

777/2e



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Reparación directa
Radicación : 13001-23-31-002-2011-00020-00
Demandante : AGUSTINA PEREZ RUIZ
Demandado : ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE -
EPS HUMANA VIVIR S.A.

Tema: Falla en la prestación de los servicios médicos

La Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por los señores AGUSTINA PEREZ RUIZ, VICTOR MANUEL GONZALEZ LANS, CARLOS CASTRO PEREZ, JUAN CARLOS GONZALEZ PEREZ, VIVIAN CHARIS GONZALEZ VILLA, JAVIER GONZALEZ VILLA, MARLEYDIS GONZALEZ VILLA, MARCIA IBETH GONZALEZ VILLA, VICTOR ALBERTO GONZALEZ VILLA, MARY SEBIS GONZALEZ VILLA, en ejercicio de la acción de reparación directa; con fundamento en lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora que mediante sentencia, se declare que las entidades demandadas son patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, con la muerte de BIBIANA GONZALEZ PEREZ el día 23 de octubre de 2009.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas al pago de los perjuicios materiales y morales causados a la parte actora, con la muerte de BIBIANA GONZALEZ PEREZ acaecida por la falla del servicio médico y hospitalario, debido a la falta de atención médica y tratamiento ordenado mediante orden judicial.

Que la liquidación de los perjuicios se haga con observación de la indexación, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Que se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Que se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

1.2. HECHOS

Se narra en el libelo que la señora AGUSTINA PEREZ RUIZ, en calidad de madre de BIBIANA GONZALEZ PEREZ, presentó acción de tutela contra la EPS HUMANA VIVIR S.A.

Que el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena, mediante Oficio No. 0985 del 23 de septiembre de 2009, dispuso comunicarle a HUMANA VIVIR S.A. la admisión de la tutela y de la medida provisional, en la que se ordenó la entrega a la accionante de los medicamentos solicitados, y las órdenes médicas solicitadas.

Que el 7 de octubre de 2009, se dictó sentencia en la que se resolvió tutelar el derecho a la vida, la salud y la seguridad social de la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ, ordenándole que en el término de 48 horas, ordenara el tratamiento integral, continuo y permanente, con médicos especialistas, incluyendo medicamentos, exámenes, hospitalización, traslados, transportes y todo lo que el médico tratante considerara necesario para garantizarle la salud.

Que mientras la paciente estuvo internada en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, no fue posible conseguir internarla en una UCI para dar cumplimiento a la orden de tutela, a pesar de tener conocimiento de la situación de la paciente.

Que después de 45 días en espera de ser trasladada a una UCI, el día 23 de octubre de 2009 fallece la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ, quien en vida se dedicaba a realizar artesanías en cerámica; por lo que devengaba mensualmente la suma de \$1.200.000.

2. LA DEFENSA

2.1. ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE¹

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que eran falsos los hechos que se le imputaban en relación al desacato de una acción de tutela; pues contrario a ello se proporcionaron oportunamente todos los servicios médicos a la paciente.

Que contra la entidad no existió ningún tipo de orden judicial, ya que lo dispuesto por el juez de tutela, fue tutelar el derecho a la vida, la salud, la seguridad social de la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ; ordenándole a la E.P.S. HUMANA VIVIR, autorizar el tratamiento que se negaba proporcionar.

Adujo que los encargados de autorizar los tratamientos, medicamentos, exámenes, y demás procedimientos tendientes a conservar la salud de sus afiliados, son las Empresas Promotoras de Salud; que por parte de las entidades hospitalarias, les correspondía poner a disposición toda su infraestructura y personal médico asistencial para prestar de la mejor forma el servicio de salud, como efectivamente ocurrió, tal como se evidencia en la historia clínica de la paciente.

Que mientras la paciente estuvo internada en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, recibió una atención oportuna y adecuada; por lo que no se le puede atribuir, el incumplimiento de lo ordenado provisionalmente por el juez de tutela.

Que la paciente padecía de una enfermedad crónica severa desde los dos años de edad llamada BETA TALASEMIA, con retardo del crecimiento, deformidad ósea, palidez cutánea y trastorno en su sistema inmunológico.

¹ Folios. 143-472.

Cuenta que por deterioro en su estado general, se le ordenó traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos el día 15 de octubre de 2009; y que mientras ello se logra, se continúa proporcionándole los servicios de salud con monitoreo constante, control de evoluciones médicas, los cuales se siguieron suministrando en la Unidad de Reanimación localizada en la Urgencia del Hospital; y aclara, que dicha unidad, posee la misma capacidad tecnológica y científica que la Unidad de Cuidados Intensivos.

2.2. E.P.S. HUMANA VIVIR S.A.²

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues alega que la muerte de la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ no obedeció a la falta de entrega del medicamento de uso ambulatorio denominado DERERASIROX 500 mg, el cual no pudo ser suministrado por cuanto la solicitud no cumplía con los requisitos legales para su autorización, esto es, que no concordaban las fechas en los soportes, y que en la orden médica no era claro el nombre del medicamento.

Que el suministro de los procedimientos, exámenes, medicamentos intra hospitalarios, habían sido autorizados a la ESE Hospital Universitario del Caribe, mediante la apertura de atención de urgencias que emitió Humana Vivir con el No. 10335853 del 4 de octubre de 2009, fecha en la que la usuaria ingresó al servicio de urgencias.

Que la institución con esa autorización, estaba en la obligación de suministrar todos los servicios (procedimientos, exámenes, medicamentos) de atención médica asistencial que requiriese la paciente, incluyendo intra-hospitalariamente los suministros y medicamentos que estuviesen fuera de la cobertura del P.O.S. a través del C.T.S. INTRA-HOSPITALARIO.

Que no se evidencia en la historia clínica, que los médicos tratantes requiriesen tal suministro, pero que de serlo, debía ser suministrado por la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE.

Que no es cierto que se haya hecho caso omiso a la acción de tutela interpuesta, la cual fue comunicada el 7 de octubre de 2009, y en fecha 4 del mismo mes y año, se atendía la solicitud de autorización presentada, autorización a la cual se le dio el No. 10335853; y que además se autorizó la ubicación en una UCI con la Orden No. 10675732.

² Folios. 474-498.

Que el servicio médico de la paciente fue atendido de forma oportuna, y se alega que para la autorización del medicamento DEFERASIROX 250 MG, requería estudio por parte del CTC (Comité Técnico Científico); señalando que la respuesta del mismo fue retrasada por cuanto la solicitud fue presentada de forma extemporánea por la parte interesada. Pero que dentro de la hospitalización autorizada, debía ser suministrado por la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE como parte del tratamiento prescrito, para la estabilización de la condición de la paciente, sin esperar al trámite administrativo que finalmente se surtió.

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de fecha 9 de febrero de 2011 esta Corporación dispuso la admisión de la demanda de la referencia (fl 135-136).

A través de auto de fecha 31 de mayo de 2011 se abrió a pruebas el presente proceso (fl. 500-503).

Por auto de fecha 31 de octubre de 2012 se da traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Este Tribunal es competente para definir en primera instancia este asunto por tratarse de una acción de reparación directa cuya cuantía estimada excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

2. Caducidad

La acción de la referencia fue impetrada en tiempo, esto es en fecha 18 de enero de 2011 (fl. 14); fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de dos (2) años que determina el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; pues en los hechos de la demanda se indica que la muerte de la joven BIBIANA GONZALEZ

PEREZ acaeció el día 23 de octubre de 2009. Por consiguiente, concluye la Sala que a la fecha de presentación de la demanda, no había operado el fenómeno de la caducidad.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si las entidades demandadas son administrativamente responsables son responsables por la pérdida de oportunidad en la recuperación del estado de salud de la joven BIBIANA GONZÁLEZ PEREZ, como consecuencia de la presunta indebida prestación de los servicios médicos.

4. Hechos probados

En el presente asunto se encontró acreditado lo siguiente:

- Que BIBIANA GONZÁLEZ PEREZ, era hija de AGUSTINA PÉREZ RUÍZ y VICTOR MANUEL GONZÁLEZ LANS, según consta en el Registro Civil de Nacimiento visible a folio 19.³

- Que BIBIANA GONZÁLEZ PÉREZ, era hermana de: JUAN CARLOS GONZÁLEZ PÉREZ, CARLOS CASTRO PÉREZ, VIVIAN CHARIS GONZÁLEZ PÉREZ, MARCIA IBETH GONZÁLEZ VILLA, MARLEYDIS GONZÁLEZ VILLA, MARY SEBIS GONZÁLEZ VILLA, VICTOR ALBERTO GONZÁLEZ VILLA, JAVIER GONZÁLEZ VILLA.⁴

- Registro civil de defunción de BIBIANA GONZÁLEZ PÉREZ, que anota como fecha de muerte el día 23 de octubre de 2009.⁵

- Que mediante Oficio No. 0985 del 23 de septiembre de 2009 del Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena, y recibido en fecha 25 de septiembre de 2009 en la EPS Humana Vivir, se comunicó al gerente o representante legal de dicha entidad lo siguiente:

“Atentamente me permito comunicar a usted, que este Juzgado mediante auto de la fecha, admitió la acción de tutela instaurada por la señora

³ Fol. 19.

⁴ Fols. 22, 24, 25, 27, 29, 31, 33, 34.

⁵ Fol. 52.

AGUSTINA PÉREZ RUIZ, en representación de su hija BIBIANA GONZÁLEZ PÉREZ, contra la entidad que Usted dirige, por la presunta violación de su derecho fundamental A LA SALUD.

(...)

Finalmente, teniendo en cuenta la solicitud de la actora encaminada a que se conceda una medida provisional consistente en que al admitir la presente acción de tutela y con el fin de preservar la vida de la joven BIBIANA GONZÁLEZ PÉREZ, se ordene a la accionada HUMANA VIVIR EPS, y en el término perentorio de 48 horas le haga entrega a la accionante los medicamentos solicitados y las órdenes médicas solicitadas para la mencionada paciente, este Despacho accede a tal petición, toda vez que de conformidad con establecido en el artículo 7 del Decreto 2591, se observa la urgencia de dicha medida y las razones que justifican que en el caso sub exámine (sic) no puede darse espera al correspondiente fallo.”⁶

- Que en fecha 7 de Octubre de 2009 el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena, tuteló el derecho a la vida, la salud y seguridad social de la joven BIBIANA GONZÁLEZ PÉREZ, ordenándole a la EPS HUMANA VIVIR, que en el término de 48 horas, suministrara el tratamiento integral, continuo y permanente, con los médicos especialistas, incluyendo medicamentos, exámenes, hospitalización, traslados, transportes, y todo lo que el médico tratante considerara necesario para aliviar la enfermedad que aquella padecía.⁷

- Que en la Epicrisis de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, de fecha 23 de octubre de 2009⁸, se consigna lo siguiente:

“Pcte que ingresa por cuadro de hiporexia, malestar general y edema de extremidades, por lo que se ingresa, y considerando enfermedad de base se ordenan paraclínicos, en lo que se evidencia, signos de falla cardiaca e hipertensión pulmonar, datos de acidosis respiratoria crónica, documentado por gasimetría (sic) arterial, durante estancia hospitalaria, pcte (sic) desarrolla signos de condensación neumónica, por lo que se inicia manejo antibiótico para neumonía nosocomial, con evolución tórpida, la pcte (sic) presenta además signos neurológicos e inestabilidad hemodinámica, pese al soporte médico, por lo que se solicita traslado a unidad de cuidado crítico, el cual no se lleva a cabo por disponibilidad de cama, malas condiciones generales, la pcte desarrolla disfunción (sic) (...) y fallece.”

En dicho documento se evidencia además las siguientes anotaciones:

“I.C. Entrada

1. Talasemia

2. Acidosis respiratoria crónica.

⁶ Fol. 36.

⁷ Fols. 37-40.

⁸ Fol. 51.

Dx. Salida

1. *Talasemia*
2. *neumonía nosocomial con pulmonar*
3. *Trastorno hidroeléctrico hipertalasemia*
4. *Falla renal aguda.*"

- Que de acuerdo con Epicrisis de la ESE Hospital Universitario del Caribe, la paciente ingresa en fecha 09/09/09 y egresa en fecha 17/09/09, con antecedentes de talasemia desde los 2 años de edad.⁹

- Que en historia clínica¹⁰ de la URGENCIA de la ESE Hospital Universitario del Caribe se consigna en fecha 09/09/09, lo siguiente:

"Apariencia:

PACIENTE QUE APARENTA ENFERMEDAD CRONICA

Craneo (sic) Cara y Cuello:

PRESENTA LA CARA Y LA CABEZA DEFORMES COMPLETAMENTE (sic)

Tórax:

PULMONES CLAROS CORAZON RITMICO SIN SOPLOS

Abdomen:

LIGERAMENTE AGRANDADO POR CRECIMIENTO DE HIGADO QUE ENCUENTRA CASI LA FOSA ILIACA DERECHA, Y EL BAZO QUE SE ENCUENTRA AGRANDADO TAMBIEN

Piel y faneras:

PRESENTA PALIDEZ GENERALIZADA MUCUCUTANEA

Génito – urinario:

NORMAL

Extremidades:

HIPOTROFICAS

Sistema Nervioso Central:

LUCUDA, CONCIENTE ORIENTADA.

ANÁLISIS

Diagnóstico Relacionado 1:

TALASEMIA, NO ESPECIFICADA

(...)

Plan de Tratamiento:

HOSPITALARIO

Análisis:

PACIENTE QUE APARENTA ENFERMEDAD CRONICA.

DATOS DE LA CONSULTA

Motivo de la consulta:

ME CANSO DEMASIADO

Enfermedad Actual:

REFIERE QUE ULTIMAMENTE (sic) VIE4NE (sic) NOTANDO QUE CUANDO CAMINA ASÍ SEA UN POCO SE CANSO DEMASIADO Y SE AGITA, Y SOLO PUEDE MEJORAR CUANDO SE QUEDA QUIETA.

⁹ Fol. 159.

¹⁰ Fols. 160-161.

ANTECEDENTES

(...)

Descripción:

- 1.> *PACIENTE CON TALASEIA (sic)*
- 3.> *(sic) HA ESTADO HOSPITALIZADA VARIAS VECES}*
- 4.> *LE HAN TRANSFUNDIDO SANGRE VARIAS VECES (...)*"

- Órdenes médicas de atención por el especialista en medicina interna de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE desde el 07/09/09 hasta el 17/09/09.¹¹

- Nota de evoluciones médicas, de ingreso al servicio de medicina interna de la paciente a la ESE Hospital Universitario del Caribe de fecha 09/09/09¹²:

"(...)

MC: "Me siento débil"

EA: Paciente con cuadro clínico de aproximadamente 15 días de evolución consistente en dificultad respiratoria asociada a debilidad generalizada, fatiga que mejora levemente con el reposo. Niega náuseas o vómito (sic), fiebre o mareo u otra sintomatología.

RD dificultad respiratoria (+) cefalea (-) fiebre (-) disnea (-) dolor torácico (-)

Antecedentes

Patología talasemia diagnosticada hace 24 años en tratamiento continuo con Acido Fólico (sic) 5mg / día.

Hospitalario: En varias oportunidades por anemia o neumonía a repetición. Transfusiones varias veces, no reacciones alérgicas, Tóxicos alérgicos (-) traumáticos (-) hábitos (-)

Paciente alerta, colaboradora, en regular estado musculonutricional, flácidas (sic) mucocutánea (sic) generalizada, deformidad craneo facial, evidente, (...) conjuntivas pálidas, mucosa oral húmedas, cuello móvil sin masas, tórax (sic) simétrico expandible sin tirajes (...) sin soplos, no déficit de pulsos, no galope, murmullo vesicular, universal campos pulmonares sin ruidos sobre agregados, abdomen peristalsis (+) (...) se palpa hepatomegalia no dolorosa de mas o menos 8 traveses de dedo por debajo del borde costal, se palpa esplenomegalia de mas o menos 4 traveses del dedo por debajo del borde costal no doloroso, abdomen blando depresible sin signos de irritación peritoneal, puño percusión (sic) (-) (...), extremidades simétricas móviles, hipotrofia no edema en miembros, (...)
TALASEMIA.

IDx Síndrome Anémico (...)"

- Nota de evoluciones médicas, de ingreso al servicio de medicina interna de la paciente a la ESE Hospital Universitario del Caribe de fecha 10/09/09¹³:

"Paciente femenina de 26 años de edad con Dx:

1. *Talasemia*

¹¹ Fols. 162-166, 168.

¹² Fols. 167.

¹³ Fols. 170.

2. Síndrome (sic) Anémico (sic) secundario a 1.

S// La paciente refiere continuar igual con debilidad generalizada y fatiga niega dificultad respiratoria, fiebre u otra sintomatología. (...)

Paciente conciente (sic), alerta, orientada, regular estado general, palidez mucocutánea (sic) generalizada, con deformidad evidente cráneo facial, con protrusión de los huesos de la cara; cuello móvil sin adenopatías, torax simétrico expansible sin deformidades, campos pulmonares limpios sin agregados, abdomen blando y depresible con hepatomegalia no dolorosa 8 traveses de dedo. (...)

A// paciente hemodinámicamente (sic) estable con niveles bajos de hemoglobina, cumpliendo tratamiento antibiótico.”

- Notas de enfermería en la ESE Hospital Universitario del Caribe, control de signos vitales, desde el 09/09/09 hasta el 17/09/09, registro de medicamentos y tratamientos, reporte de distribución de líquidos, exámenes de laboratorio, hojas de reporte diario de gastos por usuario en urgencias, órdenes de examen de laboratorio.¹⁴

- Reporte cardiológico del 14/09/09¹⁵:

*“CONCLUSION: LIGERA DILATACION DE AURICULA IZQUIERDA.
INSUFICIENCIA MITRAL Y TRICUSPIDEA LIGERA.
VENTRICULO IZQUIERDO LIGERAMENTE AUMENTADO DE TAMAÑO.
DERRAME PERICARDIO LIGERO”*

- Historia Clínica de Urgencia de la E.S.E. Hospital Universitario del Caribe de fecha 04/10/09¹⁶:

“(…)

ANALISIS (...)

Paciente con Dx ya conocido de talasemia quien consulta por deterioro de su estado general, por lo cual se sospecha (...) anemia que se estudiara (sic) en el servicio de urgencia.

Destino del Paciente:

Observación. (...)

Enfermedad Actual:

Paciente con Dx Talasemia, quien consulta por cuadro clínico de 4 días de evolución caracterizado por astenia, andinamia, mareos e inapetencia, por lo cual consulta. Refiere además prurito intenso en piernas y pies, que no ha mejorado a la administración de antihistamínicos reflujo gastroesofágico. Niega fiebre.

Descripción:

1.> Talasemia en tto (sic) con Acido Fólico (sic)

4.> Múltiples (sic) transfusiones de GRE (sic)

6.> Acido (sic) fólico y loratadina.”

¹⁴ Fols. 171-189.

¹⁵ Fol. 213.

¹⁶ Fols. 294-295.

- Órdenes de examen de laboratorio en urgencias, órdenes médicas que desde fecha 4 de octubre de 2009 sugieren el traslado a U.C.I., así se evidencian reportes de evoluciones médicas en los que se realizan anotaciones relativas a la existencia de síndrome anémico, por lo que era necesario transfusión de sangre.¹⁷
- Notas de enfermería, exámenes de laboratorio practicados, entre otros.¹⁸
- Informe de auditoría por atención de la paciente BIBIANA GONZÁLEZ PÉREZ¹⁹:

“La señora BIBIANA GONZALEZ PEREZ identificada con No. de CC 32,938.893 de Cartagena Colombia. Sufrió de TALASEMIA diagnosticada desde los dos años de edad.

La TALASEMIA es una enfermedad hereditaria caracterizados (sic) por la producción anormal de hemoglobina, proteína que se encuentra en los glóbulos rojos y encargada de la distribución de oxígeno en el organismo. Con trastorno en hígado, bazo, trastorno en el crecimiento de los huesos. Con una sintomatología de fatiga crónica, dificultad respiratoria severa, hepato y espleno megalia (crecimiento y deficiente funcionamiento de hígado y bazo). Por su signología y sintomatología la señora BIBIANA GONZÁLEZ PEREZ identificada con No. de CC 32,938.893 de Cartagena. Fue diagnosticada de Beta TALASEMIA. Las mutaciones de la cadena B en el cromosoma 11 afecta a uno de los genes causando una talasemia relativamente leve caracterizada por una hemoglobina con tres a y una B globina. Puede que no haya síntomas como puede que los síntomas sean intermedios entre leve y graves. Con expectativa de vida entre los 20 y 30 años.

En la auditoria medica de la historia clínica de la señora BIBIANA GONZALEZ PEREZ identificada con No. de CC 32,938.893 de Cartagena. Se registran múltiples ingresos con un mismo diagnostico “Beta TALASEMIA”: Se relacionan a continuación tres (3) de las entradas de la Paciente en mención con una muestra aleatoria de las ordenes medicas: (...)

ANALISIS

Al analizar la historia clínica se concluye paciente con enfermedad crónica severa, desde los dos años de edad, con retardo de crecimiento, deformidad ósea, palidez cutánea, desnutrición severa, trastorno de su sistema inmunológico, entre otras complicaciones a causa de su enfermedad de base la BETA TALASEMIA. Por deterioro en su estado general se le ordeno (sic) traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos el día 15 de Octubre de 2009. Se traslada el día 17 de Octubre de 2009 a unidad de reanimación localizada en la urgencia del (sic) ESE Hospital Universitario del Caribe. La unidad de reanimación posee la misma capacidad tecnológica y científica que la unidad de cuidados intensivos.

CONCLUSIONES

La auditoría medica de la Historia Clínica de la señora BIBIANA GONZALEZ PEREZ identificada con No. de CC 32,938.893 de Cartagena. Que la muerte fue producida por el deterioro ocasionado por su enfermedad

¹⁷ Fols. 298-327.

¹⁸ Fols. 328-467.

¹⁹ Fols. 468-472.

de base, no por la falta de oportunidad o pertinencia médica por parte de los galenos de la ESE Hospital Universitario del Caribe.”

- Historia clínica médica de la Sociedad de Cancerología de la Costa, con los diferentes exámenes de laboratorio y demás que le fueron practicados a la paciente. De la referida historia se destaca:

“Fecha (Día/Mes/Año): 31/07/09

MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL

PACIENTE QUIEN ACUDE POR PRIMERA VEZ, INFORMANDO SU MAMA QUE TIENE DIAGNOSTICO DE TALAEMIA REALIZADO A LA EDAD DE DOS AÑOS Y QUIEN VENIA SIENDO VISTA INICIALMENTE EN HEMATOLOGIA PEDIATRICA DR TRUCCO Y POSTERIORMENTE POR HEMATOLOGIA DE ADULTOS DR BARON. INICIARON MANEJO CON HIDROXIUREA MISMA QUE EN LA FECHA NO RECIBE DESDE EL 2008. ULTIMA CONSULTA EN HEMATOLOGIA EN ABRIL DE 2009.

REVISION POR SISTEMA

COMENTA POLITRANSFUNDIDA SIENDO LA ULTIMA (sic) EL 22 DE JULIO DE 2009.

EPISODIOS DE CRISIS FRECUENTES CON HOSPITALIZACION. (...)

ANTECEDENTES FAMILIARES

ANEMIA DE CELULAS FALCIFORMES POR LINEA PATERNA.

EXAMEN FISICO (...)

PACIENTE CONCIENTE (sic) ORIENTADA CON GRAVES SECUELAS ESQUELETICAS EN ESPECIAL EN REGION CEFALICA.

CARDIOPULMONAR SIN COMPROMISO APARENTE. BAZO PALPABLE.

(...)

Estudios Complem.: *SE SOLICITAN LAB COMPLEMENTARIOS INCLUYENDO ELECTROFORESIS DE HEMOGLOBINA, PRUEBAS DE FUNCION HEPATICA Y RENAL, NIVELES DE FERRITINA Y HEMOGRAMA ACTUALIZADO.*

Conducta: *DEBE RECIBIR TTO CON MEDICAMENTOS ALQUILANTES DEL TIPO DE HIDROXIUREA Y UELACION ORAL CON DEFERSIROX.*

(...)²⁰

También se evidenció que en fecha 19/08/2009, el médico hematólogo tratante, anotó que el protocolo a seguir, sería un ciclo de quimioterapias “HIDROXIUREA”.²¹

- Testimonio recibido en el proceso de los señores HILDA ISABEL HERNANDEZ DE ZÁRATE²², RAMON ALVARADO PEREZ²³, RICARDO QUEJADA PEREZ²⁴, quienes afirmaron ser vecinos y amigos de la familia, y refirieron que la joven fallecida, BIBIANA GONZALEZ PEREZ, era una niña sana hasta los 13 años que constantemente se

²⁰ Fol. 522-545.

²¹ Fol. 523.

²² Fol.588-589.

²³ Fol.594-595.

²⁴ Fol.615-617.

enfermaba, pero que a pesar de eso era una persona activa, servicial y trabajadora, porque se dedicaba a la belleza. Refirió que necesitaba un medicamento, el cual no había sido autorizado por la EPS Humana Vivir, y que además debía ser trasladada a UCI, sin que ello fuera realizado, por no contar con una cama disponible. Finalmente contó la testigo, que la muerte de la joven, le causó mucho dolor a sus familiares y amigos que la apreciaban.

5. Análisis del caso

5.1. La responsabilidad extracontractual del Estado

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene su fundamento normativo superior en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. De acuerdo con lo anterior, para que la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en cualquiera de sus niveles, sea procedente, es imprescindible que pueda imputársele un daño antijurídico, ocasionado como resultado de la acción u omisión de alguna o algunas de las obligaciones a su cargo.”

En ese marco, la jurisprudencia y la doctrina, coinciden en señalar que para que dicha responsabilidad opere, deben confluir los siguientes elementos²⁵:

i.) El Daño, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima y sin el cual no existe responsabilidad.

ii.) El Hecho Dañino, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

iii.) El Nexa Causal, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

²⁵ Resumidos modernamente en los conceptos daño antijurídico e imputación.

Ahora bien, en torno a la prueba de esos elementos, han coincidido también la jurisprudencia y la doctrina, en que la carga de aportarla en cada caso concreto, compete, por regla general, a quien alega haber sufrido el daño antijurídico, o lo que es lo mismo, a quien alega haber experimentado un daño que no estaba obligado a soportar.

Por otro lado, la interpretación que se ha hecho del artículo 90 Superior, permite identificar como títulos de imputación del daño antijurídico, la falla en el servicio, en cualquiera de sus modalidades: probada y presunta; el riesgo excepcional y el daño especial; títulos que permiten ubicar al Juzgador en un escenario acorde con cada situación en particular que se demande.

5.2. Régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto.

De acuerdo con los hechos narrados en la demanda, es indudable que la causa o título que permitiría imputar responsabilidad a la entidad demandada, se encuadra en el régimen de falla probada.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶ ha estudiado el régimen de la responsabilidad médica en varias posturas, sin embargo, dicho tema ha sido definido bajo el siguiente criterio, así:

“RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL - Posición actual. Es necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad

Así mismo se indicó que por no tener consagración legal, el principio de las cargas dinámicas de la prueba desconocía el artículo 177 del C. de P.C., y entonces cuando se requería el empleo del mismo, con fundamento en el principio de equidad que emerge del texto constitucional, el juez debía acudir a la figura de excepción de inconstitucionalidad y en el caso concreto inaplicar dicha norma legal, para así trasladar la carga de la prueba a la contraparte. La referida práctica jurisprudencial fue objeto de algunos reparos, que se centraron básicamente en señalar que la definición de cuál era la parte que se encontraba en mejores condiciones de aportar las pruebas al proceso no debía hacerse al momento de proferir la sentencia sino en el auto de apertura al debate probatorio, so pena de sorprender a las partes cuando ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas y, a su vez, la práctica indicaba que al momento de

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SECCION TERCERA Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010) Radicación número: 76001-23-25-000-1997-04474-01(20087)A Actor: SAUL SAAVEDRA GUTIERREZ Y OTROS Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- SECCIONAL VALLE DEL CAUCA Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

proferir el mencionado auto, el juez aún no contaba con los elementos que le permitieran establecer quién debía probar determinado supuesto de hecho. Como respuesta a dichas objeciones, **los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba argumentaron que el deber de lealtad de las partes en el proceso les exige aportar todos los medios con los que cuentan para arribar a la verdad de lo ocurrido** y, por lo tanto, si alguna de las partes faltaba a ese deber, el juez, en la sentencia, podría hacer correr a la parte negligente con las consecuencias negativas de su descuido probatorio. Frente a lo anterior, la Sala recientemente consideró que no era necesario alterar las reglas probatorias legalmente establecidas, para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere faltado al deber de lealtad procesal, pues el mismo ordenamiento jurídico –artículo 249 C. P. C.- prevé que el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes. **Así mismo, se consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad –el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos- para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser construidos a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes. También se precisó que en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serían de gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos –abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente- sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla del servicio.** Esta última es la tesis que impera actualmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado [Sentencias de 3 de mayo de 2007. Expediente: 17.280; 26 de marzo de 2008. Expediente: 16.085; 23 de abril de 2008. Expediente: 15.750].²⁷

CARGA PROBATORIA - En cabeza quien pretende derivar de hechos consecuencias jurídicas / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD - Determinación / NEXO CAUSAL - Prueba directa / NEXO CAUSAL - Prueba indiciaria / PRESUNCION DE CAUSALIDAD ADECUADA - Aplicación / CAUSALIDAD ADECUADA - Presunción / PRESUNCION DE CAUSALIDAD - Fue desechada posteriormente por la jurisprudencia

Es claro, según el mandato del artículo 177 del C. P. C., que la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, éstas, tanto en la demanda como en su contestación, expondrán los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o su defensa y las pruebas que al efecto pretenden hacer valer. **En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre la falla del servicio médico asistencial y el daño, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad oficial –falla del servicio- constituyó la causa adecuada o eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado.** Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en señalar, salvo contadas excepciones, que el deber de acreditar el vínculo causal está a cargo de la parte demandante. Sin embargo, cuando no se

²⁷ Destacado de la Sala.

cuenta con tal prueba directa respecto de la causalidad de la falla del servicio médico asistencial con el daño alegado o cuando aquella no le ofrece al juez un grado pleno de certeza, la jurisprudencia contencioso administrativa ha recurrido también a un aligeramiento de la carga probatoria al respecto y ha empleado medios probatorios indirectos. Dicha tendencia se mantuvo sin mayor novedad hasta el año 1995, oportunidad en la cual el aligeramiento de la carga probatoria del nexo causal se extremó a tal punto, que se indicó que lo que procedía era en realidad establecer una presunción de causalidad adecuada a favor de la víctima y que la misma sólo podía ser desvirtuada en tanto la parte demandada acreditara una causa fortuita; sin embargo, también se afirmó que “la prueba de la diligencia para destruir dicha presunción no es otra cosa distinta que la demostración de que al paciente se le otorgó una atención adecuada en las mejores condiciones permitidas por el servicio”, es decir, se le exigió al demandado acreditar la inexistencia de una falla del servicio, lo cual no desvirtúa el nexo causal, en tanto que la ausencia del mismo solo acredita mediante la existencia de una causa extraña –hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la propia víctima y fuerza mayor-. Tal posición se reiteró en contadas oportunidades, pero fue finalmente desechada por improcedente, toda vez que además de contradictoria, configuraba un régimen más gravoso para la demandada que el objetivo, en el cual si bien no se analiza la ilicitud de la conducta de la Administración, siempre se exige la presencia contundente del nexo causal entre aquella y el daño.

CAUSALIDAD PROBABLE - Aplicación / NEXO CAUSAL - Puede ser acreditado de manera indirecta a través de indicios / RESPONSABILIDAD MEDICA ESTATAL - Se fundamenta en falla probada del servicio / FALLA PROBADA DEL SERVICIO EN MATERIA MEDICA - Deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad

Posteriormente, en sentencia del 3 de mayo de 1996, se señaló –sin invertir la carga de la prueba del demandante- que dada la complejidad de los asuntos científicos y técnicos que entraña la materia médica o por la carencia de elementos probatorios directos que permitan establecer la relación de causalidad entre la falla del servicio médico y el daño, se podía acudir a la noción de “causalidad probable”, pero sí y solo sí el grado de dificultad probatoria para el actor es tal, que impida demostrar la certeza plena de su existencia. Posteriormente y de manera más explícita, se ha precisado que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad” no implica la exoneración del deber de la parte actora de establecer la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica que hiciera posible atribuir a la entidad pública prestadora del servicio médico el daño padecido por la víctima, sino que ésta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. Con base en la evolución jurisprudencial edificada en relación con la responsabilidad médica es dable concluir que su fundamento encuentra sustento en la falla probada del servicio, en la que deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos. En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, trabajo en el que cobran especial trascendencia los indicios.”

Bajo el anterior análisis jurisprudencial, y descendiendo al caso sub examine, es preciso decir, que le compete a la parte actora, la prueba de los elementos de la responsabilidad cuya declaratoria invoca; y que en el evento de que se trate de situaciones cuya complejidad científica o técnica le imposibiliten cumplir con esa carga, ésta habrá de trasladarse a la entidad médica, si estuviere en mejores condiciones de asumirla, de acuerdo con el principio de la carga dinámica de la prueba²⁸.

Ahora bien, también debe destacarse que para la demostración de esos elementos, puede acudir a cualquier medio probatorio de los legalmente regulados, siendo en ocasiones, tal como se reseñó, el indicio, la prueba por excelencia del nexo causal; ante la falta de pruebas directas de la responsabilidad y dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente, frente a quienes realizan el acto médico.

Hechas las anteriores precisiones en cuanto al régimen aplicable, se detendrá la Sala, en el análisis del contenido obligacional a cargo del Estado como prestador del servicio médico.

5.3. Pérdida de oportunidad para recobrar la salud de un paciente

Respecto al tema de la pérdida de oportunidad de recobrar la salud de un paciente, el Consejo de Estado²⁹ en sentencia reciente consideró lo siguiente:

“Así las cosas, para el sub examine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud del paciente, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, puesto que -bueno es reiterarlo-, le dejó de brindar atención durante las dos primeras horas, así como no realizó la transfusión que necesitaba el paciente -pues no contaba con la suficiente cantidad de sangre- y, cuando finalmente se dio cumplimiento a dicho requerimiento, éste no pudo recobrar su salud y falleció horas después, por manera que ante un hecho evidente, como lo era la progresiva hemorragia del señor Urueña García, la entidad demandada debió, en un primer momento, brindar la atención durante esas dos primeras horas de evolución de su cuadro clínico y, en segundo término, disponer de la cantidad necesaria de sangre para transfundirlo antes de que su estado hubiere empeorado al punto de ser irreversible. Por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del Hospital El Tunal III Nivel por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de dicha entidad.

²⁸ “...No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria; no basta al actor, afirmar la falla y su relación causal, para que se invierta la carga que le compete...”. Consejo de Estado, Sección 3ª Sentencia 16191, marzo 6 de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección A. Sentencia de fecha Catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013). Rad. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632). CP. HERNAN ANDRADE RINCON

En casos como el presente, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en la denominada pérdida de oportunidad, la Jurisprudencia de esta Sección ha razonado de la siguiente forma:

“...Debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes —a lo cual se hizo alusión precedentemente— en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

“Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente ? o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente?.

- En cuanto al primer punto: “la muerte” del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?.

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público.

(...).

En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente?.

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse”.

La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo:

‘Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues

nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una 'pérdida de una oportunidad'. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

'Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d'une chance, que se podría traducir como 'pérdida de una oportunidad'.

'CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

'Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

'En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo'. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir".

La pérdida por parte de Franklin, de esa oportunidad para recuperarse sí tiene nexo directo con la falencia administrativa.

El elemento de responsabilidad, nexo de causalidad, se estableció indiciariamente: ...” (Negrillas en el texto original).

En otra ocasión la Sala formuló consideraciones que mediante el presente pronunciamiento se reiteran en punto de la naturaleza jurídica de la noción de pérdida de oportunidad, de su ubicación en la estructura del juicio de responsabilidad por fuera del examen de la causalidad **—de modo que la figura en cuestión mal podría considerarse como un sucedáneo de la acreditación del vínculo causal, mismo que, no obstante, se recalcó que puede probarse valiéndose de la demostración de una probabilidad determinante o suficiente, con apoyo en prueba indiciaria—, de la necesidad de cuantificar científica y estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite —como no podría ser de otro modo— la existencia del correspondiente ligamen causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda:**

“También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

(...)

Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. **Sin embargo, esas afirmaciones se quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna**

prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos porcentuales”.

5.4. Solución al problema jurídico

Se imputa a las entidades demandadas, responsabilidad por los perjuicios causados a la parte demandante por la muerte de la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ, por una aparente pérdida de oportunidad en la recuperación de su estado de salud; ya que se alega una indebida prestación de los servicios médicos.

Se afirma en el libelo, que pese a existir un fallo de tutela y una medida cautelar a favor de la paciente, en la que se garantizaba el derecho a la vida, la salud y la seguridad social; se omitió por parte de las entidades demandas no solo autorizar el tratamiento oportunamente requerido consistente en un medicamento específico; sino que tampoco se le prestaron los servicios de ingreso a una Unidad de Cuidados Intensivos, conforme a las recomendaciones del médico internista, por no encontrarse disponible una cama.

Pues bien, de acuerdo a los elementos probatorios recaudados, se evidenció que la paciente, BIBIANA GONZÁLEZ PEREZ quien tenía 26 años de edad para la fecha de su muerte, padecía una enfermedad denominada “TALASEMIA”, la cual le fue diagnosticada desde los dos años de edad; que en vista del deterioro en su estado de salud, se vio obligada a interponer por intermedio de su madre, acción de tutela para que se le garantizara el derecho a la salud y a la vida, por cuanto no era autorizado un medicamento requerido y ordenado por el médico tratante.

Adicionalmente se pudo evidenciar, que a causa de la enfermedad soportada, la paciente había sufrido un avanzado deterioro en su estado de salud; lo cual la obligó a someterse a tratamientos como transfusiones de sangre permanentes e incluso a un ciclo de quimioterapias sugeridas por los médicos tratantes. También se verificó que estando hospitalizada en la E.S.E. Hospital Universitario del Caribe, le fue indicado por parte del médico internista, el ingreso a una Unidad de Cuidados Intensivos (U.C.I), no obstante, no fue posible el aludido traslado, porque al parecer no había cama disponible.

Entonces, estudiados los argumentos de la parte actora, es importante precisar que en

el presente caso se reclama, la pérdida de oportunidad para recuperar la salud de la paciente BIBIANA GONZALEZ PEREZ, por la omisión en la prestación de los servicios médicos requeridos para preservar su salud, y para tratar una enfermedad padecida desde la infancia denominada "TALASEMIA", la cual la condujo a la muerte. Y en consecuencia, la falla del servicio médico a la que alude la parte accionante, consiste en no habersele brindado a la paciente, el suministro de la droga requerida, y de no habersele prestado los servicios de una Unidad de Cuidados Intensivos, conforme fue ordenado.

Ahora bien, vistos los hechos que antecedieron la muerte de la paciente, procede la Sala a analizar si en el presente caso las entidades demandadas incurrieron o no, en una falla del servicio en la prestación de los servicios médicos requeridos; y que presuntamente condujo a la pérdida de oportunidad en la recuperación de su estado de salud.

Al respecto, es importante aclarar que para configurar la responsabilidad del Estado por pérdida de oportunidad, la misma no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real de la paciente de recuperar su salud o de preservar su vida; y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica - asistencial.

En ese orden de ideas, analizado el material probatorio que reposa en el plenario, se puede evidenciar, que si bien se encontró probada una falla en cuanto a la falta de cupo para que la paciente pudiera usar una cama en la Unidad de Cuidados Intensivos de la E.S.E. Hospital Universitario del Caribe, dicha falla no es determinante en cuanto al daño constituido por la muerte de la misma; toda vez que de acuerdo con el informe de Auditoría practicada por la misma E.S.E., - el cual no fue desvirtuado por la parte actora -, la enfermedad padecida por la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ, -según se explica-, constituía un daño indefectible; por cuanto la esperanza de vida de quienes padecen dicha afección está entre los 25 y 30 años de vida.

Entonces, como se ha dicho, considera la Sala que en el presente asunto el daño alegado deviene de la pérdida de oportunidad que podría llegar a existir por los actores, al no compartir un tiempo más en vida con su ser querido, y la frustración de no poder recibir el tratamiento médico sugerido, por cuanto se evidencia, que el hecho de la muerte en sí, constituía un suceso infalible.

No obstante, es posible el reconocimiento de los perjuicios antes indicados, en la medida en que se tuviera la certeza de que recibiendo el tratamiento indicado y de haber recibido la atención oportuna en una Sala de Cuidados Intensivos; la paciente hubiese sobrevivido por un mayor tiempo con una aceptable calidad de vida. Por consiguiente, estaba a cargo de la parte interesada, demostrar que la no ocurrencia de dichas irregularidades, eran determinantes para garantizar la recuperación de la paciente por un lapso adicional en óptimas condiciones de vida.

Al respecto, la Sala le otorga pleno valor probatorio, al informe de Auditoria practicado en la ESE Hospital Universitario del Caribe, relacionado con el caso de la paciente BIBIANA GONZALEZ PEREZ, y al cual se ha hecho referencia en estas consideraciones; por cuanto, el mismo indicó, que aun cuando la paciente no fue remitida a una Unidad de Cuidados Intensivos, sí se remitió a una Unidad de Reanimación ubicada en la urgencia de dicha entidad, la cual posee la misma capacidad tecnológica y científica con que cuenta una UCI. Además de lo anterior, se precisó que la muerte de la paciente fue producida por “el deterioro ocasionado por su enfermedad de base”, y no por la falta de oportunidad o pertinencia médica de los profesionales que la asistieron en su hospitalización.

Ahora bien, el anterior concepto fue aportado por la entidad demandada en la oportunidad procesal oportuna³⁰, sin ser cuestionado por la parte interesada; y al no existir otro concepto que lo contradiga, se tiene por cierto lo allí anotado.

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que si bien no fue asistida la paciente con el procedimiento antes indicado en una Sala de Cuidados Intensivos, lo cierto es que ésta conforme se advierte en la historia clínica aportada, siempre estuvo asistida por médicos especialistas en medicina interna, y además de ello, fue sometida a varios tratamientos de los cuales no obtuvo mejoría; pues de acuerdo a lo indicado en el referido Informe de Auditoría al que se ha hecho referencia, la enfermedad que ésta padecía tenía una esperanza de vida limitada, por las múltiples afecciones que dicho padecimiento desencadenaba; y como se ha precisado, dicho informe al no haber sido controvertido, constituye plena prueba de que el procedimiento efectuado sobre la paciente estuvo ajustado al protocolo.

En esa medida, si el accionante quería demostrar la efectividad de uno u otro

³⁰ Con la contestación de la demanda.

procedimiento, o que de haberse proporcionado el servicio en la Unidad de Cuidados Intensivos a la paciente BIBIANA GONZALEZ PEREZ, se garantizaría una mejor calidad de vida; debió aportar al plenario los elementos de juicio necesarios que así lo demostraran, toda vez que el juez carece de esos conocimientos técnicos científicos que le permitan establecer con cuál de los instrumentos médicos tenía más probabilidad la paciente para la recuperación de su salud.

Siguiendo el mismo hilo conductor, es importante destacar, que la doctrina médica puede servir de ayuda como elemento necesario para ilustrar al juez en materias como la que ocupa la atención de la Sala, sin que ello implique que deba entrar a interpretar los procedimientos médicos que allí establecen, habida cuenta que como bien se señaló, el juez carece de los conocimiento técnicos y científicos en la materia, correspondiéndole entonces al profesional de la medicina esa labor interpretativa; de lo contrario se obligaría al funcionario judicial a escudriñar en asunto que desconoce, lo cual provocaría eventuales imprecisiones.

En el presente caso, se reitera, que la Sala por sí sola no puede entrar a interpretar la doctrina médica aportada al expediente, ni tampoco las historias clínicas, sino que ello es posible con la ilustración o explicación de un profesional, con el fin de evitar ambigüedades que podrían repercutir negativamente en la obtención del derecho que reclaman las partes en el proceso. En esa medida, existiendo como único referente, el informe de Auditoria practicado por la E.S.E. Hospital Universitario del Caribe, la Sala le otorga pleno valor probatorio, al no haber sido controvertido por la parte contraria.

Por lo expuesto, no existe prueba que permita acreditar que el hecho de haberse tenido disponibilidad de cama en la Unidad de Cuidados Intensivos, hubiese aumentado considerablemente la posibilidad de mejorar el estado de salud de la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ, habida consideración de que la paciente padecía una enfermedad que científicamente está catalogada como mortal.

Recapitulando entonces, la pérdida de oportunidad no puede ser una mera especulación, ya que es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud, de o preservar su vida con aplicación de los procedimientos sugeridos, prueba que no fue allegada al proceso; ya que no se acreditó, que la pérdida de oportunidad en la recuperación del estado de salud de la joven BIBIANA GONZALEZ PEREZ, obedeció a la falta de ingreso a una Unidad de Cuidados Intensivos, o a la no aplicación de un tratamiento específico.

Así las cosas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento. A lo anterior se debe agregar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Se concluye entonces, que en este caso no se encontraron configurados los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado y como consecuencia de ello, se denegarán las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y devuélvase a la parte demandante el remanente que hubiese quedado de la suma consignada para cubrir gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere, previa liquidación de los mismos.

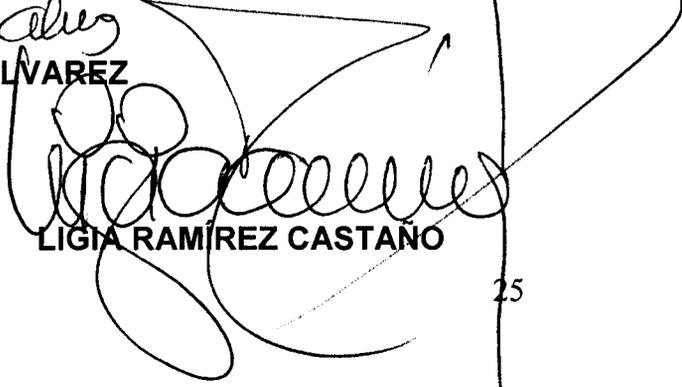
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

