

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - La pérdida de la oportunidad como elemento para establecer responsabilidad

Demostrado como esta que la atención médica brindada a los menores fue precaria e inoportuna, y que esta conducta afectó la oportunidad de vida de los menores, concluye la Sala que el daño causado resulta imputable al Hospital demandado bajo la óptica de lo que la jurisprudencia conoce como "la pérdida de la oportunidad o pérdida del chance" a la cual la Sala se refiere enseguida. (...) La pérdida de la oportunidad, en materia médica establece la responsabilidad de los prestadores de servicios médicos y hospitalarios en aquellos casos en los cuales no se brindan al paciente todos los tratamientos y cuidados adecuados y oportunos, aun cuando estos no garanticen totalmente que el daño se hubiera evitado. (...) la pérdida de la oportunidad hace referencia, como su nombre lo indica, a la disminución en la probabilidad de haberse evitado el daño que finalmente se causó, planteamiento que pese a la facilidad en su formulación, ha presentado desde antaño una gran dificultad en su aplicabilidad. (...) esta Subsección ha precisado que la pérdida de la oportunidad se traduce en un perjuicio autónomo, diferente del daño final al que realmente se vio sometido el paciente. (...) si bien en el presente caso, no es posible asegurar que si el hospital demandado hubiera adoptado una conducta idónea y oportuna frente a la señora RIVERA MORCILLO y a sus bebés, se hubiera podido evitar la muerte de estos últimos, sin embargo si es evidente que las actuaciones y omisiones detalladas en los acápites precedentes, aumentaron enormemente las posibilidades de que murieran, como en efecto aconteció, motivo por el cual resulta procedente la declaratoria de responsabilidad del Hospital Universitario San José."

LIQUIDACION DE PERJUICIOS - Indemnización de perjuicios por pérdida de la oportunidad

Toda vez que el perjuicio autónomo por este concepto no deviene estrictamente de la muerte de los recién nacidos, sino de la pérdida de la oportunidad causada, la Sala no se pronunciara sobre los perjuicios materiales solicitados en el libelo, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida y, en consecuencia, se ordenara al reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad para los demandantes toda vez que se encuentran debidamente probadas las calidades de padres, hermano y abuelos alegada en la demanda.

COSTAS - No condena

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 19001-23-31-000-1998-01005-01(21726)

Actor: JULIETD RIVERA MORCILLO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el día 14 de mayo de 2001 por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Los señores JULIETD RIVERA MORCILLO y HEMBERTH ARIEL CERTUCHE ACOSTA en nombre propio y en representación de su hijo menor EDUAR DAVID CERTUCHE RIVERA y los señores AURA TULIA MORCILLO DE RIVERA, PAULINA DUPERLY ACOSTA DE CERTUCHE y HENRY ANID CERTUCHE CERTUCHE, por intermedio de mandatario judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa enderezada en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN, a quienes señalaron como parte demandada, mediante libelo presentado el día 26 de octubre de 1998, solicitaron que, previos los trámites de ley, con citación y audiencia de la parte demandada y del Señor Agente del Ministerio Público, se declare la responsabilidad administrativa de las entidades accionadas por los hechos ocurridos el día 16 de marzo de 1998, en los cuales murieron dos neonatos debido a la negligencia y falta total de atención del parto de la señora JULIETD PIEDAD RIVERA MORCILLO.

A título de indemnización se solicitó en la demanda el pago de las siguientes cantidades: (i) por indemnización de perjuicios morales una suma equivalente a 2.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes; (ii) por indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la suma de 10 millones de pesos.

Como fundamento de hecho de sus pretensiones narró la demanda que el día 16 de marzo de 1998, aproximadamente a la 1.20 p.m, la señora JULIETD PIEDAD RIVERA MORCILLO ingresó a la clínica del Instituto de Seguros Sociales con el fin de ser asistida en su proceso de parto, siendo atendida por el Dr. SOLORZA

¹ Fls 1-11 Cdo Principal.

quien la remitió con carácter urgente al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN.

Precisó el libelo que el traslado de la paciente al Hospital Universitario se realizó, en principio, en un vehículo particular y, finalmente, en la ambulancia del ISS, llegando al Hospital San José hacia las 3.00 pm, en donde fue recibida por el Dr. CIRO BENITEZ, quien decidió remitirla a la ciudad de Cali por tratarse de un embarazo de gemelos pretérmino, circunstancia que exigía se les brindara tratamiento en una unidad de cuidados intensivos, unidad que no se encontraba funcionando en el centro hospitalario de Popayán, según aseguró la demanda.

Indicó la parte actora –también- que el Hospital Universitario realizó la remisión a pesar de conocer la inminencia del parto, eventualidad que se concretó con el nacimiento del primer niño en una camilla ubicada en la sala de espera mientras aguardaba la ambulancia que debía trasladar la materna a la ciudad de Cali. Cuenta la demanda que sólo en ese momento y ante la evidencia de haberse producido el parto, decidieron los médicos y funcionarios del Hospital San José internarla en sala de partos para atender el nacimiento del segundo niño.

Afirmaron, así mismo, los demandantes que a las 4.45 pm se ordenó el traslado de los recién nacidos a la Clínica de Occidente de la ciudad de Cali, lugar donde llegaron a las 9.30 de la noche aproximadamente, en muy mal estado de salud y en donde fallecieron al día siguiente hacia las 2.10 a.m.

Plantean los demandantes que todo lo antes señalado configuró una falla del servicio médico prestado por los demandados, en tanto fueron negligentes en la atención brindada y porque, además, la falta de una infraestructura hospitalaria adecuada impidió el buen manejo del embarazo pre término presentado.

2. Trámite en primera instancia.

La demanda así formulada se admitió por auto de 29 de enero de 1999², providencia que se notificó en debida forma a los demandados y al señor Agente del Ministerio Público³.

Dentro del término de fijación en lista el Instituto de Seguros Sociales dio contestación al libelo para oponerse a sus pedimentos⁴. Frente a los hechos narrados en la demanda advirtió que la paciente se presentó a la institución hospitalaria hacia las 14.30 horas con proceso de parto en “estado expulsivo”, circunstancia que lo llevó a cuestionar la conducta de la paciente que –expresó- debió acudir con antelación a recibir atención médica.

Explicó que la señora RIVERA MORCILLO presentaba un embarazo pre término de 27 semanas por lo que –dada la imposibilidad técnica y científica de la clínica del ISS para atender el caso- se ordenó de inmediato su traslado a la unidad de cuidados intensivos del Hospital San José de Popayán, centro hospitalario de tercer nivel.

Indicó el Instituto demandado que la remisión de la paciente se hizo en forma oportuna y rápida y que el proceso de parto se produjo a las 4.45 pm, es decir, dos horas y quince minutos después de haber consultado, tiempo que resultó insuficiente para evaluar, diagnosticar y ordenar las conductas a seguir por los

² Fl 58 Cdno Principal.

³ Fls 62-65 Cdno Principal

⁴ Fl 68-75 Cdno Principal.

galenos. Sin embargo –explicó- que la atención médica prestada fue la adecuada, al punto que los niños de manera inmediata fueron remitidos a la ciudad de Cali, donde fallecieron dado su carácter de prematuros extremos.

Por su parte el Hospital Universitario San José allegó escrito de contestación de la demanda, el cual no pudo ser valorado al ser extemporáneo⁵.

Posteriormente se decretaron y practicaron pruebas, luego de lo cual se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión⁶. El Hospital Universitario San José, en esta oportunidad, cuestionó la decisión del ISS de remitirle a la señora RIVERA MORCILLO por cuanto era de público conocimiento la crítica situación económica que estaba atravesando el centro hospitalario hasta el punto de haberse visto obligado en varias ocasiones a la suspensión de actividades por esa circunstancia, razón por la que consideró debió remitir a la actora directamente a la ciudad de Cali.

En cuanto a la atención médica brindada por ese centro hospitalario, adujo que, pese a las limitaciones económicas y precariedades técnicas de la institución, fue idónea, toda vez que fue evaluada por médico ginecólogo que determinó la necesidad de atención en cuidados intensivos de neonatos para los niños, conducta que, sin embargo, no pudo cumplirse en el mismo centro hospitalario por ausencia de cupos en esa unidad.

Indicó que el nacimiento de los menores se dio en el Hospital Universitario San José y en vista de su estado prematuro y de la enfermedad de membranas hialinas que presentaban, se ordenó su remisión inmediata a la ciudad de Cali, lugar donde fallecieron ante la gravedad de las patologías mencionadas⁷.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales alegó de conclusión para reiterar lo expuesto en la contestación de la demanda⁸.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio durante esta etapa procesal.

3. La sentencia apelada⁹.

Después de realizar la correspondiente valoración probatoria, el Tribunal *a quo* consideró que las pretensiones de la demanda no se encontraban llamadas a prosperar:

Frente al Instituto de Seguros Sociales declaró probada la excepción de “inexistencia de responsabilidad”, en tanto estimó que el día del nacimiento actuó en forma diligente, ya que si bien la paciente consultó en forma tardía, lo cierto era que la había atendido de manera inmediata y, ante la escasez de recursos, decidió remitirla a un centro hospitalario de tercer nivel de atención.

En cuanto al Hospital Universitario San José, consideró que la atención prestada también había sido la adecuada y que la circunstancia de no existir cupos en la unidad de neonatos para atender a los menores a que se refieren los autos, se

⁵ La fijación en lista del proceso transcurrió entre el 29 de junio de 1999 y el 13 de julio de 1999 y el escrito sólo vino a allegarse el día 14 de julio de la misma anualidad. Fls 79-86 Cdno Principal.

⁶ Fl 157 Cdno Principal

⁷ Fls 159-161 Cdno Principal.

⁸ Fls 162-166 Cdno Principal.

⁹ Fl 170-187 Cdno Principal.

trataba de una situación que “se salió de las manos” de la entidad, sin que pudiera señalársele responsabilidad por ello.

Igualmente estimó que la madre demoró demasiado tiempo para solicitar atención médica, más aún si se tenía en cuenta que se trataba de un embarazo de alto riesgo y agregó que los neonatos “*medicamente hablando, eran considerados unos fetos porque estaban aún inmaduros*”, razones todas estas por las que su muerte no le resultaba imputable a los demandados.

4. El recurso de apelación¹⁰.

Inconforme con la anterior providencia la parte actora interpuso recurso de alzada en tiempo oportuno y argumentó que se encontraba demostrado en el proceso que tanto el ISS como el Hospital San José carecían de ambulancias que transportaran oportunamente a la señora RIVERA MORCILLO y a sus hijos recién nacidos. Criticó que un hospital de tercer nivel, como el Hospital San José, no estuviese debidamente dotado con una unidad de cuidados intensivos para neonatos y reprochó la decisión de remitir a la paciente a la ciudad de Cali en tanto, afirmó, que al momento de arribar al Hospital, la paciente ya se encontraba en proceso expulsivo, circunstancia que obligaba a darle atención inmediata en ese centro de salud.

Solicitó que se desestimara uno de los peritajes rendidos dentro del proceso, en tanto que para su emisión no se tuvieron en cuenta las previsiones de los artículos 233, 234, 236, 237 y 238 del C.P.C.

Finalmente solicitó que se declarara la responsabilidad de los entes demandados por cuanto consideró plenamente acreditada la situación que de haberse tratado oportunamente a los menores, estos hubieran tenido gran posibilidad de sobrevivir, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Sección.

5. Trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación se admitió mediante auto de 23 de noviembre de 2001¹¹, trámite luego del cual se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión mediante auto de 7 de diciembre de la misma anualidad¹². Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio durante esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, el 14 de mayo de 2001, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, pues la pretensión mayor se estimó en la demanda en 2000 gramos oro, equivalentes para el 26 de octubre de 1998 a un valor de \$29.921.340 mientras que el monto exigido en ese año para que un proceso, adelantado en

¹⁰ Fl 196-210 Cdno Principal.

¹¹ Fls 186 Cdno Principal

¹² Fls 188 Cdno Principal

ejercicio de la acción de reparación directa, tuviera vocación de doble instancia era de \$18.850.000 (Decreto 597 de 1988)

Toda vez que la alzada se encamina en contra de una sentencia desestimatoria de las pretensiones, la Sala no tiene limitación alguna al momento de resolver el presente asunto.

2. El ejercicio oportuno de la acción.

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir “*del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.*”

En el presente caso la pretensión resarcitoria se origina en hechos sucedidos el día 16 de marzo de 1998 en la ciudad de Popayán, lo que significa que tenían hasta el día 16 de marzo de 2000 para presentarla y, como ello se hizo el 26 de octubre de 1998, resulta evidente que el ejercicio de la acción ocurrió dentro del término previsto por la ley (Art. 136 del CCA).

3. La atención médica prestada a la paciente JULIETD RIVERA MORCILLO y a sus neonatos.

Se allegó al proceso la Historia Clínica de la señora JULIETD RIVERA MORCILLO expedida por el Instituto de Seguros Sociales. De este documento se tiene que a folio 35 aparece la remisión de la materna para evaluación por ginecología por cuanto **se trataba de un embarazo gemelar de alto riesgo**. La nota reza:

“Enero 13 98, remisión a ginecología.

Diagnóstico presuntivo

G2P1A0 gemelar 2 gemelar

Embarazo de 17 sem

Riesgo alto

Se remite para valoración y manejo especializado”. (Negrillas de la Sala)

Se encuentra demostrado igualmente que el día 16 de marzo de 1998, hacia las 2.30 PM, la señora JULIETD RIVERA MORCILLO -en estado de embarazo de 27 semanas- acudió a la clínica del Instituto de Seguros Sociales con trabajo de parto avanzado, institución hospitalaria que determinó que se trataba de un nacimiento prematuro de alto riesgo y, en consecuencia, remitió a la madre al Hospital Universitario San José, para que se realizara el cuidado neonatal por Unidad de Cuidados Intensivos. Así se consignó el hecho en el formato de remisión de esa entidad:

“2.30h

Anamnesis. Paciente de 26 años G2P1 con FUM 11 sept 97

EPV: 18 junio 98, embarazo gemelar.

Consulta por presencia de líquido x vagina hoy a las 13 h y dolor abdominal

Hallazgos

Ex. Físico...

FCF de ambos fetos es positiva x doppler 146-136 cuello ant blando. B :100% D 6cm m. rotas cefálico.

Diagnóstico presuntivo.

G2P1 Emb Gemelar de 27 semanas RPMB de 1.30 H

*Justificación: **Preterminos (sic) de alto riesgo que requieren U.C.I.**” (Negrillas fuera de texto)*

En cuanto a la atención prestada en el Hospital San José, aparece en primer término la respuesta que se dio a la remisión efectuada, en la cual únicamente se consignó lo siguiente:

“15.00

Por imposibilidad de atender neonatos en U.C.I deben ser remitidos a Cali (ilegible)”

En similar sentido, pero con más detalles de lo acontecido, obran las notas de enfermería¹³ de las cuales se desprende que la paciente fue atendida hacia las 3.00 de la tarde por el Dr. Benítez, quien reiteró la necesidad de tratamiento en Unidad de Cuidados Intensivos de Neonatos y la correspondiente remisión a la ciudad de Cali, la que supuestamente se realizó hacia las cuatro de la tarde. El texto de la nota es el siguiente:

“III – 16- 98

15.00

Ingresa G2 P1, embarazo gemelar, pretérmino +- 27 S X A remitido de Clínica ISS para valoración. Pcte valorada x el Dr. C. Benítez quien la remite a Cali porque se requiere TTO en “UCI Neonatos” y en el momento hay imposibilidad de prestar servicio de Neonatos. Se informó al Dr. Citelly y al Dr. Duvan Quintero para que se agilice (sic) la consecución de ambulancia para el traslado respectivo. T.A 130/70 P/92x T/36.8 °C

16.00

Pcte que sale de servicio en compañía de feres y 1 auxiliar para su traslado”. (Negrillas de la Sala)

No obstante la claridad de la indicación médica que se deja vista y la perentoriedad que comportaba, por causas que no aparecen anotadas, dicha remisión no se cumplió en realidad y, por el contrario, el parto de la señora RIVERA MORCILLO se produjo en ese mismo centro hospitalario hacia las 4.40 de la tarde. Así describe el hecho la historia clínica¹⁴ :

“Historia clínica

16.40 hs

Paciente G2 P1 con emb 27 semanas (ilegible)

Remitida del ISS en expulsivo con (ilegible)

Se atiende parto, 1 feto es cefálico apgar 6-7-7 peso 1.000 grs. 2 feto es podálico apgar 4-6-7. Placenta ilegible monocorial, mono amniótica. Utero limpio”.

Las notas de enfermería¹⁵ y la de evolución¹⁶, describen el proceso de parto y el tratamiento médico inicialmente brindado a la paciente, amén de indicar, esta

¹³ FI 102 Cdno de Pruebas

¹⁴ FI 100 Cdno Principal

¹⁵ FI 102 Cdno principal

¹⁶ FI 99 Cdno Principal

última, que se ordenó su remisión a la ciudad de Cali por falta de cupos en la Unidad de Cuidados Intensivos de Neonatos.

“NOTAS DE ENFERMERIA.

16.38.

Pcte G2P1 embarazo pretérmino en expulsivo atendido por el Dr. Ciro Benítez

D.R.N en OP, Sexo masculino Apgar 6-8

Se intuba con tubo #2.0 se coloca O2 (ilegible) a los 10 minutos presenta bradicardia severa 40x y se coloca adrenalina x tubo orotraqueal y cede.

Se cateteriza vena umbilical con LEV 70 cc Dextrisa 10% sin electrolitos. Al examen (ilegible)

16.45 2 RN en podálico – sexo masculino 1000 g

Apgar 5-7-9

RN – Pretérmino se intuba Tubo N 2-0

Se cateteriza vena umbilical con dxtrosa 10% 70cc sin electrolito.

A ambos recién nacidos se coloca

Profilaxis umbilical

Konakion x/n 1 amp TM

Profilaxis oftálmica - PENDIENTE

16.56 alumbramiento espontáneo completo, útero contraído, sangrado vaginal normal

16.45 (sic)

RN 1 y 2 pretérminos se remiten a la clínica de occidente en incubadora – con LEV pasando dextrosa 10% por buretrol – van en compañía de 1 Mco interno y 1 auxiliar de enfermería...

... los 2 RN se remitieron a Cali. TA 110/80 P 84 x min T° 37° C”.

“NOTA DE EVOLUCIÓN

III – 16 98

16 NOV

PEDIATRIA

Se asiste a parto gemelar, pretermino (sic) 27 semanas x (ilegible)

Gemelo 1 cefalico(sic), peso 1.000 Gr

Se intubo TDT 2.0 con paro cardiaco que respondió rápidamente con adrenalina orotraqueal, se canalizó vena umbilical y se dejó con (ilegible) 70cc/KG Apgar 7-8-

Gemelo 2 podalico(sic). Apgar 5-7-9 quedo intubado TDT 2.0, cateterizado vena umbilical con LEV 70 cc/kg recibieron (ilegible)

No hay disponibilidad de cupo en la unidad y se envía a la clínica de occidente. No antecedentes infecciosos en la madre. No R.P.M.O”(Negrillas fuera de texto).

Por último aparece a folio 95, encabezando el documento de la historia clínica remitida, un resumen de la misma suscrito por el DR CIRO BENITEZ, en el cual se describe la evaluación inicialmente realizada y la atención del parto de los gemelos; igualmente señaló que la remisión de los menores **obedeció a su grave estado médico y a la situación de emergencia del Hospital**. Su visión se consignó en los siguientes términos:

“RESUMEN DE HISTORIA CLINICA

NO 333795

PACIENTE JULIET RIVERA
EDAD 26 AÑOS

ANTECEDENTES G2P1

Parto atendido en este Hospital fecha 15-04-1992. Feto pretérmino y abruptio de placenta, peso 2.700 gramos. Sexo: masculino.

INGRESO. 16-03-98 EGRESO. 17-03-98.
MOTIVO DE CONSULTA: HORA. 15.00

Paciente con Embarazo Pretérmino Gemelar remitida de la Clínica ISS, en Trabajo de Parto y Ruptura Prematura de Membranas de más o menos 2 horas de evolución. **Por el riesgo alto de los fetos y estar el Hospital en Emergencia** se solicita traslado a otro Centro de Tercer Nivel para atención de los Neonatos por la prematuridad extrema y baja probabilidad de supervivencia pues no habían recibido ninguna terapia para inducir maduración pulmonar fetal. No trajo historia de control prenatal, ni resultados de laboratorios, ni informes de Ecografías.

16.40 HORA. Paciente en expulsivo. Se atiende parto del primer feto en encefálica, Apgar 6-7-3, Peso 1.000 gramos. Sexo Masculino. Prematuridad extrema.

16.45 HORA. Nace segundo feto en podálica, extracción parcial, Apgar 6-7-3. Peso. 1.000 gramos. Sexo. Masculino, prematuridad extrema.

Los fetos son recibidos por la Pediatra de turno Dra. CARMEN E. SOLORZA LOPEZ quien realiza la atención pertinente y conducta adecuada dada la prematuridad y bajo peso de los recién nacidos.

16.56. HORA. Se produce alumbramiento espontáneo de la placenta: Monocorial, Monoamniótica, se revisa útero, no hay desgarros, sangrado normal, y la paciente pasa a Sala de Puerperio.

17-03-98.
Se da de alta a la paciente en perfectas condiciones.

Atención del parto,
DR CIRO SEGUNDO BENITEZ CASTRILLON, ginecólogo de turno, con el personal médico y paramédico asignado a la Sala de partos". (Negruilas de la Sala)

Finalmente, en cuanto a la atención médica brindada a los neonatos se refiere, obra la historia clínica de la "Clínica de Occidente" de la ciudad de Cali, en la cual se consignó que los gemelos ingresaron a dicho centro hospitalario hacia las 10.00 de la noche, en precarias condiciones. Hizo referencia, también, a ciertas complicaciones ocurridas durante su transporte debido al agotamiento de oxígeno. En efecto, respecto a uno de los gemelos, la nota de ingreso indicó las condiciones de llegada del menor, así como su posterior fallecimiento hacia las 3 de la mañana del día siguiente, en los siguientes términos¹⁷:

"H Juliet Rivera #2
16 III 98 22.00 Nota ingreso.

¹⁷ FI 64 Cdno de pruebas.

E: 5 Hr 20 min, masculino...

...F información. **Hoja de remisión muy incompleta.**

Producto de madre de 26 a, G2P3 hemoclasificación O+ con amenorrea de 27 ss sin RPM, sin antecedentes de (ilegible) nace al parecer por vía vaginal.

RN Apgar 5/0 -7/10 -9/10, peso 1000 gr (ilegible) con TOT, cateterizan vena umbilical, iniciaron LEV y deciden remitir.

Refiere 3 paros cardiorrespiratorio durante el traslado que manejan con adrenalina bolos + masaje cardiaco, trasladan con F O2 (ilegible) 100% x PIP x Ambu pero posteriormente O2 21 % por agotamiento del mismo.

Ingresa en malas (pésimas condiciones) en incubadora de transporte, hipotérmico...

Dx RNPT 27ss a Em gemelar # 2

SDR a RMH

Hipoxemia severa

Hipotermia.

PCR # 3

Depresión miocárdica.

Riesgo metabólico.

Riesgo infx por manipulación.

Trauma obstétrico...

3.00.

Paciente que entra en paro cardiorrespiratorio. Se aplican maniobras de reanimación con masaje cardiaco más adrenalina, bolos O2 x pip con ambu al 100% durante 15 min sin respuesta. Se declara fallecido"(Negrillas fuera de texto).

En cuanto al tratamiento brindado en dicho centro hospitalario a este menor, se tiene la epicrisis obrante a folio 67, documento en el que se resumió lo acontecido de la siguiente manera:

"EPICRISIS 67

Se administra bolo de adrenalina bicarbonado. Se inicia DAD 10% dopamina dobumina, bolo de fenobarbital O2 por ambu 100% y posteriormente ventilación (ilegible)

Rx Torax: R MH, GIV, se recupera satur, temperatura, Rc y Ta, **se administra surfactante**, recuperando y manteniendo saturación 99%, temporalmente, después nuevamente deterioro hasta hacer nuevamente paro cardiorespiratorio sin respuesta a maniobras"(Negrillas de la Sala).

Muy similares anotaciones obran respecto del otro neonato, con la diferencia de haber fallecido hacia las 00.05 horas del día siguiente a su llegada a la mentada clínica.

"H Juliet Rivera #1

16 III 98 22.00 Nota ingreso.

E: 5 Hr 20 min, masculino.

F información. Hoja de remisión muy incompleta.

Producto de madre de 26 a G2P3 hemoclasificación O+ con amenorrea de 27 ss sin RPM, sin antecedentes de (ilegible) nace al parecer por vía vaginal.

RN Apgar 6/10 -8/10, peso 1000 gr intubado con TOT, (ilegible) presentó bradicardia severa (40/min) que manejan con adrenalina, cateterizan vena umbilical, iniciaron LEV y deciden trasladar a esta institución.

Refieren 3 paros cardiorrespiratorio durante el traslado que manejan con masaje cardíaco + adrenalina bolos y PIP con ambu con Fo2 al 21% ("**se acabó**") **durante el traslado**, Ingresa RN en malas condiciones en incubadora de transporte, hipotérmico...

Dx RNPT 27ss a Em gemelar # 2

SDR a RMH

Hipoxemia severa

Hipotermia.

Riesgo metabólico

Depresión miocárdica.

PCR # 3

Riesgo infx por manipulación.

Trauma obstétrico...

Se inicia LEV (90/LC/D) Dopamina (s) dobumina (s), se administra adrenalina en bolo, se da O2 al 100% por ambu, bolos de (ilegible) FBT y bicarbonato de Na, recuperando F O2 de 29 a 84% y Rc, tornándose más activas, movilizándose las 4 extremidades (previo a la sedación y relajación. RX Tórax (ilegible), broncograma a X: **surfactante**

17iii 98

0005 hr

Rn que hace paro cardiorrespiratorio se practican maniobras de reanimación con masaje cardíaco y bolo de adrenalina durante 15 minutos, sin respuesta se considera fallecido"(Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, a petición de la parte actora se recibieron en el proceso testimonios de personas que se encontraban presentes al momento en el cual se sucedieron los acontecimientos de los cuales da cuenta la demanda¹⁸. En dicho sentido, entre folios 76 y 80, aparecen las declaraciones de los esposos MARIA LIDIA OROZCO DE COLLAZOS Y FEDERICO COLLAZOS TINTINAGO, conocidos de la señora RIVERA MORCILLO, quienes refirieron que en horas de la tarde vieron a la paciente en el pasillo del hospital, tendida en una camilla en el piso, esperando una ambulancia que la recogiera. Adicionalmente manifestaron que en esos momentos no tenía ningún tipo de asistencia pese a las manifestaciones de la paciente que indicaba que ya iban a nacer sus hijos. Finalmente expusieron que pudieron presenciar el momento en el que los neonatos fueron trasladados hacia la ciudad de Cali.

También en calidad de testigo presencial depuso IVO ALBERTO RIVERA MORCILLO, hermano de la materna demandante, quien explicó en detalle lo ocurrido en el hospital San José, así como lo ocurrido durante el traslado de los menores a la ciudad de Cali y su posterior fallecimiento en la Clínica de Occidente de esa ciudad. Las siguientes fueron sus palabras¹⁹:

"A las dos de la tarde al terminar la primera hora llamé a mi casa y allí me enteré de que mi hermana había salido hacia el Hospital porque mi Mamá me dijo que en la clínica no la atendieron entonces se iba para el hospital, entonces llegué a las dos y media de la tarde al Hospital Universitario San José y me encontré con mi

¹⁸ Al respecto obra a folios 89 y ss del cuaderno de pruebas, la declaración de la señora PAULINA ACOSTA DE CERTUCHE, sin embargo este testimonio no será valorado por cuanto la deponente hace parte de los demandantes dentro del presente proceso.

¹⁹ Fls 139-142 Cdo de Pruebas.

hermana en los pasillos de entrada de ese hospital, entonces desde esa hora me puse al frente de los hechos y desde aquí ya me tocó hacer gestiones con la enfermera jefe de la Sección de partos , en el tercer piso... hacia las cuatro de la tarde se remite a mi hermana a la ciudad de Cali **y después de que estábamos preparándonos para salir, ella tiene contracciones en la salida del Hospital y uno de los niños se le alcanza a ver la cabeza, por lo que nos devolvemos hacia la sala de partos...** ya hacia las seis de la tarde que los niños habían nacido en perfecto estado, se vuelve a negar el servicio de la atención a ellos, que allí no los podían atender , que los tenían que llevar a Cali... **encontramos dificultades de una segunda incubadora ya que los niños eran dos y solo partimos con una incubadora y una pipa de oxígeno, la cual había que estarla turnando entre un niño y el otro.** En el camino paramos en dos oportunidades, una de las auxiliares se estaba mareando y por esta razón llevaban las ventanillas abiertas de la ambulancia en la parte de atrás, luego el auxiliar del Seguro Social que nos acompañaba le tocó pasarse a la parte de atrás de la ambulancia a colaborarles, ya que él era paramédico y las enfermeras nos decían que no iba ningún médico en la ambulancia y además para que no se moviera mucho la incubadora de la ambulancia. A la llegada a Cali hacia las once de la noche, luego de la recepción de los niños, y me dijeron información pesimista de la llegada de ellos, de que ningún niño se podía mover en ese estado, ni siquiera para atravesar una cuadra, llegaron un poco fríos para el estado de ellos, uno llegó negro, moretado (sic) por la escasez de oxígeno y hacia la madrugada ya se me informó del fallecimiento de los niños”.

En cuanto al tiempo transcurrido entre la remisión y la salida a Cali informó el mismo testigo:

“Trascurrieron tres horas y la ambulancia pertenecía al Seguro Social, pero venía de la ciudad de Puracé nos dijeron, y el chofer necesitaba tramitar los viáticos para el traslado, entonces por esta razón fue que se demoraron más de tres horas”.

Ahora bien, en cuanto a la prueba técnica allegada al proceso, encuentra la Sala que a folios 133-135 del cuaderno de pruebas aparece el dictamen rendido por el Dr. SANTIAGO AYERBE, pediatra designado como perito por el Tribunal a quo, quien indicó que el embarazo de la señora JULIETA RIVERA MORCILLO era de alto riesgo y consideró que la atención médica brindada a la paciente fue la adecuada y que fue la inexistencia de cupos en la unidad de Neonatos vino a ser la circunstancia que obligó al traslado ordenado a la ciudad de Cali. Su criterio lo expresó en los siguientes términos:

“3.1. ENTIDAD DE LA PATOLOGIA PRESENTADA POR LOS PACIENTES - MADRE E HIJOS.

“La madre según consta en la Historia Clínica, tenía un embarazo pretérmino que había cursado normalmente por clínica y ecografía. Presentó en forma súbita e inexplicable un trabajo de parto prematuro con la consiguiente ruptura de membranas.

*“De por sí, un embarazo gemelar es de riesgo moderado y al existir un trabajo de parto antes de alcanzar las 38 semanas de gestación, ello constituye un riesgo grave para los fetos pues están inmaduros y **pueden desarrollar Enfermedad de Membranas Hialinas por carencia en la producción de una sustancia en los pulmones llamada Factor Surfactante.***

“Esta situación puede evitarse con tratamiento esteroideo para inducir una maduración de los pulmones; sin embargo el parto se aceleró y no dio tiempo a instaurar la mencionada terapia como consta en la Historia Clínica.

“3.2. MEDIOS DE TRATAMIENTO Y EVALUACION DE LO EFECTUADO A LOS PACIENTES EN EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE, E.S.E.

“El manejo de la emergencia presentada en los niños fue correcto e inclusive se logró sacar de un paro cardiorrespiratorio a uno de ellos; esto demuestra que si hubo medios de evaluación y tratamiento adecuado en la emergencia anotada.

“3.3. RECURSOS TECNICOS Y CIENTIFICOS REQUERIDOS POR LA EMERGENCIA SEGÚN LA HISTORIA CLINICA.

*“El Hospital mencionado tiene Unidad Neonatal de Cuidados Intensivos; sin embargo en el momento de la emergencia que nos ocupa, no se pudo prestar el servicio integral como lo aclara y consigna la pediatra en la Historia Clínica HUSJ-333795 Folio No 99 **“No hay disponibilidad de cupo en la Unidad (Neonatal de cuidados Intensivos) y se envían (los gemelos) a la Clínica de Occidente (Cali).** Se entiende pues, que la Unidad estaba colmada de pacientes en ese momento y no se le podía prestar el manejo continuado que con urgencia requerían los gemelos prematuros; sin embargo se les canalizó vena umbilical, recibieron líquidos endovenosos a la dosis recomendada y se los intubó vía orotraqueal con tubos adecuados, procedimiento totalmente acertado en estos casos.*

“3.4. POSIBILIDAD DE VIDA DE LOS RECIÉN NACIDOS Y RIESGOS FUTUROS CONSIDERANDO EL DIAGNOSTICO QUE LES PRODUJO SU DECESO.

“Los fetos solo alcanzaban un peso de 1000 gramos cada uno con una posibilidad de sobrevivida de apenas un 20% en una Unidad Neonatal de Cuidados Intensivos. Al presentar Enfermedad de Membranas Hialinas el porcentaje de sobrevivida era de un 10% o menor con riesgo de presentar graves secuelas como alteraciones cerebrales (Convulsiones, Retardo Mental y Motor) por hipoxia (baja concentración de oxígeno en los tejidos) Fibroplasia Retrolenticular (Opacificación por detrás de los lentes oculares) con ceguera por hiperoxigenación dentro de las medidas terapéuticas, sangrado por déficit de Vitamina K, Hiperbilirrubinemia por inmadurez Hepática y daños estructurales pulmonares por la patología de base”.

A folio 137 puede verse el concepto rendido por el Dr. JOSE VICENTE ERAZO, médico ginecólogo. Sin embargo, no obstante la presencia en el proceso de tal documento, ha de señalarse que no obra constancia de que dicho profesional hubiera sido designado por el Tribunal a quo para rendir dictamen. Así mismo se tiene que el escrito por él emitido no fue puesto a disposición de las partes para su contradicción y, en consecuencia, resultan acertadas las apreciaciones de la parte actora al solicitar su no valoración, en tanto las circunstancias en las que fue allegado dicho experticio no resultan claras y, además, no se respetaron las disposiciones normativas pertinentes que hubieran permitido su debida contradicción.

Finalmente, obra también en el proceso declaración rendida por el Dr. JAMES ANTONIO ZAPATA DUQUE, médico de la Clínica de Occidente, quien depuso en calidad de testigo técnico²⁰, galeno que concordó con el Dr. AYERBE en cuanto a

²⁰ Fls 159-162 Cdno Principal

que se trataba de un embarazo de alto riesgo, prematuro y con grave riesgo de desarrollar enfermedad de membranas hialinas. Sin embargo difiere del concepto de aquel en cuanto a la probabilidad de vida de los menores, la cual –en su criterio- puede alcanzar a un 75% de sobrevivencia, e indicó que el tratamiento con sustancia surfactante debió realizarse desde el momento mismo del parto. De otra parte consideró que la causa del fallecimiento se debió tanto al riesgo del embarazo como a la imposibilidad de que se les hubiera dado un tratamiento adecuado desde el nacimiento. Así explicó su concepto tal galeno:

*“Fueron dos gemelos prematuros que ingresaron remitidos desde la ciudad de Popayán ambos con un peso alrededor de los mil gramos que llegaron en muy malas condiciones y en quienes referían habían presentado tres paros cardiorrespiratorios durante su transporte, por su prematurez tenía una presunción diagnóstica de enfermedad de membrana hialina que fue confirmada radiográficamente y se inició tratamiento inmediatamente a su ingreso **pero por el antecedente de severidad de la misma y la no posibilidad de un manejo inmediato a su nacimiento sumado a las complicaciones durante su transporte, fallecieron rápidamente...***

*“... cuando se espera el nacimiento de un niño prematuro con riesgo de presentar inmadurez pulmonar con enfermedad de membrana hialina **uno espera poder administrar lo más rápido posible (ojala en la misma sala de partos) un medicamento para tener expandidos los pulmones (surfactante)** además la posibilidad de administrar ventilación mecánica y de hacer monitoreo de la mejoría o deterioro con las medidas tomadas, todo esto dentro de las posibilidades de cada institución y del tiempo o condiciones que nos dé el caso clínico. Considero que si decidieron remitir los gemelos es porque no se podía brindarle estas condiciones...*

*“...La enfermedad de membrana hialina consiste en una incapacidad para expandir los alveolos pulmonares por la no producción de surfactante (sic) manifestándose en un colapso o cierre de los sacos pulmonares haciendo imposible el intercambio de oxígeno y CO₂ manifestándose con una gran dificultad para la respiración, coloración azulosa de piel y mucosas con una concentración muy baja de oxígeno en sangre arterial y alta de CO₂, conllevando esto a deterioro en la función de otros sistemas como es: sistema nervioso, central, cardiovascular, etc. **El riesgo de morir para un niño con las características de esos gemelos, con un manejo óptimo y oportuno puede llevar (sic) hasta un 25 % de mortalidad**”(Negrillas de la Sala).*

Con fundamento en todos los elementos de juicio a los que se ha hecho referencia con anterioridad, debe procederse a establecer el título de imputación aplicable en eventos como el que hoy se pone a conocimiento de la Sala.

4. Título de imputación en caso de falla médica. Falla probada. Situaciones en las que se discute falencia en el servicio obstétrico. Análisis del material probatorio aportado.

Actualmente el título de imputación que rige las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico tienen como fundamento el régimen de falla probada en el servicio, en cierta forma morigerado en el sentido de que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de

asuntos, la prueba indiciaria se torna como fundamental y, en ocasiones, el único medio que permite establecer la presencia de la falla endilgada²¹.

Dicha concepción resulta también aplicable a los casos de falla médica en el servicio de obstetricia, con la diferencia de que si el demandante demuestra que el embarazo se desarrolló en condiciones de total normalidad –que no es el caso presente-, sin posibilidades evidentes de complicaciones y se causó un daño al momento del parto, dicha conducta viene a ser *per se* un indicio suficiente para declarar la responsabilidad. Lo anterior, sin perjuicio de que dicha prueba indiciaria resulte refutada por la entidad demandada a lo largo del proceso. Así se explicó tal criterio en sentencia de 19 de agosto de 2009²²:

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

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

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla

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

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. Cons Ponente. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15563. “(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”.

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Cons Ponente. Enrique Gil Botero. Exp 18.364

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

Establecido el título de imputación aplicable –de falla probada en el servicio-, procede la Sala al estudio de los diferentes momentos de atención de la paciente y de los recién nacidos en aras de verificar la existencia de la falla en el servicio médico brindado por las demandadas que aduce la demanda.

4.1. El tiempo transcurrido entre que la paciente fuera atendida en la Clínica de los Seguros Sociales y la recepción en el Hospital San José no fue excesivo.

Encuentra la Sala que del acervo probatorio recaudado, puede concluirse que la señora JULIETA RIVERA MORCILLO acudió a la clínica del Instituto de Seguros Sociales hacia las 2.30 de la tarde del 16 de marzo de 1998 con trabajo de parto en curso, siendo remitida de inmediato al Hospital Universitario San José, dada la necesidad de atención por unidad de cuidados intensivos para los neonatos al tratarse de un parto pre término de 27 semanas de gestación.

Ahora bien, consideró la demanda que le asiste responsabilidad al Instituto de Seguros Sociales en este caso por cuanto el transporte brindado para este primer traslado no fue oportuno, hasta el punto de que un particular tuvo que realizar parte del trayecto hacia el Hospital²³. Sin embargo, a juicio de la Sala, las historias clínicas aportadas indican todo contrario, ya que entre la remisión efectuada y la llegada al Hospital San José, no transcurrió un término superior a los 30 minutos²⁴, tiempo que, a juicio de la Sala, se estima como razonable, por lo que debe aceptarse que no existe falla imputable al Instituto de Seguros Sociales por este hecho.

4.2. Naturaleza pública del servicio de Salud, Marco Constitucional. Es deber del Estado procurar la atención de salud de sus habitantes. Existieron falencias en la prestación inicial del servicio médico de la señora RIVERA MORCILLO por parte del Hospital Universitario San José, tanto en la orden de remisión efectuada como en la demora en hacerla efectiva.

²³ Tesis que tiene sustento principalmente la declaración rendida por el señor RIGOBERTO ORDÓÑEZ OLIVEROS quien manifestó haber trasladado, en principio, a la señora RIVERA MORCILLO al hospital, toda vez que la ambulancia demoraba mucho en llegar, este mismo testimonio refiere que estando en ese trayecto se encontraron con la ambulancia del ISS quien terminó de realizar el traslado. (Fl 73-75 Cdo de Pruebas)

²⁴ La Historia Clínica del Instituto de Seguros Sociales señala que la paciente fue atendida y remitida hacia las 2.30 pm y la llegada al Hospital San José se encuentra reportada a las 3.00 pm

En primer lugar la Sala considera pertinente destacar la raigambre constitucional del derecho a la Salud,²⁵ óptica bajo la cual es deber del Estado garantizar su acceso a todos los habitantes ya sea de forma directa con la red hospitalaria pública o delegarlo en entidades privadas que se encontrarán, en consecuencia, bajo su estricto control. En ese orden de ideas no resultan de recibo argumentos de tipo administrativo o presupuestal como fundamento para negar el servicio, por cuanto, de aceptarse tal visión, el mandato constitucional vendría a resultar supeditado a la existencia de recursos económicos, circunstancia que en un país como el nuestro conllevaría que en muchas ocasiones sus habitantes se encontrarán en el abandono en lo que a su salud se refiere.

En este punto debe tenerse en cuenta para efectos de la decisión que habrá de adoptarse, que el demandado Hospital Universitario San José hace parte de la red hospitalaria pública en su calidad de institución hospitalaria del III nivel de atención y, en consecuencia, para este caso, debe entenderse que el Estado asume el papel de prestador directo del servicio y responsable en caso del incumplimiento de sus obligaciones que, como se vio, tiene asiento en la misma Constitución.

Así mismo debe recordarse que, de conformidad con los principios de descentralización y especialización, el artículo 9 del Decreto 1760 de 1990, prescribe que únicamente ostentan el nivel III de atención, aquellos centros hospitalarios que tengan la capacidad para atender casos de la más alta complejidad. Así, en efecto, lo dispone la norma citada:

“ARTICULO 9o. para que las instituciones sean clasificadas como de tercer nivel se requiere que en ellas se cumplan como mínimo los siguientes criterios:

- a) frecuencia de los fenómenos o patología que justifique los servicios correspondientes;
- b) Alta base poblacional en los entes territoriales a cubrir;
- c) Cobertura de atención a otros entes territoriales que cuenten con entidades del primero y segundo nivel de atención;
- d) Tecnología requerida de la más alta complejidad;**
- e) Atención por personal especializado y subespecializado en el área para convertirla como polo de desarrollo de regiones mayores en el país”.

Aterrizando lo anterior al caso concreto se encuentra demostrado a lo largo del proceso que la llegada de la señora RIVERA MORCILLO al Hospital San José obedeció a la necesidad urgente e imperiosa de brindarle a la embarazada un tratamiento de un mayor nivel de complejidad al momento del alumbramiento, en particular debido a que se hacía necesario el uso de una Unidad de Cuidados Intensivos para neonatos, dado que se trataba de un embarazo pre término que –

²⁵ **ARTICULO 49.** La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

por esa razón- se constituía de alto riesgo para los menores, de conformidad con lo indicado en los experticios allegados, pues podían presentar serios problemas de tipo respiratorio, como en realidad aconteció .

Ahora bien, pese a estar demostrado que la paciente ingresó al Hospital Universitario San José hacia las 3 pm y que el médico que inicialmente la valoró ordenó que se realizara la atención por medio de la U.C.I de neonatos, lo cierto es que finalmente se decidió remitirla a la ciudad de Cali. En este punto cabe anotar que las razones esgrimidas para justificar dicho traslado se encuentran consignadas en la historia clínica con base en la **“incapacidad de brindar la atención” o “el estado de emergencia del Hospital”**, sin que –en realidad- exista indicación precisa de lo que ha de entenderse por ello, ni a qué pudiera obedecer. Sin embargo de estas argumentaciones infiere la Sala que el centro hospitalario, pese a ser del señalado tercer nivel, no contaba con las posibilidades de prestar el servicio. Este aspecto por sí solo ya resulta indicativo de la vulneración de los derechos fundamentales de los afectados, quienes recurrieron a una entidad pública que por norma legal debía contar con un servicio especializado como el que se le requería, para encontrarse con la sorpresa de una negativa en la prestación del servicio y una necesidad de remisión hacia una ciudad ubicada geográficamente a más de 120 kms de distancia.

Significa lo anterior que resultaba a cargo del Hospital –por ser del señalado nivel-, contar con los elementos adecuados para brindar la atención de los menores, sin que puedan ser de recibo los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión referidos a la difícil situación económica que atravesaba dicho centro hospitalario, caracterizada por la falta de insumos y medios técnico científicos y ello en forma alguna puede pesar sobre los usuarios del servicio de salud. Lo anterior se explica por cuanto al Estado le han sido encomendados bienes jurídicos como la vida, la salud y la integridad de sus habitantes, situación que incluye su atención médica y hospitalaria y, por tanto, resulta obligatorio la toma de medidas y previsiones que permitan dotar adecuadamente sus instituciones prestadoras de servicios, así como la de vigilar estrictamente a las instituciones privadas, de manera que se materialice en forma efectiva el derecho constitucional a la salud de la totalidad de los habitantes del territorio.

Las anteriores consideraciones resultan aún más importantes si se tiene en cuenta los destinatarios del servicio de salud que se vieron afectados, como fueron una madre y dos recién nacidos, sujetos de especialísima protección constitucional que, por lo mismo, ameritaban ser tratados, dado su delicado estado, con el agotamiento de todos los recursos humanos y técnicos que fueren necesarios para intentar preservarles la vida.

Siguiendo con el análisis de los hechos probados aparece para la Sala como evidente –y es algo que los demandados no discuten- que la paciente hacia las 3.00 de la tarde llegó al Hospital San José en trabajo de parto bastante avanzado,²⁶ motivando la respectiva orden de traslado hacia la ciudad de Cali. Sin embargo, se encuentra acreditado que hasta las 4.40 p.m no se había realizado el traslado dándose lugar el alumbramiento de los menores en el mismo Hospital Universitario de Popayán en las condiciones a las que ya se hizo referencia.

Las anteriores circunstancias que, destaca la Sala, sin duda cuestionan el criterio médico utilizado para dar la orden de traslado a sabiendas de la inminencia del parto de la señora RIVERA MORCILLO, por cuanto no resulta explicable que se

²⁶ Borramiento 100% Dilatación 6 cm (Fl 97 Cdo de pruebas)

haya ordenado un traslado a otra ciudad sin tener en cuenta si existía **tiempo suficiente** para que la materna llegara a su destino sin entrar en fase expulsiva, porque, de lo contrario, el parto dentro de una ambulancia se presentaba como un evento extremadamente riesgoso que no se compadecía con los requerimientos de los nasciturus prematuros.

A lo anterior se agrega que, de conformidad con los testimonios transcritos, durante el período transcurrido entre las 3 pm y las 4.40 pm en que se produjo el parto, la madre estuvo simplemente a la espera del vehículo, sin que se le diera tratamiento adecuado²⁷, pese a que, según el concepto del DR AYERBE, se debió iniciar suministro de esteroides con el propósito de inducir la maduración rápida de los pulmones.²⁸ Tal pérdida de tiempo no resulta excusable bajo ninguna circunstancia y, sin duda, tuvo repercusión en el lamentable resultado como fue la posterior muerte de los recién nacidos.

Ahora bien, en este punto debe anotarse que la demandada ha argüido como justificante de su conducta, el hecho de encontrarse la Unidad de Cuidados Intensivos saturada en sus cupos, obligando de esta manera al Hospital a realizar una remisión con el fin de evitar se causaran mayores daños a la madre y a sus fetos.

Frente a la anterior reflexión del Hospital demandado debe decir la Sala que dicha situación fáctica, ausencia de cupos en UCI de neonatos, aparece consignada en un solo aparte de la historia clínica mientras que el resto de anotaciones tienden a mostrar que la negativa a prestar la atención se debió a un estado de emergencia y parálisis del hospital, situación en la cual, debe destacarse, se encontraban varios entes hospitalarios estatales para la época de los hechos. Sin embargo, esa circunstancia de encontrarse imposibilitado para brindar la atención, por cualquiera de las razones anotadas, lo obligaba, al menos, a garantizar la existencia de un transporte idóneo y oportuno que permitiera realizar el traslado en las mejores condiciones técnicas y científicas, situación que tampoco aconteció tal y como pudo verse de las historias clínicas y de la prueba testimonial transcrita que refieren que transcurrió más de una hora y media sin que se realizara el inicio de dicho traslado. Tal demora ocasionó además que el parto se produjera en las instalaciones del Hospital demandado a sabiendas –según su propio argumento– de que no contaba con el material idóneo para atenderlo, razones que sin duda comprometen la responsabilidad deprecada.

4.3. Existieron falencias en la atención médica prestada a los menores al momento del nacimiento. Inexistencia de tratamiento con sustancia surfactante. Pese a tratarse de un embarazo de alto riesgo, si a los menores les hubiera sido suministrado el tratamiento adecuado, habrían tenido los menores la oportunidad de sobrevivir.

En cuanto a la atención prestada por el Hospital San José una vez nacidos los bebés de la señora RIVERA MORCILLO, encuentra la Sala que también fue deficitaria por tanto, no se les brindaron los elementos que la ciencia médica ha determinado eran necesarios para la condición clínica que presentaban tal y como pasa a verse.

Existe concordancia entre el dictamen rendido por el propio DR SANTIAGO AYERBE y el concepto del Dr ZAPATA DUQUE en cuanto a que la enfermedad de membranas hialinas se presentaba **por ausencia de sustancia surfactante** en

²⁷ Testimonios de MARIA LIDIA OROZCO DE COLLAZOS Y FEDERICO COLLAZOS TINTINAGO previamente transcritos.

²⁸ FI 134 Cdo de pruebas.

los pulmones de los neonatos. Sin embargo a juicio del primero de los galenos, el tratamiento con dicha sustancia no pudo ser suministrado dada lo acelerado del parto mientras que su homólogo consideró que ese tratamiento **debió ser impartido a los menores desde el momento mismo del parto y de ser posible incluso antes**. Al respecto la Sala desestima lo afirmado por el Dr AYERBE por cuanto está referenciado que la señora RIVERA MORCILLO llegó al hospital una hora y cuarenta minutos con anterioridad al nacimiento sin que dicha sustancia le fuera proporcionada, así como tampoco fue adoptado dicho tratamiento, una vez nacieron los menores. Tal circunstancia se encuentra en contravía de lo realizado por la Clínica de Occidente de Cali en donde una vez allegados los neonatos a esa institución, se les impartió dicho medicamento, hasta el punto que alcanzó a tener efecto positivo en uno de los gemelos aunque finalmente fuera imposible salvarle la vida.

Por tanto, resulta evidente que el no suministro de dicha sustancia (surfactante) resultó determinante en el agravamiento de la condición física de los neonatos. No debe pasarse por alto que los dos conceptos médicos recaudados señalan que los menores tenían posibilidades de sobrevivir, e incluso el DR ZAPATA DUQUE consideró que de haberseles brindado un tratamiento óptimo, la tasa de mortalidad era tan sólo del 25%. Tal falencia en la atención prestada no encuentra justificación alguna en el acervo probatorio y, en consecuencia, resulta endilgable al hospital demandado.

4.4. Deficiencias en el transporte de los menores a la ciudad de Cali. La responsabilidad del Hospital San José en su calidad de institución referente comprendía hasta el momento en el cual fueran allegados a la Clínica de Occidente.

Como se señaló previamente, el acervo probatorio señala que una vez atendido el nacimiento de los gemelos y la atención inicial prestada, se ordenó nuevamente la remisión a la ciudad de Cali, dado el precario estado de los menores y la imposibilidad de atenderlos en ese centro hospitalario.

Del análisis del acervo probatorio se observa que pese a que el nacimiento ocurrió antes de las 5 pm, los testigos indicaron que sólo hasta las 7 pm se logró organizar una ambulancia con una sola incubadora y que hacia esa hora inició el viaje, información que la Sala encuentra concordante con la hora de llegada a la Clínica de Occidente de Cali, la cual ocurrió a las 10.00 pm.

Dicho periodo de tiempo, a juicio de la Sala, resulta excesivo, más cuando el Hospital conocía de la situación de emergencia de la señora RIVERA MORCILLO desde las 3 pm y desde esa misma hora, había insistido en la necesidad de remitir a la paciente, por lo que el hecho de que el vehículo solo se haya proporcionado hasta pasadas la 7 pm, en forma por demás precaria²⁹, no resulta aceptable, ni idóneo, dada la gravedad del estado de salud de los recién nacidos.

Cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2759 de 1991, vigente para la época de los hechos, en caso de que se hiciera necesario realizar una remisión, la entidad referente respondía hasta el momento mismo en que el paciente fuera ingresado a la institución receptora, Así, en efecto, señalaba la norma:

²⁹ De conformidad con el dicho de los testigos, la ambulancia que transportó a los menores solo contaba con una incubadora y, la historia clínica de la "Clínica de Occidente" señala que en el transporte a los neonatos "se les acabó" el oxígeno

“ARTICULO 6o. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA INSTITUCION REFERENTE.

La institución referente, será responsable de la atención del usuario o del elemento objeto de remisión, hasta que ingrese a la institución receptora”.

Por consiguiente, la inocultable demora y deficiencia en el transporte suministrado para la remisión de los recién nacidos, resulta –sin duda- imputable al Hospital Universitario San José toda vez que al no poder (según su visión) brindar la atención que le era exigible, debió ofrecer de una manera oportuna y adecuada el transporte que se hacía necesario.

5. Pérdida de la oportunidad como perjuicio de índole autónoma. Aplicabilidad al caso concreto.

Lo hasta aquí expuesto evidencia que se presentaron diferentes falencias en la atención médica prestada a la señora RIVERA MORCILLO así como a sus hijos recién nacidos. Sin embargo, encuentra la Sala que no resulta posible la imputación a la demandada de la muerte de estos menores, por cuanto a lo largo del proceso se demostró que el proceso de parto adelantado fue de alto riesgo y con prematurez extrema (27 semanas) hasta el punto que aún de haberse brindado todos los cuidados adecuados, es posible que el desenlace fatal no hubiera podido ser evitado.

Sin embargo, como se vio previamente, la prueba pericial aportada, es clara al señalar que los menores pese a su precario estado al nacer, tenían oportunidades de sobrevivir³⁰. Tal punto resulta relevante en el entendido que pese a la discrepancia de los criterios médicos allegados al proceso, lo que si resulta innegable es que el chance de supervivencia existía sin importar lo pequeño que éste fuera sin que sea dable al fallador desestimar dicha posibilidad con base en criterios de mayor o menor probabilidad. Debe recalcarse para el caso que la búsqueda de la preservación de la vida y la integridad del paciente es el fin último de toda actividad médica y, en consecuencia, mientras existan posibilidades de conseguirse dicho propósitos, deberá el médico privilegiar esa búsqueda. Entender lo contrario significaría desatender la responsabilidad estatal en estos casos con base en criterios meramente porcentuales en donde un pequeño chance de sobrevivir equivale a no tenerlo, criterio que de ninguna forma puede ser aceptado por esta Corporación

Así las cosas, demostrado como esta que la atención médica brindada a los menores fue precaria e inoportuna, y que esta conducta afectó la oportunidad de vida de los menores, concluye la Sala que el daño causado resulta imputable al Hospital demandado bajo la óptica de lo que la jurisprudencia conoce como “la pérdida de la oportunidad o pérdida del chance” a la cual la Sala se refiere enseguida.

La pérdida de la oportunidad, en materia médica establece la responsabilidad de los prestadores de servicios médicos y hospitalarios en aquellos casos en los cuales no se brindan al paciente todos los tratamientos y cuidados adecuados y oportunos, aun cuando estos no garanticen totalmente que el daño se hubiera evitado.

En consecuencia, la pérdida de la oportunidad hace referencia, como su nombre lo indica, a la disminución en la probabilidad de haberse evitado el daño que

³⁰ Uno de los peritazgos les da un 10-20% de probabilidad de vida y el otro hasta un 75%

finalmente se causó, planteamiento que pese a la facilidad en su formulación, ha presentado desde antaño una gran dificultad en su aplicabilidad. En esta línea de pensamiento, en sentencia de veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), la Sección Tercera expresó:

“Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que realmente se presentan son dificultades al establecer el nexo causal. Pero, si bien se requiere que se encuentre demostrado que la prestación del servicio médico constituía una oportunidad real y no meramente hipotética para el paciente de recuperar su salud o prolongar su vida, también debe quedar claro que esa ventaja debe ser una posibilidad, cuya materialización dependa también de otros factores, como las propias condiciones del paciente, porque en aquéllos eventos en los cuales no se trate de una oportunidad sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia de nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por falla del servicio médico”³¹

En similar sentido esta Subsección ha precisado que la pérdida de la oportunidad se traduce en un perjuicio autónomo, diferente del daño final al que realmente se vio sometido el paciente.

“Precisamente, la jurisprudencia de esta Corporación, ha sido enfática en señalar que la pérdida de oportunidad no puede servir de fundamento para los casos en los cuales existe duda sobre el vínculo causal entre el hecho y el daño final padecido por el paciente. Como se dijo en párrafos anteriores, si bien en los asuntos de responsabilidad por servicios médico – asistenciales, el nexo causal es, en veces, difícil de establecer, a éste se puede llegar por la vía indiciaria, e incluso, la jurisprudencia ha señalado que puede estructurarse con menor rigor, cuando los conocimientos científicos propios de la ciencia médica impiden conocer con relativa certeza la causa del daño.

“Por esta razón la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño – sin desconocer que, por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad - y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”³².

Así las cosas si bien en el presente caso, no es posible asegurar que si el hospital demandado hubiera adoptado una conducta idónea y oportuna frente a la señora RIVERA MORCILLO y a sus bebés, se hubiera podido evitar la muerte de estos últimos, sin embargo si es evidente que las actuaciones y omisiones detalladas en los acápites precedentes, aumentaron enormemente las posibilidades de que murieran, como en efecto aconteció, motivo por el cual resulta procedente la declaratoria de responsabilidad del Hospital Universitario San José

³¹ Exp. 17.725, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

³² Exp 21726. Sección Tercera. Subsección A Cons Ponente. Gladys Agudelo Ordoñez. Sentenciad de 16 de septiembre de 2011.

6. Perjuicios.

Encuentra la Sala que comparecieron al proceso JULIETD RIVERA MORCILLO y HEMBERTH ARIEL CERTUCHE ACOSTA en calidad de padres de neonatos fallecidos, EDUAR DAVID CERTUCHE RIVERA en calidad de hermano y los señores AURA TULIA MORCILLO DE RIVERA, PAULINA DUPERLY ACOSTA DE CERTUCHE y HENRY ANID CERTUCHE CERTUCHE en calidad de abuelos, parentescos que se pretendió acreditar con los registros civiles obrante a folio 17-19 del cuaderno principal

Ahora bien, se observa que no fue aportado al proceso, copia de los registros civiles de nacimiento y defunción de los menores fallecidos. Sin embargo tal situación, considera la Sala, no es óbice para tener por legitimados a los demandantes, por cuanto se encuentra plenamente probado que los dos menores eran hijos recién nacidos de JULIETD RIVERA MORCILLO, quien al momento de los hechos se encontraba casada con el señor HEMBERTH ARIEL CERTUCHE ACOSTA, por lo que se presume que era el padre de los neonatos.

De lo anterior, resulta procedente tener legitimada por activa a la parte actora que interpuso la presente acción.

Perjuicios por pérdida de la oportunidad

Toda vez que el perjuicio autónomo por este concepto no deviene estrictamente de la muerte de los recién nacidos, sino de la pérdida de la oportunidad causada, la Sala no se pronunciara sobre los perjuicios materiales solicitados en el libelo, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida y, en consecuencia, se ordenara al reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad para los demandantes toda vez que se encuentran debidamente probadas las calidades de padres, hermano y abuelos alegada en la demanda.

Por consiguiente, por este concepto se reconocerá para JULIETD RIVERA MORCILLO y HEMBERTH ARIEL CERTUCHE ACOSTA, en su calidad de padres, la suma de 70 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos, para el menor EDUAR DAVID CERTUCHE RIVERA, en su calidad de hermano, la suma de 35 salarios mínimos mensuales vigentes y para los señores AURA TULIA MORCILLO DE RIVERA, PAULINA DUPERLY ACOSTA DE CERTUCHE y HENRY ANID CERTUCHE CERTUCHE, en su calidad de abuelos, la suma de 30 Salarios Mínimos Mensuales para cada uno de ellos

Perjuicios morales.

La Sección ha considerado procedente el reconocimiento de dicho concepto en casos en los cuales se indemniza por pérdida de la oportunidad, así se expuso en sentencia de 11 de agosto de 2010,

“En cuanto corresponde a esta clase de perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios

morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...)”.

Con base en lo anterior, por este concepto, se reconocerá para JULIETD RIVERA MORCILLO y HEMBERTH ARIEL CERTUCHE ACOSTA, en su calidad de padres, la suma de 60 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos, para el menor EDUAR DAVID CERTUCHE RIVERA, en su calidad de hermano, la suma de 30 salarios mínimos mensuales vigentes y para los señores AURA TULIA MORCILLO DE RIVERA, PAULINA DUPERLY ACOSTA DE CERTUCHE y HENRY ANID CERTUCHE CERTUCHE, la suma de 25 Salarios Mínimos Mensuales para cada uno de ellos.

7. Costas.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia proferida el día 14 de mayo de 2001 por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali y en su lugar se dispone.

1. DECLARAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN. E.S.E administrativamente responsable de los perjuicios causados por la pérdida de la oportunidad en el proceso de parto de la señora JULIETD RIVERA MORCILLO, de conformidad con lo expuesto.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN. E.S.E, a pagar las siguientes sumas

Por concepto de Pérdida de la oportunidad:

Para JULIETD RIVERA MORCILLO y HEMBERTH ARIEL CERTUCHE ACOSTA, la suma de 70 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes para cada uno de ellos.

Para EDUAR DAVID CERTUCHE RIVERA la suma de 35 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes

Para AURA TULIA MORCILLO DE RIVERA, PAULINA DUPERLY ACOSTA DE CERTUCHE y HENRY ANID CERTUCHE CERTUCHE, la suma de 30 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes para cada uno de ellos.

Por concepto de perjuicios morales.

Para JULIETD RIVERA MORCILLO y HEMBERTH ARIEL CERTUCHE ACOSTA, la suma de 60 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes para cada uno de ellos.

Para EDUAR DAVID CERTUCHE RIVERA la suma de 30 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes

Para AURA TULIA MORCILLO DE RIVERA, PAULINA DUPERLY ACOSTA DE CERTUCHE y HENRY ANID CERTUCHE CERTUCHE, la suma de 25 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes para cada uno de ellos.

3. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

4. Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.

5. Sin costas (Art. 55 de la ley 446 de 1998.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE PUBLIQUESE Y DEVUELVASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.