



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Sentencia No. 031

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante	Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado	E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros – Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

RECURSO DE APELACIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del dieciseis (16) de julio de 2021, prorrogado mediante Acuerdo No. PCSJA21-11889 del 30 de noviembre de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de resolver el recurso de apelación, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Neiva¹ dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de reparación directa por Sandra Milena Peña Bonelo y otros contra la E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de

¹ Folios 1150 a 1204, Cuaderno No. 5

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Neiva y otros – Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. –
I.P.S. Previmedica S.A., que resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito propuestas por la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA** denominadas: i) falta de causa para demandar, ii) inexistencia de la obligación y iii) inexistencia del daño, iv) ausencia de culpa de culpa en la actuación médica, v) ausencia de carga probatoria por la parte demandante y vi) cobro de lo no debido, enunciadas por la **CLÍNICA UROS S.A.**.

Bajo el mismo raciocinio, se deberán declarar probadas las excepciones de mérito de: i) contrato cumplido, ii) ausencia de responsabilidad, iii) cumplimiento de las obligaciones de medio del personal asistencial de la Clínica Marly S.A., iv) indebida y excesiva tasación de perjuicios y v) ausencia de solidaridad, propuestas por la **CLÍNICA MARLY S.A.**, las de i) inexistencia de responsabilidad debido cumplimiento de la obligación de seguridad, ii) inexistencia de la relación de causalidad, iii) límites de la responsabilidad médica, iv) inexistencia de solidaridad, v) inexistencia de la obligación de indemnizar y vi) principio de buena fe, increpadas por la E.P.S. Humana Vivir y las de i) falta de causalidad e ii) inexistencia de solidaridad, presentadas por **PREVIMEDICA S.A.**.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas, al no cumplirse los presupuestos para su imposición.

CUARTO: RECONOCER personería para actuar como apoderado sustituido de la Dra. DIANA MARCELA JORDAN VIEDA al Dr. STEVEN SERRATO ROJAS identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.721.055 de Neiva – H y portador de la T.P. No. 187.173 del C. S. de la J., para que represente os intereses de la entidad accionada **CLÍNICA UROS S.A.**, en los términos del memorial poder conferido.

QUINTO: En firme la presente providencia, archívese el expediente, una vez hechas las anotaciones en el Software de Gestión Justicia Siglo XXI.

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

Los señores Sandra Milena Peña Bonelo y José Ricardo Hernández Castro instauraron demanda de reparación directa, por medio de apoderado, en contra de las entidades: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, Humana Vivir S.A. E.P.S., Clínica Marly S.A., I.P.S. Previmedica S.A. y Clínica Uros S.A., con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

- PRETENSIONES

“PRIMERA: Declarar patrimonial y administrativamente responsable, por falta o falla en la prestación del servicio médico, a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA, HUMANA VIVIR S.A. E.P.S., CLÍNICA MARLY S.A., I.P.S. PREVIMEDIC S.A. y a la CLÍNICA UROS S.A., de los daños y perjuicios patrimoniales causados a mis mandantes SANDRA MILENA PEÑA BONELO, MARYORY HERNANDEZ PEÑA, JOHN FREDY HERNANDEZ PEÑA y JOSE RICARDO HERNANDEZ CASTRO, ocasionados como consecuencia de la muerte del señor RAUL HERNANDEZ CASTRO, el día dieciocho (18) de agosto de dos mil ocho (2008), por la falla o falta cometidas por las entidades demandadas en la prestación del servicio médico y de salud.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA, HUMANA VIVIR S.A. E.P.S., CLÍNICA MARLY S.A., I.P.S. PREVIMEDIC S.A. y a la CLÍNICA UROS S.A., a reconocer, indemnizar y pagar a cada uno de mis poderdantes, a título de indemnización por los daños y perjuicios materiales, morales, fisiológicos o a la vida de relación, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación que se determinan a continuación:

1. Por perjuicios materiales:

Lucro cesante: Se configura el lucro cesante a favor de la señora SANDRA MILENA PEÑA BONELO, en su condición de esposa del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, por lo dejado de percibir con el ejercicio de su oficio de estilista, durante la enfermedad y hasta la muerte de su esposo, así:

- a. El equivalente a cuarenta y tres (43) salarios mínimos mensuales vigentes a la época de los hechos, debidamente indexadas a la fecha de efectuarse el pago, dejados de percibir por la señora SANDRA MILENA PEÑA BONELO entre el catorce (14) de enero de dos mil cinco (2005) y el dieciocho (18) de agosto de dos mil ocho (2008) fecha de ocurrencia de la muerte del señor RAUL HERNANDEZ CASTRO (Q.E.P.D.), en razón a que tuvo que abandonar su profesión de estilista para dedicarse al cuidado personal de su esposo, a acompañarlo permanentemente a citas, exámenes y chequeos médicos, terapias, dentro y fuera de la ciudad de Neiva (H), indemnización que se tasa en el equivalente a cuarenta y tres (43) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ocurrencia del deceso del señor RAUL HERNANDEZ CASTRO (\$515.000.00 M/CTE.), los cuales ascienden a la suma de \$22'145.000.00 M/CTE.
- b. Igualmente, se configura el lucro cesante a favor de la señora SANDRA MILENA PEÑA BONELO, MARYORY HERNANDEZ PEÑA y JOHN FREDY HERNANDEZ PEÑA, en calidad de esposa e hijos, respectivamente, en la modalidad de indemnización debida o consolidada e indemnización futura, correspondiendo la primera al perjuicio recibido entre la fecha de ocurrencia del hecho dañoso y la fecha del pago efectivo, ajustada a valor presente aplicando la fórmula de matemáticas financieras acogida por el Honorable Consejo de Estado; la segunda, entre la fecha de su reconocimiento y la fecha en que cese la obligación de indemnizar, esto es, hasta el vencimiento del término de vida probable del señor RAUL HERNANDEZ CASTRO (Q.E.P.D.), quien nació el doce (12) de enero de mil novecientos sesenta (1960) de acuerdo a las tablas de esperanza de vida elaboradas por el DANE y/o la Tabla Colombiana de Mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

*Para su cálculo, debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
Edad de la víctima al momento de los hechos: 48.58 años. Vida probable: 56.20 años. Base salarial: \$515.000.00.*

Para efecto de determinar la cuantía, por ser tan recientes los hechos y por estar supeditada la liquidación tanto de la indemnización debida o consolidada como la futura al momento de efectuarse el pago, no se actualizan, correspondiendo ser actualizadas, en su debido momento. En consecuencia, se tasan actualmente para efectos de la cuantía en \$340'420.860.00, de los cuales se descontará el 25%, que se estima, gasta la persona en su propio sostenimiento, con o cual el ingreso base del cálculo, será el siguiente:

$$\begin{aligned} \$515.000.00 \times 75\% &= \$386.250.00 \times 7.62 \text{ años (91.44 meses)} \\ &= \$35'318.700.00 \end{aligned}$$

Total lucro cesante: \$57'463.700.00

2. Perjuicios morales:

Subjetivados: Los perjuicios morales subjetivados causados a los demandantes como consecuencia del profundo dolor que les ha ocasionado la muerte de su esposo, padre y hermano, RAUL HERNANDEZ CASTRO, los cuales se tasan en las siguientes sumas y que deberán ajustarse a valor presente aplicando la fórmula de matemáticas financieras acogida por el Honorable Consejo de Estado, desde la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, hasta la fecha del pago efectivo:

Para la señora SANDRA. MILENA PEÑA BONELO, en su condición de cónyuge del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Para MARYORY HERNANDEZ PEÑA, en su condición de hija del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Para JOHN FREDY HERNANDEZ PEÑA, en su condición de hijo del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Para JOSE RICARDO HERNANDEZ CASTRO, en su condición de hermano del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Total Perjuicios Morales: \$206'000.000.00

3. Daño fisiológico la vida en relación:

Conforme a la sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil (2000), expediente No. 11.842, Consejero Ponente Dr. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, el daño a la vida de relación afecta no solamente a la víctima del daño sino también a las personas cercanas a la misma. Con fundamento en lo anterior y atendiendo la condición de esposa, hijos y hermano del señor RAUL HERNANDEZ CASTRO (Q.EP.D.), se tasa la indemnización por daño a la vida de relación en las siguientes sumas:

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Para la señora SANDRA. MILENA PEÑA BONELO, en su condición de cónyuge del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Para MARYORY HERNANDEZ PEÑA, en su condición de hija del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Para JOHN FREDY HERNANDEZ PEÑA, en su condición de hijo del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Para JOSE RICARDO HERNANDEZ CASTRO, en su condición de hermano del fallecido RAUL HERNANDEZ CASTRO, el equivalente en pesos moneda corriente y legal de a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 smlmv), o sea la suma de \$51'500.000.00.

Total Daño Fisiológico o a la Vida de relación: \$206'000.000.00

Total indemnización: Cuatrocientos veinte millones seiscientos noventa y cuatro mil ciento setenta pesos (sic) (\$469'463.700.000).

TERCERA: Para efectos del cumplimiento del fallo se dará aplicación a los artículos 176, 177 y 178 de Código Contencioso Administrativo.

CUARTA: La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 121 y 122 del Código Contencioso Administrativo.”

- HECHOS

Los fundamentos fácticos presentados por el actor, se resumen de la siguiente manera:

El señor Raúl Hernández Castro y la señora Sandra Milena Peña Bonelo, conformaron un matrimonio del cual nacieron Maryory y John Fredy. Adicionalmente, le sobrevive su hermano el señor José Ricardo Hernández Castro.

Desde el día doce (12) de mayo de dos mil (2000), el señor Raúl Hernández Castro estuvo afiliado a la E.P.S HUMANA VIVIR, perteneciente al régimen de seguridad social en salud, en calidad de beneficiario de su esposa.

El día veintisiete (27) de agosto de 2004, el señor Raúl Hernández Castro acudió a una cita de medicina general en la I.P.S. PREVIMEDIC S.A. por presentar un dolor torácico, a lo que el médico le ordenó la toma de diclofenaco.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El 4 de octubre de 2004 el señor Raúl Hernández Castro asistió a una cita de medicina interna, donde le ordenaron los exámenes de ecografía abdominal y rayos X de tórax practicados al día siguiente en la clínica Uros de Neiva. El día siete (07) de octubre de 2004, el internista revisó los resultados de los exámenes y ordenó la práctica de un TAC de tórax, que fue practicado el 14 de octubre del mencionado año el cual arrojó como resultado evidencia de lesión ósea. Así las cosas, el médico tratante, el Dr. Roberto Salas, ordenó la práctica de una biopsia en el cuarto arco costal izquierdo el día tres (03) de noviembre de 2004.

El día veintinueve (29) de noviembre de 2004, el Dr. Luis Gerardo Vargas sugirió como diagnóstico condrosarcoma mesenquinal (cáncer), pero pendiente de confirmar por prueba de inmunohistoquímica.

El 15 de diciembre de 2004, el señor Raúl Hernández Castro concurrió a su primera cita de oncología en la Unidad de Cancerología del Hospital Universitario de Neiva, donde insistieron por los resultados del estudio de inmunohistoquímica para definir el tratamiento adecuado a seguir. El tratamiento de quimioterapia fue iniciado el 22 de diciembre de 2004, por orden del Dr. Ernesto Benavides; pero a partir del mes de enero de 2005, se inició de lleno el tratamiento con quimioterapia y radioterapias en la Unidad de Cancerología.

Al paciente le fue practicada una biopsia de médula ósea (08 de febrero de 2005), por el Dr. Ernesto Benavides. Conforme a los resultados, luego del estudio efectuado se determinó como diagnóstico cáncer en linfoma difuso de célula grande estadio IV. La prueba fue enviada al Instituto Nacional de Cancerología de la ciudad de Bogotá para ser estudiada por inmunohistoquímica.

El 12 de abril de 2005, el señor Raúl Hernández Castro asistió a su cita de control con el Dr. E. Benavides, luego de recibir el tercer ciclo de quimioterapias y estudiar los resultados de los exámenes previos, quien autorizó la transfusión de dos (02) unidades de sangre (provenientes del Hospital Universitario Hernando Moncaleano), a través de la clínica Uros, la cual se realizó el mismo día. Lo anterior, para poder recuperar los niveles de hemoglobina del paciente, que se encontraban bajos.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Indica el apoderado de la parte demandante que el día 15 de junio de dos mil cinco (2005), los resultados del estudio de inmunohistoquímica confirmaron el diagnóstico de linfoma B de célula grande.

Se señala que en el curso del tratamiento de la enfermedad del paciente, en el mes de febrero de 2006, el Dr. Ernesto Benavides intensificó el suministro de analgésicos y ordenó la toma de un rx de tórax, ya que el señor Raúl Hernández Castro continuaba padeciendo fuertes dolores en el abdomen (costal). Y durante dicho año el paciente fue tratado con analgésicos cada vez más fuertes por la persistencia del dolor.

La parte actora señala que la evolución del paciente continuó con exámenes y demás tratamientos. A ese respecto indica que, en enero de 2007, el Dr. Carlos H. Rodríguez, especialista en dolor y cuidados paliativos, ante la persistencia del dolor, le ordenó al paciente una resonancia magnética sin contraste y valoración por radio terapia. El día 12 de febrero del mencionado año, el señor Raúl Hernández Castro, acudió a su valoración por radioterapia con los resultados del examen ordenado. El radioncólogo Dr. Ramón Amaya Sánchez determinó la existencia de progresión de la enfermedad y lo remitió a valoración por Junta Médica, la cual estaba conformada por especialistas de la Unidad de Cancerología del Hospital de Neiva. Como resultado de la Junta Médica llevada a cabo el 16 de febrero de 2007, se decidió ordenarle unos exámenes al paciente, para comprobar si había recaída de la enfermedad.

El 23 de mayo de 2007, el paciente Raúl Hernández Castro acudió de urgencia a la Unidad de Cancerología del Hospital Universitario de Neiva, ante la intensidad del dolor y por la aparición de dos adenomegalias.

El día 12 de junio de 2007 fue confirmada la recaída de la enfermedad linfoma no Hodgkin difuso de célula grande (cáncer) y el médico ordenó el inicio de tratamiento de preparación para un trasplante de médula ósea, y este se presentó en la siguiente Junta de Tumores con propuesta de trasplante autólogo de médula ósea. Además, el médico ordenó la hospitalización del paciente y formuló varios medicamentos no POS, como el Pegfilgastrim, (con anexo justificación para su suministro y anotación de “urgente” por progresión de la enfermedad y posibilidad de muerte de no administrar el tratamiento).

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmed S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Los días 25 y 29 de junio de 2007, la E.P.S. HUMANA VIVIR, luego de constante insistencia, entregó al señor Raúl Hernández Castro la autorización de los medicamentos ordenados, con excepción del Pegfilgastrim, sin el cual no se pueden aplicar los medicamentos autorizados y entregados.

Afirma el apoderado de la parte actora que el médico tratante el Dr. Luis Guillermo Saldarriaga, le manifestó a la esposa del paciente que dichos medicamentos eran urgentes e inminentes y le sugirió verbalmente que acudiera a una acción de tutela contra la E.P.S., ya que pese a la insistencia para la autorización de los medicamentos por parte de la señora Peña Bonelo, el Pegfilgastrim aún no había sido autorizado.

El día cinco (05) de julio de dos mil siete (2007), la Personería Municipal de Neiva presentó una acción de tutela a nombre del señor Raúl Hernández Castro, por la gestión de la señora Sandra Milena Peña Bonelo,² acción que fue fallada el 24 de julio de 2007 por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva que tuteló los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física, y ordenó a la E.P.S. HUMANA VIVIR el suministro del medicamento pegfilgastrim.³ Así las cosas, el tratamiento de quimioterapia de rescate como procedimiento previo al trasplante de médula ósea fue practicado al señor Raúl Hernández Castro con la entrega del medicamento pero de manera retardada.

El día 29 de agosto de 2007, el paciente Raúl Hernández Castro fue valorado en una cita pretransplante por la especialista Dra. Carmen Rosales Oliveros, en la clínica Marly de la ciudad de Bogotá, quien ordenó la práctica de los exámenes previos al transplante y solicitó autorización prioritaria a nombre de la clínica Marly para la realización de trasplante autólogo de células progenitoras de sangre periférica con criopreservación, la cual fue radicada el día siguiente.

La E.P.S. HUMANA VIVIR, no autorizó el trasplante de médula ósea, ni el examen de biopsia de médula ósea, por lo que el señor Raúl Hernández Castro acudió nuevamente a la Personería Municipal de Neiva, para presentar una segunda Acción de Tutela en contra de la E.P.S. HUMANA VIVIR.

² Ver folio 79 del Cuaderno Principal No. 1.

³ Ver folio 82 del Cuaderno Principal No. 1.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Neiva, en sentencia del 02 de octubre de 2007, ordenó a la E.P.S. autorizar la realización del examen de biopsia de médula ósea y el trasplante autólogo de células progenitoras de sangre periférica con criopreservación, en la clínica Marly de la ciudad de Bogotá. El apoderado de la parte actora manifiesta que entre la fecha de orden de los exámenes y del procedimiento de trasplante (29 de agosto), el fallo de tutela (dos (02) de octubre) y la fecha de entrega de la autorización para la práctica del examen de biopsia (tres (03) o cuatro (04) de octubre), transcurrieron en total treinta y cinco (35) días calendario. El examen ordenado fue realizado el 05 de octubre de 2007.

El día doce (12) de octubre de dos mil siete (2007), con base en los resultados del examen realizado, la Dra. C. Rosales Oliveros sugirió que la mejor opción terapéutica para el paciente era un trasplante alogénico, es decir, donante, ya que el paciente estaba bajo de celularidad para trasplantar, y autorizó la práctica de tres (03) exámenes para los hermanos menores del señor Raúl Hernández Castro para determinar la presencia de un donante. Luego de efectuados los exámenes, la mencionada médica el 6 de noviembre de 2007 consideró que por edad y sexo el mejor donante era el señor José Ricardo Hernández Castro, el cual aceptó ser el donante de su hermano, por lo que se le ordenó la práctica de los exámenes pretrasplante.

Luego de revisar los resultados de los exámenes, la Dra. Carmen Rosales Oliveros descubrió que el señor Raúl Hernández Castro tenía hepatitis B y el día cuatro (04) de diciembre de 2007, lo remitió para confirmar diagnóstico de Hepatitis B y si era o no activa, y ordenó evaluación por infectología.

Expone la parte actora que el diagnóstico de hepatitis B fue confirmado el 2 de enero de 2008, en razón de lo cual, la médica tratante determinó que era necesario iniciar el tratamiento de la hepatitis y confirmar cargas virales bajas para poder realizar el trasplante, dado que la hepatitis no contraindica el trasplante pero se requiere autorización del infectólogo para su realización.

El día 31 de enero de 2008, la infectóloga ordenó iniciar el tratamiento al paciente formulándole el medicamento lamivudina por 150mg, e indicó que se podía programar al paciente para el trasplante de médula ósea.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El día 1º de febrero de 2008, el señor Raúl Hernández Castro fue remitido a una cita pretrasplante con la Junta Médica de la clínica Marly de la ciudad de Bogotá.

El día ocho (08) de febrero de dos mil ocho (2008), el señor Hernández Castro acudió a la cita en la clínica Marly cancelando por su propia cuenta el valor de la cita, ya que la E.P.S. HUMANA VIVIR le informó que a causa de terminación del contrato con dicha entidad no era posible la autorización y tampoco le autorizaron con otra clínica. Adicionalmente, agrega que la Dra. Carmen Rosales Oliveros, en dicha cita solicitó por escrito a la E.P.S. HUMANA VIVIR autorización a nombre de la clínica Marly para poder realizar el trasplante autólogo de células progenitoras hematopoyéticas de sangre periférica de donante idéntico.

Señala el apoderado de la parte actora que el 11 de febrero del mencionado año la E.P.S. manifestó nuevamente que no podía autorizar servicios a la Clínica Marly por terminación del contrato. Ante dicha negación, el señor Hernández Castro presentó incidente de desacato contra la E.P.S. HUMANA VIVIR por el incumplimiento del fallo de tutela.

El día diecinueve (19) de febrero de 2008, la E.P.S. HUMANA VIVIR respondió al incidente de desacato indicando que si ha cumplido, pero que ya no existía vínculo contractual con la clínica Marly, por lo que solicitaron al Juzgado su intervención para que dicha entidad realice el trasplante de médula ósea al señor Hernández Castro, y manifestaron la posibilidad de remisión a la Clínica San Diego de la ciudad de Bogotá. Pese al retroceso que implicaría para la realización del trasplante, el señor Raúl Hernández Castro aceptó ser remitido a la clínica indicada.

El 13 de marzo de 2008, el señor Raúl Hernández Castro acudió a la E.P.S. a las 7:00 a.m. para recibir la autorización de ser atendido por la Clínica San Diego, ese mismo día a las 4:00 p.m., pero no fue posible que este viajara, debido a que la E.P.S. manifestó que la entidad tenía cupo para cita, pero que para el trasplante debían esperar seis (06) meses. Ese mismo día el Sr. Hernández Castro acudió a la Personería Delegada para los Derechos Humanos de la ciudad de Neiva, y esta presentó al Juzgado Segundo Civil Municipal de Neiva, escrito de insistencia de desacato al cumplimiento de la Sentencia de Tutela del dos (02) de octubre de 2007, destacando que tanto al paciente como al donante ya se les habían realizado los exámenes, procedimientos, estudios y análisis científicos, los cuales deben mantenerse y que no se desvirtúe con órdenes o autorizaciones remitidas a otras

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

instituciones o Clínicas que no conocen la gravedad de la enfermedad padecida por el paciente.

De acuerdo con lo expuesto por la parte actora, el mismo día, al enterarse la E.P.S. HUMANA VIVIR del escrito, desembolsó a la clínica Marly los dineros requeridos para la realización del trasplante de médula ósea al señor Raúl Hernández Castro.

La operación fue efectuada el 11 de abril de 2008, y resultó exitosa. Adicionalmente, señala la parte actora que el Dr. Manuel Leonidas Rosales, quien realizó el trasplante, el día 17 de abril de 2008, le manifestó al paciente que suspendiera el consumo del medicamento para el tratamiento de la hepatitis B, y este así lo hizo.

El paciente fue dado de alta el 25 de abril de 2008 y a partir de esa fecha asistió a controles periódicos correspondientes a la Unidad de Trasplante.

El 15 de mayo de 2008, el señor Raúl Hernández Castro asistió a cita de control postrasplante con la Dra. Carmen Rosales Oliveros, quien manifestó que la suspensión del medicamento para la hepatitis B era un error debido a lo delicado en que se encontraba, y de inmediato solicitó “autorización para evaluación por parte de infectología por antecedente de hepatitis B en forma prioritaria teniendo en cuenta que se trata de infección en paciente inmunosuprimido que pone en riesgo su vida”.

El 26 de junio de 2008, el señor Raúl Hernández Castro fue valorado por el Neumólogo Dr. Luis Rodríguez Clavijo, quien indicó que el trasplante de médula ósea fue exitoso y que el paciente debía continuar con el tratamiento para la hepatitis de reciente diagnóstico. Pocos días después, el 02 de julio, el paciente fue internado nuevamente en la unidad de trasplante de la clínica Marly, por malestar general y diarrea, y según los exámenes de carga viral para hepatitis B: *“esta se encuentra activa se inicia entecavir además de lamivudina y se ajustan dosis de antibióticos”* y de *GAMAGRAFÍA HEPÁTICA: “Esplenomegalia. Signos de difusión hepatocelular difusa moderada a severa, sin lesiones ocupando espacio en hígado. Probable infarto esplénico pequeño lateral superior”*.

La hepatitis del señor Raúl Hernández Castro fue estabilizada con el tratamiento con medicamento entecavir, además de continuar con el suministro de

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmed S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

medicamento de lamivudina, luego que el infectólogo valorara los resultados de la carga viral.

Asegura la parte demandante que el día 13 de julio de dos mil ocho 2008, según los resultados del examen de escanografía de abdomen y pelvis se observó “leve aumento en el tamaño del hígado, engrosamiento de la pared de la vesícula, hallazgos que están en relación con su diagnóstico clínico HEPATITIS B CRÓNICA”.

El día veintiuno (21) de julio de 2008, la Dra. Carmen Rosales Oliveros determinó que: “Paciente requiere entrega lo antes posible del medicamento ENTECAVIR TALETAS 0,5 mg N 30, para continuar en forma ambulatoria el tratamiento para HEPATITIS B. El paciente no puede salir de esta hospitalización si no dispone del medicamento en mención porque el no control de este tipo de infecciones pone en riesgo el injerto y por ende su vida. El paciente no saldrá de la Clínica hasta que no disponga del medicamento”. Ese mismo día, la médica tratante expidió una fórmula ordenando el medicamento entecavir tabletas 0,5 mg No. 30, con el fin de adelantar la autorización y entrega ante la E.P.S. HUMANA VIVIR, y así el paciente no interrumpiera su consumo. Frente a dicho trámite, la E.P.S. manifestó que debían esperar porque el medicamento era de alto costo y que tenía que ser aprobado por el Comité Científico de la E.P.S.

El día 23 de julio de 2008, le dieron salida al paciente y la médica tratante ordenó mediante fórmula la entrega de las veinte (20) tabletas del medicamento “entecavir” que quedaban en el frasco ya empezado, dado que el paciente no debía interrumpir su consumo y el trámite ante la E.P.S HUMANA VIVIR era demorado. Ante los inconvenientes para tener las veinte (20) tabletas del mencionado medicamento, al señor Raúl Hernández Castro y su suegra y acudiente, la señora Rosaura Bonelo, no les quedó mas que salir de la clínica sin el medicamento.

A partir del día 24 de julio de 2008, la señora Rosaura Bonelo realizó las gestiones correspondientes ante la E.P.S. HUMANA VIVIR y a la Clínica Marly, pero siempre recibió como respuesta de la primera que aún estaba sometido a Comité Técnico Científico para su autorización y de la segunda que aun no había llegado el medicamento.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Afirma la parte demandante que el 25 de julio de 2008, los resultados arrojaron como diagnóstico negativo para linfoma, es decir, que desapareció el cáncer y el trasplante fue un éxito y la imagenología también dio resultados negativos para linfoma Nohodgkyn.

La parte actora explica que el 30 de julio de 2008, la señora Sandra Milena Peña B., esposa del paciente, llamó a la E.P.S. HUMANA VIVIR con el fin de exigir el cumplimiento del fallo de la tutela previamente presentada, a lo que le respondieron que el medicamento ya había sido autorizado, no obstante cuando acudieron a la farmacia Previmedica (contratista de la E.P.S.), le dijeron que dejara las autorizaciones del paciente y que estuviera pendiente a que llegara el medicamento, es decir, que el medicamento no fue entregado.

El día 31 de julio de 2008, el señor Raúl Hernández Castro tuvo una recaída severa de su enfermedad hepática, por la falta de consumo del medicamento, así que fue hospitalizado en la Unidad de Trasplante de la clínica Marly de la ciudad de Bogotá, donde fue sometido a varios exámenes. El día 05 de agosto de 2008, fue practicado y analizado el examen de escanografía de abdomen total con contraste, el cual determinó que la recaída fue por la hepatitis y no por el trasplante de médula ósea.

De acuerdo con lo sostenido por la parte actora, el día 18 de agosto de 2008, siendo las 08:00 p.m., el señor Raúl Hernández Castro falleció en la clínica Marly, como consecuencia de la complicación de su enfermedad de hepatitis B, tal como consta en el registro civil de defunción.

Los demandantes afirman que tanto el hospital universitario como la clínica Uros fallaron en no hacer las pruebas correspondientes, al suministrar las unidades de sangre y por no hacer lo mismo antes de la transfusión.

Además, afirman que también existe responsabilidad de la E.P.S. HUMANA VIVIR, de la clínica Marly y de la farmacia de la I.P.S. PREVIMEDICA S.A. (contratista de la E.P.S.). La E.P.S. HUMANA VIVIR por demora en el suministro de los medicamentos, exámenes y procedimientos requeridos por el paciente, para el tratamiento de la enfermedad linfoma Nohodgkin difuso de célula grande, demora en la entrega del medicamento “entecavir” y la no cancelación oportuna a la clínica Marly de los servicios de atención médica prestada al paciente, lo que dificultó que la entidad brindara la atención oportuna; la clínica Marly por la suspensión

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

inexplicable del medicamento lamivudine por el médico de turno, como tratamiento esencial para el tratamiento de la hepatitis B, la no entrega del medicamento “entecavir” por parte de la farmacia, pese a la urgencia con que se requería el medicamento y del conocimiento de la orden de no suspensión del consumo del mismo; la no entrega de las veinte (20) tabletas restantes del medicamento “entecavir”, por parte de la enfermera jefe, alegando que la fórmula estaba mal elaborada, el cambio irresponsable de la fórmula médica expedida por la médico tratante, desconociendo y pasando por encima de la orden impartida por ella y la negación de la prestación del servicio de urgencias al paciente, argumentando el no pago anticipado de la atención por parte de la E.P.S. HUMANA VIVIR; la I.P.S. PREVIMEDIC S.A. contratista de la E.P.S. por la demora en la entrega del medicamento “entecavir” estando ya autorizado por la entidad correspondiente.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte actora señala como fundamentos de derecho las siguientes disposiciones:

- Constitución Nacional: Preámbulo, artículo 2, artículo 90.
- Ley 100 de 1993. Título II. Capítulo 1. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
- Código Contencioso Administrativo. Artículo 86.
- Resolución No. 5261 del 05 de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Salud.
- Resolución No. 1891 de 2003, expedida por el Ministerio de Protección Social.

Dichas normas consagran un Estado de Derecho sujeto al principio de legalidad, en donde el Estado en cualquiera de sus manifestaciones, debe responder por sus acciones y omisiones que como en el presente caso se aparten del orden jurídico, rebasando los límites del ejercicio de su obrar administrativo. Asegura que estos límites constitucionales y legales fueron abiertamente vulnerados por la entidad demandada.

- CONTESTACIÓN

E.S.E. Hospital Universitario “Hernando Moncaleano Perdomo” de Neiva

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El apoderado judicial de la entidad hospitalaria demandada manifestó que la mayoría de los hechos de la demanda son ciertos y constan en las pruebas presentadas, pero se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda fundamentada en la existencia de un daño antijurídico proveniente de la falla en el servicio médico asistencial al señor Raúl Hernández Castro.

Manifiesta que de acuerdo con los elementos fácticos del caso concreto, el paciente Raúl Hernández Castro se encontraba con una mielosupresión a consecuencia de la quimioterapia, la cual era requerida para el tratamiento del linfoma no Hodgkin. Y, una de las consecuencias de la mielosupresión es el descenso de glóbulos blancos, trayendo como consecuencia una mayor susceptibilidad a las infecciones virales y bacterianas.

Sostiene que durante la atención del Sr. Hernández Castro en la Unidad de Cancerología del Hospital Universitario de Neiva, el paciente recibió una atención oportuna, pertinente y apegada a los protocolos de atención clínica.

Clínica de Marly S.A.

El apoderado judicial de la clínica Marly al dar oportuna contestación⁴ a la demanda manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda en atención a que la entidad cumplió con las obligaciones derivadas del contrato celebrado con la EPS Humana Vivir y porque cumplió con las obligaciones legales y estatutarias establecidas en la ley 100 y las demás normas correspondientes a las entidades prestadoras del servicio de salud.

En cuanto a los hechos, manifestó sobre la mayoría que no le constaban y que debían ser probados. Sobre la afirmación que la operación efectuada al paciente Raúl Hernández Castro fue “exitosa”, el apoderado efectuó las siguientes aclaraciones: (i) el trasplante no es un procedimiento quirúrgico, (ii) se trata de un procedimiento médico en donde luego de haber aplicado quimioterapia en forma endovenosa se aplica también por vía endovenosa las células madre hematopoyéticas obtenidas del donante mediante un proceso que se conoce como aféresis. (iii) Explica que el trasplante no termina el día de la infusión de las células,

⁴ Ver folios 901 a 917 del cuaderno principal No. 4

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

inclusive ni cuando se logra la recuperación hematológica del injerto, por el contrario, se trata de un proceso que puede durar al menos un año, en donde se presentan complicaciones infecciosas, enfermedad injerto contra huésped (rechazo), pérdida del injerto o recaída de la enfermedad, todas ellas que pueden conducir a la muerte. (iv) Solo se considera evolución favorable y curación de la enfermedad de base hasta 5 años después de realizado el procedimiento, todo lo cual, afirma, fue explicado al paciente y a su familia en palabras sencillas en una reunión previa al trasplante teniendo en cuenta el alto riesgo de complicaciones y muerte durante este proceso.

La clínica demandada también niega y rechaza la afirmación conforme a la cual se dio orden verbal de suspensión del medicamento para el tratamiento de la hepatitis y, por el contrario, sostiene que está ordenado en forma escrita tal como consta en la orden médica del 17 de abril de 2008 y hoja de suministro de medicamentos de la historia clínica correspondiente a la hospitalización mencionada. Adicionalmente aclararon que el tratamiento ambulatorio de la hepatitis B no le corresponde al hematólogo sino al infectólogo de la EPS. Agrega que en la historia clínica de consulta externa se dejó la anotación que el paciente suspendió el tratamiento para hepatitis por equivocación de él y no por orden de los hematólogos de la Unidad de Trasplante de la Clínica Marly.

Sobre el ingreso del paciente Raúl Hernández C., el 31 de julio de 2008, el apoderado de la clínica Marly manifiesta que se debió a hemorragias de las vías digestivas altas por lo que se le realizó endoscopia y colonoscopia y se ordenó un TAC de abdomen que mostró hepatoesplenomegalia, bazo con lesiones múltiples, lesiones hipodensas mal definidas, lesiones que afirma no son características de hepatitis B sino de micosis profunda tisular-visceral (hongos) o recaída del linfoma. Por esta razón se inició el tratamiento con antimicóticos. Señala que en las anotaciones en la historia clínica del 05 de agosto no se anota dentro de las posibilidades diagnósticas de estas lesiones la hepatitis B sino infección por hongos en órganos internos: bazo y pulmón (micosis profunda) o recaída del linfoma. Precisa que no fue posible aclarar el diagnóstico diferencial al efectuar la evaluación riesgo – beneficio, dado que por el estado general del paciente, que estaba deteriorado, ya estaba recibiendo tratamiento antimicótico y si se trataba de la recaída del linfoma, el tratamiento sería meramente paliativo. Así pues, afirma categóricamente que la hepatitis B no fue la causa de la muerte del paciente, sino que se trataba de una patología acompañante. Manifiesta que en las biopsias de

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

intestino se encuentran hallazgos de enfermedad injerto contra huésped grado IV/IV, que corresponde al grado máximo de compromiso por esta enfermedad, que no había respondido a los medicamentos establecidos en hospitalizaciones anteriores y durante su última hospitalización, significando que se trataba de una enfermedad refractaria al tratamiento lo que se traduce en una mortalidad del 80% en estos casos.

Señaló que la causa directa de la muerte del paciente Raúl Hernández Castro fue: “HEMORRAGIA DE VÍAS DIGESTIVAS ALTAS Y BAJAS, secundaria a ENFERMEDAD INJERTO CONTRA HUÉSPED, secundario a trasplante alogénico de médula ósea. La hepatitis B, corresponde a otros estados patológicos importantes Y NO ESTÁ RELACIONADO CON LA CUASA DIRECTA DE LA MUERTE como consta en el acta de defunción 80256366-7”.⁵

El apoderado manifiesta que la clínica Marly S.A., en cabeza de los médicos tratantes cumplió con los criterios de excelencia y pautas de conducta que indica el desarrollo de la ciencia y técnicas médicas, es decir, se dice que cumplieron con la *Lex Artis*. Sostiene que así las cosas, queda desvirtuado el fundamento de la demanda, dado que no fue posible establecer la presencia de una falla médica durante todo el proceso de atención al paciente. La clínica Marly S.A. atendió al paciente de acuerdo con los compromisos adquiridos con su E.P.S., incluyendo la disposición del personal médico especializado necesario para su atención en salud, las instalaciones adecuadas para la prestación de los servicios hospitalarios y ambulatorios habilitados por la Secretaría de Salud.

Afirma que ninguna conducta de la clínica Marly S.A., fue la causante del daño presentado, es decir, que no debe de atribuírsele la causación de algún perjuicio.

Propuso como excepciones las siguientes: (i) contrato cumplido, (ii) ausencia de responsabilidad, (iii) cumplimiento de las obligaciones de medio del personal asistencial de la clínica Marly S.A., (iv) indebida y excesiva tasación de perjuicios, (v) ausencia de solidaridad.

Clínica Uros S.A.

⁵ Ver folio 159 del Cuaderno Principal No. 1.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El apoderado judicial de la parte demandada manifestó que la mayoría de los hechos de la demanda no tienen soporte probatorio, ya que la Clínica Uros S.A. actuó con la diligencia debida, fue adecuada la prestación de los servicios médicos requeridos, siendo todo ajustado a la *Lex artis ad hoc*, la cual es juzgada bajo aspectos como riesgos usuales, el estado del conocimiento y los protocolos aconsejados por la buena práctica, es decir, que existe ausencia de culpa, inexistencia de la falla del servicio y falta de relación de causalidad entre el daño y los servicios prestados.

Manifiesta que en los registros de historia clínica de la Clínica Uros S.A. no existe prueba sobre la realización de la transfusión sanguínea de dos unidades de glóbulos rojos. Adicionalmente, dicho procedimiento no puede considerarse como una falla médica, pues la entidad tratante obró con toda la diligencia y cuidado requerido, donde se le informó al paciente sobre el procedimiento, y donde se contó con su consentimiento para su realización.

Agrega que se debe destacar que la Clínica Uros S.A. no es un banco de sangre, como si lo es el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, entidad que realiza actividades de extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados. Así las cosas, estima que no obra prueba de la existencia de nexo causal entre una presunta culpa de la entidad y el daño reclamado por la parte demandante, ya que el médico actuó convencido de que su conducta estaba más que autorizada y consentida por el señor Raúl Hernández Castro, al igual que sus condiciones clínico-patológicas, requerían la transfusión, como tratamiento adecuado y recomendado para tales casos, es decir, que no existe daño, y por ende tampoco del nexo causal entre éste y la culpa del profesional.

I.P.S. Previmedica S.A.

El apoderado judicial de la IPS demandada manifestó que la mayoría de los hechos de la demanda no les competen y por lo tanto, la I.P.S. se atiene a los plasmado en los documentos, como medios de prueba.

La I.P.S solicitó que sean negadas las pretensiones de la demanda en tanto que no hubo ninguna falla en la prestación del servicio médico. Agrega que el deceso del señor Raúl Hernández Castro ocurrió por circunstancias ajenas a la prestación de

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

su servicio. A ese respecto, indicó que PREVIMEDIC S.A. es una I.P.S. que presta servicios de salud a las personas afiliadas a la E.P.S. HUMANA VIVIR, (bajo lo celebrado en el contrato de prestación de servicios), es decir, que no tienen la misma naturaleza jurídica, funciones o alcances. Por lo tanto, no es posible evidenciar el nexo causal entre el daño causado y el comportamiento de la I.P.S., por cuanto no ha incumplido legal o contractualmente y mucho menos ha desplegado conductas que se puedan calificar de omisión y/o negligencia, al no existir relación directa con el resultado.

Además, manifestó que la responsabilidad solidaria que pretende la parte demandante con el cobro generalizado de montos indemnizatorios no tiene cabida, ya que dicha modalidad no fue aceptada de forma expresa en algún documento por parte de la I.P.S., tal como el Código Civil lo establece *“La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”*.⁶

Llamada en garantía – Seguros del Estado S.A.

La Clínica Uros S.A., efectuó llamamiento en garantía a la aseguradora Seguros del Estado S.A., por ser la entidad que expidió la póliza de seguro No. 25-03-101000006 de responsabilidad civil profesional (clínicas y hospitales) tomada por la clínica.⁷

Dentro de la oportunidad procesal para dar contestación, Seguros del Estado S.A. solicitó su desvinculación alegando que había transcurrido el plazo máximo de suspensión del proceso sin que el llamante interesado hubiera realizado las gestiones a su cargo para lograr la notificación en dicho término.

Sobre tal petición el A quo resolvió negando sobre la base que el hecho de que la llamada en garantía se hubiese notificado luego del vencimiento de los noventa (90) días de que trata la norma, no produce su exclusión como tercero en el proceso, ya que las diligencias para lograr su notificación se hicieron antes de la finalización de ese plazo, situación que no puede ser desconocida y porque el término de suspensión del proceso por ese lapso tiene como objeto no paralizar el

⁶ Artículo 1568 del Código Civil Colombiano. Definición de obligaciones solidarias.

⁷ Ver folios 3-5 del Cuaderno Llamamiento en Garantía.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

proceso de manera indefinida, es decir, haciendo útil la vinculación y notificación del llamado en garantía, haciéndole efectivos sus derechos procesales.

- SENTENCIA RECURRIDA

El A quo consideró que el problema jurídico a resolver estaba centrado en “determinar si están demostrados en el plenario los elementos que conforman el régimen de responsabilidad de falla del servicio u otro u otro régimen de imputación conforme al principio *iura novit curia*, que esté acreditado en el plenario generados a raíz del fallecimiento del señor RAUL HERNANDEZ CASTRO, el día dieciocho (18) de agosto de dos mil ocho (2008), debido a la presunta negligencia, imprudencia, falta de pericia y fallas integrales en la prestación del servicio de salud, para evento de lo cual, se iniciará por auscultar, si se acreditó el daño irrogado, seguidamente se indagará si este es imputable a las demandadas E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO DE NEIVA, CLÍNICA MARLY S.A., CLÍNICA UROS S.A., PREVIMEDIC S.A. Y HUMANA VIVIR E.P.S., para ello, será necesario analizar, si existe nexo causal, conforme las circunstancias probadas en el plenario, con el propósito de establecer si la actividad u omisión por parte de las accionadas, fue contraria al ordenamiento jurídico, o si, por el contrario se configura una inexistencia de responsabilidad por debido cumplimiento de la obligación, inexistencia de solidaridad, inexistencia de la relación de causalidad, límite de la responsabilidad médica, inexistencia de la obligación de indemnizar, consentimiento informado, riesgo justificado, inexistencia de falla en el servicio, inexistencia del daño, ausencia de culpa, ausencia de carga probatoria, cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, contrato cumplido y cumplimiento de las obligaciones de medio por parte del personal asistencial que atendió al señor Hernández Castro”.

El Despacho judicial luego de estudiar lo pertinente para dar resolución a las excepciones planteadas, se ocupó del análisis del asunto debatido, precisando que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado le corresponde a la parte actora acreditar la falla en la prestación del servicio médico, constituida por el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual podrá valerse de todos los elementos probatorios legalmente aceptados. Sobre esta base indicó que en el caso concreto la responsabilidad del Estado en cabeza de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y de los particulares

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmed S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

demandados: i) Clínica Uros S.A., ii) Previmed S.A., iii) clínica Marly y iv) Humana Vivir EPS que prestaron servicios de salud al fallecido Raúl Hernández Castro, sólo podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad demandada de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta.

En el estudio efectuado por el A quo se determinó que dado que la parte actora hacía consistir el hecho dañoso en el contagio del virus de hepatitis B como consecuencia de una transfusión sanguínea y la suspensión y demora en el suministro de un medicamento para el tratamiento de la Hepatitis B que el paciente Hernández Castro llevaba a la par con su diagnóstico inicial de linfoma de no Hodgkin difuso de célula grande, el análisis de la imputabilidad debía centrarse en dos eventos a saber: (i) el presunto contagio del virus de Hepatitis B como consecuencia de una transfusión sanguínea al parecer realizada en la Clínica Uros y HUN de Neiva y (ii) la presunta suspensión y demora en los trámites administrativos para el suministro de un medicamento necesario para el tratamiento que se adelantaba dado el diagnóstico de hepatitis B y que en sentir de la parte actora llevó al fallecimiento del paciente Raúl Hernández Castro.

En el estudio del presunto contagio del virus de Hepatitis B, la juzgadora de primera instancia consideró que estaba demostrado que el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva suministró a la Clínica Uros de la ciudad de Neiva, dos unidades de glóbulos rojos – Grupo O RH + el 13 de abril de 2005, lo que permite establecer que al Sr. Raúl Hernández le fue ordenado por su médico tratante la transfusión de dos unidades de glóbulos rojos y que las unidades a transfundir salieron del banco de sangre de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo. Posteriormente, al requerir exámenes ordenados previamente a la realización de un trasplante de médula ósea el paciente se enteró que padecía el virus de la hepatitis B. Así quedó registrado en la historia clínica el 12 de diciembre de 2007.

En consideración de la A quo para imputar responsabilidad al Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante en el caso del Banco de Sangre de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva de donde salieron las unidades de sangre transfundidas al paciente, se hacía necesario establecer que la ESE accionada faltó al cumplimiento de las

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

obligaciones de control y análisis para la sangre que transfundió al Sr. Hernández Castro consagradas en el artículo 42 del Decreto 1571 de 1993, entre las que se encuentra incluida el análisis de del virus de la Hepatitis B, sin embargo, en el sub judice tal aspecto no se encuentra acreditado por la actora ni hizo parte del debate probatorio al desatar la Litis. En este orden de ideas, consideró que no existía certeza sobre la existencia de una falla del servicio por omisión de los protocolos de análisis a las unidades de sangre; lo que unido a la realidad que existen múltiples formas de contraer el virus de la Hepatitis B a la luz de los elementos de convicción incorporados al plenario es imposible determinar que el contagio del paciente se hubiere producido por una falla del servicio.

En cuanto al segundo tema de estudio por parte de la A quo, esto es, el relacionado con el tratamiento y procedimientos derivados del trasplante de médula ósea realizado al Sr. Hernández Castro en la Clínica Marly S.A. frente a la existencia de un diagnóstico de Hepatitis B, del que se predica la causa de su muerte por la presunta suspensión del medicamento lamivudina y omisión en la entrega del medicamento entecavir, la juzgadora de primera instancia estudió en un cuadro los servicios requeridos y las autorizaciones correspondientes, así como la historia clínica para señalar la evolución del paciente que fue diagnosticado con linfoma de no Hodgkin difuso de célula grande. A ese respecto, y a más de las anotaciones de la evolución del paciente, se destacó que el 12 de junio de 2007 se anotó que el paciente requería quimioterapia de rescate esquema R-ICE y se reseña que es candidato para quimioterapia de altas dosis con rescate de células progenitoras y se ordena hospitalización en aislamiento preventivo indicando el médico tratante que la quimioterapia de altas dosis causa una gran mielosupresión produciendo alto riesgo de neutropenia febril lo que podía causar complicaciones y llevarlo a la muerte.

También indicó el A quo que una vez se confirmó el diagnóstico de la hepatitis B, el médico infectólogo de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo ordenó el inicio del tratamiento con lamivudina, el cual se debía mantener al menos durante 48 semanas después del trasplante sin que hubiera contraindicaciones para el trasplante de médula ósea. Se pone de presente que en lo consignado por la Dra. Carmen Rosales el 15 de mayo de 2008, luego de la realización del trasplante alogénico, el paciente manifestó sentirse bien y que **“suspendió el tratamiento para hepatitis por equivocación”**. El análisis de las pruebas en particular de la historia clínica y el testimonio del médico Manuel

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Leonidas Rosales Acevedo, la A quo concluyó que la suspensión del medicamento al Sr. Hernández Castro en ningún momento quedó con soporte en su epicrisis y contrario a esta información, la orden era el suministro del medicamento relacionado con su patología de Hepatitis B. Frente a las causas del fallecimiento del paciente, señaló que contrario a lo afirmado por la parte actora el paciente falleció por “enfermedad injerto contra huésped que corresponde con una complicación grave en este caso, IV/IV grado máximo de severidad en el cual los linfocitos del injerto obtenido del donante atacan al receptor en este caso el paciente en tres órganos específicos: piel, hígado y tracto gastrointestinal (...)”

En este orden de ideas, concluyó que no se presentó una falla en el servicio por parte de la Clínica Marly S.A. A lo anterior agregó que la condición de inmunosupresión que tenía el paciente Hernández Castro elevaba la posibilidad de contraer micosis invasiva, sumado al empeoramiento de su estado de salud que ocasionó la enfermedad injerto contra huésped aguda que al final fue la causa de su fallecimiento. También precisó que no tenía soporte la afirmación de la parte actora en el sentido de indicar que el trasplante fue exitoso cuando fue señalado por la médica hematóloga que el proceso de recuperación hematológica de injerto puede tardar al menos un año, en donde es posible que se presenten complicaciones como la de enfermedad de injerto contra huésped, tal como le ocurrió al Sr. Raúl Hernández Castro, todo lo cual fue el fundamento para negar las pretensiones de la demanda.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, dictó sentencia el día veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).⁸

Mediante auto del siete (07) de febrero de dos mil veinte (2020) se concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia;⁹ luego por auto de fecha once (11) de marzo de dos mil veinte (2020), se admitió el recurso de apelación y se notificó personalmente al Agente

⁸ Ver folios 1150-1204 del Cuaderno Principal No. 5.

⁹ Ver folio 1227 del Cuaderno Principal No. 5.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

del Ministerio Público y a las otras partes por estado electrónico,¹⁰ oportunidad procesal en la cual las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.¹¹

El Tribunal Contencioso Administrativo de Huila remitió el proceso al Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en cumplimiento de la medida de descongestión dispuesta en el Acuerdo PCSJA21-11814 del dieciseis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021), expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de informe del veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, avocó conocimiento del proceso.

- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante en la oportunidad legal expuso su inconformidad con respecto de la sentencia y las razones que lo distancian de la decisión, pues manifiesta que según la juez la atención médica recibida por el señor Raúl Hernández Castro fue la correcta y oportuna frente a la grave patología que presentaba (linfoma no Hodgkin difuso de célula grande extranodal estadio IV), y las complicaciones que se derivaron del procedimiento médico de trasplante alogénico de médula ósea; que la necesidad de los demandantes de interponer tutelas para lograr la efectividad de los suministros y procedimientos médicos que ameritaban sus tratamientos, no demuestra un juicio de responsabilidad en contra de las entidades accionadas, ni permite presumir una falla en el servicio y mucho menos una condena en su contra. Sumado a que la causa de muerte del paciente se atribuyó a la enfermedad injerto contra huésped aguda (EicHA), y no a la enfermedad de hepatitis B crónica.

La parte demandante manifiesta que los argumentos para controvertir la sentencia se pueden plantear en tres puntos:

Un primer punto referido al diagnóstico de cáncer - linfoma no Hodgkin difuso de célula grande extranodal estadio IV. A ese respecto destaca la negligencia y falta de oportunidad en la atención previa y al tratamiento brindado. Sostiene que la negligencia puede confirmarse mediante la parcial autorización de los

¹⁰ Ver folio 9 del Cuaderno Escritural Apelación de Sentencia.

¹¹ Ver folio 11 del Cuaderno Escritural Apelación de Sentencia.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

medicamentos y exámenes (o en su lugar autorización de otros exámenes) requeridos por el paciente, pese a la urgencia del tratamiento previo y de la realización del trasplante, por lo cual, los familiares del señor Raúl Hernández Castro hicieron uso de la acción de tutela para hacer valer sus derechos, más varios incidentes de desacato. Por otro lado, explica que si bien se realizó el trasplante alogénico al paciente, transcurrieron diez (10) meses para que este se practicara, a causa de la negligencia de la E.P.S. HUMANA VIVIR por no autorizar el suministro de medicamentos y la realización del trasplante de manera oportuna.

En un segundo punto, la parte actora se refiere al diagnóstico de la hepatitis B crónica y la atención médica brindada por esta enfermedad. Sobre este punto indica que al paciente Raúl Hernández Castro nunca se le había hecho una transfusión hasta que se le efectuó tal procedimiento a través de la Clínica Uros con dos unidades de sangre provenientes del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo. Sostiene que a causa de la transfusión de sangre realizada el 12 de abril de 2005, el paciente contrajo hepatitis B, por lo que debió iniciar un tratamiento con el medicamento lamivudina. Afirma que el tratamiento fue suspendido luego que el Dr. Manuel Leonidas Rosales se lo dijera verbalmente, pero cuando la Dra. Carmen Rosales Oliveros (médico tratante), lo valoró en su cita de control correspondiente, expresó su desacuerdo conforme a la suspensión del medicamento, y ordenó evaluación por parte de infectología de forma prioritaria por el antecedente ya desarrollado. El examen de carga viral estableció hepatitis B activa, se adiciona medicamento (entecavir) al tratamiento y se ajustan dosis de antibióticos de metabolismo hepático.

El apoderado de la parte demandante afirma que la hepatitis B del señor Raúl Hernández Castro desmejoró, se presentó leve aumento en el tamaño del hígado, engrosamiento de la pared de la vesícula, hallazgos que a su juicio están en relación con el diagnóstico de una hepatitis B crónica. Sostiene que por esta razón, la médico tratante ordenó la entrega del medicamento entecavir lo antes posible, con el fin de que el paciente continuara de forma ambulatoria el tratamiento.

Explica que transcurrieron 27 días sin el suministro del medicamento, lo que agravó la situación de salud del paciente y lo llevó a su muerte, sin olvidar la suspensión anterior del medicamento para la hepatitis B crónica presentada.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En consideración de la parte demandante, la recaída en la salud del Sr. Raúl Hernández castro se debió a la falta de consumo del medicamento entecavir, razón por la cual fue hospitalizado en la clínica Marly el 31 de julio de 2008.

Expresa que la hepatitis B empeoró debido a la mala atención que tuvo el paciente en la prestación del servicio de salud, dado que si bien se autorizó el medicamento nunca se hizo efectiva su entrega.

En un tercer punto, el apelante se refiere a la recaída en la enfermedad de hepatitis B crónica y de la recaída del linfoma no Hodgkin difuso de célula grande, y la relación de causalidad entre estas, lo que – a su juicio - en últimas causó el deceso del paciente. Explica que se configuró una falla del servicio probada por parte de de la EPS Humana Vivir y de la Clínica Marly durante el tratamiento de la hepatitis B crónica, situación que considera incidió de manera directa en el fracaso del trasplante de médula ósea. Para sustentar este punto señala que el neumólogo indicó que el trasplante de médula ósea realizado al paciente fue un éxito, y la necesidad de continuar con el tratamiento de la hepatitis diagnosticada.

En consideración del apelante, el éxito del trasplante se confirmó con el examen de aspirado y biopsia de médula ósea efectuado en la Fundación Clínica santa fe de Bogotá, D.C. que arrojó diagnóstico negativo para linfoma lo que significa que había desaparecido el cáncer y fue exitoso el trasplante de médula ósea.

En relación con la afirmación sobre la manera de cómo el paciente contrajo la infección, el apoderado manifiesta que el juez en primera instancia hizo referencia a la existencia de normas que establecen un riguroso protocolo para la obtención de donantes de sangre y posterior transfusión; respecto de lo cual expone que en el expediente no hay prueba que soporte el cumplimiento de dicho protocolo por parte del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo con las unidades de sangre que fueron transfundidas al paciente. Agrega que cabe resaltar que independientemente de que el paciente contrajera o ya tuviera la infección luego de la transfusión de sangre, no se puede descartar el mal tratamiento de la hepatitis B crónica en el fracaso del trasplante de médula ósea realizado al señor Raúl Hernández Castro, complicando su estado de salud, hasta llevarlo a su muerte, es decir, que el no suministro de medicamentos por parte de la E.P.S y la I.P.S puede entenderse como negligencia e ineficiencia de estas entidades en el tratamiento de

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

la enfermedad, sin dejar de lado que los actores utilizaron medios como la tutela para poder garantizar el cumplimiento de los derechos de su familiar.

En cuanto a la suspensión del tratamiento para la hepatitis B, el apoderado explica que el A quo indicó conforme a las pruebas que fue el propio paciente quien lo suspendió por equivocación, circunstancia que señala fue producto de la errónea interpretación que hizo la médico tratante respecto de lo expresado por el paciente. Manifiesta que el paciente recibió la instrucción verbal del médico de suspender el medicamento para la hepatitis B y que, en posterior cita, la Dra. Carmen Rosales Oliveros “ (...) de buena o mala fe, con o sin intención, entendió y dio por hecho que fue el mismo paciente quien lo suspendió, y así lo consignó en la historia clínica.” Agrega que es poco creíble que un paciente con las complicaciones de salud sufridas por el señor Raúl Hernández Castro y las crisis que presentaba en ese momento, decida por voluntad propia, o por equivocación, la suspensión de un tratamiento, el cual ya se le ha indicado que es de carácter fundamental para evitar una desmejoría en su salud máxime cuando para el suministro de medicamentos tuvo que activar el aparato jurisdiccional demandando de los jueces la protección de sus derechos fundamentales.

Explica, adicionalmente, que si bien es cierto que una de las médicas tratantes manifestó que la recuperación hematológica del injerto puede tardar al menos un año, término dentro del cual es posible que se presenten complicaciones como la de enfermedad injerto contra huésped, lo cual no es discutible, lo cierto – a su juicio– es que la deficiencia en el tratamiento de la hepatitis B por el incumplimiento en la entrega de los medicamentos agudizó la enfermedad del paciente, lo que a su vez incidió en su complicación y posterior deceso.

El apoderado de la parte actora concluye su argumentación indicando cifras y datos sobre la incidencia de la hepatitis B en pacientes trasplantados citando al efecto diferentes bases de datos.

Con fundamento en las anteriores consideraciones solicita revocar la sentencia y en lugar, despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

- ALEGACIONES

Parte demandante

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

La parte demandante al alegar de conclusión solicita que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones, indicando que se encuentran todos y cada uno de los elementos exigidos por la ley y la jurisprudencia para la configuración de la responsabilidad civil por falla en el servicio médico, cometidos a partir de que se infectó con hepatitis B al paciente Raúl Hernández Castro y durante el tratamiento de dicha enfermedad.

La parte demandante señala las fallas que atribuye a cada una de las demandadas así: (i) Al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo por el suministro de dos unidades de sangre (glóbulos rojos) para transfundir al paciente Raúl Hernández Castro, resultando con dicha trasfusión infectado con hepatitis B.

(ii) Por la EPS Humana Vivir por haber hecho entrega tardía del medicamento “entecavir” 24 días después de lo ordenado por el médico tratante, a sabiendas que su consumo no podría ser suspendido.

(iii) Sobre la Clínica Marly manifestó que el médico de turno Dr. Manuel Leonidas Rosales le suspendió al paciente el medicamento *laminudine* esencial para el tratamiento de la hepatitis B. También señala como falla la no entrega del *entecavir* por la farmacia de la Clínica Marly a pesar de conocer la urgencia de su entrega y de la no suspensión del consumo. Así como la no entrega de las 20 tabletas de *entecavir* al darle salida al paciente, contrariando la orden de la médico tratante Dra. Carmen Rosales Oliveros.

(iv) Por la IPS Previmedica S.A., contratista de la EPS, por la autorización tardía para la entrega del medicamento *entecavir*.

El apoderado reiteró los argumentos expuestos en la sustentación de la apelación de la sentencia.

Clínica Marly S.A.

La Clínica Marly S.A., luego de citar parte del análisis efectuado por el A quo al proferir la sentencia de primera instancia señaló que quedó debidamente acreditado “la causa directa de la muerte del señor HERNANDEZ CASTRO fue la HEMORRAGIA DE VIAS DIGESTIVAS ALTAS Y BAJAS, secundaria a ENFERMEDAD INJERTO CONTRA HUESPED, secundario a trasplante alogénico de médula ósea. La hepatitis B, corresponde a otros estados patológicos importantes Y NO ESTA RELACIONADO CON LA CAUSA DIRECTA DE LA MUERTE como consta en el acta de defunción 80256366-7.”

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

La demandante no acreditó en lo más mínimo, con referencia a la Clínica de Marly, que en el tratamiento y atención del trasplante de médula brindado al referido paciente, se hubiere incurrido en algún error, en una culpa–imprudencia-impericia-negligencia-, en una omisión, en una mala praxis o similar de la cual se derivará su fallecimiento, y era obligación del actor demostrar este hecho generador de responsabilidad, pero NO LO PROBO.”

Con fundamento en lo expuesto, solicita que sea confirmada la sentencia.

Clínica UROS S.A.

Manifiesta que el apoderado de la parte actora en el disenso planteado contra la sentencia de primera instancia, en ninguno de sus apartes hace reproche alguno sobre los argumentos expuestos por el a quo para haber exonerado de responsabilidad a la Clínica UROS S.A. Expone que se demostró en el proceso y así se reconoció por el A quo que la clínica UROS S.A. “ (...) únicamente se encargó de suministrar al paciente las unidades de sangre, hecho por el cual la parte demandante tenía la carga procesal de demostrar que efectivamente estas fueron la fuente del contagio del virus además de que también debió demostrar de que la ESE accionada faltó al cumplimiento de las obligaciones de control y análisis para la sangre que se transfundió al señor HERNÁNDEZ CASTRO (Q.E.P.D) y, en gracia de discusión que mi prohijada incurrió en alguna falla en el protocolo de manejo para el almacenamiento y suministro de las dos (2) unidades de sangre transfundidas al causante.”

Concluye los alegatos indicando que no demostraron los elementos para imputar responsabilidad alguna a su prohijada, por lo que solicita sea confirmada la decisión proferida por el juzgador de primera instancia.

E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva:

El ente hospitalario no alegó de conclusión en segunda instancia.

SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Esta compañía de seguros llamada en garantía por la Clínica Uros S.A. señaló que dado que no prosperaron las pretensiones contra aquella no se hizo pronunciamiento respecto al llamamiento hecho a Seguros del Estado S.A.

Explica que el “ escrito de apelación se fundamenta principalmente en intentar demostrar que el paciente suspendió el tratamiento del medicamento LAMINUVINA esencial para el manejo de la HEPATITIS B diagnosticada, a causa de una orden médica, lo que contraviene la historia clínica, así como las declaraciones de los médicos tratantes, coincidiendo en que aparece registrada la orden del tratamiento con ese medicamento, la que se interrumpió presuntamente por error del paciente”. A ese respecto indica que, las apreciaciones del recurrente son contrarias a lo manifestado en los testimonios por los médicos y a lo registrado en la historia clínica, dado que “la causa del deceso fueron las complicaciones propias de un procedimiento complejo como es el trasplante de médula ósea, ante el rechazo del injerto y no lo relacionado con la otra enfermedad que padecía (Hepatitis B).”

De otra parte, reitera las excepciones propuestas respecto del llamamiento en garantía efectuado por la Clínica Uros S.A.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público en esta etapa procesal no emitió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 art. 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión del Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021 prorrogado

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

mediante Acuerdo No. PCSJA21-11889 del 30 de noviembre de 2021, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

- CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos¹², la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al 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 cualquier otra causa.

En el *sub examine*, se demanda por una falla en la prestación del servicio de salud que se concretó en el fallecimiento del Sr. Raúl Hernández Castro ocurrida en la Clínica Marly el día 18 de agosto de 2008¹³, por lo que el término de los dos años inicialmente corría del 19 de agosto de 2008 al 19 de agosto de 2010.

De acuerdo con la constancia¹⁴ expedida por la Procuraduría 34 Judicial Administrativa de Neiva la solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 13 de agosto de 2010, es decir faltando seis (6) días para el vencimiento del término oportuno para la presentación de la demanda. La Procuraduría convocó a la audiencia correspondiente que fue declarada fallida y la constancia fue expedida el 22 de octubre de 2010. La demanda fue radicada el 22 de octubre de 2010¹⁵, por lo que se presentó dentro de la oportunidad establecida en la ley para ese efecto.

- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa,

¹² Ley 446 de 1998.

¹³ Ver folio 159 del cuaderno principal No. 1

¹⁴ Folios 186 a 190 Cdo. Ppal. No. 1

¹⁵ Folios 193 Cdo. Ppal. No. 1

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado, mientras que la legitimación material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

Legitimación en la causa de la demandante

La señora Sandra Milena Peña Bonelo, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Maryori y John Fredy Hernández Peña, en calidad de cónyuge e hijos del Sr. Raúl Hernández Castro (Q.E.P.D.), así como el Sr. José Ricardo Hernández Castro, en calidad de hermano del fallecido paciente, a través de apoderado judicial, comparecieron a este proceso como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa¹⁶.

Legitimación en la causa de la demandada

La demandante formuló la imputación contra las siguientes entidades: ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva, Humana Vivir EPS, Clínica de Marly S.A., IPS Previmedica S.A. y Clínica Uros S.A., de modo que se encuentran legitimadas de hecho en la causa por pasiva, pues a todos se les imputa fallas que concurrieron a la configuración del daño que la actora alegó haber sufrido. De otro lado, la Clínica Uros S.A. llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. la Cooperativa El Porvenir, llamamiento que fue admitido mediante auto 08 de abril de 2013¹⁷, en consecuencia, también se encuentra legitimada de hecho por pasiva.

¹⁶ Folio 14 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 18 a 22 del cuaderno de llamamiento en garantía.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que el tema no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de las demandadas y la llamada en garantía en la causación del daño que se alega y si ello resulta imputable como condición necesaria para que proceda la declaratoria de responsabilidad pretendida.

- PROBLEMA JURIDICO

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar: (i) si se presentó negligencia y falta de oportunidad en la atención previa y al tratamiento brindado, una vez fue diagnosticado cáncer - linfoma no Hodgkin difuso de célula grande extranodal estadio IV al paciente Raúl Hernández Castro; (ii) si en el expediente se cuenta con elementos probatorios para demostrar la responsabilidad de las demandadas por la Hepatitis B crónica padecida por el Sr. Raúl Hernández Castro, por la transfusión de dos unidades de sangre provenientes del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, procedimiento que fue realizado en la Clínica Uros el 12 de abril de 2005; (iii) determinar la responsabilidad de las entidades demandadas por la recaída en la enfermedad de hepatitis B crónica y de la recaída del linfoma no Hodgkin difuso de célula grande, y la relación de causalidad entre estas.

- TESIS

La Sala de Decisión de esta Corporación confirmará íntegramente la sentencia objeto de estudio, en tanto que no obran elementos de prueba que lleven a la convicción que el daño, consistente en la muerte del paciente Raúl Hernández Castro, pueda serle imputado a las entidades demandadas.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, estableció de manera expresa la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado “*por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas*”. Por tanto, la existencia de un daño antijurídico sufrido por la víctima y su imputabilidad

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

a un órgano del Estado son los dos los elementos sustanciales necesarios para declarar la responsabilidad del Estado.

El daño antijurídico consiste en el perjuicio que el damnificado no está en el deber de soportar. La imputabilidad consiste en la atribución del daño a la demandada, basada en uno de los siguientes factores de imputación: (i) El funcionamiento anormal de la administración (falla del servicio) (ii) el funcionamiento normal de la administración que produce un desequilibrio en las cargas públicas (daño especial); (iii) la teoría del riesgo creado (actividades peligrosas); (iv) el enriquecimiento injustificado de la administración. (Acción in rem verso).

La responsabilidad del Estado por daños ocasionados en la prestación de servicios médicos y hospitalarios

1. Previo al análisis de la imputación en el caso concreto, se destaca que el desarrollo inicial de la jurisprudencia estuvo orientado por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer momento, se exigía al demandante aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio¹⁸.

2. Luego se indicó que los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio¹⁹. En ese segundo momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604²⁰ del Código Civil debía aplicarse a la responsabilidad por actos médicos y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado²¹. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “*conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta*”²², de

¹⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 1992, exp. 6255, C.P. Julio César Uribe Acosta; Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 1992, exp. 6654, C.P. Daniel Suárez Hernández; Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 1992, exp. 6477, C.P. Carlos Betancur Jaramillo y Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

²⁰ “*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”.

²¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, exp. 6754, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, exp. 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos.

3. Luego, se morigeró la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio, pues se introdujo la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico²³.

4. Finalmente, se abandonó la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada²⁴. Por tanto, en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados todos los elementos que la estructuran, esto es, el daño y su imputación por razón de la actividad médica²⁵, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, como la prueba indiciaria²⁶.

Ahora bien, tratándose de fallas en el servicio médico se denota que esta comprende una amplia gama de situaciones que se podrían presentar pero en el caso concreto nos remitiremos a los trámites administrativos a los cuales se somete el paciente para obtener una prestación oportuna y adecuada del servicio, como lo señalan precedentes jurisprudenciales:

“El régimen aplicable es el **de falla del servicio**, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la **falla probada del servicio** el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria²⁷.

En el mismo sentido, partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación²⁸, “... *en la medida en que el*

²³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo del 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14421, C.P. Alier Hernández Enríquez y Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, exp. 11878, C.P. Alier Hernández Enríquez.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 15201, C.P. Alier Hernández Enríquez y Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de febrero del 2011, exp. 19125, C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez; Sección Tercera, sentencia del 30 de julio del 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar y Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto del 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, exp. 22424, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

²⁸ Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

demandante alega que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización...²⁹.

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

“... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”³⁰.

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la *“lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”*, se debe observar que esta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”³¹.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”³².

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incómoda.

²⁹ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

³⁰ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

³² Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento³³, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente³⁴ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”³⁵.

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”³⁶ (subrayado fuera de texto).

De la responsabilidad por las transfusiones de sangre

En relación con las transfusiones de sangre, la Sala se remite al contenido del Decreto 1571 de 1993³⁷ que reglamenta, entre otros, lo pertinente al funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y

³³ Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

³⁴ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

³⁵ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

³⁶ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

³⁷ Por el cual se reglamenta parcialmente el Título IX de la Ley 09 de 1979, en cuanto a funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados, se crean la Red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional de Bancos de Sangre y se dictan otras disposiciones sobre la materia.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

transporte de sangre total o de sus hemoderivados, del cual se estima pertinente extraer las siguientes disposiciones:

ARTICULO 1o. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente Decreto se aplicarán a todos los establecimientos o dependencias dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados.

ARTICULO 2o. La salud es un bien de interés público. En consecuencia son de orden público las disposiciones del presente Decreto, mediante las cuales se regulan las actividades relacionadas con la obtención, donación, conservación, procesamiento, almacenamiento, transfusión y suministro de sangre humana y de sus componentes o hemoderivados, así como su distribución y fraccionamiento por parte de los establecimientos aquí señalados.

ARTICULO 3o. Definiciones. Para efectos del presente Decreto se establecen las siguientes definiciones:

Aféresis: Es el procedimiento mediante el cual se extrae sangre de un donante con el objeto de obtener uno de sus componentes, reinfundiéndole el resto de los componentes no separados.

Autotransfusión o transfusión autóloga: Es un procedimiento mediante el cual se transfunde a una persona la sangre total o los componentes que previamente haya donado para tal fin.

Banco de sangre: Es todo establecimiento o dependencia con Licencia Sanitaria de Funcionamiento para adelantar actividades relacionadas con la obtención, procesamiento y almacenamiento de sangre humana destinada a la transfusión de la sangre total o en componentes separados, a procedimientos de aféresis y a otros procedimientos preventivos, terapéuticos y de investigación. Tiene como uno de sus propósitos asegurar la calidad de la sangre y sus derivados.

(...)

Sello Nacional de Calidad de Sangre: Es el certificado de carácter público que se debe adherir, bajo la responsabilidad del Director del Banco de sangre, a toda unidad de sangre o componente que garantice la práctica de las pruebas obligatorias establecidas en el presente Decreto con resultados no reactivos.

Servicio de transfusión sanguínea: Es la organización técnico - científica y administrativa de una institución médica o asistencial destinada a la transfusión de sangre total o de sus componentes provenientes de un banco de sangre.

Transfusión sanguínea: Es el procedimiento por medio del cual, previa formulación médica y practicadas las pruebas de compatibilidad a que haya lugar, se le aplica sangre total o alguno de sus componentes a un paciente con fines terapéuticos o preventivos.

(...)

“ARTÍCULO 42. Los bancos de sangre, cualquiera que sea su categoría deberán obligatoriamente practicar bajo su responsabilidad a todas y cada una de las unidades recolectadas las siguientes pruebas:

- Determinación Grupo ABO (detección de antígenos y anticuerpos).
- Determinación Factor Rh (antígeno D) y variante Du, en los casos a que haya lugar.
- Prueba serológica para sífilis.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- Detección del antígeno del virus de la hepatitis C.
- Detección del antígeno de superficie del virus de la hepatitis B.
- Detección de anticuerpos contra el virus de la Inmunodeficiencia Humana Adquirida (HIV) 1 y 2.
- Otros que de acuerdo a los estudios de vigilancia epidemiológica se establezcan para una región determinada por parte del Ministerio de Salud.

PARAGRAFO PRIMERO. El Ministerio de Salud podrá ampliar la obligatoriedad de la práctica de pruebas a que se refiere el presente artículo cuando considere necesario, según el perfil epidemiológico o el riesgo.

PARAGRAFO SEGUNDO. Los reactivos que se empleen para la detección de infecciones transmitidas por transfusión deben ser vigilados y controlados a través del Instituto Nacional de Salud.

PARAGRAFO TERCERO. Cuando un resultado sea positivo para alguno o algunos de los exámenes practicados a la unidad de sangre para detectar agentes infecciosos transmitidos por transfusión, el banco de sangre estará en la obligación, previa confirmación del resultado respectivo, de remitir al donante al equipo de salud correspondiente para su valoración y seguimiento y deberá notificar el caso a la Unidad de Vigilancia Epidemiológica de la Dirección de Salud de su jurisdicción.

(...)

ARTÍCULO 45. La transfusión de sangre humana o de sus componentes o derivados, con fines terapéuticos, constituye un acto propio del ejercicio de la medicina. Por consiguiente, la práctica de tal procedimiento deberá hacerse bajo la responsabilidad de un médico en ejercicio legal de su profesión, quien vigilará al paciente durante el tiempo necesario para prestarle oportuna asistencia en caso en que se produzcan reacciones que la requieran y cumpliendo las pruebas pretransfusionales a que haya lugar exigidas por el Ministerio de Salud.

ARTÍCULO 46. En todo procedimiento de transfusión de sangre total o cualquier componente que contenga eritrocitos, es obligatorio realizar previamente las pruebas de compatibilidad correspondientes definidas en el Manual de Normas Técnicas y Procedimientos que expida el Ministerio de Salud.

(...)

ARTÍCULO 58. Los bancos de sangre, cualquiera que sea su categoría, deberán establecer un programa interno de garantía de calidad que asegure la efectividad de los procedimientos, reactivos, equipos y elementos con el fin de obtener productos procesados de la mejor calidad”.

Sobre la responsabilidad que se pueda derivar a las entidades hospitalarias por las transfusiones de sangre, el Consejo de Estado³⁸ ha señalado que se debe acudir a la figura de la posición de garante “ (...) esto es, la situación en que se encuentra el sujeto que tiene el deber jurídico concreto de obrar para evitar que se produzca un resultado dañino que es evitable. Tal posición, presupuesto de la imputación jurídica por omisión, guarda conexión necesaria con una determinada relación de riesgo entre el

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00821-01(37553) C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, veintidós (22) de junio de 2017.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

resultado dañino previsible y la conducta, sin la cual, no cabe reproche alguno, a una persona por la producción del resultado, ni siquiera bajo la asunción de la observancia, de su parte, de una prudencia extrema.”

De acuerdo con el estudio efectuado por el Consejo de Estado no basta la acreditación de la relación causal entre la transfusión sanguínea y el contagio padecido, que para este caso es la Hepatitis B, para la procedencia de la declaración de responsabilidad de las demandadas sino que además se hace necesario absolver un par de interrogantes, que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo se planteó en los siguientes términos:

Es necesario, para concluir en el punto, absolver previamente los siguientes interrogantes: ¿era previsible la materialización del riesgo de contagio vía transfusión, por parte del Hospital transfusor? Y si lo era, ¿tenía el Hospital medios a su alcance para disminuir el margen probabilístico de materialización de esa consecuencia previsible? ¿Pesaba sobre el Hospital el deber de agotar tales medios?

- CASO CONCRETO

De conformidad con los argumentos expuestos por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, resulta procedente la condena contra las entidades demandadas por su responsabilidad en las fallas ocurridas en el curso del diagnóstico y tratamiento del linfoma no Hodgkin difuso de célula grande extranodal estadio IV), y las complicaciones que se derivaron del procedimiento médico de trasplante alogénico de médula ósea, que se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. Un primer punto referido al diagnóstico de cáncer - linfoma no Hodgkin difuso de célula grande extranodal estadio IV, para lo cual destacan la negligencia y falta de oportunidad en la atención previa y al tratamiento brindado. Sostiene que la negligencia puede confirmarse mediante la parcial autorización de los medicamentos y exámenes (o en su lugar autorización de otros exámenes) requeridos por el paciente, pese a la urgencia del tratamiento previo y de la realización del trasplante, por lo cual, los familiares del señor Raúl Hernández Castro hicieron uso de la acción de tutela para hacer valer sus derechos, más varios incidentes de desacato.

SIGCMA

2. En un segundo punto, la parte actora se refiere al contagio y al tratamiento de la hepatitis B crónica padecida por el señor Raúl Hernández Castro y la atención médica brindada por esta enfermedad. Sobre este punto, indica que al Sr. Hernández Castro nunca se le había hecho una transfusión hasta que se le efectuó tal procedimiento a través de la Clínica Uros con dos unidades de sangre provenientes del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo. Sostiene que a causa de la transfusión de sangre realizada el 12 de abril de 2005, el paciente contrajo hepatitis B, por lo que debió iniciar un tratamiento con el medicamento lamivudina.
3. En el último argumento central de la apelación, la parte demandante sostiene que se configuró una falla del servicio probada por parte de la EPS Humana Vivir y de la Clínica Marly durante el tratamiento de la hepatitis B crónica, situación que considera incidió de manera directa en el fracaso del trasplante de médula ósea. En esa medida, sostiene que existe una relación de causalidad entre la recaída en la enfermedad de hepatitis B crónica y la recaída del linfoma no Hodgkin difuso de célula grande, lo que - a su juicio-, en últimas, causó el deceso del paciente.

Las entidades demandadas, por su parte, y en particular la Clínica Marly, es categórica al afirmar que no hubo fallas en la prestación del servicio en tanto que quedó debidamente acreditado que la causa directa de la muerte del señor Raúl Hernández Castro fue la hemorragia de vías digestivas altas y bajas, secundaria a enfermedad injerto contra huésped, secundario a trasplante alogénico de médula ósea. Se sostiene que la hepatitis B, corresponde a otros estados patológicos importantes pero no está relacionado con la causa directa de la muerte y para ello citan como prueba el acta de defunción 80256366-7.

De lo probado en el proceso

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tienen por acreditados los siguientes hechos relevantes:

1. La histórica clínica da cuenta que el Sr. Raúl Hernández Castro fue diagnosticado con linfoma no Hodgkin difuso de célula grande estadio IV, habiendo iniciado el tratamiento para esta enfermedad a partir del mes de

SIGCMA

enero de 2005³⁹. El paciente inició consultas por el dolor torácico que presentaba desde finales del mes de agosto de 2004.⁴⁰

2. En el transcurso del tratamiento le fue ordenada la transfusión de dos (2) unidades de glóbulos rojos, el 12 de abril de 2005.⁴¹
3. A folio 67 del cuaderno principal se encuentra Formato de Solicitud y Justificación del uso de Medicamentos No POS, elaborado en la Liga contra el Cáncer Seccional Huila de fecha 12 de junio de 2007, en la cual se solicita el medicamento *pegfilgrastim*, señalando como justificación para su solicitud la continuidad en el tratamiento del usuario e indicando los riesgos como progresión en la enfermedad y complicaciones por el no tratamiento oportuno.
4. La anterior solicitud fue negada por la EPS Humana Vivir mediante oficio No. C-41-200706269 del 29 de junio de 2007⁴², señalando que la solicitud no cumplía con los criterios establecidos en la Resolución 2933 de 2006.
5. Ante esta negativa, la Personería Municipal de Neiva presentó acción de tutela que fue fallada por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Neiva que en sentencia⁴³ del 24 de julio de 2007 amparó los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física del Sr. Raúl Hernández C. y ordenó la entrega del medicamento *pegfilgrastim*.
6. El 29 de agosto de 2007 el Sr. Raúl Hernández Castro asistió a valoración pretransplante habiendo sido atendido por la Dra. Carmen Rosales Oliveros⁴⁴. Se dejó anotado en el mencionado documento que el paciente había recibido “ (...) tratamiento con CHOP 6 ciclos y radioterapia en columna. Ha persistido con dolor en región dorsal y reja costal (...) En junio comenzó a presentar adenopatías en cuello, axila, inguinales, que fueron biopsiados y se confirmó recaída. (...) se inicia quimioterapia de rescate esquema R-ICE del cual ha recibido dos ciclos. Se solicitaron los exámenes de valoración de pretransplante y la autorización en forma prioritaria a la Clínica Marly para la realización de trasplante autólogo de células progenitoras de sangre periférica con criopreservación.
7. Todo el procedimiento del trasplante para el paciente Raúl Hernández C. se llevó a cabo en la Clínica Marly de Bogotá.

³⁹ Ver reverso del folio 52 del cuaderno principal No. 1

⁴⁰ Folio 46 Cdno Ppal. No. 1

⁴¹ Folio 57 ibídem

⁴² Ver folio 78 del cuaderno principal No. 1

⁴³ Folios 82 a 86 Cdno Ppal No. 1

⁴⁴ Ver folio 89 del Cdno Ppal No. 1

SIGCMA

8. A partir del testimonio rendido por la Dra. Carmen Rosales Oliveros⁴⁵, prueba respecto de la cual la Sala no encuentra razón para no darle credibilidad, entre otras cosas, porque su dicho queda corroborado por el propio contenido de la historia clínica, quedan claros los siguientes aspectos relacionados con la salud del paciente Raúl Hernández Castro:

(i) El trasplante de médula ósea no es un procedimiento quirúrgico sino “ (...) médico en donde se toman células madres hematopoyéticas obtenidas de un donante mediante un proceso también médico que se conoce como aféresis y se le aplican al paciente después de haberle aplicado quimioterapia en altas dosis en forma endovenosa, las células se aplican también por vía endovenosa (en la vena).”

(ii) “El trasplante no termina el día de la infusión de las células ni cuando se logra la recuperación hematológica del injerto, por lo contrario, se trata de un proceso que puede durar al menos un año en donde se presentan complicaciones infecciosas, pérdida del injerto o recaída de la enfermedad, se trata de un procedimiento de alto riesgo que puede conducir a la muerte de no tener los cuidados adecuados hasta en un 15% de los pacientes, solo se considera evolución favorable y curación de la enfermedad de base en este caso en linfoma hasta 5 años después de realizado el procedimiento.”

(iii) “En la evaluación pretrasplante se identificó un antígeno de superficie para hepatitis B (...) se solicitó evaluación por infectología como parte de estos estudios, quien confirmó el diagnóstico e inició tratamiento apropiado.

(iv) “Al paciente se le realizó trasplante alogénico de médula ósea el 11 de abril de 2008, injerto hacia el día + 10 como complicaciones presentó neumonía del lóbulo medio, continuó como ya había explicado al momento de su salida asistiendo diariamente a la Unidad de Trasplante de médula ósea para aplicación de medicamento y cuidado médico hasta obtener una recuperación adecuada y completar el medicamento (...).”

(v) “El paciente asiste a control en mi consultorio el 15 de mayo de 2008 donde refería sentirse bien y al preguntarle sobre los medicamentos cómo y cuándo está tomándolos logro saber que el suspendió el tratamiento para hepatitis por su equivocación y además determino por cambios en la piel que tiene signos de enfermedad injerto contra huésped por lo que inicio manejo con corticoides (...).”

⁴⁵ Folios 936 a 937, incluido reverso, del cdno ppal. No. 4

SIGCMA

(vi) “El paciente requiere hospitalización en Clínica Marly por presentar inicialmente fiebre y posteriormente hemorragia de vías digestivas bajas, en su ingreso el 31 de julio de 2011 se encontraron en la colonoscopia hemorroides fisuradas (...) hígado y bazo grande (..) con lesiones múltiples hipodensas mal definidas, por esta razón se consideró se trataba de hongos (micosis profunda tisular – visceral) o recaída del linfoma. Se inicia tratamiento para los hongos (antimicóticos), no se considera las posibilidades diagnósticas de hepatitis B. No fue posible aclarar entre las dos primeras posibilidades del diagnóstico porque al evaluar riesgo Vs beneficio para realizar una cirugía o procedimiento invasivo para toma de biopsias se consideró que podría tener mayores complicaciones que potencial beneficio ya que recibía tratamiento para los hongos y en caso de que fuera linfoma el tratamiento sería netamente paliativo (aminorar los síntomas y las molestias que se presentan en el proceso de la muerte) pues el paciente había recibido todos los tratamientos disponibles para el linfoma.”

(vii) “En el reporte de la biopsia de colon se encuentran hallazgos de la enfermedad injerto contra huésped grado IV/IV que corresponde al grado máximo de compromiso de esta enfermedad que no había respondido a los medicamentos establecidos durante el seguimiento y las hospitalizaciones correspondiendo entonces a un diagnóstico de la enfermedad refractaria (que no responde) lo que significa una mortalidad del 80% al 100% en estos casos, el paciente fallece por enfermedad injerto contra huésped y no por hepatitis B.”

(viii) Sobre el tema de la suspensión del medicamento lamivudina para el tratamiento de la hepatitis B, la Dra. Carmen Rosales manifestó que la equivocación en la suspensión del tratamiento fue del paciente ya que en la historia clínica está la orden del medicamento por parte del médico.

9. El Dr. Manuel Leonidas Rosales Acevedo⁴⁶, médico hematólogo, en su testimonio explicó sobre las condiciones del paciente Raúl Hernández C., que previa a la realización de trasplante y dado que se trataba de un paciente con hepatitis B crónica se hizo valoración, concepto y aval del infectólogo. Explica que luego del trasplante, el paciente presentó reacción de injerto contra huésped inicialmente cutánea por lo que requiere tratamiento con dosis altas de esteroides“ (...) *posteriormente presenta una exacerbación de la enfermedad injerto contra huésped a nivel intestinal ingresando para*

⁴⁶ Ver folios 938 y 939 del cuaderno principal No. 4

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

manejo hospitalario en julio 31 de 2008 (...). Señala el testigo médico que al paciente se le efectuaron los exámenes requeridos y los tratamientos correspondientes, pero “ (...) *el paciente evoluciona tórpidamente con fiebre, deterioro del estado general, se evalúa con TAC donde se evidencia hepatoesplenomegalia (hígado y bazo grande), lesiones focales nodulares en bazo y posteriormente en imágenes radiológicas del tórax lesiones también nodulares pulmonares. Todo esto sugestivo de una infección por hongos en órganos (bazo, pulmón) que como posibilidades diagnósticas principales corresponden a infección severa por hongos en estos órganos o recaída del linfoma. No fue posible realizar biopsia de estas lesiones por el estado crítico del paciente (mayor riesgo de mortalidad con el procedimiento) ya recibiendo conjuntamente con infectología el tratamiento anti-hongo y en caso de ser recaída por el linfoma el tratamiento sería paliativo. Durante las hospitalizaciones, como consta en la historia clínica, el paciente se mantuvo con el antiviral contra la hepatitis B.*”

Sobre la suspensión del medicamento, el Dr. Rosales manifestó que “ (...) *yo no di ninguna indicación de suspender la medicación antihepatitis B como consta en la historia clínica del proceso de transplante de la clínica Marly, como un ejemplo de la historia clínica está registrado el día 17 de abril en el folio 40 en la formulación médica diaria aparece el medicamento lamivudina y en la hoja 48 de enfermería aparece registrado la aplicación al paciente.*”

La Sala deja constancia que en el expediente obran muchas más pruebas que han sido estudiadas, pero las citadas son las de mayor relevancia para la resolución del recurso de apelación interpuesto.

Del Daño

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

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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

Así las cosas, estima este Tribunal que se encuentra plenamente probado el daño como primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, consistente en el fallecimiento del Sr. Raúl Hernández Castro, hecho que a juicio de la parte demandante no tuvo como causa directa la enfermedad que afectaba al Sr. Hernández Castro, esto es, linfoma no Hodgkin de célula grande difuso estado IV, sino que radicó esencialmente en el contagio -mediante la transfusión de dos unidades de sangre- del virus de hepatitis B y, luego, en el tratamiento tardío y equivocado de la mencionada enfermedad por parte de las demandadas, lo que a su vez terminó incidiendo en el fracaso del trasplante alogénico de células madres hematopoyéticas que le había sido realizado al Sr. Raúl Hernández Castro el 11 de abril de 2008 en la clínica Marly, que de acuerdo con lo afirmado por la parte demandante fue exitoso, pero que a la postre se vio afectado por la suspensión en el tratamiento antihepatitis B.

Todas las circunstancias indicadas afectaron al núcleo familiar del fallecido Raúl Hernández Castro, quienes son demandantes en el proceso, a saber: su cónyuge Sandra Milena Peña Bonelo, sus hijos Maryori y John Fredy Hernández Peña y su hermano José Ricardo Hernández Castro.

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si resulta antijurídico y, si el mismo es imputable jurídicamente a las entidades demandadas

De la imputación

El estudio de la imputación en el caso concreto debe realizarse a partir de tres circunstancias que la parte actora señala que son responsabilidad de las entidades demandadas. La Sala procederá a su estudio y resolución en el mismo orden en que fueron presentados en el recurso de apelación:

1. Del diagnóstico de cáncer - linfoma no Hodgkin difuso de célula grande extranodal estadio IV. A ese respecto destaca la negligencia y falta de oportunidad en la atención previa y al tratamiento brindado. Sostiene que la

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

negligencia puede confirmarse mediante la parcial autorización de los medicamentos y exámenes (o en su lugar autorización de otros exámenes) requeridos por el paciente, pese a la urgencia del tratamiento previo y de la realización del trasplante, por lo cual, los familiares del señor Raúl Hernández Castro hicieron uso de la acción de tutela para hacer valer sus derechos, más varios incidentes de desacato.

Al respecto de este punto, la Sala considera que las pruebas que obran en el proceso dan cuenta que el paciente Raúl Hernández Castro a partir del diagnóstico de cáncer linfoma no Hodgkin difuso de célula grande extranodal estadio IV recibió la atención médica requerida, con la autorización de exámenes y procedimientos médicos, así como medicamentos pertinentes y necesarios para la recuperación de su salud.

En efecto, desde el mes de octubre de 2004, cuando el señor Raúl Hernández Castro acudió a una cita de medicina interna, se ordenaron exámenes tales como ecografía abdominal, rayos X de tórax, TAC de tórax, a partir del cual se pudo determinar la existencia de una lesión ósea, en razón de lo cual se ordenó la práctica de una biopsia. Así continuaron los estudios y atención al paciente para determinar el diagnóstico exacto de su enfermedad, no obstante, se inició el tratamiento de quimioterapia y de radioterapia por orden médica. De acuerdo con la historia clínica, para el mes de febrero de 2005 y luego de una biopsia de médula ósea se determinó como diagnóstico cáncer en linfoma difuso de célula grande estadio IV.

El tratamiento médico indicado para el paciente continuó durante los años 2005 y 2006. En el 2007, y por la desmejora en la salud del Sr. Raúl Hernández Castro, se determinó por el cuerpo médico que lo atendía que el paciente había tenido una recaída en su enfermedad linfoma no Hodgkin difuso de célula grande (cáncer) por lo que se tomaron medidas para el inicio del tratamiento de preparación para un trasplante de médula ósea.

Esta Corporación encuentra demostrado que fue en esta nueva etapa de la evolución de la enfermedad del paciente en que el médico tratante ordenó varios medicamentos no POS, como el Pegfilgastrim, el cual inicialmente fue negado por la E.P.S. HUMANA VIVIR. Ante la negativa en la entrega Pegfilgastrim, fue necesaria la interposición de una tutela por parte de la Personería Municipal de

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Neiva, la cual fue fallada a favor del señor Raúl Hernández Castro ordenándose a la E.P.S. HUMANA VIVIR el suministro del medicamento pegfilgastim.⁴⁷ También se demostró en el proceso que la E.P.S. HUMANA VIVIR, no autorizó el trasplante de médula ósea, ni el examen de biopsia de médula ósea, por lo que nuevamente fue necesario que el paciente acudiera al recurso de amparo para la realización del mencionado examen y tratamiento, los cuales finalmente fueron llevados a cabo en el paciente.

De conformidad con lo anterior, para la Sala es claro que las autorizaciones de medicamentos así como de tratamientos específicos requirieron la presentación de acciones de tutela y el trámite de incidentes de desacato; sin embargo, no hay demostración que la entrega retardada de algunos medicamentos tuviera tal entidad para afectar de manera irreversible la salud del paciente Hernández Castro. A esta conclusión puede arribar la Sala, teniendo en cuenta que al paciente se le efectuaron todos los exámenes requeridos y necesarios previos al trasplante, luego se llevó a cabo propiamente el trasplante alogénico que fue ordenado para la recuperación de su salud. Entonces, esta Corporación debe ser enfática en señalar que de ninguna manera prohíba conductas u omisiones que afecten el derecho a la salud, no obstante lo anterior, tampoco puede derivar responsabilidad a las entidades demandadas cuando no cuenta con pruebas que permitan establecer que la demora en la entrega de algunos medicamentos haya sido de tal entidad que causaron condiciones de agravamiento en la salud del paciente, cuando precisamente se encuentra demostrado que al paciente se le logró llevar a cabo el trasplante de médula ósea, que era el recomendado por la ciencia médica, con la expectativa que pudiera recuperarse, lo cual finalmente no ocurrió.

2. En un segundo punto, la parte actora se refiere al diagnóstico de la hepatitis B crónica y la atención médica brindada al paciente por esta enfermedad. Como se indicó, a juicio de la parte demandante, a causa de la transfusión de sangre realizada el 12 de abril de 2005, el paciente contrajo hepatitis B, por lo que debió iniciar un tratamiento con el medicamento lamivudina.

Sobre la responsabilidad por las transfusiones de sangre, la Sala debe que en el acápite del marco normativo se hizo referencia al Decreto 1571 de 1993 que

⁴⁷ Ver folio 82 del Cuaderno Principal No. 1.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

reglamenta, entre otros, lo pertinente al funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus hemoderivados.

Sobre la responsabilidad que se pueda derivar a las entidades hospitalarias por las transfusiones de sangre, el Consejo de Estado⁴⁸ ha señalado que se debe acudir a la figura de la posición de garante “ (...) esto es, la situación en que se encuentra el sujeto que tiene el deber jurídico concreto de obrar para evitar que se produzca un resultado dañino que es evitable. Tal posición, presupuesto de la imputación jurídica por omisión, guarda conexión necesaria con una determinada relación de riesgo entre el resultado dañino previsible y la conducta, sin la cual, no cabe reproche alguno, a una persona por la producción del resultado, ni siquiera bajo la asunción de la observancia, de su parte, de una prudencia extrema.”

De acuerdo con el estudio efectuado por el Consejo de Estado no basta la acreditación de la relación causal entre la transfusión sanguínea y el contagio padecido, que para este caso es la Hepatitis B, para la procedencia de la declaración de responsabilidad de las demandadas sino que además se hace necesario absolver un par de interrogantes, que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo se planteó en los siguientes términos:

Es necesario, para concluir en el punto, absolver previamente los siguientes interrogantes: ¿era previsible la materialización del riesgo de contagio vía transfusión, por parte del Hospital transfusor? Y si lo era, ¿tenía el Hospital medios a su alcance para disminuir el margen probabilístico de materialización de esa consecuencia previsible? ¿Pesaba sobre el Hospital el deber de agotar tales medios?

Trasladados estos mismos interrogantes al caso que nos ocupa se encuentra lo siguiente: fue admitido por las partes y es un hecho que no fue discutido ni negado por las partes que al Sr. Raúl Hernández Castro le fueron realizadas transfusiones de sangre en la Clínica Uros el día 13 de abril de 2005 mediante la entrega de dos unidades de glóbulos rojos grupo O RH +, por parte del Banco de Sangre del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva. Las bolsas con las unidades de sangre estaban identificadas así: Bolsa No. 1 2282 sello de calidad 26526 y bolsa No. 2 2296 sello de calidad 26498.⁴⁹

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala Contencioso Administrativa. Sección Tercera Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00821-01(37553) C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, veintidós (22) de junio de 2017.

⁴⁹ Ver folio 160 del cuaderno No. 1

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En el marco del análisis que se debe efectuar sobre la estructuración o no de responsabilidad administrativa por la hepatitis B padecida por el Sr. Raúl Hernández Castro la Sala debe indicar que la prueba de la enfermedad no es prueba necesaria del contagio en las mencionadas entidades hospitalarias. A ese respecto se hace necesario precisar que las pruebas dan cuenta que debido a la enfermedad diagnosticada al Sr. Hernández Castro era sometido a quimioterapias por lo que es práctica frecuente que tales pacientes reciban soporte transfusional, como lo explicó el Dr. Ernesto Benavides López⁵⁰. Sin embargo, lo cierto es que sin desconocer que las transfusiones de sangre pueden ser una fuente de contaminación del virus de la hepatitis B, no es la única ya que el contacto con otros fluidos corporales de alguna persona infectada puede dar lugar a que se adquiera la enfermedad. En esa medida puede afirmarse que no obra prueba alguna que lleve a la convicción que la enfermedad fue adquirida por las transfusiones. Pero además de lo anterior, lo cierto es que las pruebas dan cuenta que las unidades transfundidas al paciente Raúl Hernández Castro contaban con sellos de calidad lo que permite concluir que se hicieron las evaluaciones y protocolos, es decir que se cumplió con el deber legal de evaluar las unidades que iban a ser transfundidas antes de ser aplicadas al paciente.

En ese orden de ideas, la Sala concluye, al igual que lo hizo la juzgadora de primera instancia, que dado que las unidades de sangre transfundidas llevaban los correspondientes sellos de calidad, no existe certeza que la Hepatitis B padecida por el Sr. Raúl Hernández C., hubiera sido adquirida por ese medio y no por otro de los múltiples que podían dar lugar a adquirir el virus, no es posible estructurar reproche alguno en cabeza del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva como tampoco de la Clínica Uros S.A.

3. En un tercer punto, el apelante se refiere a la recaída en la enfermedad de hepatitis B crónica y de la recaída del linfoma no Hodgkin difuso de célula grande, y la relación de causalidad entre estas, lo que – a su juicio - en últimas causó el deceso del paciente. Explica que se configuró una falla del servicio probada por parte de la EPS Humana Vivir y de la Clínica Marly durante el tratamiento de la hepatitis B crónica, situación que considera incidió de manera directa en el fracaso del trasplante de médula ósea.

⁵⁰ Ver folios 653 a 656 del cuaderno principal No. 3

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

En consideración del apelante, el trasplante de médula ósea fue un éxito, lo cual fue confirmado con el examen de aspirado y biopsia de médula ósea efectuado en la Fundación Clínica Santa Fe de Bogotá, D.C. que arrojó diagnóstico negativo para linfoma lo que significa que había desaparecido el cáncer y fue exitoso el trasplante de médula ósea.

Respecto de este punto, la Sala debe indicar que no acoge los argumentos expuestos por la parte actora ya que las pruebas que obran dentro del proceso, y en particular, los testimonios de los médicos son claros en cuanto que el éxito del trasplante de médula ósea no se mide inmediatamente después del procedimiento médico.

En efecto, la Dra. Carmen Rosales Oliveros⁵¹ explicó que el trasplante de médula ósea no es un procedimiento quirúrgico sino “ (...) *médico en donde se toman células madres hematopoyéticas obtenidas de un donante mediante un proceso también médico que se conoce como aféresis y se le aplican al paciente después de haberle aplicado quimioterapia en altas dosis en forma endovenosa, las células se aplican también por vía endovenosa (en la vena).*” También fue clara en señalar “*el trasplante no termina el día de la infusión de las células ni cuando se logra la recuperación hematológica del injerto, por lo contrario, se trata de un proceso que puede durar al menos un año en donde se presentan complicaciones infecciosas, pérdida del injerto o recaída de la enfermedad (...)*”. También fue clara en señalar que se trata de un procedimiento de alto riesgo que puede conducir a la muerte de no tener los cuidados adecuados hasta en un 15% de los pacientes. De igual manera precisó que solo se considera evolución favorable y curación de la enfermedad de base en este caso en linfoma hasta 5 años después de realizado el procedimiento.

La historia clínica del paciente permite tener certeza que luego del trasplante alogénico de médula ósea realizado el 11 de abril de 2008, el señor Raúl Hernández Castro continuó asistiendo a la Unidad de Trasplante de médula ósea para aplicación de medicamento y cuidado médico en procura de obtener una recuperación adecuada y completar el tratamiento. Y de la misma manera puede concluirse que el paciente recibió toda la atención requerida por parte de la Clínica Marly en ese proceso, a pesar de lo cual no se obtuvieron los resultados deseados,

⁵¹ Folios 936 a 937, incluido reverso, del cdno ppal. No. 4

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

por las complicaciones que presentó posteriormente como hemorroides fisuradas, hígado y bazo grande con lesiones múltiples hipodensas mal definidas.

Ante esta situación, el cuerpo médico consideró que (i) se trataba de hongos (micosis profunda tisular – visceral) o (ii) era recaída del linfoma. Se le dio inicio al tratamiento para los hongos (antimicóticos) y en caso de que fuera linfoma, el tratamiento sería netamente paliativo como lo explicó la Dra. Rosales “(...) para aminorar los síntomas y las molestias que se presentan en el proceso de la muerte pues el paciente había recibido todos los tratamientos disponibles para el linfoma.”

La afirmación de la parte demandante en el sentido que el error en el tratamiento de la hepatitis B incidió en el fracaso del trasplante no cuenta con respaldo probatorio, por lo que debe ser despachado de manera desfavorable. Lo cierto es que la afirmación de la orden de suspensión del medicamento lamivudina para el tratamiento de la hepatitis B, provino de la desafortunada equivocación del paciente quien afirma que la orden de suspensión fue dada verbalmente por el médico, no obstante, en la historia clínica está la orden del medicamento por parte del médico. De esta manera, queda entonces huérfana de respaldo probatorio la afirmación en el sentido que medió una orden verbal médica para suspender el tratamiento de la hepatitis B, cuando la historia clínica registra algo muy diferente.

Con fundamento en todos los elementos probatorios oportunamente aportados al proceso esta Corporación concluye que la muerte del Sr. Hernández Castro se debió a la denominada enfermedad injerto contra huésped grado IV/IV que corresponde al grado máximo de compromiso de esta enfermedad, que no había respondido a los medicamentos establecidos durante el seguimiento y las hospitalizaciones correspondiendo entonces a un diagnóstico de la enfermedad refractaria (que no responde) lo que significa una mortalidad del 80% al 100 %, como lo indicó la Dra. Clara Rosales, situación que no puede ser imputada a ninguna de las entidades demandadas. La evolución tórpida de una enfermedad, el agotamiento del paciente y su posterior fallecimiento, no resulta imputable a las entidades demandadas que hicieron uso de todos los recursos médicos para la recuperación de la salud del paciente sin que tal cometido se hubiera logrado, lo cual de ninguna manera puede comprometer la responsabilidad de aquéllas, conforme a lo analizado en precedencia. La Sala entonces, confirmará la decisión apelada.

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Neiva, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Huila. Desanótense en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOEMI CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-33-31-001-2010-00484-01)

Código: FCA-SAI-05

Versión: 01

Fecha: 14/08/2018

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 003 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9793bbc151bbe48044dc2d4ed1f782b8e5825ce610851b2daf6e15a6e5fd0248

Documento generado en 18/02/2022 10:20:24 AM

Expediente: 41-001-33-31-001-2010-00484-01
Demandante: Sandra Milena Peña Bonelo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de Neiva y otros
– Clínica Uros S.A. – Humana Vivir S.A. E.P.S. – Clínica Marly S.A. – I.P.S. Previmedica S.A.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>