantes acerca del tipo de obligación que asume el médico especialista en Gineco-obstetricia, una de las ramas de la medicina donde se ha generado con mayor fuerza el debate en torno a la naturaleza obligacional en medicina. Por último, se enunciará la importancia de definir la naturaleza obligacional del médico en la determinación del régimen de responsabilidad aplicable y vigente para aquellos eventos en que se produce un daño con motivo de la actividad médica.

Antes de ahondar sobre el tema, es importante hacer una breve referencia histórica acerca del origen de la clasificación de las obligaciones de medios y de

resultado en el ordenamiento jurídico colombiano. Al respecto, cabe advertir que, aun cuando se han denotado grandes esfuerzos por demostrar las raíces de la distinción entre dichas obligaciones, la mayoría de los doctrinantes³ concuerdan en que fue el tratadista francés René Demogue en su obra "*Traite des obligations*" (Demogue, 1925), quien perfeccionó, demarcó y perfiló con claridad la clasificación –tal y como hoy la conocemos-, aclarando que la misma había sido planteada originalmente en el Derecho Romano y entrevista por algunos autores del antiguo derecho francés (Duque, 2004). Hoy por hoy no se discute que "*el hacedor de sus contornos, así como su difusor primigenio –en los planos terminológico y sustancial-, fue el referido doctrinante galo*" (Jaramillo, 2008, pág. 301); lo cual permite concluir que la introducción de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado al derecho médico colombiano, se atribuye principalmente a la doctrina francesa.

Originariamente para René Demogue (1925), la obligación que debía asumir el médico era de medios, asegurando que en ningún caso el galeno podía comprometerse a la curación del paciente. Dicha tesis fue acogida por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, conformando en la actualidad una corriente mayoritaria que pregona de manera unánime que la obligación del médico es siempre de medios. No obstante, hay quienes se oponen a la idea de considerar que en el ejercicio de todas las ramas de la medicina y procedimientos médicos se predique una obligación de medios, sin que sea posible asegurar un resultado. Estos detractores de la corriente mayoritaria parten del hecho de que, hoy en día, con fundamento en los desarrollos tecnológicos, la evolución de la ciencia médica y el perfeccionamiento de la técnica jurídica, es posible exigir un determinado resultado al médico, atendiendo las circunstancias de cada caso. En contra de esta postura minoritaria, el tratadista colombiano Luis Guillermo Serrano Escobar (2000) afirma que el deber del médico, independientemente de la rama de la medicina o procedimiento médico de que se trate, es siempre el de "*desplegar todos los medios necesarios en procura de un resultado*" (Escobar, 2000, pág. 113), sin tener la obligación de obtenerlo. Escudándose en el principio de seguridad jurídica, este autor propone

"repensar la naturaleza de la obligación médica, tradicionalmente encasillada en la anterior clasificación; creando una solución que sirva indistintamente para toda actividad médica en general, no sujeta a forzosos acomodados interpretativos, que no le dan claridad y certeza a la obligación médica" (Escobar, 2000, pág. 113).

Con fundamento en dicha propuesta, decide acogerse a la doctrina mayoritaria, al señalar que en ningún caso el médico puede garantizar al paciente un resultado concreto. Por el contrario, precisa que

³ Se destacan Antonio José Chacón Pinzón, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Luis Guillermo Serrano Escobar, Juan Carlos Henao, entre otros reconocidos doctrinantes colombianos.

“la obligación del médico es una sola, y es realizar su actividad de la mejor manera posible, de acuerdo a los conocimientos adquiridos y actualizados y conforme las técnicas y usos existentes aceptados por las autoridades médicas, con miras a que el resultado sea el que normal y ordinariamente debe producirse” (Escobar, 2000, pág. 113).

Como argumento base de su propuesta, explica que la naturaleza de la obligación médica atiende a su carácter aleatorio, pues bajo ninguna circunstancia es posible que un profesional de la medicina asegure el resultado esperado por el paciente, independientemente de que se haya pactado en el contrato lo contrario o que el mismo se valga de *“instrumentos altamente tecnificados que permitan acceder a resultados con alto grado de precisión y certidumbre en la actividad diagnóstica”* (Escobar, 2000, pág. 111).

Similares argumentos expuso el profesor Carlos Ignacio Jaramillo J. (2008) cuando dijo que el médico únicamente se compromete a brindarle al paciente una diligente y cuidadosa atención médica, en un todo de acuerdo con los avances y los cánones de la ciencia médica, sin que se vea obligado a asegurar un resultado, pues el mismo no depende meramente de su actuación, intervención o actividad, sino *“de una suerte de circunstancias e imponderables que, in toto, trascienden su querer y, por contera, le son enteramente ajenos (corolario prevalentemente aleatorio)”* (Jaramillo, 2008, pág. 330). En este sentido, reafirma el tratadista, lo que se debe realmente por parte del médico *“es la prestación eficiente de un servicio, o la ejecución diligente y cumplida de una conducta profesional, y no el resultado, en sí mismo considerado, el cual escapa al control –y manejo- del responsable del débito”* (Jaramillo, 2008, pág. 333).

Bajo este contexto, Carlos Ignacio Jaramillo J. (2008) define la obligación médica como una simple *“obligación de diligencia”, “dado que se agota con una actuación prudente, al margen de lo que pueda acaecer ulteriormente, como respuesta a numerosos e imponderables factores que se anidan en la periferia del acto médico”*(Jaramillo, 2008, pág. 335). A partir de lo anterior, aclara que, bajo ninguna circunstancia, el médico puede escudarse en la obligación de medios para pretextar cualquier esfuerzo mínimo denotado por su parte, puesto que el ordenamiento jurídico le exige, en todo caso, la ejecución experta de la prestación médica, esto es, una actuación diligente y cuidadosa, y siempre conforme con los postulados de la *lex artis*(Jaramillo, 2008). Al respecto, el profesor dijo:

“su compromiso, se repite por doquier, estriba pues en poner todos y cada uno de los medios a su alcance, en concordancia con los dictados de la lex artis, en procura de la preservación o mejoría de la salud de su paciente (...), sin que haga parte de la prestación debida, en estrictez, el éxito o el buen suceso derivado del acto médico: desenlace afortunado, pero sí el empeño y diligencia para alcanzarlo, independientemente de su materialización (posterius)” (Jaramillo, 2008, pág. 331).

Los argumentos que expone este doctrinante para afirmar que la obligación del médico es de medios y no de resultado, se centran en asegurar que la curación del paciente o el resultado esperado por este, desborda, a todas luces, el “débito galénico” (Jaramillo, 2008), en la medida en que dicho resultado no depende de la diligencia ni la conducta desplegada por el médico, sino de una serie de factores, en su mayoría imponderables y aleatorios, que escapan del control médico. En este sentido, no es posible predicar una obligación del resultado toda vez que el galeno no está en capacidad de prever todos los riesgos que conlleva, por ejemplo, una intervención quirúrgica, un parto, o cualquier otro procedimiento médico, pues existen una serie de circunstancias tales como la edad, salud, factores genéticos o hereditarios, entre otros factores incontrolables y algunas veces imprevisibles, que inciden en el resultado final de la intervención médica. Con base en ello, Carlos Ignacio Jaramillo J. (2008) concluye que el factor aleatorio siempre va a estar presente en la prestación médica, lo que impide que el médico tenga el deber de asegurar un resultado al paciente, y sostiene que *“pretender tozudamente lo contrario, así sea plausible, ciertamente, es tanto como desafiar la naturaleza”* (Jaramillo, 2008, pág. 333).

En punto tocante con la Gineco-obstetricia, el profesor Jaramillo J.(2002) reconoce que, alrededor del debate surgido en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la naturaleza de la obligación médica en esta rama de la medicina, hay quienes aseguran que, *“por la concisión del procedimiento, aunado a la ausencia de un prototípico riesgo médico-terapéutico, (...) la obligación del médico obstetra es de resultado: traer al mundo un bebé”* (Jaramillo, 2002, pág. 398), tesis que este doctrinante rechaza en su totalidad. En su defecto, afirma que el débito prestacional en el campo médico es de medios, en la medida en que el elemento aleatorio está siempre presente en el ejercicio de la medicina, lo que implica que puedan generarse riesgos que no sean susceptibles de previsión. Así, declara que la teoría mayoritaria tiene cabida en la rama de la Gineco-obstetricia, debido a que no todos los partos habrán de seguir inexorablemente el mismo curso, pudiendo presentarse todo tipo de dificultades y circunstancias inesperadas o imprevisibles, que no siempre son controlables. Por lo tanto, concluye que calificar la obligación que asume el obstetra como de resultado sería contrariar la naturaleza de la actividad médica general, que en todo caso está sujeta al riesgo o alea propio de la misma, tal como lo indica la experiencia en la materia (Jaramillo, 2002).

Para explicar con mayor claridad la presencia del elemento aleatorio inherente a todo acto médico, es pertinente citar algunos de los argumentos expuestos por el profesor Antonio José Chacón Pinzón, en su obra titulada *“Fundamentos de responsabilidad médica”* (2004). Para este autor,

“el acto médico es una obligación de medio, pues difícilmente, así el procedimiento que se vaya a adelantar pareciese de baja complejidad, se puede comprometer a obtener la curación, o la recuperación total, pues existen multiplicidad de riesgos y

complicaciones que pueden sobre venir y que escapan del manejo médico” (Pinzón, 2004, págs. 127-128).

Con base en ello, justifica la existencia de estos riesgos o complicaciones que escapan del control y previsión del médico, en el hecho de *“el organismo tiene una respuesta diferente al trauma (...) como al tratamiento que se le pueda dispensar. Razón por la cual el profesional ordinariamente se compromete a procurar los medios a su alcance para aliviar al paciente de la enfermedad que padece” (Pinzón, 2004, pág. 127).* Como conclusión de lo anterior, sostiene que *“pretender restringir el acto médico a la concepción objetiva, es desnaturalizarlo, someterlo al régimen de responsabilidad objetiva, restarle la dimensión humana, de servicio y científica que le caracteriza, y cercenar de un tajo las implicaciones humanísticas que le son inherentes” (Pinzón, 2004, pág. 127).*

Acerca de la naturaleza obligacional del médico, el profesor Javier Tamayo Jaramillo, uno de los más influyentes doctrinantes colombianos de nuestra época, igualmente, parte de considerar que

“lo que hace que el médico, a pesar del papel activo que desempeña en la ejecución del contrato, solo tenga una obligación de medio, radica en que, por más que controle la ejecución del contrato, de todas maneras hay una serie de fuerzas físicas y biológicas que influyen en el resultado, hasta el punto que el médico solo tiene unas limitadas probabilidades de lograr la curación, que es el objetivo buscado por el acreedor, es decir, por el paciente” (Jaramillo J. T., 2007, pág. 542).

En este sentido, reconoce que toda actividad médica está rodeada por una serie de factores aleatorios, entendidos como variables imponderables e incontrolables que sobrevienen al ejercicio de la medicina y que impiden que el médico pueda asegurar un resultado determinado, a pesar de los recursos diagnósticos con los que pueda contar, que resultan insuficientes para prever todas los riesgos (Jaramillo J. T., 2007).

Respecto de la actividad diagnóstica como medio para augurar los posibles riesgos que puedan surgir durante la intervención médica, los juristas Eduardo Franco Delgadillo y Edgar Saavedra Rojas, junto con el médico especialista colombiano Fernando Guzmán Mora, en su obra titulada *“Derecho Médico Colombiano” (2004)*, sostienen que a pesar de los esfuerzos del médico por lograr, mediante exámenes durante la etapa diagnóstica, prever un resultado determinado, *“nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido” (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 497)*, por cuanto el elemento “alea” está siempre presente en la actividad médica, y, en ese sentido, *“esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto” (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 497).* En

consecuencia, *“no puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten lo permitan”* (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 498), asumiendo de manera exclusiva la *“obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina”* (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 498).

En cuanto a la naturaleza obligacional en la práctica de la Gineco-obstetricia, estos doctrinantes precisan que *“la obstetricia, como ejercicio médico en general, a pesar de estar en manos de médicos especializados no puede considerarse una obligación de resultados”* (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 1208), pues *“esta visión atenta contra una de las características esenciales del ejercicio de la medicina, la cual es el factor aleatorio que conlleva intrínsecamente su práctica”* (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 1208). En este orden de ideas, *“exigirle al obstetra que domine, maneje, prevea y en últimas corrija el problema que genera el factor aleatorio es un imposible jurídico y físico”* (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 1208). Por lo tanto, con fundamento en la premisa general según la cual *“nadie puede obligarse a lo físico y jurídicamente imposible de cumplir”* (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 1208), estos autores coinciden en señalar que, en medicina, no es posible exigirle al médico especialista en Gineco-obstetricia una obligación de resultado en el ejercicio de su profesión, toda vez que *“la medicina no es una ciencia exacta y afirmar lo contrario es un exabrupto”* (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 1208).

Ahora bien, a partir de los argumentos expuestos por los citados doctrinantes, es posible concluir que, por regla general, las obligaciones que encara el profesional de la medicina son de medios y no de resultados, entendiendo por obligación de medios aquel debido prestacional a cargo del médico que lo compromete a utilizar todos los medios a su alcance para procurar el logro del resultado esperado, sin que esté compelido a garantizarlo, valiéndose en todo momento de sus conocimientos o pericia, su diligencia y prudencia para el desarrollo de su labor profesional. Lo anterior significa que, en medicina, no es posible asegurar un resultado concreto pues existe una variedad de factores o circunstancias aleatorias, que sumados a las características de cada paciente, hacen prácticamente impredecible e incontrolable el resultado esperado por el mismo.

Sobre la rama de la Gineco-obstetricia, en particular, acogemos la tesis mayoritaria según la cual las obligaciones del médico gineco-obstetra son de medios, y no de resultados, en la medida en que en el ejercicio de esta especialidad es imposible prever todas las posibles complicaciones que pueden surgir durante el parto, a pesar que el embarazo haya sido considerado de bajo

riesgo (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004). Si bien es cierto que los desarrollos tecnológicos en la ciencia médica han sido amplios durante los últimos años, lo que ha permitido evolución cada vez más especializada de esta ciencia, en medicina aun no se tienen las suficientes bases para prever y corregir situaciones inesperadas como la integridad física del feto y la tolerancia de la madre ante un trabajo de parto. En consecuencia, no es posible hablar de una responsabilidad objetiva de la práctica médico-obstétrica, pues ello atentaría contra la propia naturaleza de la medicina, que no es otra que la de ser “*una ciencia inexacta que cuenta con un factor aleatorio*” (Franco Delgadillo, Saavedra Rojas, & Guzmán Mora, 2004, pág. 1208), lo cual implica que se puedan presentar situaciones totalmente imprevisibles e incontrolables durante la intervención médica.

Si bien es cierto que una corriente doctrinal minoritaria se inclina por reconocer obligaciones de resultado para ciertas ramas de la medicina o procedimientos médicos concretos, esta tesis aún no ha sido adoptada por la doctrina ni la jurisprudencia colombiana contemporánea en forma definitiva. En el presente trabajo de grado, se acoge la postura jurídica de la corriente mayoritaria que pregona la naturaleza obligacional de medios en el campo de la medicina. Lo anterior también aplica para el caso de la rama de la Gineco-obstetricia, entendida como “*la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero*” (MELLONI, 1995, pág. 598), en razón a que todo parto apareja riesgos inherentes que escapan del ámbito de previsión del médico, lo que conlleva a que no sea posible asegurar el resultado esperado por la paciente en todas las circunstancias. Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse que los casos de responsabilidad médica por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos, en Colombia, bajo un régimen objetivo de responsabilidad. Por el contrario, estos eventos deben ser decididos bajo el régimen subjetivo de responsabilidad con fundamento en el título de falla probada del servicio, lo cual se explicará con mayor precisión en el tercer capítulo del presente trabajo. Por el momento, cabe aclarar que el objetivo de definir el tipo de obligación que debe de asumir el médico especialista en Gineco-obstetricia, no es otro que el de precisar el régimen de responsabilidad aplicable en el caso de incumplimiento del contenido obligacional por parte de la entidad prestadora del servicio de salud e igualmente establecer el régimen probatorio que regirá el proceso de responsabilidad médica estatal, temas que abarcaremos con profundidad más adelante.

A continuación, se explicarán y analizarán cada uno de los criterios identificados en la jurisprudencia del Consejo de Estado que permiten definir si es procedente o no la declaratoria de responsabilidad medica estatal, en razón a los daños ocasionados con motivo a la actividad médica dentro de la rama de la Gineco-obstetricia en Colombia.

CAPITULO II

CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL EN GINECO-OBSTETRICIA

Tal como quedó sentado en el capítulo anterior, la obligación del médico es, por regla general, de medios y no de resultado. Partiendo de esta definición, se deduce que el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos eventos en que se presenta un daño con motivo de la actuación médica gineco-obstétrica es siempre subjetivo. Sin embargo, para evaluar la configuración de esta responsabilidad es necesario, en todos los casos, analizar una serie de elementos tanto fácticos como jurídicos que permiten, por una parte, definir la existencia del nexo causal entre el hecho producido por la Administración Pública a través de sus funcionarios o de las entidades hospitalarias prestadoras del servicio de salud y el daño producido a la víctima, y por la otra, determinar el régimen probatorio aplicable al caso concreto.

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud en Gineco-obstetricia, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha adoptado distintas posturas jurídicas en sus fallos respecto de los criterios que se deben utilizar como herramientas para evaluar el comportamiento del médico o de la entidad clínica-hospitalaria en los casos en que se ha producido un daño durante intervención médica. Dichos criterios, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, buscan, en primer lugar, facilitar la labor del juez al momento de evaluar la existencia de la relación de causalidad entre el hecho producido por el agente estatal y el daño ocasionado a la víctima; en segundo lugar, favorecer la labor probatoria de la carga de la prueba a favor de la parte demandante respecto de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño, en consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la misma (dada la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos que involucra esta rama de la medicina); y finalmente, establecer la existencia de causales de exoneración de responsabilidad que impidan la declaratoria de responsabilidad.

Si bien es cierto que se ha venido gestando un amplio desarrollo jurisprudencial en materia de responsabilidad médica, hoy por hoy el Consejo de Estado no ha materializado en ninguno de sus pronunciamientos la unificación de los criterios de evaluación que deben ser acogidos por todos los jueces administrativos al momento de analizar si las actuaciones de los profesionales de la medicina en Gineco-obstetricia o de las entidades estatales prestadoras del servicio de salud fueron determinantes en la producción del daño ocasionado a la víctima. Por el contrario, las decisiones proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado dan cuenta de un cierto grado de “discrecionalidad” en la aplicación de estos

criterios de evaluación, debido a que se han acogido distintas posturas dependiendo de la forma como el juez estudia los elementos de juicio del caso, sin tener muchas veces en consideración el precedente jurisprudencial sobre estos asuntos. Es posible concluir, entonces, que hasta hoy no existe una posición jurisprudencial clara y definida que genere seguridad jurídica acerca de los elementos de juicio para configurar y declarar la responsabilidad estatal por la prestación del servicio médico-obstétrico.

No obstante, como resultado del rastreo y análisis de los fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la materia, se pudieron identificar cuatro criterios de evaluación prohijados en la jurisprudencia que permiten definir en qué casos cabe declarar la responsabilidad por la prestación del servicio médico de Gineco-obstetricia en Colombia. Estos criterios de evaluación han sido utilizados en diversos escenarios fácticos a partir de los cuales es posible extraer ciertos elementos que permiten determinar qué criterio deberá ser utilizado en el examen de cada caso. En este orden de ideas, el presente capítulo tiene como objetivo primordial elaborar un intento de unificación, consecuencia de una extensa labor investigativa, de todos los criterios identificados en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que permiten definir bajo qué parámetros específicos cabe declarar la responsabilidad médica gineco-obstétrica o eximir de la misma a la Administración Pública, dadas las circunstancias fácticas y legales que rodean el caso.

Los criterios de evaluación acogidos por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para definir la configuración de la responsabilidad por la prestación del servicio médico en Gineco-obstetricia son los siguientes: “la normalidad o anormalidad del embarazo”, “el nivel de atención de las IPS en Colombia”, “las circunstancias previas al parto”, y “el acto médico como una actividad compleja”. A continuación se procederá a identificar y caracterizar cada uno de ellos:

2.1. Normalidad o Anormalidad del Embarazo:

El primer criterio, y tal vez el más utilizado por la jurisprudencia, es aquel que trata sobre la “normalidad” o “anormalidad” del embarazo. Con base con este criterio, en aquellos eventos en que se demuestre que el embarazo se desarrolló en condiciones normales, es decir, que no presentó complicación médica o patológica alguna durante todo el proceso de desarrollo, pero se produce un daño antijurídico al feto y/o a la madre en el preciso momento del alumbramiento, se origina un indicio de falla del servicio en el acto obstétrico, lo cual constituye la regla probatoria que opera como un criterio general en estos casos. Sucede lo contrario, si el proceso de gestación presenta alguna patología o riesgo, pues en tal caso no

opera indicio de falla, y la parte demandante deberá demostrarla mediante otros medios probatorios establecidos por la ley⁴.

Como se desprende de la posición más reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en asuntos médicos de esta naturaleza la falla del servicio podrá sustentarse en indicios, es decir:

“(...) en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad.

Por consiguiente, a la parte actora - en estos supuestos - , le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto”⁵.

Al respecto, esta misma Sección aclaró, en sentencia del 14 de julio de 2005 (Expediente 15.276), que el hecho que la parte demandante tenga la posibilidad de demostrar la falla del servicio a través de la prueba indiciaria, no implica que se invierta automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad por los daños ocasionados. Sobre el particular, se dijo:

“Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología”⁶.

Desde esta perspectiva, se anota que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido “normal” y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 19.760.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de julio de 2005, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.276.

servicio⁷. Por el contrario, deberá demostrar la falla en la actuación médico-obstétrica mediante cualquier medio probatorio, siendo la prueba indiciaria el medio por excelencia en estos asuntos, dadas las dificultades probatorias que tenga que encarar la víctima. Por otra parte, ante un parto “normal”, a la entidad demandada le corresponderá contraprobar lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, de tal forma logre demostrar que el daño se originó por causas ajenas a la actuación médica y que la prestación del servicio médico fue en todo diligente, cuidadosa, adecuada, eficiente y ajustada a los preceptos de la *lex artis*⁸.

Partiendo de lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de julio de 2011 (Expediente 19.471), concluyó lo siguiente:

“En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, le corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de dicha responsabilidad; es decir, deberá demostrar la falla en la prestación del servicio médico hospitalario, el daño, y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual podrá valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño causado”.

En este sentido, el indicio se instituye como la regla general probatoria en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la prestación del servicio médico en Obstetricia, para aquellos casos *“(...) en que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a inferir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica”*⁹.

En materia probatoria, han sido varias las tendencias que han marcado el precedente jurisprudencial, en relación con la demostración de la falla del servicio dentro de los procesos de responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, estudiados bajo el criterio de “normalidad” y “anormalidad” del embarazo:

Los primeros pronunciamientos jurisprudenciales se inclinaron por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo hubiera sido normal y el daño se causare durante el parto, la responsabilidad tiende a ser objetiva, por

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de abril de 2011, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 19.801.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

cuanto la obligación de la entidad demandada era de resultado¹⁰. En ese entonces, la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció que

“cuando se trataba de un embarazo normal, que no ha presentado complicación alguna durante todo el proceso de gestación, pero que se causa un daño durante el parto, la responsabilidad tiende a ser objetiva, por cuanto en ese evento surgía una obligación de resultado, bajo el entendido de que ' tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología'”¹¹.

Bajo estos términos, el Consejo de Estado insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial al Estado debía hacerse a título objetivo, en los eventos en que el proceso de gestación se presentaba como “normal”, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, y el daño se producía una vez intervenía el médico para atender el parto, lo cual hacía presumir que su actuación fue el hecho determinante en la producción del mismo, pues era de esperarse que el embarazo culminara con un parto igualmente normal¹². Así lo señaló el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de febrero de 1998, cuando dijo:

“El hecho de ingresar a una clínica a una mujer sana a efectos de dar a luz, torna a la entidad deudora de una obligación de resultado, salvo que demostrare los riesgos que en el caso concreto debióse afrontar y que impedían asegurar otra cosa que no fuera la máxima diligencia en el arte de la actividad profesional comprometida”¹³.

El argumento base del que se sirvió el Consejo de Estado para determinar que, en el campo de la obstetricia, la responsabilidad era objetiva se centraba en afirmar que el parto era un proceso normal de la naturaleza, por lo que la medicina únicamente estaba destinada a colaborar con la culminación satisfactoria de dicho proceso en condiciones óptimas, tal como se expone en la siguiente cita:

“En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2011, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 21.224.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000 (expediente 12.123) citada por la sentencia del 28 de julio de 2011 (expediente: 19471).

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente 16.934.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 2009, Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández, Expediente 5.585.

*madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología*¹⁴.

En síntesis, de conformidad con este primer enfoque del precedente jurisprudencial, el régimen de responsabilidad aplicable a los casos en que en que el desarrollo del embarazo se presentaba en términos de normalidad, pero se producía un daño al momento del alumbramiento era el régimen objetivo, en razón a que la obligación a cargo del médico era de resultado, esto es, lograr el nacimiento de un bebé sano. Ante la frustración de dicho resultado, el Consejo de Estado estableció que el médico debía responder por los daños ocurridos durante la intervención del parto, si la víctima lograba demostrar que el embarazo tuvo un desarrollo normal.

Este precedente sufrió un cambio definitivo¹⁵, cuando el Consejo de Estado resolvió, en fallos posteriores, que el título de imputación de la responsabilidad médica estatal es la falla del servicio. En otras palabras, la Sala estimó que el fundamento del deber de reparar aplicable a tales asuntos era la falla probada del servicio, *“en cuya demostración jugaría un papel determinante la prueba indiciaria, a la cual el juez podía acudir de ser necesario”*¹⁶. Bajo estos supuestos, el juez en ejercicio de su poder discrecional podía demostrar a través de los indicios la falla en que incurrió la entidad que atendió el parto, sin que dicho axioma probatorio constituyera la regla general de aplicación directa en estos casos.

No obstante, en providencias recientes, que marcan la tendencia que actualmente orienta los pronunciamientos del Consejo de Estado en materia de responsabilidad médica estatal¹⁷, es modificó dicho enfoque para considerar lo siguiente:

*“los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; (...) en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo por el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla”*¹⁸.

En este sentido, tal como se desprende de la posición más reciente del Consejo de Estado en materia probatoria, el daño causado durante el parto constituye un indicio de falla del servicio, siempre y cuando la parte demandante logre demostrar que el proceso de embarazo transcurrió en términos normales hasta el momento del parto y que el daño se produjo una vez intervino la actuación médica dirigida a

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Expediente 12.123.

¹⁵ A partir de la Sentencia de 7 de diciembre de 2004. Expediente 14.767.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de julio de 2011, Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez, Expediente 19.471.

¹⁷ A partir de la Sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente 16.085.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2011, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 21.224.

atender el alumbramiento¹⁹. *“Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad”*²⁰.

Por consiguiente, en los asuntos médicos de esta naturaleza, a la parte demandada le corresponde acreditar los tres elementos de la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico, la imputación fáctica (que igualmente podrá ser demostrada mediante indicios), y la falla de la prestación del servicio médico-obstétrico que podrá demostrarse mediante la prueba indiciaria, si se cumplen los requisitos mencionados anteriormente, es decir, que el embarazo se desarrolle en términos de normalidad y que en el parto se produzca un daño a la madre y/o al feto. Sobre el particular, la Sala declaró:

*“(…) a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño”*²¹.

No opera la misma regla probatoria, cuando el embarazo no transcurre en términos de normalidad, por presentar alguna anomalía, patología, dificultad o imprevisto durante el desarrollo del mismo. En estos eventos, el Consejo de Estado ha establecido que no es posible que se origine un indicio de falla, toda vez que se espera que el parto no se presente en condiciones de normalidad, por lo que el médico tendrá lidiar con una serie de riesgos imprevisibles y algunas veces incontrolables una vez interviene a atender el alumbramiento. En consecuencia, dado que ese riesgo es conocido con anterioridad a la fecha del parto, por quedar consignado en la historia clínica de la paciente, a la parte demandante le corresponderá demostrar por cualquier medio probatorio diferente a la prueba indiciaria, los hechos que alega como constitutivos de la falla en la prestación del servicio médico-obstétrico, pues partiendo de las condiciones en que se presentó el embarazo, se espera que el resultado del parto no se presente igualmente en condiciones normales. Así lo determinó la Sala, en falló del 26 de

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de julio de 2011, Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez, Expediente 19.471.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 2008, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, Expediente 17.001.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 16.085.

marzo de 2008 (Expediente 16.085), en el cual resolvió la inoperancia del indicio de falla del servicio de la siguiente manera:

“(...) como el embarazo de la señora Elvira Caballero Corredor no se desarrolló en condiciones normales, sino que, por el contrario, evidenció problemas placentarios y la muerte del feto se produjo por desprendimiento de la placenta, esto es, como consecuencia de los problemas que presentó durante el embarazo, se ubica en la parte demandante la carga de la prueba de demostrar que la muerte del feto obedeció a una falla en el acto obstétrico por cuanto las circunstancias que rodearon el embarazo no llevan a inferir que el nacimiento debió presentarse normal, sin contratiempo. Al contrario, se sabía con antelación de la existencia de problemas que podían conducir al que finalmente se llegó”²².

De lo que viene dicho, es posible concluir que es necesario reconocer el indicio de falla del servicio, en todos los casos en que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y el daño se haya producido durante la actuación médica dirigida a atender el parto. Sin embargo, si del examen de los antecedentes del embarazo de la madre, se establece de forma inequívoca que el parto podría presentar complicaciones, este indicio de falla es inoperante, y por tanto, la parte demandante deberá demostrar que la causa determinante del daño fue la actuación médica deficiente, valiéndose de medios probatorios distintos a la prueba indiciaria. Por su parte, la entidad demandada podrá eximirse de responsabilidad si demuestra que la causa misma del daño fue en todo ajena a su intervención. En efecto, reafirmó el Consejo de Estado, *“debe tenerse en cuenta que ante un parto normal, las circunstancias en las que debe desarrollarse el alumbramiento hace recaer en cabeza de la entidad demandada la carga de contraprobar lo que indiciariamente aparece demostrado (...)”²³.*

En este orden de ideas, del análisis del conjunto de sentencias que han considerado en sus argumentos el criterio acerca de la “normalidad” o “anormalidad” del embarazo, es posible concluir que la regla probatoria general, según la cual el indicio de falla del servicio opera *“siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento”²⁴*, fue instituida con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, en aquellos casos en que dicha carga es excesiva para la parte demandante dada la posición en que se encontraba y la falta de conocimientos técnicos y especializados sobre la materia asunto de debate. En este sentido, se facilita la demostración de la existencia de la falla del servicio a través de la prueba indiciaria, reconocida por la jurisprudencia como el medio probatorio general y expedito en los casos en que se

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 16.085.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 19.760.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 2008, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 27.268.

evalúa la actuación médico-obstétrica de la entidad demandada o del médico, con el fin de determinar si procede o no declarar la responsabilidad médica estatal.

2.2. Nivel de atención de las IPS en Colombia:

El segundo criterio para la configuración de la responsabilidad médico-obstétrica identificado en la jurisprudencia del Consejo de Estado es aquel que hace referencia al “nivel de atención de las IPS en Colombia”. Con fundamento en el mismo, el juez podrá evaluar la calidad en la prestación del servicio de salud, para a partir de ahí poder derivar las responsabilidades a que haya lugar. En todo caso, se debe advertir que la aplicación de este criterio está supeditada a la determinación del nivel de atención y del grado de complejidad correspondiente a cada entidad prestadora del servicio de salud obstétrico, pues de ello depende que sea posible exigir el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos mínimos en la prestación del servicio médico-hospitalario.

Para explicar a fondo el origen del criterio jurisprudencial bajo estudio, es pertinente citar al profesor Juan Carlos Henao (2003), para quien *“la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo”* (Henao, 2003, pág. 27), en el sentido en que un mismo hecho puede ser reputado como culposo o no culposo, dependiendo las circunstancias del caso. En efecto, la jurisprudencia ha establecido que para decidir si hay o no falla del servicio, el juez administrativo deberá tomar en consideración, en cada caso, *“los medios con los cuales dispone el servicio para hacer frente al contenido obligacional que lo vincula”*(Henao, 2003, pág. 27). En otras palabras, el juez deberá preguntarse siempre, antes de evaluar la conducta de entidad estatal, a qué está obligada la misma, según la ley o cuáles eran los recursos con los cuales disponía al momento de prestar su servicio. Lo anterior, por cuanto *“en ocasiones la inexistencia de medios para hacer frente al contenido obligacional genera que la obligación no se pueda exigir al actuar estatal”*(Henao, 2003, págs. 27-28). De esta manera, atendiendo a la máxima según la cual *“nadie está obligado a lo imposible”*, el juez administrativo no podrá exigir un comportamiento extraño al contenido obligacional establecido para las personas públicas, sin antes verificar las capacidades y recursos con los que disponía.

Uno de los medios del servicio que condicionan la configuración de la falla del servicio lo constituyen los “recursos financieros”. En términos generales, al decir del profesor Henao (2003), el juez está llamado a determinar *“en qué eventos 'la pobreza' del servicio 'exculpa' a las personas públicas”* (Henao, 2003, pág. 32). En este sentido, parte de considerar que *“los recursos financieros se convierten en otro elemento que permite evaluar el límite a partir del cual se puede aplicar al Estado la máxima según la cual 'a lo imposible nadie está obligado”* (Henao, 2003, pág. 32). Es decir que cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad con

base en la falla del servicio, se deberá analizar si el servicio público disponía o no de los recursos financieros para hacer frente a las obligaciones administrativas en cada caso. En otros términos, la inutilización o falta de cualquiera de los mismos, cuando quiera que la persona pública tenía la obligación de utilizarlos o de adquirirlos o de poseerlos al momento de efectuarse la prestación del servicio, supone necesariamente la falla del servicio (Henao, 2003).

No cabe duda entonces que es obligación de cada entidad pública disponer y utilizar todos los recursos que, por ley, le son asignadas para el cabal cumplimiento de las actividades propias de la misma. Bajo este contexto, para el profesor Henao (2003), la declaratoria de responsabilidad a título de falla del servicio, procede en los siguientes eventos: 1) *“Cuando se cuenta con recursos financieros previstos para una actividad, cuya inutilización hubiera impedido el advenimiento del perjuicio, no utilizarlos supone la falla del servicio”* (Henao, 2003, pág. 33); y 2) Cuando hay una falta o carencia material, física o presencial de estos recursos. Partiendo de esto, el estudio de los recursos financieros previstos para una actividad administrativa, implica determinar tanto los recursos en personal como los recursos materiales, tal como lo subraya Henao (2003). Así lo determinó Juan Carlos Henao (2003), cuando dijo que el *“análisis sutil de los recursos financieros no se plantea solamente respecto de los recursos de personal. La falta de recursos materiales para impedir el perjuicio también es tomada en cuenta por el juez”* (Henao, 2003, pág. 34). En este orden de ideas, la función del juez se limita a constatar si el perjuicio ocasionado a la víctima tuvo su causa en la carencia de recursos o su inutilización en el ejercicio de las funciones propias de la entidad pública, que, de no haber existido, hubiera impedido la producción del daño. Así, para poder derivar una falla del servicio de la actuación estatal, el administrador de justicia deberá tener en cuenta el contenido obligacional en relación con el objeto y la categoría de la entidad pública respectiva.

En la práctica de la Gineco-obstetricia, opera el mismo análisis. El Consejo de Estado ha dicho que la insuficiencia de medios materiales y recursos humanos para la atención de un parto constituye una falla del servicio, si se logra demostrar que, de acuerdo con el nivel de atención de la entidad hospitalaria, esta tenía la obligación legal de disponer de dichos recursos para evitar el daño ocasionado a la víctima. A modo de ejemplo, es pertinente citar el fallo del 27 de abril de 2011 (Expediente 19.761), en el que la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió que el deceso de la señora Sandra Patricia Agudelo Cruz, luego de dar a luz a su primer hijo en la clínica del I.S.S. en Villavicencio, se debió a la falla en la prestación del servicio médico obstétrico que recibió por parte de dicha entidad hospitalaria. Con base en el material probatorio aportado al plenario, se logró demostrar que la causa eficiente del daño antijurídico producido a la víctima se encontraba determinada por el hecho de que *“la Clínica del I.S.S. en Villavicencio, no contaba con médicos especialistas permanentes, ni con equipo de monitoreo fetal ni equipos de ventilación para la asistencia respiratoria y no efectuó control*

*de líquidos de la paciente, lo cual constituyó una falla que incidió en el resultado final*²⁵. De conformidad con dictamen emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, fue posible verificar que la paciente fue atendida en un centro del segundo nivel de atención –Clínica del I.S.S. en Villavicencio-, que no contaba con un Médico Internista de Turno o en su defecto un Intensivista, ni con un equipo de Monitoreo Fetal en buen funcionamiento, ni con un Respirador de Presión Positiva para atender la complicación que surgió durante el parto. Partiendo de lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que el hecho constitutivo de la falla del servicio fue, principalmente, *“la no disponibilidad del recurso humano (Internista –intensivista), en la Clínica del I.S.S.; y de apoyo en el manejo como monitores fetales y equipos de ventilación para la asistencia respiratoria”*²⁶.

En efecto, en este fallo se estableció que *“los medios de prueba aportados al proceso dan cuenta de la deficiente atención que le fue brindada a la paciente una vez acudió a la institución clínica del I.S.S. (...)”*²⁷, pues a pesar que se realizaron las maniobras necesarias al momento de la urgencia, el deceso de la paciente fue consecuencia del hecho de que *“no fue examinada oportunamente por los especialistas que su estado requería -obstetra, internista- y no contó con los equipos que se necesitaban para su adecuada atención, como el monitor fetal y el respirador, ni fue remitida oportunamente a otra institución de nivel superior”*²⁸. En este caso concreto, el raciocinio del juez estuvo encaminado a confrontar los hechos que causaron el perjuicio, con las normas que fijan los niveles de atención en salud y los grados de complejidad, a fin de calificar el actuar administrativo de la entidad prestadora del servicio. Al respecto, dijo la Sala:

*“En cuanto a la falta de elementos, equipos y personal especializado en las instituciones clínicas y hospitalarias, es necesario tener en cuenta el nivel de atención que le correspondía a la Clínica del I.S.S. de Villavicencio, puesto que dependiendo del mismo, le eran exigibles ciertas condiciones de dotación y servicio y sólo el incumplimiento del contenido obligatorio derivado de tal nivel, podría dar lugar a imputarle responsabilidad por los daños sufridos por los demandantes, en caso de comprobarse el nexo de causalidad entre tal deficiencia y el daño antijurídico”*²⁹.

En múltiples oportunidades la jurisprudencia ha tomado en consideración una serie de normas legales que indican el contenido prestacional de acuerdo con el nivel de atención y el grado de complejidad que corresponde a cada entidad prestadora de los servicios de salud, con el fin exclusivo de evaluar si el comportamiento de la institución pública se adecuó o no a los preceptos legales establecidos. Dentro de las normas vigentes que establecen con nitidez el

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, Expediente 19.761.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

contenido obligacional de conformidad con el nivel de atención en salud, se pueden enunciar las siguientes: 1) La Ley 10 de 1990, *“por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud”*; 2) El Decreto Reglamentario 1760 de 1990, *“por el cual se establecen y definen los niveles de atención, tipo de servicio de complejidad”*; 3) El Decreto Reglamentario 1759 de 11 de diciembre de 1991, *“por el cual se organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia”*; 4) El Decreto Reglamentario 4747 de 2007, *“por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo”*; 5) los Manuales Operativos del Sistema de Referencia y Contrarreferencia de urgencias para la Red Pública de Prestación de Servicios de Salud; 5) La Ley 100 de 1993, entre otras.

El camino a seguir por el juez administrativo para vincular la responsabilidad de la institución hospitalaria está orientado, en primer lugar, a determinar las obligaciones a cargo de la entidad pública con base en las normas antes mencionadas, y, en segundo lugar, a definir si la actuación administrativa es contraria al contenido obligacional instituido por la norma. En caso de serlo, la falla del servicio sería manifiesta, *“(…) ya que deriva de la discordancia entre el hecho estatal y la norma que con nitidez lo regula”* (Henao, 2003, pág. 21). Esta metodología reviste especial importancia cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad en la prestación del servicio médico-obstétrico con fundamento en la falla del servicio, dada la deficiente actuación técnica y/o administrativa de la entidad hospitalaria. Al respecto, vale la pena anotar que la normatividad antes citada ha servido como referente en los fallos sobre responsabilidad médica-obstétrica, pues constituyen la fuente de análisis del servicio obstétrico prestado a la paciente, a fin de examinar si hubo o no violación de una obligación a cargo de la institución hospitalaria.

A continuación se expondrá el marco legal vigente a efectos de definir el alcance de la responsabilidad médica que se deriva del incumplimiento del contenido obligacional establecido para cada nivel de atención en salud:

En lo atinente a la regulación del servicio público de salud, la Ley 10 de 1990 otorga al Estado la función de fijar *“los niveles de atención en salud y los grados de complejidad, para los efectos de las responsabilidades institucionales en materia de prestación de servicios de salud y, en especial, los servicios de urgencia, teniendo en cuenta las necesidades de la población y la cobertura territorial, principalmente”* (art. 1, literal c). Además de esto, le ordena *“organizar y establecer el régimen de referencia y contra-referencia de pacientes, de los niveles de atención inferiores a los superiores y el régimen de apoyo tecnológico y de recursos humanos especializados que los niveles superiores deben prestar a los inferiores”* (art. 1, literal m).

Con fundamento en dicha Ley, se expidió el Decreto 1760 de 1990, el cual reglamentó la prestación de los servicios de salud según los niveles de atención, tipos de servicio y de complejidad en que se clasifican los centros de salud, y dispuso que el nivel de atención corresponde a *“la responsabilidad del ente territorial en la organización de los servicios de salud a través de una o varias entidades para satisfacer las necesidades de salud de su población”* (art. 1°). Por otra parte, ordenó que las entidades que presten servicios de salud, se organicen *“de acuerdo con su complejidad en 'Servicios, Departamentos, Unidades, Secciones y Grupos', los cuales comprenden el conjunto de recursos humanos, tecnológicos y materiales organizados para solucionar problemas de salud y apoyar o complementar dicha solución, cuya actividad se desarrolle en el espacio hospitalario o en los espacios comunitarios”* (art. 2°); Igualmente, estableció que *“los servicios que organicen las entidades se clasificarán en grados de complejidad con el objeto de racionalizar los recursos disponibles, lograr una mejor distribución de los mismos en el país y mantener la calidad en la prestación de servicio”* (art. 3°).

Así mismo, el Decreto 1760 estableció los criterios básicos que se deben tener en cuenta para determinar el grado de complejidad de los servicios que podrían prestar las diferentes entidades de salud, aclarando que dichos grados de complejidad, serían la base para la definición y establecimiento de las responsabilidades mínimas en salud de cada ente territorial y de los servicios que por sus características de especialidad deban tener carácter permanente o transitorio (art. 5°). Tales criterios básicos son:

*“a) Patologías que atiende o prevén atender con su grado de severidad y la frecuencia de la misma; b) Base poblacional; c) Tipo y nivel de formación del personal y vinculado; d) Características y condiciones instrumentales y equipo disponible; e) Aprobación y uso de la tecnología disponible en la entidad; f) Características de la planta física; g) Características de la entidad; Ubicación geográfica, características sociales y culturales de la población; Población cubierta en términos del Régimen de Referencia y Contrarreferencia y tipos de servicios que requiere la población; volumen de recursos financieros, dedicados a funcionamiento e inversión”*³⁰.

Partiendo de lo anterior, en el Decreto 1760 se dispuso la clasificación de las instituciones de orden municipal como de primer nivel de atención y de orden departamental, intendencial o comisarial como de segundo o tercer nivel de atención. De conformidad con el artículo 6, literal a) de la Ley 10 de 1990, la clasificación de las entidades como de primer nivel responde a que en ellas se cumplan como mínimo los criterios establecidos en el artículo 6 del Decreto 1760 de 1990. Otros fueron los criterios mínimos establecidos para el segundo y el

³⁰ Art. 5 del Decreto 1760 de 1990.

tercer nivel de atención, de acuerdo con los artículos 8 y 9 del mismo Decreto respectivamente.

Ahora bien, teniendo en cuenta el nivel de atención correspondiente a cada entidad prestadora del servicio de salud, el ordenamiento jurídico colombiano ordena a todas las entidades promotoras de salud establecer un Sistema de Referencia y Contrarreferencia. Según el Literal e) del Artículo 3 del Decreto 4747 de diciembre 7 de 2007, dicho sistema debe ser entendido como

“[el] conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicas y administrativas que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago”³¹.

Otra definición acertada la trae el artículo segundo del Decreto 2759 de 1991, que en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 10 de 1990 y el artículo 334 Constitucional, estableció que

“el Régimen de Referencia y Contrarreferencia es el Conjunto de Normas Técnicas y Administrativas que permiten prestar adecuadamente al usuario el servicio de salud, según el nivel de atención y grado de complejidad de los organismos de salud con la debida oportunidad y eficacia”.

Más adelante señaló que *“el Régimen de Referencia y Contrarreferencia tiene como finalidad facilitar la atención oportuna e integral del usuario, el acceso universal de la población al nivel de tecnología que se requiera y propender por una racional utilización de los recursos institucionales”³².* En este sentido, se dijo que su adopción por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud *“(…) facilita el flujo de usuarios y elementos de ayuda diagnóstica, entre los organismos de salud y unidades familiares, de tal forma que se preste una atención en salud oportuna y eficaz”³³.*

A partir de estas definiciones, resulta fundamental diferenciar dos términos esenciales: “Referencia” y “Contrarreferencia”. De conformidad con el artículo 2º del Decreto 2759 de 1991, el primer término corresponde al

“envío de usuarios o elementos de ayuda diagnóstica por parte de las unidades prestatarias de servicios de salud, a otras instituciones de salud para atención o complementación diagnóstica, que de acuerdo con el grado de complejidad en respuesta a las necesidades de salud”³⁴.

³¹ Literal e) del Art. 3 del Decreto 4747 de diciembre 7 de 2007.

³² Art. 3 Decreto 2759 de 1991.

³³ Parágrafo 1 del Art. 2 del Decreto 2759 de 1991.

³⁴ Parágrafo 2º del Art. 2 del Decreto 2759 de 1991.

El segundo término, según el Decreto 2759 de 1991, hace referencia a

“la respuesta que las unidades prestatarias de servicios de salud receptoras de la referencia, dan al organismo o a la unidad familiar. La respuesta puede ser la contrarremisión del usuario con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención recibida por el usuario en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica”³⁵.

A lo anterior, se agrega que, bajo el Sistema de Referencia y Contrarreferencia, la institución referente será responsable de la atención del usuario hasta que ingrese a la institución receptora³⁶, pues a partir de este momento se da una transmisión de responsabilidad de la primera a la segunda. Al respecto, el Decreto Reglamentario 2759 de 1991 dispone que *“las entidades públicas o privadas del sector salud, que hayan prestado la atención inicial de urgencias, deben garantizar la remisión adecuada de estos usuarios hacia la institución del grado de complejidad requerida, que se responsabilice de su atención”³⁷*. Por remisión adecuada debe entenderse el *“procedimiento por el cual se transfiere la atención en salud de un usuario, a otro profesional o institución, con la consiguiente transferencia de responsabilidad sobre el cuidado del mismo”³⁸*.

Partiendo del estudio de la normatividad anterior, es posible concluir que para la correcta operatividad del Sistema de Referencia y Contrarreferencia, es obligación de las entidades estatales garantizar la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, mediante el establecimiento de normas técnicas y administrativas que regulen los regímenes de referencia y contrarreferencia de pacientes en cada jurisdicción territorial, así como el apoyo tecnológico en recursos humanos y técnicos a los niveles inferiores de atención, tal como lo establece el literal p) del artículo 9 de la Ley 10 de 1990. Para ello, es indispensable adoptar mecanismos y estrategias de atención en salud, acordes con las necesidades de apoyo tecnológico de las entidades de mayor a menor grado de complejidad y de las instituciones de un mismo grado de complejidad entre sí, y lograr la articulación sistemática de los diferentes actores que hacen parte de la red de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta el marco normativo referido que regula la prestación de los servicios de salud en todos los niveles para efectos de las responsabilidades institucionales, se citarán, a continuación, algunos de los fallos proferidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los cuales se evalúa la falla del servicio, a partir del contenido obligacional derivado del nivel de atención y del grado de complejidad correspondiente:

³⁵Parágrafo 2º del Art. 2 del Decreto 2759 de 1991.

³⁶ Art. 6 del Decreto 2759 de 1991.

³⁷ Art. 5 del Decreto 2759 de 1991.

³⁸ Numeral 1, art. 4 del decreto 2759 de 1991.

Un ejemplo reciente, es el caso resuelto por el Consejo de Estado en fallo del 27 de abril de 2011 (Expediente 19.761), citado en párrafos anteriores, en el que se resolvió lo siguiente:

“(…) Se observa que la Clínica del I.S.S. incumplió con las obligaciones a su cargo como entidad de segundo nivel, ya que debió prestar a la paciente en forma oportuna, el servicio de médicos especializados y como quedó visto, ello no sucedió, porque el ginecobstetra no fue llamado cuando el médico general lo indicó, a pesar de que ya presentaba un grado de deterioro en su salud -como lo observó el dictamen de medicina legal-; y posteriormente, no hubo internista que, ante su agravamiento, asumiera su tratamiento. Por otra parte, al no contar con unidad de cuidados intensivos ni un respirador para atender a la paciente, dado el estado que presentaba, bien pudo ser remitida a una institución de III nivel, en las 8 horas que permaneció en trabajo de parto sin ser examinada por el ginecobstetra, cuando se había diagnosticado una preeclamsia”³⁹.

De acuerdo con lo anterior, las fallas en la prestación servicio que condujeron al deceso de Sandra Patricia Agudelo Cruz, se pueden resumir en dos principalmente: En primer lugar, la Clínica del I.S.S. en Villavicencio no disponía de los recursos físicos, humanos y tecnológicos mínimos que una institución del nivel II de atención requería para atender un parto. Y, en segundo lugar, la Clínica hizo caso omiso a la obligación de remitir a la paciente a una entidad hospitalaria de nivel de atención superior que contara con los recursos indispensables para la atención del parto, de conformidad con lo que establece el Régimen de Referencia y Contrarreferencia. Por esta razón, el Consejo de Estado resolvió que, en este caso, *“resulta procedente declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada y condenarla a la indemnización de los perjuicios ocasionados”⁴⁰.*

Similares argumentos expuso la Sala, en sentencia del 14 de marzo de 2012 (Expediente 21.962), donde se declaró patrimonialmente responsable a los hospitales San Pedro de Sabanalarga (Antioquia), San Lorenzo de Liborina (Antioquia) y San Juan de Dios de Santa Fé (Antioquia), por la muerte de Piedad Emilse Moreno Zapata. En este fallo se afirmó que, en el caso sub-examine, existían varios indicios de la falla del servicio entre los cuales se destaca el hecho de que *“no se remitió a la paciente a un hospital dotado del equipo humano especializado en el tema”⁴¹, y a ello se le debe agregar que “las remisiones efectuadas fueron tardías (...)”⁴².*

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, Expediente 19.761.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2012, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 21.962.

⁴² *Ibidem*.

Con fundamento en los supuestos fácticos, concluyó la Sala:

“En efecto, en estas circunstancias, la paciente demanda una atención y manejo especializado, de allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado social de derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (C.P., art. 49) (...).

Ahora bien, analizada la historia clínica de la señora Piedad Emilse Moreno Zapata, se observa que las impresiones diagnósticas (...) indicaban la necesidad de una cesárea, motivo por el cual la paciente debió ser remitida a un hospital donde no solo existiera unidad materna, sino también los especialistas del área de obstetricia que se encontraran en capacidad de realizar una cesárea, o en su defecto de contener la hemorragia post parto; adicionalmente una vez presentada la hemorragia, la actuación médica tendiente a detenerla debió ser inmediata”⁴³.

En relación con el tema de la idoneidad de los recursos humanos, técnicos y tecnológicos con que debe contar la entidad que presta el servicio de salud, según el nivel de atención dentro del cual se encuentra clasificada, en sentencia del 9 de febrero de 2011 (Expediente 16.934), el Consejo de Estado aseguró que la ausencia de personal idóneo así como la precaria condición de los equipos o instrumentos médicos constituyen una falla del servicio. Sobre el particular dijo:

“Se evidencia una falla por ausencia de personal idóneo para la práctica de la monitoría, puesto que la señora Rangel no fue recibida en admisiones ni atendida en la sala de partos del servicio de ginecoobstetricia por los médicos especialistas (...).

Se evidencia falla por falta de personal idóneo para la interpretación de la monitoría sin estrés, puesto que de conformidad con las probanzas que obran en el expediente, ningún médico especialista en ginecología y obstetricia interpretó los resultados de la monitoría sin estrés practicada (...).

En el asunto sub iudice también se está en presencia de una falla por ausencia de idoneidad en el personal que dio salida a la paciente”⁴⁴.

Por otro lado, a partir del material probatorio allegado al proceso, fue posible evidenciar que

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2012, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 21.962.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente 16.934.

“El Hospital Central de la Policía Nacional tenía en el momento de los hechos un equipo para la monitoría fetal que no registraba con precisión los movimientos fetales, la frecuencia cardíaca fetal ni la intensidad de las contracciones, lo cual representa una falla indiscutible, imputable en su integridad a la entidad demandada, dado que la idoneidad de los instrumentos de los cuales se vale el personal médico para sus procedimientos y diagnósticos es requisito básico para la buena prestación del servicio médico”⁴⁵.

En conclusión, la Sala sostuvo

“Las fallas relacionadas y analizadas anteriormente en relación con el servicio prestado el día 30 de octubre de 1992, esto es la ausencia de especialistas en el servicio de ginecología y obstetricia; la práctica de la monitoría fetal sin estrés y con estrés por parte de médicos internos sin el acompañamiento de especialistas; la ausencia de registro en la historia clínica de los antecedentes relevantes de la paciente; los defectos en el funcionamiento en el equipo de monitoría fetal; la interpretación de la monitoría sin estrés llevada a cabo por personal no idóneo para ello; las protuberantes fallas del personal de enfermería por el suministro excesivo de oxitocina o pitosín; la falla por la no idoneidad en el personal que dio salida a la paciente en aquel día, luego de haber sufrido los rigores de una monitoría con oxitocina tuvieron directa e indiscutible repercusión en el daño”⁴⁶.

Como se puede observar, los pronunciamientos de la Sección Tercera han hecho especial énfasis en la obligación que le asiste a los centros hospitalarios de remitir a los pacientes a un hospital o clínica de un nivel de atención superior, teniendo en cuenta que en algunas oportunidades los hospitales de menor nivel no pueden brindar la asistencia que el parto demanda. Así lo determinó el Consejo de Estado en sentencia del 6 de marzo de 2008 (Expediente 16.191), cuando dijo:

“En resumen, de conformidad con los datos obrantes en la historia clínica de la señora Luz Amparo Zapata Clavijo y con el testimonio de la doctora Claudia Victoria Sánchez Gálvez, que fue la médica que la atendió en el control prenatal, el embarazo de la señora Luz Amparo Zapata mostró dificultades que debieron tenerse en cuenta al momento de su ingreso al Hospital Nazareth de Quinchía para determinar su inmediato traslado a un hospital de tercer nivel, en vez de esperar la evolución normal del trabajo de parto, que, adicionalmente, como ya se señaló, mostró desde el comienzo que había complicaciones por el sufrimiento fetal agudo.

Dicho de otra manera, el médico de turno del hospital demandado no solo pudo percibir en el momento del ingreso de la paciente que las condiciones del bebé no eran las adecuadas, sino que, además, tenía a su disposición la historia prenatal,

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente 16.934.

⁴⁶ *Ibíd.*

que le indicaba que se trataba de un parto que podría complicarse por las condiciones particulares de la paciente. No obstante lo anterior, sólo se ordenó la remisión a un hospital de tercer nivel a las 2:30 a.m. del 5 de noviembre de 1994, una hora y media después de advertir que el líquido amniótico presentaba meconio y de no percibir la frecuencia cardíaca fetal. Es decir, se acreditó en el expediente que la causa eficiente de la muerte del feto lo fue la falla en el servicio de asistencia en el parto que se prestó a la paciente”⁴⁷.

En lo relativo al derecho a una debida asistencia durante el parto, la Sala destaca que

“en muchos casos a pesar de que la madre durante el período de gestación presenta una evolución normal e inicia un trabajo de parto sin complicaciones, en cualquier momento puede demandar de exámenes e intervenciones que un hospital de primer nivel no esté en capacidad de brindarle, por lo que deberá trasladarla a un hospital de segundo o tercer nivel, lo cual puede, en no pocas veces, implicar un grave riesgo para la vida o la salud del feto y de la propia madre”⁴⁸.

En otras palabras, si bien los hospitales de nivel inferior (primer nivel o segundo nivel) están autorizados para atender partos de baja complejidad, esta calificación del parto no siempre es constante desde el diagnóstico; puede ocurrir que el parto presente complicaciones que requieran una atención inmediata por un centro hospitalario de un nivel superior (segundo nivel o tercer nivel de atención). De esta manera, el derecho a una debida asistencia de la madre durante el parto, implica

“La protección especial que un Estado Social de Derecho debe brindarle a las mujeres en estado de gestación debe comprender atención especializada desde el momento en que inician el proceso hasta su culminación, lo cual implica que los hospitales donde se ofrezca el servicio deben contar tanto con el personal médico como con los instrumentos de diagnóstico y quirúrgicos necesarios para llevar a feliz término el embarazo. Por lo tanto, el Estado será responsable de los daños que se deriven de la inadecuada atención que se brinde a las madres gestantes”⁴⁹.

El Régimen de Referencia y Contrarreferencia establece, entre otras cosas, además de la obligación de remisión de los pacientes hacia la institución del grado de complejidad requerida, según el caso, la obligación de que tal remisión se haga en el menor tiempo posible o dentro de un lapso de tiempo prudencial, que permita deducir diligencia y cuidado en la actuación de la institución de salud de nivel inferior respectiva. Precisamente, en fallo del 10 de agosto de 2005 (Expediente 15.683), la parte demandante reprochó el incumplimiento de esas obligaciones, constitucionales y legales, que comprenden el Sistema de Referencia y

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de marzo de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 16.191.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

Contrarreferencia dirigido a garantizar la prestación oportuna y eficaz del servicio de salud. En este evento, la Sala precisó lo siguiente:

“La demanda atribuyó responsabilidad, a título de falla, al Instituto de Seguros Sociales por la demora en el traslado de la paciente Bleidis Jiménez Mercado a una entidad de tercer nivel dotada de la infraestructura requerida, hecho que sumado a la ausencia de equipos y personal humano calificado de la Clínica San Jorge en la que se obligó a permanecer la paciente y a la ausencia de ambulancia en la ciudad de Maicao, condujeron a la muerte de dicha señora”⁵⁰.

La obligación de remisión de las pacientes embarazadas a otras instituciones de salud para la atención del parto, partiendo del grado de complejidad de la entidad remitente y las necesidades de salud de la mujer embarazada, conlleva de sumo la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud de manera oportuna y eficaz, ordenando el traslado inmediato de la paciente a una entidad con características de segundo o tercer nivel, según el caso, sin que existan dilaciones por procedimientos o trámites administrativos, burocráticos, etc. En esta medida, la entidad demandada no podrá alegar como justificación de la demora en la remisión de la paciente a otra institución de nivel superior, que debido a los trámites administrativos internos se dilató el proceso de remisión. Con fundamento en este postulado, en sentencia del 20 de febrero de 2008 (Expediente 15.563) la Sala resolvió, contrario a lo afirmado por la parte demandante, que la actuación del personal médico del Hospital San Vicente de Paúl que atendió a la mujer embarazada fue diligente, *“toda vez que al advertir la imposibilidad de llevar a feliz término el parto normal dentro de un lapso prudencial, lo indicado era precisamente, remitirla a un centro hospitalario que contara con el personal y los recursos físicos y científicos necesarios para brindarle la atención especializada que requiriera la paciente (...)”⁵¹*. Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado concluyó

“(...) lo que se evidencia, contrario a lo afirmado por la parte actora, es que los médicos que atendieron a la señora Escudero Ledesma fueron diligentes y tomaron la decisión que correspondía, al enviarla al Hospital San Jorge de Pereira en cuanto advirtieron complicaciones en el parto, criterio que encuentra su sustento, así mismo, en la decisión del Tribunal de Ética Médica de Risaralda, que juzgó la actuación del médico general que atendió a la demandante en el Hospital San Vicente de Paúl, conforme a la cual este profesional actuó oportunamente y le brindó sucesivas atenciones a la paciente tanto en el hospital, como en el trayecto hacia la institución de tercer nivel a la que fue remitida, concluyendo que “...en este caso se emplearon las conductas obstétricas universalmente aceptadas...” (fl.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2005, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Expediente 15.683.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 15.563.

62, cdno 3), lo que significa que no se acreditó la falla del servicio imputada a la parte demandada⁵².

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que

“(...) el Hospital San Vicente de Paúl, del Municipio de Santuario, es una institución prestadora de servicios de salud de Primer Nivel de Atención, y que cuenta con los recursos -tecnología y equipos- para atender las intervenciones, procedimientos y problemas de salud propios de dicho nivel de atención (...).En consecuencia, siempre que se presenten situaciones que requieran de la intervención de médicos especialistas, el paciente deberá ser remitido a instituciones de segundo o tercer nivel, que cuente con dichos profesionales y así mismo deberán serlo, cuando se requiera efectuar intervenciones quirúrgicas, que no pueden ser adelantadas por las instituciones de Primer Nivel de Atención”⁵³.

En este sentido, la conducta asumida por el personal médico del Hospital San Vicente de Paúl, al advertir que el parto no concluía en términos de normalidad, sino por el contrario presentaba complicaciones que el mismo centro hospitalario no podía atender en razón a la capacidad que conlleva el primer nivel de atención, fue correcta en la medida en que, en primer lugar, se remitió a la paciente a una institución de tercer nivel, con capacidad de atender la complicación del parto, en segundo lugar, se transportó a la paciente en ambulancia, acompañada del médico general y la enfermera, lo que demuestra que la actuación del Hospital San Vicente de Paúl fue diligente, y por último, se demostró que dicha remisión se hizo en el menor tiempo posible, una vez se detectó que la complicación no podría ser atendida en tal institución.

Recopilando lo expuesto hasta el momento, tenemos que la clasificación de las instituciones hospitalarias como de primer, segundo o tercer nivel de atención acarrea un conjunto de obligaciones mínimas de provisión de recursos técnicos, tecnológicos y humanos que son indispensables para la atención de cualquier parto, y además conlleva la obligación de emplear tales recursos en el momento en que se presenta la complicación médica, y de remitir a los pacientes a hospitales o clínicas de nivel superior de atención, según las circunstancias del caso. A lo anterior se añade que dicha remisión debe ser oportuna y en el menor tiempo posible de acuerdo con la urgencia que se presente, y que el hospital remitente deberá ofrecer el acompañamiento continuo desde que la paciente sale del hospital en ambulancia hasta su llegada a la institución de nivel superior. En contraposición, el hospital al cual se remitió la paciente en estado de embarazo tiene el deber de recibirla y atenderla conforme lo determina el Régimen de Referencia y Contrarreferencia. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones antes descritas se traduce necesariamente en una falla del servicio

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 15.563.

⁵³ Ibídem.

por parte de la entidad estatal que prestó el servicio de salud obstétrico, en caso en que la paciente sufra un daño antijurídico.

Un ejemplo de incumplimiento de una de las obligaciones antes mencionadas, se puede evidenciar en el caso resuelto en fallo del 1º de octubre de 2008 (Expediente 17.001) por el Consejo de Estado. Contextualizando un poco, en esta oportunidad se logró demostrar que la defunción de la señora Cuero Lafaux fue consecuencia de la hemorragia que se produjo luego de dar a luz a su hijo. Se probó igualmente que la falta de atención oportuna para atender la hemorragia estuvo determinada por la carencia de recursos en el banco de sangre de la institución hospitalaria; recursos que hubieran permitido mantener con vida a la madre. En esta oportunidad, la Sala dijo

“En efecto, si bien es cierto que la atención dispensada a la paciente y el procedimiento durante el parto fue adecuado, la emergencia presentada con posterioridad a ese momento no pudo ser atendida en forma oportuna debido a la carencia de reservas de sangre con las que debería contar la entidad demandada, carencia que resulta inadmisibles si se tiene en cuenta que el centro hospitalario demandado pertenece al nivel II de atención, ello implica que debería contar con los elementos necesarios para la buena prestación del servicio (Instrumentación, equipos, farmacéuticos, terapéuticos, quirúrgicos, biológicos etc.) pues su existencia y funciones se encuentran justificadas en la atención de asuntos que revisten, desde el punto de vista científico y logístico, especiales cuidados, atención integral y oportuna⁵⁴ que de no concurrir pueden comprometer la vida de quienes acuden allí, como sucedió en el caso de la señora CUERO LAFAUX”⁵⁵.

Resulta claro entonces que la falta o carencia de elementos necesarios para iniciar el procedimiento de transfusión de sangre (O+) para atender la fuerte hemorragia, resultó ser un hecho determinante en la producción del daño, lo que necesariamente se configura en una falla del servicio por el incumplimiento de la obligación que le asiste a la entidad demandada de contar con los recursos básicos de conformidad con el nivel de atención dentro del cual se encuentra clasificada.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de remisión oportuna de la paciente a una institución de nivel superior, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2006 (Expediente 15.261) estudió el caso de la paciente que fue remitida a una institución hospitalaria de nivel superior a la que atendió el parto, casi tres horas después del momento en que presentó el sagrado uterino por desgarramiento de la vagina luego de la expulsión del feto, la extracción de la placenta y la sutura de la episiotomía. Se ordenó la remisión de la paciente al Hospital Simón Bolívar de III nivel, por cuanto el Hospital La Granja no contaba con el Departamento de

⁵⁴ Ordenanza No. 11 de 1º de diciembre de 1976.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 2008, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, Expediente 17.001.

Banco de Sangre ni con el Departamento de Cuidados Intensivos por ser una institución hospitalaria de II nivel de atención. En este sentido, conforme a las pruebas que obran dentro del proceso de referencia, se puede determinar que no se demostró que el Hospital La Granja, una vez se detectó el sangrado, haya hecho lo necesario para agilizar los trámites correspondientes para lograr el traslado a otro centro asistencial que contara con las unidades especiales para la atención de la urgencia que se presentó con la paciente. Al contrario, en la contestación de la demanda, el Hospital La Granja argumentó que la demora en la remisión de la paciente fue consecuencia de la dilación de los trámites burocráticos al interior de las dos instituciones relativos al proceso de remisión. Al respecto, como se mencionó en párrafos anteriores, el Consejo de Estado ha establecido que la demora en los trámites administrativos, relacionados con las autorizaciones, formularios que deben diligenciarse, consecución de la ambulancia para el transporte de la paciente de una institución a otra, entre otros, no es óbice para justificar la remisión tardía de la paciente. En el fallo emitido por la Sala se resolvió lo siguiente:

“Ciertamente, la decisión de remitir a la señora SALAS fue correcta, teniendo en cuenta los medios técnicos con los que contaba el Hospital la Granja frente a la situación grave por la que atravesaba la paciente, a raíz de la fuerte hemorragia que presentaba y que no podía ser controlada por los médicos y auxiliares que la atendían en el dicho centro asistencial, el lapso fue demasiado largo y atentatorio contra la salud y la vida de la señora SALAS.

(...)

De todo lo anterior se concluye que, la muerte de la señora LUZ MERY SALAS se produjo por una falla del servicio atribuible al Hospital La Granja, quien, en primer lugar, no demostró su diligencia y cuidado en la atención de una paciente que había ingresado para parto normal, sin presentar complicaciones y habiendo atendido a los controles prenatales, y en segundo lugar, por la demora en la remisión de la paciente a un centro asistencial que sí contaba con los recursos humanos y técnicos que se requerían para atender la urgencia que se presentó en desarrollo del parto de la señora SALAS⁵⁶.

De los fallos anteriormente citados, es posible concluir que para la aplicación jurisprudencial del criterio referente al “nivel de atención de las IPS en Colombia”, el juez administrativo deberá tener en cuenta diferentes parámetros de evaluación de la conducta de la entidad prestadora del servicio de salud gineco-obstétrico a saber: en primer lugar, es indispensable establecer de qué nivel era la Institución hospitalaria que recibió a la paciente para atender el parto, de conformidad con la normatividad existente sobre la materia; en segundo lugar, deberá determinarse claramente el contenido obligacional de la entidad hospitalaria en concordancia

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2006, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 15.261.

con su nivel de atención. Para ello es indispensable dar respuesta a la pregunta sobre ¿Cuáles son los recursos humanos, tecnológicos y materiales de que debe disponer dicha entidad en correspondencia con el nivel de atención dentro del cual está clasificada?; y en tercer lugar, es necesario examinar si la conducta de la entidad estatal estuvo acorde con el contenido obligacional a su cargo. Por otra parte, el juez deberá analizar la actuación de la entidad estatal en aquellos eventos en que por la complejidad de la urgencia, la institución hospitalaria no tenía la capacidad para atenderla a la luz de lo prescrito para el Régimen Referencia y Contrarreferencia. Las normas que regulan dicho régimen se crearon con el objetivo de que los usuarios o pacientes puedan lograr el acceso oportuno e integral a los servicios de alta complejidad que han de ser prestados por los niveles de atención superiores, cuando los niveles inferiores carezcan de recursos para atender la urgencia, intervención o procedimiento. Así pues, las normas que fijan el Sistema de Referencia y Contrarreferencia, decretan la obligación de remisión de los usuarios hacia la institución del grado de complejidad requerida por ellos, en aras de lograr la prestación oportuna y eficaz del servicio de salud. De esta obligación emana tres tipos de obligaciones complementarias: en primer lugar, la entidad prestadora de los servicios de salud de nivel inferior deberá percatarse a través de la evaluación del caso si se encuentra en la capacidad de atender el mismo, teniendo en cuenta los recursos técnicos, tecnológicos y humanos especializados con los que dispone; en segundo lugar, en caso de reconocer su incapacidad para atender el parto por falta de los recursos anteriormente mencionados, deberá remitir a la paciente en el menor tiempo posible a la institución hospitalaria de nivel superior; por último, deberá proporcionar los medios de transporte (por ejemplo, ambulancias), el personal médico y de enfermería, los instrumentos médicos y demás recursos necesarios para asegurar la estabilidad de la paciente durante su traslado a la entidad hospitalaria de nivel de atención superior.

Así las cosas, el Consejo de Estado podrá encontrar comprometida la responsabilidad de toda institución hospitalaria que incumpla con el contenido obligacional correspondiente al nivel de atención de la misma, lo que constituye una falla en la prestación del servicio médico asistencial, que resulta de la conducta u obrar negligente, imprudente y descuidado de dicha entidad, el cual es determinante en la producción del daño a la paciente o al feto. En ningún caso la institución hospitalaria puede exonerarse de responsabilidad argumentando que efectivamente se atendió a la paciente “*acorde con el nivel de servicio al que corresponde*”⁵⁷, en caso de no disponer de todos los recursos básicos (acorde con el nivel de clasificación de la institución) para la atención de la urgencia que se pueda presentar en desarrollo mismo o con posterioridad a él. Partiendo de lo anterior, tal entidad hospitalaria deberá ordenar de inmediato el traslado de la

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de julio de 2005, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.332.

paciente a una institución de nivel superior, una vez verifica la carencia de los recursos necesarios para atender la urgencia que se origina.

2.3. Circunstancias previas al parto:

El tercer criterio que permite al juez administrativo deducir la responsabilidad médica en materia obstétrica es el relativo a las “circunstancias previas al parto”. En relación con este criterio, la jurisprudencia ha resaltado la importancia de evaluar la historia clínica de la paciente para verificar si se han hecho todos los controles prenatales necesarios para llevar el seguimiento del desarrollo del feto, y la identificación de algún antecedente médico o condición física de la madre que pueda incidir durante el parto o con posterioridad a este. En esta medida, el control prenatal constituye una serie de procedimientos, diagnósticos y acciones que se deben realizar antes del parto para lograr asegurar el buen desarrollo del feto, así como preservar la salud del este y de la madre, por lo que dicho control debe reunir necesariamente las siguientes características: a) debe ser previo al parto o cesárea; b) periódico (semanales, quincenales, mensuales, etc.); y c) completo (incluye todos los exámenes y atenciones indispensables para la salud integral de la mujer embarazada). Los objetivos generales del control prenatal son los siguientes: *“identificación de los factores de riesgo; diagnóstico de la edad gestacional; identificación de la condición y crecimiento fetal; identificación de la condición materna; educación materna y a su núcleo familiar en actividades de promoción y prevención”*⁵⁸.

Es por lo anterior que el control prenatal se instituye como una obligación que está en cabeza de dos actores: por una parte, la paciente tiene la obligación de asistir a todos los controles prenatales ordenados por el médico tratante que permitan llevar el seguimiento de la evolución del embarazo; y por otro lado, el médico gineco-obstetra tiene la obligación de ordenar todos los controles prenatales pertinentes, según el caso, indicando claramente la periodicidad, los exámenes o procedimientos médicos a realizar, el día en que se realizarán, la hora y los demás datos básicos indispensables para que la madre gestante pueda asistir a dichos controles. No obstante, si la madre desde el inicio del embarazo hasta antes del parto no asistió a los controles prenatales ordenados por el médico tratante, y en el parto se descubre alguna anomalía que pudo ser detectada de no haberse cometido tal omisión, el médico no responderá por los inconvenientes que puedan presentarse durante el parto o después de este tanto para la madre como para el feto, si se logra demostrar que los daños sufridos por la víctima se hubieran podido evitar de haberse realizado los controles prenatales ordenados. Contrario a

⁵⁸Asociación Bogotana de Obstetricia y Ginecología (ASBOG), Secretaria Distrital de Salud de Bogotá D.C., “Guía de control prenatal y factores de riesgo”, Págs. 7 – 8. Consultar en la siguiente página web: <http://www.saludcapital.gov.co/Publicaciones/Desarrollo%20de%20Servicios/Gu%C3%ADas%20para%20la%20atenci%C3%B3n%20Materno%20Perinatal/GUIA%201.%20%20CONTROL%20PRENATAL%20Y%20FACTORES%20DE%20RIESGO.pdf>.

lo anterior, puede suceder que por negligencia, impericia o imprudencia del médico, éste no haya ordenado los controles suficientes e indispensables para garantizar que el parto o la cesárea no presente algún tipo de complicación. En el primer caso, la entidad demandada podría alegar como causal eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima, si se logra demostrar que el daño producido a la misma fue producto de la conducta determinante de la paciente de no asistir a los controles prenatales. Mientras que en el segundo caso, la demandada no puede alegar culpa exclusiva de la víctima, pues fue su omisión, a todas luces negligente, lo que conllevó a la producción del daño antijurídico a la paciente y/o al feto, y en tal caso, debe responder a título de falla en la prestación del servicio médico asistencial.

A pesar que el criterio a cerca de las “circunstancias previas al parto” no ha sido tan elaborado por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de la lectura de algunos fallos recientes de la Sala, fue posible identificar y definir este criterio en los términos anteriormente indicados. A continuación se citarán algunos de estos pronunciamientos judiciales:

En el fallo del 7 de julio de 2011 (Expediente 20.139), el Hospital Departamental de Nariño, como parte demandada, alegó la culpa exclusiva de la víctima por cuanto la señora Guavita Gutiérrez “no asistió a control prenatal alguno, no obstante tener ocho (8) por manera que tal descuido no puede atribuírsele a los médicos de la entidad”⁵⁹. En este sentido, argumentó que esta omisión cometida por la paciente de no asistir a los controles prenatales, tuvo incidencia en el hecho de que el médico que atendió el parto no pudo “orientarse” por algún antecedente o diagnóstico previo que permitiera prever los síntomas, patologías, anomalías y demás circunstancias que pudieran evitar los daños producidos. Dentro del acervo probatorio, el Dictamen Pericial emitido el 4 de noviembre de 1999, por un médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dio cuenta de lo siguiente:

“En términos generales la atención del embarazo debe enfocarse hacia un control periódico prenatal, la atención del parto, el examen postnatal, el cuidado del recién nacido y el mantenimiento de la lactancia. El control prenatal debe incluir la elaboración adecuada de la historia clínica que incluye los datos generales de identificación, antecedentes patológicos y el examen general y gineco-obstétrico que le permitirá al médico detectar precozmente cualquier patología que pueda desarrollarse durante el embarazo, previniendo su gravedad, logrando de esta manera un pronóstico óptimo materno y fetal.

El examen médico debe incluir una valoración clínica de todos los órganos y sistemas ayudando con exámenes paraclínicos o de laboratorio que se solicitan

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de julio de 2011, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 20.139.

cuando existe fundamento clínico para ello de tal manera que puedan servir de ayuda para detectar o confirmar diferentes patologías.

(...) En las condiciones clínicas neurológicas de descerebración, edema de papila y ausencia de todo tipo de respuesta neurológica en que se encontraba la paciente, la muerte no podía ser evitada. Se hubiera podido prevenir ese estado si la paciente hubiera tenido un control prenatal adecuado y riguroso que hubiere permitido detectar la elevación de la presión arterial y tratarla médicamente, pues es la hipertensión la que en última instancia llevó a la paciente al estado neurológico que presentaba a su ingreso al hospital⁶⁰.

En últimas, dicho Dictamen Pericial precisó que *“el control prenatal es la oportunidad que tiene el médico para detectar factores de riesgo y presencia de patologías como la pre-eclampsia para poder suministrar el tratamiento adecuado y evitar la complicaciones posteriores”⁶¹.*

Similares argumentos expuso la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de septiembre de 2010 (Expediente 11.001), que, acogiendo la postura del Tribunal Administrativo del Quindío, sostuvo

“En el presente caso, si bien se encontró probado el daño, es decir la muerte de la señora María Evilia López Andrade durante el alumbramiento, en el acervo probatorio no reposaron evidencias que permitieran concluir que hubo falta de atención y menos aun que esta hubiere sido la causa del deceso, por el contrario, se advierte que la Institución hospitalaria prestó los servicios médico asistenciales requeridos, a pesar de que la víctima no permitió que se conociera oportunamente su estado de salud, pues por su propia voluntad no asistió a los controles prenatales.

No hubo diligencia por parte de la madre gestante, ya que omitió practicar los controles de rutina propios de todo embarazo que permiten determinar los riesgos que se pueden padecer durante el parto o el periodo de gestación, de manera que era posible excluir de la responsabilidad que se demandaba al Hospital Universitario San Juan de Dios de Armenia, por el hecho de la víctima, como causa exclusiva del daño”⁶².

En este evento, el Consejo de Estado resolvió negar las pretensiones de la demanda por cuanto se configuró la causal de exoneración de responsabilidad *“culpa exclusiva de la víctima”*. Al respecto, se dijo:

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de julio de 2011, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 20.139.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente 11.001.

“Al igual que el Tribunal acusado y atención a sus argumentos, entiende la Sala que el lamentable suceso no fue previsible o resistible para la entidad accionada, pues no tenía conocimiento de la evolución y desarrollo del periodo de gestación, de manera que no fue probada una falla del servicio, como quiera que aún cumpliendo con el deber de precaución y protección frente a la víctima, ésta al haber sido negligente con su estado de salud y el del nasciturus, exoneró a la entidad estatal de responsabilidad”⁶³.

De igual manera, el Tribunal Administrativo del Quindío manifestó que *“quedó demostrado que la falta de controles prenatales llevaron a complicaciones en el embarazo, que si hubieran sido tratados a tiempo, se hubiera evitado el fatal desenlace, pues como se expuso, el objetivo principal de dichos controles es buscar situaciones de riesgo para la madre y para el ser que está por nacer, para tomar a tiempo las medidas necesarias para solucionar las posibles complicaciones”⁶⁴.*

En este orden de ideas, es posible concluir que en aquellos eventos en que la madre no permita que se le practiquen los controles prenatales o los exámenes médicos necesarios para diagnosticar a tiempo cualquier contrariedad o disfuncionalidad que impida el curso normal del alumbramiento⁶⁵, es posible desvirtuar la falla del servicio si se logra demostrar que esta omisión fue determinante en la producción del daño, es decir, que la falta de previsión de las complicaciones surgidas durante el parto fue producto de la falta de control prenatal por negligencia de la madre, configurándose así la culpa exclusiva de la víctima. En relación con este aspecto, en el fallo del 16 de septiembre de 2010 (Expediente 11.001), antes citado, el Consejo de Estado consideró que

“no se configuraron los tres elementos necesarios para predicar la responsabilidad de la demandada, pues si bien es cierto existió un daño consistente en la muerte de María Evilia López Andrade, no se logró probar que tal perjuicio proviniera de una falla en el servicio. En cambio quedó demostrado, que la falta de controles prenatales, imputables a la víctima, llevaron a complicaciones en el embarazo, las cuales de haber sido tratadas a tiempo hubieran evitado el deceso”⁶⁶.

De este modo, si se logra demostrar que las complicaciones que surgen al momento del alumbramiento son atribuibles a la falta de controles prenatales que debió realizarse la madre durante la etapa gestante, la entidad hospitalaria podrá exonerarse de responsabilidad, en la medida en que el médico no tuvo oportunidad de prever las lesiones producidas durante el parto antes de su ocurrencia. A pesar que la medicina es una profesión que apareja riesgos que muchas veces son imprevisibles, algunos de ellos pueden ser previstos por el

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente 11.001.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

médico si en la etapa diagnóstica se logran detectar ciertas anomalías o complicaciones que podrían derivar en la producción de daños o lesiones al momento del parto, pero que, si se detectan a tiempo, podrían ser tratadas con anterioridad a la fecha del alumbramiento.

2.4. El acto médico como una actividad compleja:

Finalmente, el cuarto criterio identificado en la jurisprudencia del Consejo de Estado permite definir la responsabilidad médica estatal a partir del análisis del “*acto médico como una actividad compleja*”⁶⁷, buscando con ello determinar el “*alcance de los deberes de la actividad médica conforme al principio de la confianza legítima*”⁶⁸. Lo anterior, bajo el entendido de que el ejercicio de la actividad médica obstétrica muchas veces está supeditado al comportamiento asumido por otros médicos, y es allí donde surge la confianza legítima como principio en virtud del cual el médico que atiende el alumbramiento “confía” en que las actuaciones médicas anteriores a la suya, hayan sido ejercidas en forma diligente, prudente, cuidadosa y con todo ajustada a la *lex artis*. Si una o varias de las intervenciones médicas anteriores al parto fueron negligentes, imperiosas o imprudentes, ello influirá necesariamente en el resultado dañoso final. Conforme a lo dicho, encontramos que en algunas oportunidades el Consejo de estado ha aplicado el criterio de “complejidad de la actividad médica” para resolver si es procedente declarar la responsabilidad médica gineco-obstétrica en cabeza del médico tratante que atendió el parto, en aquellos eventos en que las actuaciones uno o varios integrantes del equipo médico inciden indudablemente en el resultado final.

El caso estudiado en el fallo del 28 de julio de 2011 (Expediente 19.471) corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad médica estatal cuando se analiza el ejercicio médico-asistencial como una actividad compleja. En esta ocasión, se demandó al Hospital Carlos Carmona Montoya de Cali por una falla en la prestación del servicio médico hospitalario dado a la señora María Elena Caicedo Guzmán, que produjo la muerte del bebé que esperaba. De conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, se pudo deducir que

“No obstante que el embarazo de la señora María Elena Caicedo Guzmán transcurrió con relativa normalidad, pues no se observa afectación alguna a su estado de salud ni al de su bebé, durante el período de gestación, el médico encargado de su control tuvo algunas dudas acerca de la fecha probable del parto,

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 25.032.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

pues inicialmente diagnosticó que éste ocurriría probablemente el 16 de mayo de 1994, tal como se evidencia en la historia clínica y se ratifica con la prueba testimonial rendida en el proceso por el doctor Moreno Valderrama, pero la última ecografía practicada a la paciente el 27 de abril de 1994, estableció que la fecha del parto podría ser el 23 de junio de 1994, pues la paciente tenía 31 semanas de embarazo en ese momento”⁶⁹.

Como se logró demostrar, “*existían dudas acerca de la fecha probable del nacimiento del hijo que esperaba la señora Caicedo Guzmán*”⁷⁰, pues durante la etapa de gestación el médico tratante que practicó las ecografías no logró determinar con certeza la fecha en que se debía realizar el parto, lo que condujo a que el alumbramiento fuera extemporáneo y el resultado final fuera la muerte del bebé. En efecto, la Sala concluyó que la deficiente atención médica suministrada a la paciente durante la gestación, fue determinante en la producción del resultado dañoso (muerte del feto), y por tanto, la intervención del médico que atendió el alumbramiento estaba en todo supeditada al control prenatal efectuado con anterioridad, que llevó a establecer equivocadamente que la madre o el feto no presentarían problemas graves y por tanto, el nacimiento transcurriría en condiciones de normalidad⁷¹.

En esta oportunidad dijo la Corporación:

“la responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de la actividad médica, por regla general comporta una serie de actuaciones que convergen en un resultado final y en las que intervienen varios protagonistas, quienes en distintos momentos y circunstancias asisten a los pacientes desde su llegada al centro hospitalario, hasta cuando son dados de alta o se produce su deceso. Esa cadena de actuaciones desplegadas sobre los pacientes no es indiferente al resultado final y por ello la causa petendi en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso”^{72,73}.

Similares argumentos expuso la Sección Tercera en los fallos del 25 de mayo de 2006 (Expediente 15.836) y del 28 de septiembre de 2000 (Expediente 11.405), al puntualizar que debe tenerse en cuenta no solo la intervención final del profesional de la medicina que atiende directamente el parto, sino también todas aquellas actuaciones previas al momento del alumbramiento, hasta que culmine la prestación del servicio médico asistencial a la madre embarazada. Sobre el particular, señaló

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de julio de 2011, Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez, Expediente 19.471.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 16.085.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de julio de 2011, Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez, Expediente 19.471.

“(...)la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo (...)”⁷⁴.

Por otro lado, es importante precisar que las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, deben necesariamente indicar que el daño antijurídico producido hubiere sido consecuencia de la atención médica suministrada a la madre en la etapa previa al parto, para proceder a declarar la responsabilidad patrimonial de la institución hospitalaria que realizó los controles prenatales o los exámenes médicos durante la etapa de gestación, y así desvirtuar la falla del servicio en cabeza del médico que atendió directamente el alumbramiento (en el caso en que corresponda a una entidad hospitalaria diferente a la que realizó dichos controles). En este sentido, *“para la Sala, es evidente que el daño a establecer debe partir del análisis del acto médico como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la etapa del parto, la atención post-parto y el seguimiento (controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención)”⁷⁵.*

Desde esta perspectiva, conviene traer a colación el caso resuelto en el fallo del 19 de agosto de 2009 (Expediente 18.364), en el cual se declaró patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales de los perjuicios causados con la muerte de las trillizas Maira Alejandra, Marisela y Geraldine Echeverry Giraldo por la falla en la prestación del servicio médico obstétrico. En el caso concreto, se logró demostrar que la paciente

“(...) fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, (...) y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles se consignó expresamente el diagnóstico, del cual se abstuvieron en dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos

⁷⁴ Esta cita aparece en las sentencias de 25 de mayo de 2006 (expediente 15.836) y de 28 de septiembre de 2000 (expediente 11.405).

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 25.032.

*creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado*⁷⁶.

Así pues, frente a la atención médica suministrada a la madre durante el periodo de gestación por parte del Instituto de Seguros Sociales, es procedente declarar la responsabilidad médica estatal a título de falla del servicio, toda vez que se logró probar la negligencia en que incurrió dicha entidad, al no *“adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente (múltiple), lo cual se hubiera establecido con la práctica de una ecografía y/o un monitoreo fetal (...)”*⁷⁷. En últimas, es claro que la actuación del ISS fue determinante en la producción del resultado dañoso, y que la Clínica Versalles no debe responder por la actuación negligente de la primera en virtud de la confianza legítima que predicó de las intervenciones previas al parto.

En cuanto la determinación del alcance de los deberes en la actividad médica, cabe citar algunos apartes de la Aclaración de Voto formulada por el magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 28 de marzo de 2012 (Expediente 22.163), donde se precisa el fundamento y contenido del denominado “principio de confianza”, de la siguiente manera:

*“La confianza legítima como principio requiere examinar sus fundamentos para determinar o no su encaje en los deberes en la actividad médica. De ahí que se exponga que 'la actual sociedad y el modelo económico subyacente a la misma, marcado por la división de trabajo y alta especialización, junto con los modelos territoriales de articulación del poder público basados en la idea de cooperación entre las distintas entidades territoriales, determinan que el individuo dependa en gran medida del comportamiento tanto de otros individuos como del propio Estado. La actuación de los individuos requiere, en una sociedad como la que vivimos, del comportamiento de otros sujetos de derecho que con sus comportamientos y actuaciones marcan y determinan necesariamente el nuestro'(Blanco, 1998, págs. 108-109)”*⁷⁸.

Así mismo, se sostiene que por *“supuesto, la situación ideal sería la confianza en la actuación racional, libre y fundada de los otros actores públicos y privados. Sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que para poder confiar en el comportamiento de los demás, y específicamente del poder público, es necesario tomar medidas institucionales y reglamentarias, junto a articular principios que disciplinen el funcionamiento de las instituciones, de tal forma que se posibilite y*

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2009, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 18.364.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

garantice la fiabilidad de ese comportamiento para los ciudadanos(Blanco, 1998, pág. 109)⁷⁹.

Con base en lo anterior, tenemos que el “principio de confianza” surge como respuesta a la división del trabajo y a la especialización en el ejercicio de una actividad, así como en la idea de cooperación entre las distintas instituciones territoriales, y de ello se deriva que muchas veces el ejercicio de dicha actividad se vea supeditada al comportamiento de otros sujetos, y en esta medida, es importante delimitar el ámbito de responsabilidad que corresponderá a cada interviniente dentro del proceso causal.

En relación con el “principio de confianza”, la doctrina ha señalado que, por regla general, se debe responder *“únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros”* (Díaz, 1996, pág. 120). Al respecto, el doctrinante Luis Guillermo Serrano Escobar afirma que *“en los distintos contactos sociales, no forma parte del rol de ciudadano controlar permanentemente todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de los demás, pues debe existir la confianza de esperar que los demás se comportarán conforme las exigencias de su rol (...)”* (Escobar, 2011, pág. 64). A lo que agrega,

“de esta forma y como hay lugar a confiar lícitamente en que los demás actuarán conforme su rol, es procedente exonerar de responsabilidad a quien actúa en virtud de una fundada confianza, como el caso del médico que confía en que el material que utiliza esté correctamente esterilizado, si por su parte cumple con sus deberes, no le es imputable el daño que cause en virtud de las irregulares condiciones de asepsia en que se encontraba el material quirúrgico” (Escobar, 2011, pág. 64).

El ejemplo citado en el párrafo anterior, se adapta igualmente al caso del médico obstetra que, al momento del parto, confía en que las actuaciones médicas previas al mismo, es decir, los controles prenatales o exámenes médicos tendientes a establecer las condiciones del feto y la madre antes del alumbramiento son correctas, y si su actuación fue diligente y ajustada a la *lex artis*, no es posible que se le impute el resultado dañoso final en virtud de los comportamientos negligentes de los otros médicos o institución hospitalaria remitente.

No obstante, en el campo de la Gineco-obstetricia, definida como *“la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”*⁸⁰, pueden

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Expediente 12.123.

ocurrir que intervengan distintos médicos e incluso instituciones hospitalarias durante las etapas del proceso de embarazo, para lo cual debe tenerse en cuenta las obligaciones que han de asumir cada uno de los actores, para así definir en qué medida contribuyó en la generación del resultado final. En esta medida, el juez administrativo deberá analizar cada una de las intervenciones médicas durante todo el proceso del embarazo, a efectos de determinar la responsabilidad que ha de asumir el médico o entidad prestadora de los servicios de salud que actuó negligentemente, lo que contribuyó de manera determinante en la producción del hecho dañino. Para ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan que debe estar claramente delimitado el ámbito de responsabilidad y las funciones de cada uno de los intervinientes, y se debe demostrar el incumplimiento del contenido obligacional, si es el caso, para poder declarar la responsabilidad médica estatal correspondiente. En conclusión, el material probatorio allegado y practicado en el proceso debe demostrar que existió un error flagrante en la etapa de atención, valoración y diagnóstico de la gestante, para poder desvirtuar la falla en la prestación del servicio del médico o entidad hospitalaria que atendió el parto.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD MÉDICA GINECO-OBSTÉTRICA EN COLOMBIA

A continuación se abordará el tema de la responsabilidad médica gineco-obstétrica, entendida como una de las variantes de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la prestación del servicio de salud en esta rama específica de la medicina. Antes de entrar en materia, es necesario aclarar que la configuración de tal responsabilidad tiene su fundamento en el incumplimiento de una obligación preexistente; de ahí la importancia de definir la naturaleza obligacional del médico gineco-obstetra para determinar el régimen de responsabilidad aplicable, que en estos casos es el subjetivo tal como se mencionó en el primer capítulo. Por otra parte, para que sea posible atribuir la responsabilidad al médico o a la institución hospitalaria correspondiente, es indispensable evaluar la actuación médica a la luz de los criterios de imputación estudiados en el capítulo anterior, a fin de precisar si la actuación médica fue jurídicamente relevante para la producción del daño causado a la víctima. En este orden de ideas, la responsabilidad médica concebida como la obligación de reparar o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra su justificación en los presupuestos estructurales mencionados, los cuales permiten configurar el vínculo causa-efecto, que es el fundamento para proceder a declarar dicha responsabilidad.

Bajo este contexto, el presente capítulo pretende dar una respuesta general al interrogante respecto a cuál es el régimen de responsabilidad vigente y el título de imputación aplicable en los eventos en que se produce un daño con ocasión a la actividad gineco-obstétrica, y a partir de ahí, definir cuál es el régimen probatorio instituido para tramitar esta clase de asuntos. Para ello se hace necesario, en primer lugar, hacer una breve referencia a los elementos estructurales de la responsabilidad estatal por daños, a la luz de lo prescrito en el artículo 90 de la Carta Política, como presupuestos para la configuración de la misma. De este modo, se iniciará con el estudio de la noción de daño antijurídico, pasando por el análisis del elemento imputación dentro de sus dos esferas fáctica y jurídica, representadas en la estructuración del nexo causal, para finalmente ocuparnos del fundamento del deber de reparar, como tercer elemento estructural de la responsabilidad. Posteriormente, se trabajará el tema a cerca del régimen de responsabilidad vigente y el título de imputación aplicable en los procesos de responsabilidad médica gineco-obstétrica en Colombia. En concreto, nos dedicaremos al estudio de la falla del servicio, entendida como una violación del contenido obligacional por parte de la entidad pública, para luego detenernos en el régimen probatorio vigente para la demostración de dicha falla del servicio dentro de los procesos de referencia. En particular, se analizará el papel desempeñado

por la prueba indiciaria entendida por la jurisprudencia como un sistema de aligeramiento probatorio que se instituyó con fundamento en la imposibilidad para demostrar la falla en la prestación del servicio gineco-obstétrico, dada la complejidad del procedimiento médico y la posición desventajosa en que se encuentran las víctimas para probar los hechos. Finalmente, se expondrá una opinión crítica referente a la prueba indiciaria en el marco de la teoría de la falla presunta, como contrapartida a la teoría de la falla probada del servicio.

Visto este panorama, se procederá a analizar los presupuestos para la configuración de la responsabilidad por daños en Colombia, con base en lo prescrito en el artículo 90 de la Carta Política. Es importante aclarar que, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido tradicionalmente que para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso que se verifique la configuración de tres elementos a saber: una conducta, un daño, y la relación de causalidad entre ambos (Escobar, 2011). En otras palabras, el Consejo de Estado dijo que para que sea posible configurar la responsabilidad estatal, “*es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública*”⁸¹, según lo dispone el artículo 90 superior. En relación con el primer elemento, dijo la Sala:

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente —que no se limite a una mera conjetura—, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

La antijuricidad del daño va encaminada a que no solo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo”⁸².

En estos términos, se entenderá por daño antijurídico todo detrimento o menoscabo de un derecho, bien o interés legítimo, que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, quien no está en la obligación jurídica de soportarlo,

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

⁸² Ibídem.

toda vez que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto esa carga⁸³. De ahí que, el daño constituya el primer elemento a estudiar en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado, por tratarse de un presupuesto indispensable para la configuración de la misma. Por lo tanto, no habrá responsabilidad sin daño demostrado, pues *“la existencia del perjuicio es de tal trascendencia que su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad”* (Henaó, 1998, pág. 38). Sin embargo, hay eventos en los que a pesar de existir el daño, no es procedente declarar la responsabilidad, lo cual permite concluir que, si bien el daño es un requisito indispensable para la configuración de la responsabilidad, no es suficiente para que se declare la misma. De hecho, en los procesos de responsabilidad por daños, además del daño, deberán estudiarse los otros dos elementos estructurales, esto es, la imputación y el fundamento del deber de reparar (título de imputación), como presupuestos de que se declare la responsabilidad, en el orden mencionado.

Ahora bien, en lo concerniente al segundo elemento de la responsabilidad, el precedente jurisprudencial ha establecido que la imputación debe entenderse como el proceso de atribución del daño padecido por la víctima al autor del mismo⁸⁴. Partiendo de esta definición, se tiene que el análisis de la imputación supone necesariamente un estudio de la atribuibilidad material y jurídica, a fin de determinar si el origen del resultado dañoso se puede adjudicar al obrar de la entidad estatal (por acción u omisión), buscando con ello establecer el denominado nexo causal entre el hecho y el daño. En estos términos, el estudio de la imputación abarca dos esferas fundamentales: a) por un lado, parte de determinar el nexo de causalidad entre el hecho o la conducta asumida por la administración y el daño causado a la víctima (imputación fáctica); b) y por otro lado, busca definir si la acción u omisión de la entidad estatal fue la causa determinante en la producción del daño (imputación jurídica)⁸⁵. Una vez se logra constatar que la conducta de la administración que se examina es adecuada para producir el daño padecido por la víctima, se habrá establecido definitivamente el nexo de causalidad desde el ámbito fáctico y jurídico, por lo que la atribución de las consecuencias jurídicas del daño deberá hacerse al autor del mismo: el Estado.

Finalmente, dentro del estudio de la responsabilidad por daños, se deberá examinar *“la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento”* (Henaó, 1998, pág. 37). Este tercer elemento estructural de la responsabilidad, debe ser entendido como

“(...) el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-1111.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 20.220.

*intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política*⁸⁶.

Es claro, entonces, que el fundamento del deber de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico supone necesariamente el estudio de los títulos de imputación que constituyen la causa jurídica por la cual deberá considerarse al Estado como autor del daño a indemnizar. De esta manera, luego de establecido el daño y la imputación hay que resolver el interrogante acerca de por qué la persona a la que se le imputó el daño debe responder, y la respuesta a este interrogante se encuentra en los títulos de imputación.

Ahora bien, una vez establecido este marco general, es importante especificar que en los procesos en que se pretenda la declaración de la responsabilidad médica gineco-obstétrica, como arista de la responsabilidad por daños, igualmente se deberá verificar la configuración de los tres elementos estructurales estudiados, so pena de que no proceda la indemnización pretendida por la víctima. En concreto, la jurisprudencia ha establecido que:

*“conforme a la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal*⁸⁷.

Bajo estos supuestos, se deduce que el régimen vigente en materia de responsabilidad médica es el subjetivo, en la medida en que en estos procesos cobra especial injerencia la calificación subjetiva de la conducta de la administración, la cual deberá analizarse bajo el título de imputación de la falla del servicio, según la tendencia que actualmente rige en estos asuntos. Al respecto, el Consejo de Estado, en fallo del 14 de julio de 2005 (Expediente: 15.276) aclaró que *“los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad”*. Por el contrario, en este tipo de procesos deberá probarse la licitud o ilicitud de la conducta de la institución hospitalaria o del médico interviniente, por lo que las demandas sobre estos asuntos se

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 20.598.

tramitarán bajo el régimen subjetivo y no bajo el régimen objetivo de responsabilidad⁸⁸.

Tal como se desprende de recientes fallos jurisprudenciales sobre la materia, el título de imputación que actualmente rige las demandas de responsabilidad médica estatal por la prestación del servicio médico-obstétrico en Colombia es la falla del servicio. En términos del profesor Juan Carlos Henao, por falla del servicio debe entenderse *“la violación del contenido obligacional a cargo del Estado”* (Henao, 2003, pág. 7). Partiendo de esta definición, este autor establece que las hipótesis por las cuales se puede decir que el Estado ha violado una obligación a su cargo son las siguientes: *“ya sea porque el servicio funcionó mal, ya sea porque funcionó tardíamente o porque no funcionó (...), en fin por cualquier razón que exprese la violación reprochable de la obligación a cargo del Estado”* (Henao, 2003, págs. 4-5).

Por otra parte, en relación con el régimen probatorio derivado del título de imputación de falla del servicio, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dejado claro que la demostración de los elementos estructurales de la responsabilidad médica gineco-obstétrica *“puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos (...)”*⁸⁹. En otras palabras, en atención al grado de dificultad que representa para el demandante la prueba de la falla del servicio, en este tipo de procesos, el Consejo de Estado consideró necesario incluir el indicio de falla como prueba fundamental dentro del régimen probatorio vigente, *“dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos”*⁹⁰.

El ordenamiento jurídico colombiano ha definido los indicios como medios de prueba indirectos, en razón a que, a partir de unos hechos debidamente acreditados en el proceso, se pueden deducir otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos⁹¹. En este sentido, los indicios demandan una exigente labor crítica por parte del juez, quien es autónomo en escoger los hechos concretos que le permiten elaborar su inferencia, así como deducir las consecuencias para la contraparte. Partiendo de lo anterior, la jurisprudencia ha establecido que este medio probatorio está integrado por los siguientes elementos:

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2012, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, Expediente 21.726.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 20.598.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

“i) Los hechos indicadores, o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa, etc., son las partes circunstanciales de un suceso, el cual debe estar debidamente probado en el proceso; ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica o de la ciencia, es el instrumento que se utiliza para la elaboración del razonamiento; iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar; iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental”⁹².

Desde esta perspectiva, es posible concluir que el objetivo primordial del indicio de falla en los procesos de responsabilidad médica gineco-obstétrica no es otro que morigerar la carga de la prueba a favor de la parte demandante, cuando le es prácticamente imposible probar los hechos que pretende demostrar como constitutivos de dicha falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba. Al respecto, en sentencia del 28 de marzo de 2012 (Expediente: 22.163), se dijo

“En cuanto se refiere a la imputación jurídica, la Sala ha reconocido la necesidad de aplicar un sistema de aligeramiento probatorio para los escenarios de responsabilidad gineco-obstétrica, para ello se ha definido el sistema como de ‘indicio de falla’”.

En estos términos, cuando la parte demandante recurre a los indicios para la demostración de la falla del servicio busca establecer la existencia del nexo causal entre la actuación médica y el daño, a fin de que sea posible imputar el hecho dañino a la entidad hospitalaria o al médico que presto el servicio médico obstétrico a la mujer en estado de embarazo. En esta medida, el juez deberá acudir a las reglas de la sana crítica y de la experiencia con el objetivo de establecer si la actuación médica fue potencialmente apta para producir los perjuicios ocasionados a la víctima⁹³. De ahí que, al estudiar la imputación como elemento fundamental para la configuración de la responsabilidad médica gineco-obstétrica, es indiscutible la importancia que tiene este medio probatorio, *“comoquiera que el indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad”⁹⁴.*

Analizando el régimen probatorio vigente instituido por la jurisprudencia, desde mi punto de vista, considero que al reconocer el indicio de falla del servicio como un sistema de aligeramiento probatorio, el Consejo de Estado fue construyendo indirectamente alrededor del concepto, una teoría de la falla presunta del servicio,

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

que a mi parecer debería ser el título de imputación aplicable para estos casos, y no el de falla probada del servicio que es el fundamento que actualmente rige estos asuntos. Esta postura fue defendida igualmente por el Consejero Enrique Gil Botero en la sentencia emitida el 18 de diciembre de 2008, mediante una aclaración de voto, en la cual propuso lo siguiente:

“(...) la Sala debería retornar a la teoría de la falla presunta, sin tener que efectuar giros argumentativos como los que se vienen presentando, en la medida que el indicio único de falla no es otra cosa distinta a una presunción judicial de falla, que debe ser desvirtuada en los términos del artículo 1604 del C.C.

(...) La teoría del indicio de falla que en mi criterio no es más que una presunción, adoptada de manera reciente por la jurisprudencia contencioso administrativa, reconoce los límites infranqueables a los que se estaba sometiendo a las madres gestantes, o a los esposos supérstites (en casos de muerte obstétrica) de probar condiciones técnicas y científicas que sólo domina, por regla general, el médico tratante”⁹⁵.

A mi parecer la tesis desarrollada por el Consejero Enrique Gil Botero es acertada, en la medida en que acepta que *“la teoría de la falla presunta se acomoda más a las exigencias probatorias imperantes en este tipo de procesos (...)”⁹⁶*. Bajo ese contexto, a pesar que en reciente jurisprudencia se estableció que los procesos de responsabilidad médica gineco-obstétrica se decidirán, por regla general, bajo el título de falla probada del servicio, con la posibilidad de aligeramiento probatorio mediante los indicios de falla, lo cierto es que el Consejo de Estado ha venido aplicando la Teoría de la falla presunta, *“sin que importe mucho la denominación que se le dé al respectivo sistema o mecanismo de aligeramiento probatorio (falla presunta o indicio de falla)”⁹⁷*. De esta manera comparto la postura del Consejero Enrique Gil Botero, para quien el hecho de reconocer la existencia del indicio de falla, supone reconocer en iguales términos la teoría de la falla presunta como medio para morigerar la carga de la prueba⁹⁸.

Ahora bien, con base en el régimen probatorio vigente bajo estudio, el Consejo de Estado ha establecido que la carga de la prueba entre los sujetos procesales se reparte de la siguiente manera: *“el demandante debe probar el daño antijurídico y la imputación fáctica, mientras que el demandado debe acreditar su actuar diligente y cuidadoso para romper la presunción judicial que recae en relación con el elemento falla”⁹⁹*. En este orden de ideas, en los eventos de responsabilidad médica gineco-obstétrica, el indicio de falla del servicio traslada al Estado la carga

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.737.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

de desvirtuar esta presunción, de tal forma que logre acreditar que su actuación estuvo con todo ajustada a la *lex artis*, y que el daño se produjo por causas distintas al ejercicio de la actividad médica. Con fundamento en lo anterior, el Consejo de estado, en sentencia del 9 de febrero de 2011 (Expediente 16.934), aclaró

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios (...)”.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta el momento, es posible concluir, en primer lugar, que el régimen de responsabilidad vigente en materia de responsabilidad médica gineco-obstétrica es el subjetivo, bajo el título de imputación de la falla probada del servicio, como fundamento para que sea posible configurar dicha responsabilidad¹⁰⁰. En cuanto a la carga de la prueba de los elementos estructurales de la responsabilidad por daños, es preciso resaltar que la parte demandante dispone de todos los medios probatorios para la demostración de la falla del servicio, del daño antijurídico y nexo de causalidad entre ambos. Sin embargo, tal exigencia probatoria ha sido moderada en el ordenamiento jurídico colombiano, mediante la configuración de la prueba indiciaria como regla probatoria por excelencia en aquellos *“eventos en los cuales se hace excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas”*¹⁰¹.

Desde este punto de vista, el Consejo de Estado ha hecho especial énfasis en el hecho de que el juez administrativo

*“cuenta con una compleja y completa red de herramientas que le permiten, con apoyo en la sana crítica, la lógica de lo razonable y las reglas de la experiencia, valorar los diferentes medios de prueba que integran el acervo probatorio del proceso, en aras de establecer no la relación causal entre un suceso y su efecto, sino para determinar si el comportamiento de las entidades o instituciones demandadas fue relevante en el plano fáctico en la concreción del resultado, bien porque fue irrogado directamente (acción) o por la abstención en la práctica y realización de los diferentes protocolos médicos de acuerdo con la *lex artis* y, de*

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de abril de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente 19.963.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.737.

*manera específica, la denominada lex artis ad hoc, es decir, las obligaciones que tiene el galeno para con su paciente en el caso concreto*¹⁰².

En este orden de ideas, en los eventos de responsabilidad médica obstétrica, el juez debe valerse de todos los medios probatorios obrantes dentro del proceso, que permitan llevar a la certeza que efectivamente hubo una falla en la prestación del servicio médico-asistencial, y que como consecuencia de tal falla se ocasionaron unos perjuicios a la madre y/o al feto durante la atención del parto. De ahí que, en materia probatoria, el indicio constituya el medio de prueba por excelencia en aquellos casos en que no sea posible demostrar que la conducta asumida por el médico o el centro hospitalario fue determinante en la producción del daño antijurídico. En mi criterio, este sistema de aligeramiento probatorio instituido por el Consejo de Estado supera las fronteras trazadas por la falla probada al pasar al plano de la falla presunta del servicio, en la medida en que se edifica sobre la base de presunciones que deberán ser desvirtuadas por la parte demandada demostrando diligencia y cuidado en su actuar. A modo de crítica, no se explica por qué razón el Consejo de Estado estructura toda una teoría de la falla presunta del servicio al hablar del indicio de falla que, en últimas, no va a aplicar en sus fallos. Es bien sabido que el título de imputación en estos asuntos es la falla probada del servicio; sin embargo, considero necesario retomar la postura establecida por el Consejero Enrique Gil Botero¹⁰³, quien propone repensar el fundamento del deber de reparar aplicable en los procesos de responsabilidad médica gineco-obstétrica, con el objetivo de que se aplique la teoría de la falla presunta encubierta bajo la figura del indicio de falla, según se desprende de la lectura del precedente sobre la materia.

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.737.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada y expuesta en los acápite anteriores en relación con los criterios de definición de la responsabilidad médica gineco-obstétrica en Colombia, se pudieron extraer las siguientes conclusiones:

1. Las obligaciones del médico especialista en Gineco-obstetricia, por regla general, son de medios y no de resultado. En la medida en que el parto esté sujeto a un sinnúmero de circunstancias imponderables, que escapan de toda previsión por parte de la ciencia médica, no es posible exigir un resultado concreto al médico, a pesar de la diligencia y cuidado empleados en la atención del alumbramiento. Por tal motivo, resulta a todas luces improcedente hablar de una obligación de resultado a cargo el médico obstetra, y en correspondencia de una responsabilidad objetiva, pues el mismo ordenamiento jurídico reconoce que ningún médico o entidad prestadora del servicio de salud está en la capacidad de garantizar al 100% un parto sin complicaciones o riesgos, y lograr el nacimiento de un bebé sano, sin afectar igualmente la salud de la madre.
2. En el caso de la responsabilidad profesional que nos ocupa, la calificación de la obligación médica no puede depender de las circunstancias en se presente el embarazo. Por el contrario, debe partirse de una definición universal que tenga en cuenta el carácter aleatorio de la práctica obstétrica. En este sentido, resulta de gran importancia tener presente que todo parto acarrea la posibilidad de presentar riesgos tanto para madre como para el hijo, a partir de lo cual es posible concluir que es este elemento aleatorio lo que precisamente permite definir la obligación del médico como una obligación de medios y no de resultado.
3. Del estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se pudo verificar que no existe una unificación jurisprudencial que brinde claridad a los operadores jurídicos acerca de los criterios utilizados por el juez administrativo para resolver los casos en que se alega la responsabilidad por los daños causados con ocasión de la actividad médica gineco-obstétrica. El Consejo de Estado ha aplicado indistintamente una serie de criterios en sus fallos que permiten definir cuando procede declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en que se producen un daño a la madre o al hijo durante el parto. En estos términos, hoy en día no existe ni en la doctrina ni en la jurisprudencia una posición clara que genere seguridad jurídica acerca de los criterios de evaluación que permiten configurar la responsabilidad médica estatal en Colombia. Por lo anterior, el presente trabajo, constituye una propuesta de unificación de estos criterios de evaluación, cuyo principal objetivo deriva, entre

otras cosas, en facilitar la labor del juez para determinar la existencia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño; morigerar la carga de la prueba de la parte demandante, ante la dificultad para probar los hechos dañinos; y finalmente generar seguridad jurídica en los sujetos procesales en la medida en que sean conocidas las razones que tuvo en cuenta el juez administrativo para fallar de determinada forma acogiendo o no las pretensiones de la demanda.

4. En relación con los títulos de imputación aplicables a los asuntos de esta naturaleza, el Consejo de Estado ha establecido en fallos recientes que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo con fundamento en la falla probada del servicio. En este sentido, cuando se produzca un daño por las lesiones o la muerte de la madre o el hijo o de ambos, con ocasión del parto, la parte interesada deberá acreditar que el mismo fue causado por una falla del servicio, lo cual podrá hacer incluso mediante prueba indiciaria, si es del caso. A su vez, la entidad demandada o el médico podrán exonerarse de responsabilidad si logra demostrar que la falla no existió, que su actuación fue diligente, prudente y cuidadosa, y que estuvo ajustada a los preceptos de la *lex artis* para estos casos, o que el daño se produjo por una causa extraña como lo es el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor o el caso fortuito.
5. Es preciso reconocer el indicio de falla del servicio como un sistema de aligeramiento probatorio, en aquellos eventos en que su demostración comporta una carga probatoria excesiva para la parte demandante. Sin embargo, me aparto de considerar que los eventos de responsabilidad médica gineco-obstétrica en los cuales opera la presunción o el indicio de falla, sean decididos bajo el título de falla probada del servicio. En mi criterio, cuando el Consejo de Estado se refiere a los indicios de falla, indirectamente está estructurando una teoría de falla presunta del servicio, que, en últimas, desconoce al fallar con fundamento en la falla probada del servicio. En consecuencia, me acojo a la tesis del Consejero Enrique Gil Botero¹⁰⁴, para quien la existencia del indicio de falla implica el reconocimiento implícito de una falla presunta del servicio, por lo que estos asuntos deberían ser resueltos bajo este título de imputación, y no bajo la falla probada del servicio.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.737.

BIBLIOGRAFÍA

- Demogue, R. (1925). *Traité des obligations en général*. París: Librairie Arthur Rousseau.
- Díaz, C. L. (1996). La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. En C. L. Díaz, *Introducción a la imputación objetiva* (págs. 105-129). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Duque, J. E. (2004). *Responsabilidad Médica. Análisis Objetivo General y por Especialidades*. Cali: Gráficas Colombia.
- Escobar, L. G. (2000). *Nuevos conceptos de la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Escobar, L. G. (2011). *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Franco Delgadillo, E., Saavedra Rojas, E., & Guzmán Mora, F. (2004). La medicina como obligación de medio. En E. Franco Delgadillo, E. Saavedra Rojas, & F. Guzmán Mora, *Derecho médico colombiano - Elementos Básicos* (págs. 495-511). Medellín: Biblioteca Jurídica Díké.
- Franco Delgadillo, E., Saavedra Rojas, E., & Guzmán Mora, F. (2004). La obstetricia como obligación de medio y no de resultado. En E. Franco Delgadillo, E. Saavedra Rojas, & F. Guzmán Mora, *Derecho médico colombiano - Elementos Básicos* (págs. 1207-1213). Medellín: Biblioteca Jurídica Díké.
- Henao, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. C. (2003). La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés. En *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, C. I. (2002). *Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente : análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

- Jaramillo, C. I. (2002). *Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Javegraf.
- Jaramillo, C. I. (2008). Tipología de las obligaciones que para el profesional del contrato de prestación de servicios médicos: Breve referencia a las llamadas obligaciones de medio y de resultado. En C. I. Jaramillo, *Responsabilidad Civil Médica. La relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial* (págs. 297-358). Bogotá: Javegraf.
- Jaramillo, J. T. (2007). De la prueba y graduación de la culpa contractual. En J. T. Jaramillo, *Culpa contractual* (págs. 533-545). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Melloni, B. J. (1995). *Diccionario Médico Ilustrado de Melloni*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Anejo.
- Pinzón, A. J. (2004). *Fundamentos de la Responsabilidad Médica*. Bogotá: Gustavo Ibáñez Ltda.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de agosto de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Expediente 12.123.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de julio de 2005, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.276.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de agosto de 2005, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Expediente 15.683.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2006, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 15.261.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.772.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.737.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 2008, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 27.268.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de marzo de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 16.085.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 2008, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, Expediente 17.001.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de febrero de 2009, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Expediente: 17.145.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de febrero de 2009, Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández, Expediente 5.585.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2009, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 18.364.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente 11.001.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de abril de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 20.220.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente 16.934.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de abril de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Expediente 19.963.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, Expediente 19.761.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de mayo de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 19.760.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de abril de 2011, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 19.801.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2011, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 21.224.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de julio de 2011, Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordoñez, Expediente 19.471.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de julio de 2011, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 20.139.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 25.032.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Aclaración de Voto del Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 28 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 22.163.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de marzo de 2012, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 20.598.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 26 de enero de 2012, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, Expediente 21.726.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2012, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Expediente 21.962.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de mayo de 2005, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Expediente 14.980.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de febrero de 1992, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 6.477.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de julio de 2005, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 15.332.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de marzo de 2010, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Expediente: 17.512.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 15.563.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 1992, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 6.754.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de marzo de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 16.191.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de febrero de 2011, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, Expediente 18.515.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 1993, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Expediente 8.025.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de diciembre de 2004, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez, Expediente 14.767.