

TEMA: RESPONSABILIDAD MÉDICA - La parte demandante tiene que probar el actuar culposo y un nexo de causalidad, solo que en la responsabilidad «plena» esa conexión causal es con el resultado definitivo: la muerte o la patología; mientras que en la responsabilidad por la anulación de las probabilidades curativas o de sobrevivencia, se tiene que demostrar que hay ilación causal entre el actuar culposo y esa disminución o pérdida total de la oportunidad de curarse o sobrevivir.

HECHOS: Claudia Patricia Gallego en su propio nombre y en representación del menor Brayner Giraldo Gallego y Alba Cecilia Gallego demandan a Clínica del Prado SAS y a Coomeva Entidad Promotora de Salud SA en liquidación, a efectos de que se les declare civil, contractual y solidariamente responsables por el fallecimiento del neonato que era hijo, hermano y sobrino de los demandantes. Y en consecuencia que se les condene a pagar perjuicios morales. En primera instancia se desestimaron las pretensiones. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si está probado el actuar culposo de la EPS Coomeva y la IPS Clínica del Prado en la remisión del hijo de la demandante a una clínica de cuarto nivel.

TESIS: (...) Para el éxito de la pretensión de responsabilidad civil por fallas en la prestación de servicios médicos es necesario acreditar varios presupuestos axiológicos, a saber: el daño físico y/o psíquico padecido por el paciente, y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento se pretende; la conducta culpable del profesional de la salud; y, finalmente, la relación de causalidad adecuada entre dicha conducta y el daño padecido por el paciente (...) Cuando se evalúa la conducta culpable, en línea de principio, la relación médico paciente ha sido generalmente caracterizada como de medio, lo que impone prestar por parte del obligado el cuidado y presteza en la persecución de un propósito que no le es dable asegurar, razón por la cual no asume responsabilidad alguna por la simple inejecución o resultado adverso de la obligación. (...) Ahora bien, tratándose de fallas en los servicios de salud por responsabilidad organizacional se ha comprendido que: «La inobservancia de los criterios establecidos por el conocimiento científico afianzado u objetivo constituye un indicio de la culpa directa de la organización o de sus agentes particulares cuando tales violaciones están descritas por la evidencia médica como factores de riesgo desencadenantes de los daños sufridos por el usuario. Por su parte, la violación de los reglamentos administrativos expedidos por las entidades que conforman el sistema de salud lleva implícita la culpa cuando entre la infracción y el resultado adverso se logra establecer un juicio de atribución jurídica por violación de los deberes objetivos de cuidado o prudencia en cada contexto específico». (...) Ahora bien, especial consideración merece el análisis de la gestión y diligencia administrativa de las EPS en el marco del colapso del sistema de salud, especialmente en unidades de cuidados intensivos, en el marco de una pandemia sin precedente como la del Covid-19. La ocurrencia de esta emergencia sanitaria a nivel mundial se trata de un hecho notorio que, a voces del artículo 167 del CGP, no requiere prueba. Las atenciones médicas y la gestión administrativa de las EPS en ese contexto histórico tan complejo, requiere que, en los casos de responsabilidad médica, el juez analice un presupuesto como el de la culpa, considerando las condiciones en las que se encontraba el sistema de salud, especialmente en lo que concierne a la ocupación hospitalaria, los insumos y recursos para la atención de los pacientes. (...) Se trata de distinguir entre una responsabilidad por el daño final ocasionado al paciente, bien sea una patología definitiva o la muerte, de una responsabilidad médica cimentada en la pérdida de las probabilidades u oportunidades curativas de éste. En ambos casos la parte demandante tiene que probar el actuar culposo y un nexo de causalidad, solo que en la responsabilidad «plena» esa conexión causal es con el resultado definitivo: la muerte o la patología; mientras que en la responsabilidad por la anulación de las probabilidades curativas o de sobrevivencia, se tiene que demostrar que hay ilación causal entre el actuar culposo y esa disminución o pérdida total de la oportunidad de curarse o sobrevivir.

(...) Entonces, este análisis, que no se hizo en la primera instancia, evidencia que el traslado no se logró de inmediato porque Coomeva EPS fuera negligente o porque impusiera barreras administrativas insulsas o dilatará sin justificación el proceso, sino porque, en definitiva, alrededor de diez instituciones rechazaron el paciente por falta de disponibilidad de camas, se itera, ante una pandemia que, en el año 2020, tuvo su peor momento. (...) Contrario a lo esgrimido en la apelación, la falta de prueba de la causalidad sí es determinante para desestimar las pretensiones, aun tratándose de una pérdida de oportunidad, en tanto debía probarse que la tardanza truncó una oportunidad cierta de sobrevivir, lo que en este caso no quedó acreditado. (...)

M.P: MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

FECHA: 20/08/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



"Al servicio de la justicia y la Paz Social"

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veinte (20) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Procedimiento:	Verbal/Responsabilidad Civil Médica
Radicado:	05001-31-03-005-2023-00003-01
Parte demandante:	Claudia Patricia Gallego y otros.
Parte demandada:	Clínica del Prado SAS y otra.
Providencia	Sentencia de segunda instancia
Decisión:	Confirma sentencia
Tema:	<p>1. La pandemia y las dificultades que se derivaron de ésta, para el sistema de salud, no eran excusa para que las EPS no dispusieran el máximo de su diligencia en la labor administrativa para atender a sus afiliados. Sin embargo, su labor no puede valorarse de forma aislada a la difícil situación que atravesó el sistema de salud. Un ejemplo de ello era la obtención de camas en las unidades de cuidados intensivos para pacientes que requerían ser intubados. En casos en los que las EPS son demandadas por tardanzas en la recepción de sus pacientes en esas unidades especializadas -y en el marco de la pandemia-, al igual que en cualquier caso de responsabilidad civil médica, éstas debieron actuar con el máximo de diligencia en sus gestiones administrativas y en el cumplimiento de todas sus obligaciones legales, pero el asunto amerita no perder de vista el colapso de ciertas IPS con problemas de ocupación superior a su capacidad máxima. El juez debe considerar el contexto de la pandemia, como hecho notorio, y valorar a detalle la historia clínica para determinar qué tan diligente fue la EPS; si gestionó la recepción de sus pacientes en las referidas unidades de forma acuciosa y la tardanza se debió a un colapso general de las UCI, o si, aún con la pandemia, era dable concretar diligentemente la gestión administrativa y no lo hizo por negligencia, inactividad o actitud omisiva en la administración del servicio.</p> <p>2. No es lo mismo que se atribuya responsabilidad a una determinada entidad prestadora o garante del servicio de salud porque su actuación u omisión le ocasionó la muerte o unas secuelas físicas a un paciente, que dicha responsabilidad sea atribuida por que se disminuyeron o se frustraron las posibilidades de recuperación. En el primer caso se trataría de una responsabilidad plena; mientras que, en el segundo, se trataría de una pérdida de la oportunidad que debe ser indemnizada solo en el porcentaje de probabilidad de recuperación disminuida con la acción u omisión del médico o la entidad prestadora o garante de la atención en salud. En ambos casos la parte demandante tiene que probar el actuar culposo y un nexo de causalidad, solo que en la responsabilidad «plena» esa conexión causal es con el resultado definitivo: la muerte o la patología; mientras que en la responsabilidad por la anulación de las probabilidades curativas o de sobrevivencia, se tiene que demostrar que hay ilación causal entre el actuar culposo y esa disminución o pérdida total de la oportunidad de curarse o sobrevivir.</p>

ASUNTO POR RESOLVER

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Demanda (Cfr. Archivo 02, págs. 2 a 19)

Claudia Patricia Gallego en su propio nombre y en representación del menor **Brayner Giraldo Gallego** y **Alba Cecilia Gallego** demandan a **Clínica del Prado SAS** y a **Coomeva Entidad Promotora de Salud SA en liquidación**, a efectos de que se les declare civil, contractual y solidariamente responsables por el fallecimiento del neonato que era hijo, hermano y sobrino de los demandantes. Y en consecuencia que se les condene a pagar por perjuicios morales las siguientes sumas dinerarias: 100 SMLMV a favor de Claudia Patricia Gallego (madre); 100 SMLMV a favor de Brayner Giraldo Gallego (hermano) y; 50 SMLMV a favor de Alba Cecilia Gallego (tía). Como fundamento de lo pretendido la parte actora expuso que:

Claudia Patricia Gallego se encontraba embarazada de su segundo hijo en el año 2020. Para el 9 de septiembre de ese mismo año, en ecografía fetal se diagnosticó *«síndrome de corazón izq. Hipoplásico-septo interventricular íntegro- flujo anormal por formen ovale- válvula mitral displásica estenótica- hipoplasia anillo valvular aórtico y aorta descendente- cardiopatía ducto dependiente»*. El 27 de septiembre del 2020 ingresó a la IPS Clínica del Prado SA para dar a luz; y el niño nació a las 23:00. Esta atención se brindó por la afiliación con la EPS Coomeva y el contrato de ésta con la IPS.

El «neonato» se dejó en hospitalización para observación y estudio del *«síndrome de hipoplasia del corazón izquierdo»*. Por las condiciones del menor, éste se encontraba, desde el 28 de septiembre de 2020, en trámite de referencia a un

hospital de cuarto nivel. Diferentes profesionales, entre otros el pediatra neonatólogo, registraron la urgencia de su remisión a un centro cardiovascular.

Según la parte demandante, de una nota del terapeuta respiratorio del 1 de octubre de 2020 -cuatro días después del nacimiento- se puede inferir que las condiciones del menor empeoraron mientras se encontraba a la espera del traslado a una entidad de mayor complejidad. El 3 de octubre de 2020 el neonato fue trasladado a la Clínica Cardio VID, ingresó a UCI y falleció al día siguiente.

La activa señala que el fallecimiento fue producto de diversos errores médicos: a) desde el embarazo se conocía la malformación cardíaca del paciente; b) 12 horas después de nacido se inicia proceso de remisión a cuarto nivel de atención con disponibilidad de cirugía cardiovascular; c) el 2 de octubre de 2020 no había sido aceptada la remisión y no se sabe por qué; d) solo hasta el 3 de octubre se evidencia «regulación exitosa» y el paciente es trasladado a la Clínica Cardio VID mientras está intubado y a las 13 horas después fallece por «hipoperfusión e hipoxia secundarias a su patología cardiovascular»; e) no se entiende por qué el proceso de remisión para evaluación por equipo idóneo tardó 6 días, cuando el neonato ya había presentado múltiples complicaciones y eventos de hipoxia.

La parte actora indicó que, por temas administrativos, no se le garantizó al neonato una atención oportuna y acorde a la complejidad de su condición, por lo que no se tuvo a tiempo todas las opciones terapéuticas disponibles, y se desconoce la variabilidad a favor del pronóstico ante una intervención adecuada. Se trató, según la demandante, de una pérdida de oportunidad o de chance; el menor contaba con un diagnóstico desfavorable y no existe certeza de que con una atención oportuna continuara con vida, y se configura el perjuicio porque se le privó de la oportunidad de una atención idónea que permitiera aumentar la probabilidad de vida.

La madre, el hermano y la tía del niño fallecido guardaban la esperanza de que con los tratamientos y atención adecuada podría superar sus condiciones, pero la demora del traslado fue desvaneciendo la esperanza y se convirtió en un estado de angustia y zozobra. Su muerte generó un gran dolor en los demandantes.

2. Contestación de la demanda de Clínica del Prado (Cfr. Archivo 08, c1).

Se opuso a la totalidad de las pretensiones. Precisó que el ingreso de Claudia Patricia Gallego a la Clínica del Prado se dio a través del servicio de urgencias el 27 de septiembre de 2020 a las 21:55 indicando como motivo de consulta: *«ya rompió la fuente desde las 08:30 pm y tengo dolores seguidos»*. El médico tratante la encontró *«con una contracción durante la valoración, con salida evidente de líquido claro por vagina, niega premonitorios, movimientos fetales presentes»*.

Relató que, desde la primera valoración de urgencias, Claudia Patricia Gallego manifestó que conocía las patologías de su hijo, socializando con su tratante la ecografía del 9 de septiembre de 2020, que era desconocida para la clínica, en la que apenas la estaban atendiendo por primera vez. La paciente ingresó al hospital en trabajo de parto expulsivo encontrándose en 8 cm de dilatación, con ruptura de membranas espontánea, por lo que se le explicaron riesgos y firma consentimiento informado. La madre indicó conocer la patología que presentaba su bebé y el médico tratante hizo énfasis en el mal pronóstico. Por la premura del parto y la gravedad del caso, el mismo fue atendido de inmediato. La paciente dio a luz a las 23:00 del mismo día de ingreso. El niño nació con antecedente prenatal de cardiopatía congénita grave, por lo que el pediatra ordena su hospitalización en la UCI con infusión de prostaglandina E1, medicamento pertinente para su patología que se le suministró durante toda su estancia en la Clínica del Prado. Se le hizo ecocardiografía para confirmar la patología indicada por la madre al ingreso y se le prestaron todos los servicios médicos requeridos conforme al protocolo de manejo de estos pacientes. Tuvo monitoreo constante, perfusión y oxigenación suficiente de órganos y tejidos y control de sus signos vitales.

Indicó que, ante la necesidad de una cirugía cardiovascular, la remisión del paciente a un hospital de cuarto nivel fue tramitada de forma prioritaria por la Clínica del Prado ante el Centro de Regulación de Urgencias y Emergencias – CRUE de la Alcaldía de Medellín; hasta que se pudo lograr por parte de la EPS Coomeva. Dio cumplimiento al manual de referencias y contra-referencias.

Las condiciones clínicas del neonato, mientras se hacía efectiva su remisión, eran las esperadas en bebés considerados nacidos en pre-término, independientemente de otros diagnósticos asociados, ya que aún se encuentran en proceso de maduración adecuada de pulmones y otros órganos vitales. En este caso, además,

la patología del menor aumenta indiscutiblemente los riesgos de complicación. Los protocolos indican que se debe iniciar proceso de remisión del paciente a un hospital con cirugía cardiovascular de neonatos, tal cual se hizo. Durante el tiempo en que estuvo en la institución se le garantizó el tratamiento médico, clínico y los cuidados de enfermería necesarios, pertinentes, oportunos y de calidad con el personal y la tecnología con la que contaba.

Expuso que el neonato salió de la Clínica del Prado hemodinámicamente estable, sin complicación alguna, en condiciones generales estable, con signos vitales dentro de los parámetros normales y acoplado al ventilador. La clínica hizo todo lo que estaba en sus manos, inclusive más, para remitir al neonato. A pesar de que fue insistente en las solicitudes de traslados, no había disponibilidad en otras instituciones; el paciente solo fue aceptado el 2 de octubre de 2020 en la IPS Clínica Cardio VID, cuando hubo cama disponible. Una vez se aprobó la EPS hizo asignación de una ambulancia básica, y la Clínica del Prado dotó de incubadora la ambulancia para garantizar el traslado seguro, demostrándose así el compromiso y la entrega para garantizar el bienestar.

Alegó que no existe pérdida de la oportunidad por parte de Clínica del Prado porque en esta institución se prestaron, tanto a la madre como al neonato, toda la atención requerida con lo que disponía la institución. Además, la solidaridad alegada no tiene cabida porque su actuación no interfirió en el daño que alega haber padecido la parte actora.

En ese contexto, presentó las siguientes defensas: 1) «atención médica adecuada, oportuna y prudente acorde a la *lex artis*»; 2) «*inexistencia de responsabilidad por ausencia de elementos estructurales para su configuración- ausencia de culpa*»; 3) «*inexistencia de responsabilidad por ausencia de elementos estructurales para su configuración- ausencia de nexo causal- el daño no es imputable a la actuación de Clínica del Prado*»; 4) «*naturaleza de las obligaciones médico asistenciales- de medios y no de resultados*»; 5) «*inexistencia de pérdida de la oportunidad*»; 6) «*cumplimiento de protocolos médicos- inexistente violación de la *lex artis ad hoc**»; 7) «*indebida y exagerada tasación de perjuicios*»; 8) «*la genérica*».

3. Contestación de Coomeva EPS SA en liquidación (Cfr. Archivo 17, c1)

Frente a los hechos de la demanda indicó que no le constaban en tanto escapan de su órbita de acción y varios son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte demandante. Aclaró que las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos son de medio y no de resultado, por lo que las pruebas dan cuenta de que dio cumplimiento a sus «cargas contractuales».

Presentó como defensas: 1) «no comparecencia al proceso liquidatorio por parte de la demandante»; 2) «cumplimiento de las funciones como EPS»; 3) «ausencia de nexo causal».

4. Llamamiento en garantía de Clínica del Prado SA a Chubb Seguros SA (Cfr. Archivo 01, C. Llamamiento en garantía).

Clínica del Prado SA presentó pretensión revérsica en contra de Chubb Seguros SA para que, en caso de ser condenada, reembolse la totalidad de las sumas de dinero que tuviese que reconocer a favor de la demandante, en virtud del contrato de seguro plasmado en la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica No. 12-52286 con vigencia entre el 30 de septiembre de 2021 y el 30 de marzo de 2023, vigente para la fecha de notificación de la demanda, siendo un contrato de reclamación o *claims made*.

5. Contestación de la llamada en garantía Chubb Seguros SA (Cfr. Archivo 26, C. Llamamiento en garantía).

Frente a la demanda inicial propuso las siguientes defensas: 1) «diligencia y cuidado: Ausencia de culpa del asegurado Clínica del Prado SAS»; 2) «ausencia de nexos de causalidad»; 3) «excesiva cuantificación de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales»; 4) «improcedencia de la reparación de los perjuicios solicitados»; 5) «improcedencia de una sentencia condenatoria».

Y de cara a la pretensión de llamamiento en garantía propuso las siguientes defensas: 1) «ausencia de cobertura por responsabilidad diferente a la profesional», en tanto la demanda se fundamenta en una tardanza en la remisión; sería una falla administrativa que está excluida; 2) «inexistencia de siniestro bajo el amparo básico de responsabilidad civil para instituciones médicas de la póliza No. 12-52286 por ausencia de responsabilidad imputable a Clínica del Prado SAS»; 3) «valores asegurados y deducibles aplicables a la póliza No. 12-52286».

6. Sentencia de primera instancia (Cfr. Archivo 46 c1, minuto 01:05:00).

El *a quo* desestimó las pretensiones. Contrastó los presupuestos de la responsabilidad civil con el caso concreto, dejando claro que los demandados conforman un litisconsorcio facultativo que amerita un análisis independiente para cada uno.

El juez de primera instancia Indicó que la culpa debe ser probada por la parte demandante. Frente a la Clínica del Prado está suficientemente acreditado que su actuar durante el trabajo de parto y la atención brindada al hijo de la señora Claudia Patricia Gallego fue oportuna y adecuada. Pese a que se sabía con antelación la necesidad médica del paciente de la especialidad de cardiología pediátrica, dada la condición en que la gestante llegó a la Clínica del Prado por encontrarse en el nivel «ocho de dilatación» -cuando el máximo es diez- eso imponía una atención inmediata y era más riesgoso tanto para ella como para su hijo que fuera remitida por cuanto estaba en trabajo de parto activo. La historia clínica es clara al respecto, no pasaron más de dos horas desde que llega hasta el alumbramiento. Eso sí, una vez el niño naciera se debía remitir, según el Dr. Fredy Nelson Castro.

En la primera instancia se destacó que Clínica del Prado SAS dio cumplimiento a su Manual de Referencias y Contra-referencias. La remisión de un neonato por necesidad de cirugía cardiovascular estaba contemplada en el referido manual. Está suficientemente acreditado que por la patología el recién nacido tenía que ser remitido a una entidad de mayor complejidad; no haberlo hecho hubiera sido reprochable a la entidad y configuraría una culpa.

Los médicos que declararon fueron claros, coherentes y precisos al señalar que la atención brindada fue oportuna y adecuada y que hicieron todo lo que podían hacer dado el nivel de la clínica y sus servicios habilitados. Desde que nació el paciente estuvo en UCI neonatal, se le practicó la ecografía que confirmaba la patología que padecía y se le aplicó el medicamento prostaglandina E1 para mantener los ductos abiertos, lo cual sería lo único que le permitiría al recién nacido seguir con vida mientras era aceptado por la entidad receptora. El hecho de que esos médicos trabajaran para la demandada y atendieran en parte al menor no permite rechazar sus dichos, en tanto fueron claros, detallados y suficientemente explicativos, sumado a que todo lo dicho se refuerza con lo plasmado en la historia clínica.

El procedimiento debido en la remisión del paciente fue seguido a cabalidad por Clínica del Prado SAS. A lo que se suma que la remisión, a fin de cuentas, dependía de la aseguradora o EPS. Antes de remitirlo la IPS siguió a cabalidad el procedimiento, mandó la ecografía para confirmar el diagnóstico y le dio el medicamento necesario para estabilizarlo. En tanto no se encuentra un actuar reprochable de la Clínica del Prado SAS, frente a esta no es necesario realizar un análisis de los demás elementos de la responsabilidad civil. La ausencia de culpa es suficiente para desestimar la pretensión.

En cambio, frente a Coomeva EPS SA el análisis es diferente. Desde el nacimiento del hijo de Claudia Patricia Gallego, la IPS informó a la EPS la necesidad de remitirlo a una entidad de mayor nivel y era ésta la encargada de garantizarlo y no lo hizo. Tan solo el 2 de octubre de 2020 se consiguió la disponibilidad y tan solo el 3 de octubre del mismo año fue posible la remisión; eso sí, después de que la Clínica del Prado prestara una de sus incubadoras porque la ambulancia suministrada por la EPS no contaba con ese servicio. Al revisar la historia clínica, la urgencia y necesidad de la atención y el tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta la autorización de la remisión, se tiene que la EPS Coomeva incumplió sus obligaciones legales de calidad, oportunidad e integralidad del servicio. Lo anterior, sumado a la inasistencia del representante legal a la audiencia de interrogatorio, permite concluir al despacho que lo afirmado en la demanda respecto a la negligencia de esta entidad es cierto. Está probada la necesidad de remisión a una clínica de mayor nivel, y su ausencia en este caso no es atribuible a la Clínica del Prado, sino a la EPS Coomeva.

Las omisiones de la EPS tienen mayor relevancia porque se trataba de un sujeto de especial protección constitucional. Si bien los hechos ocurrieron en medio de la pandemia, la EPS no acreditó que esta situación hubiese influido en la no consecución de la entidad requerida por el hijo de la demandante.

Se tiene acreditada la negligencia por parte de la EPS, al igual que la ocurrencia del daño. Sin embargo, no existe ninguna prueba que permita afirmar que el actuar reprochable de la EPS Coomeva fue la causa de la muerte del hijo de Claudia Gallego. Máxime que éste padecía una enfermedad cardíaca congénita que reducía sus posibilidades de vida, tal como fue manifestado por los médicos declarantes, quienes fueron claros en indicar que, aunque se hubiera autorizado el

traslado oportunamente, no se podría afirmar que el mismo hubiera sobrevivido. No se sabe si lo hubieran intervenido y que mientras el menor se estabilizaba hubiera tenido que continuar con el mismo tratamiento, sumado a que tenía otras condiciones que agravaban su condición médica, como haber nacido prematuro y la afectación en la válvula aórtica. Luego, no hay ninguna evidencia médica de que, de haberse remitido oportunamente, otro hubiera sido el panorama.

Los doctores fueron precisos en indicar que, de haberse remitido oportunamente al menor, antes de ser intervenido, tenía que haber sido estabilizado, someterse a un staff médico y, solo de ser considerado viable, normalmente el procedimiento médico requerido no se realiza antes de las dos semanas de vida, lo que en este caso era poco probable dada su condición de prematuro. No hay ninguna prueba que permita afirmar que el fallecimiento se deba al actuar reprochable de Coomeva EPS. En la historia clínica se indica que, dada la condición médica del neonato, él tenía un mal pronóstico de sobrevivida, información que era conocida y aceptada por su madre, tal como consta en ese mismo documento. El mismo apoderado de la parte activa manifiesta en la demanda que no hay certeza de que con una atención oportuna el menor hubiese continuado con vida.

Y aunque se indica que las demandantes albergaban la esperanza de que con los tratamientos la condición médica del menor mejorara y sobreviviera, no hay prueba de que con esa atención su vida se habría prolongado. Carece de todo respaldo probatorio que la atención oportuna hubiese impedido la muerte, aumentado las probabilidades de vivir o privado de sus posibilidades de sobrevivir al hijo de Claudia Gallego.

Frente a la pérdida de la oportunidad, indicó el *a quo*, no puede perderse de vista que ésta consiste en un tipo de perjuicio y no un aligeramiento de la carga de la prueba del nexo causal. Ese perjuicio consiste en la privación de una posibilidad, la cual debió ser probada por la parte demandante.

Finalmente, por no acreditarse la causalidad, no se analizaron ni los perjuicios, ni las excepciones de mérito, ni el llamamiento en garantía.

7. Apelación presentada por la parte demandante.

Según el apelante, el despacho no hizo un análisis de la responsabilidad que se predica de las entidades de la seguridad social como órganos corporativos o la denominada «sistémica». El despacho solo basa su decisión en que los galenos actuaron en debida forma y solo tiene en cuenta la realización de una ecografía que se hizo cuando el bebé nació para comprobar o corroborar el padecimiento del menor y con base en esto indicar que cumplieron con todas sus funciones.

El juez le dio validez a ese examen, cuando se tiene toda la prueba documental y la prueba de los testimonios que indicaron que era claro el padecimiento del menor. En la audiencia el despacho le preguntó a uno de los galenos testigos ¿por qué se le continúa dando un medicamento tan fuerte cuando tenían que realizar un examen para confirmar el padecimiento? Y el médico respondió que en caso de que no se confirmara se suspendía el medicamento, lo que evidencia que se pudo haber hecho más.

El apoderado indicó que «este es un tipo de responsabilidad diferente, aquí no estamos acudiendo a la culpa probada o a la culpa de los galenos, sino que sí se le puede exigir más a la Clínica del Prado y, en gracia de discusión, en vez de hacer ese examen para confirmar algo, «mientras se le daba un medicamento fuerte, se pudo solicitar la remisión».

La pérdida de oportunidad no requiere acreditar en ningún momento que con el procedimiento se hubiese evitado el hecho dañoso, por eso precisamente es un perjuicio autónomo. Lo único que se requiere acreditar, y el despacho así lo encontró, es precisamente la culpa en la que no se actúa en debida forma y se le coarta esa chance u oportunidad de que la persona esté atendida, «independiente del resultado o no». Ante la dificultad probatoria de establecer que hubiese pasado en un futuro si se hace o no se hace, no se requiere ese dictamen que el despacho indica, ni la certeza como tal de que se hubiese salvado el menor; sino de que se requería una acción que no se hizo. Los médicos siempre se refirieron a que el niño tenía una probabilidad de vida del 50%, siempre y cuando se demostrara que se pudo haber hecho algo para salvarle la vida y no se aprovechó dicha oportunidad.

Agregó que con el acceso a la historia clínica y el conocimiento del padecimiento del neonato 18 días antes del parto, la Clínica del Prado desconociendo la necesidad de que la demandante fuera atendida en un centro cardiovascular, decidieron atender el parto sin remitirla inmediatamente. Desde que llegó hasta que

se solicitó la remisión, pasaron 24 horas. Se esperó hasta el nacimiento para ordenar la remisión, en vez de haberse remitido desde su llegada.

Además, el despacho no se pronunció sobre «el tema de la ambulancia», «las doce horas», ni sobre lo manifestado por el «médico inicial» que indica que el bebé muere por culpa del sistema de seguridad social. El juzgado se limita a afirmar que hubo un examen confirmatorio y que por eso la Clínica del Prado se debe absolver.

CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

- ¿Está probado el actuar culposo de la EPS Coomeva y la IPS Clínica del Prado en la remisión del hijo de la demandante a una clínica de cuarto nivel para la atención de la cardiopatía congénita que padecía?
- De tenerse por probada la culpa de alguno o de ambos demandados, ¿es cierto, como lo afirma el recurrente, que la pérdida de oportunidad lo exime de probar el nexo de causalidad con el actuar culposo que se le atribuye a la parte demandada?
- Y en caso de que la respuesta anterior sea negativa, ¿está probada la certeza de la oportunidad que se aduce perdida? Y, además, ¿está probado el nexo causal entre la tardanza atribuida a las demandadas y la pérdida de la oportunidad de que la vida del menor fuera salvada? Dicho de otra manera, ¿está acreditado que la atención en la Clínica del Prado los primeros 6 días de vida del menor -y no en un hospital de cuarto nivel- incidió en una disminución de las probabilidades de vida del hijo de la demandante?

2. Fundamentos jurídicos

La culpa en la responsabilidad médica, las cargas probatorias del demandante y su relación con la gestión administrativa de las EPS en el marco de la pandemia por el Covid-19.

Para el éxito de la pretensión de responsabilidad civil por fallas en la prestación de servicios médicos es necesario acreditar varios presupuestos axiológicos, a saber:

el daño físico y/o psíquico padecido por el paciente, y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento se pretende; la conducta culpable del profesional de la salud; y, finalmente, la relación de causalidad adecuada entre dicha conducta y el daño padecido por el paciente (cfr. SC003-2018, SC4405-2020 y SC4786-2020. Cfr. CSJ, SC, 30 de noviembre de 2011, rad. n.º 1999-01502-01).

Cuando se evalúa la conducta culpable, en línea de principio, la relación médico-paciente ha sido generalmente caracterizada como de medio, lo que impone prestar por parte del obligado el cuidado y presteza en la persecución de un propósito que no le es dable asegurar, razón por la cual no asume responsabilidad alguna por la simple inejecución o resultado adverso de la obligación. Se trata de una responsabilidad que reposa sobre el principio general de la culpa probada, por lo que la demostración de la culpa o negligencia en el acto médico reprochado es una carga probatoria de la parte demandante, quien deberá confirmar que hubo infracción de las reglas que regulan el funcionamiento de la medicina, en lo que concierne a la llamada *lex artis* o *lex artis ad hoc*.

Ahora bien, tratándose de fallas en los servicios de salud por responsabilidad organizacional se ha comprendido que: *«La inobservancia de los criterios establecidos por el conocimiento científico afianzado u objetivo constituye un indicio de la culpa directa de la organización o de sus agentes particulares cuando tales violaciones están descritas por la evidencia médica como factores de riesgo desencadenantes de los daños sufridos por el usuario. Por su parte, la violación de los reglamentos administrativos expedidos por las entidades que conforman el sistema de salud lleva implícita la culpa cuando entre la infracción y el resultado adverso se logra establecer un juicio de atribución jurídica por violación de los deberes objetivos de cuidado o prudencia en cada contexto específico»* (CSJ, SC 9193 del 28 de junio de 2017, Rad. n.º 2011-00108-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez).

En tal sentido, el hecho culpable debe consistir en la constatación de las conductas negligentes en cuanto a la garantía y negación de prestación del servicio que desencadenaron en el daño que se atribuye. Y esa carga de probar la tendrá que asumir el demandante, en los términos exigidos por el artículo 167 del CGP.

En el caso de las Entidades Promotoras de Salud- EPS se presenta conducta culposa cuando en el marco de sus obligaciones legales de prestación integral, oportuna y de calidad a sus afiliados, es negligente, imponiendo barreras

administrativas injustificadas, dilatando sin fundamento la realización de los procedimientos o retardando las acciones urgentes o prioritarias que los pacientes requieren para lograr salvar su vida. Su actuar culposo es latente e indiscutible cuando en el expediente se constata que la no prestación de determinado servicio se debe a una deficiencia en la contratación de su red de prestadores, una ausencia de pago a éstos o una temeraria conducta omisiva que es consecuencia de un desorden organizacional que sus afiliados no tienen por qué soportar.

Ahora bien, especial consideración merece el análisis de la gestión y diligencia administrativa de las EPS en el marco del colapso del sistema de salud, especialmente en unidades de cuidados intensivos, en el marco de una pandemia sin precedente como la del Covid-19. La ocurrencia de esta emergencia sanitaria a nivel mundial se trata de un hecho notorio que, a voces del artículo 167 del CGP, no requiere prueba. Las atenciones médicas y la gestión administrativa de las EPS en ese contexto histórico tan complejo, requiere que, en los casos de responsabilidad médica, el juez analice un presupuesto como el de la culpa, considerando las condiciones en las que se encontraba el sistema de salud, especialmente en lo que concierne a la ocupación hospitalaria, los insumos y recursos para la atención de los pacientes. Máxime en unidades de servicios hospitalarios dispuestas para la atención especializada de pacientes en delicado estado de salud.

En concreto, las unidades de cuidados intensivos de los hospitales sufrieron ocupaciones, sobre todo en el año 2020, superiores al 100% de su capacidad, hecho que fue conocido por todos los ciudadanos, sometidos a cuarentenas y aislamientos preventivos obligatorios por ese motivo en particular. Insumos y herramientas tecnológicas -como los ventiladores mecánicos necesarios para atender a los pacientes con afecciones respiratorias- escasearon y limitaron las herramientas que las entidades de la seguridad social en salud tenían para atender, no solo los efectos de la pandemia, sino también las demás enfermedades padecidas por la población. Las camas en las unidades de cuidados intensivos tuvieron una suerte similar, y las instituciones prestadoras del servicio de salud tuvieron que adaptar, junto con las entidades promotoras de salud, toda la logística de prestación del servicio a esta difícil situación.

Por supuesto que la pandemia y las dificultades que se derivaron de ésta, para el sistema de salud, no eran excusa para que las EPS no dispusieran el máximo de su

diligencia en la labor administrativa para atender a sus afiliados. Sin embargo, su labor no puede valorarse de forma aislada a la difícil situación que atravesaba el sistema de salud. Un ejemplo de ello era la obtención de camas en las unidades de cuidados intensivos para pacientes que requerían ser intubados por afecciones respiratorias. En casos en los que las EPS son demandadas por tardanzas en la recepción de sus pacientes en esas unidades especializadas -y en el marco de la pandemia-, al igual que en cualquier caso de responsabilidad civil médica, éstas debieron actuar con el máximo de diligencia en sus gestiones administrativas y en el cumplimiento de todas sus obligaciones legales, pero sin perder de vista el colapso de ciertas instituciones prestadoras del servicio de salud con problemas de ocupaciones superiores a su capacidad máxima. El juez debe considerar el contexto de la pandemia, como hecho notorio, y valorar a detalle la historia clínica para determinar qué tan diligente fue la EPS; si gestionó la recepción de sus pacientes en las referidas unidades de forma acuciosa y la tardanza se debió a un colapso general de las UCI, o si, aún con la pandemia, era dable concretar diligentemente la gestión administrativa y no lo hizo por negligencia, inactividad o actitud omisiva en la administración del servicio.

Por ejemplo, aun en pandemia, sería absolutamente reprochable y constituiría un actuar culposo de la EPS que un paciente, que se debate entre la vida y la muerte requiriendo un servicio urgente, no sea remitido a una institución del nivel que requiere su atención porque la EPS dilata la gestión, no contacta oportunamente a sus prestadores o no tiene contratación vigente con los mismos. Situación diferente es si un paciente en estado de salud grave que requiere ser intubado y trasladado de una unidad de cuidados intensivos a otra no logra ser remitido de inmediato, en tanto, pese a la gestión oportuna e incesante de su EPS porque sea recibido en alguna institución, éstas, por falta de disponibilidad, rechazan la remisión. Si el juez constata la gestión constante y oportuna de la EPS en la consecución de esa recepción del paciente y, no obstante, múltiples instituciones se rehúsan por el desborde de su capacidad, el análisis de la culpa debe atender a ese contexto histórico y no pasarlo por alto; mucho menos exigir su prueba, tratándose de un hecho notorio. En todo caso, la valoración conjunta de la prueba permitirá evidenciar y determinar cuándo una EPS, aún en el marco de la pandemia, actuó con negligencia y cuando no, a efectos de predicar en ésta una eventual responsabilidad civil médica.

La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica.

De forma recurrente suele existir una confusión, en el marco de la responsabilidad civil médica, entre el daño consistente en la falta de cura de determinada enfermedad que se concreta en la muerte o en secuelas físicas, con la pérdida de oportunidad de obtener esa curación. No es lo mismo que se atribuya responsabilidad a una determinada entidad prestadora o garante del servicio de salud porque su actuación u omisión le ocasionó la muerte o unas secuelas físicas a un paciente, que dicha responsabilidad sea atribuida por que se disminuyeron o se frustraron las posibilidades de recuperación. En el primer caso se trataría de una responsabilidad plena; mientras que, en el segundo, se trataría de una pérdida de la oportunidad que debe ser indemnizada solo en el porcentaje de probabilidad de recuperación disminuida con la acción u omisión del médico o la entidad prestadora o garante de la atención en salud.

Se trata de distinguir entre una responsabilidad por el daño final ocasionado al paciente, bien sea una patología definitiva o la muerte, de una responsabilidad médica cimentada en la pérdida de las probabilidades u oportunidades curativas de éste. En ambos casos la parte demandante tiene que probar el actuar culposo y un nexo de causalidad, solo que en la responsabilidad «plena» esa conexión causal es con el resultado definitivo: la muerte o la patología; mientras que en la responsabilidad por la anulación de las probabilidades curativas o de sobrevivencia, se tiene que demostrar que hay ilación causal entre el actuar culposo y esa disminución o pérdida total de la oportunidad de curarse o sobrevivir.

El juez debe, inclusive, analizar acuciosamente los hechos para interpretar correctamente la demanda y establecer el tipo de responsabilidad médica pretendida; por el daño definitivo padecido por el paciente, o por la pérdida de la oportunidad de sanar la enfermedad o de sobrevivir. Se trata de una teoría residual cuando no sea posible atribuir al agente dañoso el perjuicio final. Así lo expuso la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la reciente sentencia SC456 del 24 de abril de 2024 con ponencia de la Magistrada Martha Patricia Guzmán Álvarez, en la que se ratificó la categoría de daño autónomo que tiene la pérdida de la oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico, precisando al respecto:

Especial importancia merece el estudio de la relación de causalidad en estos eventos, toda vez que la misma no se analiza de cara al resultado final constitutivo del daño, sino a la pérdida de la oportunidad de evitarlo. En esas condiciones, la verificación del nexo causal supone acreditar que, con ocasión de la acción u omisión culposa del

agente, la víctima vio frustrada o truncada definitivamente una posibilidad, lo que se traduce en un daño cierto y actual, independiente del resultado final...

...De manera que en estos eventos es imperativo constatar la relación de causalidad adecuada entre el actuar antijurídico endilgado al demandado y la oportunidad perdida por el afectado. En materia de responsabilidad médica generalmente ésta se traduce en la frustración de un chance de sobrevivencia, de no ser inválido, de curación de la enfermedad o de recuperación de la salud, atribuida a un actuar negligente de los profesionales encargados de dispensar la atención sanitaria requerida...

*... Tal constatación supone verificar que la pérdida del chance sea **cierta, seria y actual**. En ese sentido, aunque su principal característica es que solo existe una posibilidad, más no una certeza del resultado por lo que el beneficio esperado puede o no ocurrir, tal incertidumbre no demerita el requisito de la certeza del daño...*

...En materia de asistencia médica la pérdida de oportunidad se caracteriza por el grado de incertidumbre que acarrea el preguntarse si, de haberse realizado la actuación en salud omitida o si esta se hubiera surtido en forma adecuada y oportuna, el resultado podría haber sido otro, en el sentido de haberse podido evitar o disminuir el impacto negativo en el estado de salud del paciente, u obtener un resultado más beneficioso para él...

(Resalto originales de la Corte)

En ese contexto, la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil médica parte de la incertidumbre de si la muerte o la lesión del paciente se puede atribuir causal y plenamente a la actuación u omisión en el servicio galénico, pero parte también de la certeza de que ese actuar culposo incidió directamente en la pérdida o disminución de las probabilidades de sobrevivir o de ser curado que tenía el paciente.

El demandante debe cumplir con la carga de dilucidar; primero, que con el acto médico se mermaron las probabilidades de vida y que las mismas no estaban ya disminuidas, en tanto, en ese caso, debe acreditar en cuánto más se redujeron o evidenciar que se anularon por completo; y, segundo, que hubiese conexión causal entre esa pérdida de oportunidad y la actuación u omisión reprochable.

De ahí que en la pérdida de la oportunidad no se prescinda de la causalidad, sino que el análisis de ese presupuesto se hace en función de la reducción o anulación de las probabilidades que tenía la víctima de superar su enfermedad, y no del daño en su plenitud.

En todo caso, esa es una carga del demandante y su prueba corresponde al ámbito médico y científico; debe superar las conjeturas y las suposiciones, en tanto la duda es frente a si el actuar culposo causó el daño, pero no frente a si la oportunidad fue

aminorada efectivamente por esa conducta reprochable; ello debe ser indubitable. La ausencia de ese nexo causal determina el fracaso de la pretensión indemnizatoria.

3. Caso concreto.

El juez de primer grado descartó la culpa de Clínica del Prado, y pese a que encontró un actuar reprochable por parte de EPS Coomeva -por la tardanza en la remisión a la institución que el neonato requería- concluyó que el demandante no había probado el nexo de causalidad de ese actuar reprochable con la muerte del menor. Es decir, finalmente negó las pretensiones por no acreditarse el nexo de causalidad.

El recurrente insistió en que en el caso sí hubo tardanzas, negligencia y dilación y centró su alzada de nuevo en la culpa; sin embargo, poco argumentó para evidenciar un yerro en la valoración de la causalidad por parte del juez de primera instancia.

La culpa en cabeza de la IPS Clínica del Prado, sin duda, tiene que ser descartada, en tanto atendió un parto que era urgente; de haberla rechazado para que buscara otra IPS, habría puesto en peligro su vida. En definitiva, ese argumento del apelante, que apenas trajo a colación en esta instancia, es infundado y hasta raya con la sana crítica, toda vez que no se le puede reprochar a la entidad pasiva haber atendido un parto en condiciones de urgencia para no poner en más riesgo la vida de ambos pacientes; la madre y el menor. Además, el parto fue exitoso, se suministró un medicamento que mantuvo con vida al menor, quien fue hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos, proporcionándosele ventilación mecánica y terapia respiratoria. El niño fue atendido por médicos especialistas en pediatría y, mientras se lograba la remisión a una clínica de cuarto nivel, en tanto estaba en una de tercer nivel donde no había posibilidad de operar, en caso de que el menor fuera apto, su atención fue constante y en óptimas condiciones.

Los reproches a la Clínica del Prado, por parte del apoderado de la parte demandante, no solo no precisan cuál fue la atención errónea puntual referente a los primeros seis días de vida del menor, sino que, además no están fundamentados en prueba pericial que permita evidenciar que fue eso «de más» que podía exigírsele en el acto médico a la referida clínica, que propendió por comunicar constantemente a la EPS la necesidad de remitir al neonato a una institución en la

que la cirugía cardiovascular también fuera una opción. No hay prueba de un actuar negligente o de impericia de parte de la Clínica del Prado. A propósito, respecto a esa remisión a la clínica de cuarto nivel, que por ley corresponde procurar a la EPS, el *a quo* encontró una negligencia, basándose en que la remisión no se logró de forma inmediata, sino al sexto día de nacido el hijo de la demandante. Sin embargo, al analizar el propio recuento del demandante respecto a lo relacionado con la remisión, se deben atender otras consideraciones que no fueron revisadas minuciosamente en primera instancia. Obsérvese el cuadro de resumen de notas administrativas que presentó el demandante:

SEGUIMIENTO 1	27/09/2020 SIENDO LAS 13:05 SE MONTA PACIENTE EN PLATAFORMA DEL CRUE # DE CONSECUTIVO: 549421 , Y SE ENVIAN SOPORTES (HC- ANEXO 9) A COOMEVA EPS, SH
SEGUIMIENTO 2	28/09/2020 SIENDO LAS 13:15 SE COMENTA REMISION CON MELANY CASTRO DE COOMEVA EPS QUIEN GENERA NUMERO DE CASO: #1434510 , SH
SEGUIMIENTO 3	28/09/2020 SIENDO LAS 18:00 INFORMA VANESSA GALEANO DE REFERENCIA DE COOMEVA EPS QUE EL PACIENTE HA SIDO COMENTADO EN HUSVF, HGM, HPTU, CLINICA SOMER, CLINICA SANTAMARIA Y A SIDO RECHAZADO POR NO DISPONIBILIDAD DE CAMAS, SH
SEGUIMIENTO 4	28/09/20 23:55HRS SE ENVIA ECOCARDIO AL CRUE, A COOMEVA Y CARDIOVID, SE CONFIRMA INGRESO DEL EXAMEN CON YENNY OSPINA DEL CRUE JJ
SEGUIMIENTO 5	29/09/20 02:59AM INFORMA MARLENY RUIZ QUE CONTINUA PENDIENTE, SE ENVIA EVOLUCION SOLICITADA Y ECOCARDIO JJ
SEGUIMIENTO 6	29/09/2020 SIENDO LAS 12:21 SE ENVIA EVOLUCION ACTUAL DEL DIA DE HOY A COOMEVA EPS Y AL CRUE, SH
SEGUIMIENTO 7	29/09/2020 SIENDO LAS 17:00 INFORMA FANNY SANCHEZ DEL CENTRO REGULADOR DE COOMEVA, QUE EL PACIENTE AUN CONTINUA PENDIENTE POR UBICACION, COMENTADO EN HUSVF, HPTU, HGM, CLINICA SANTAMARIA, HMUA CLINICA LAS AMERICAS, RECHAZADO POR NO DISPONIBILIDAD DE CAMAS, Y PENDIENTE RESPUESTA DE CLINICA CARVIO VID, SE LE INFORMA A LA JEFE ANA MARIA GARCIA, SH
SEGUIMIENTO 8	29/09/2020 SIENDO LAS 20:20HRS INFORMA PATRICIA CALVO QUE PACIENTE HA SIDO COMENTADA EN HGRAL, CLINICA SOMER, CARDIO VID, HUSVP Y HPTU. SD 30/09/2020 SIENDO LAS 02:40HRS ENVIO ULTIMA EVOLUCION. SD
SEGUIMIENTO 9	REFERENCIA SAN VICENTE FUNDACION <REFERENCIA@SANVICENTEFUNDACION.COM> MIÉ 30/09/2020 7:56 CORDIAL SALUDO EN EL MOMENTO NO CONTAMOS CON DISPONIBILIDAD DE CAMAS PARA LA ESPECIALIDAD SOLICITADA. MUCHAS GRACIAS CAROLINA RUIZ BERMUDEZ. NG
SEGUIMIENTO 10	REFERENCIA CLINICA LAS AMERICAS <REFERENCIA@LASAMERICAS.COM.CO> MIÉ 30/09/2020 10:19 CORDIAL SALUDO GRACIAS POR PENSAR EN AUNA COMO CENTRO REGULADOR EN EL MOMENTO SIN DISPONIBILIDAD DE CAMAS EN EL SERVICIO SOLICITADO. CORDIALMENTE DORA SAENZ P.NG
SEGUIMIENTO 11	REFERENCIA SAN VICENTE FUNDACION <REFERENCIA@SANVICENTEFUNDACION.COM> MIÉ 30/09/2020 10:32 CORDIAL SALUDO EN EL MOMENTO NO CONTAMOS CON DISPONIBILIDAD DE CAMAS PARA LA ESPECIALIDAD SOLICITADA. MUCHAS GRACIAS CAROLINA RUIZ BERMUDEZ. NG
SEGUIMIENTO 12	30/09/20 SIENDO LAS 12:37 PM CL ROSARIO --- TELEFONICO --- ALEXANDRA, INDICA NO DISPONIBILIDAD DE CAMAS. NG
SEGUIMIENTO 13	30/09/20 18:06HRS INFORMA EL DR IVAN ALONSO RODRIGUES DEL CRUE QUE LA PACIENTE HA SIDO RECHAZADA POR EL MOMENTO EN CARDIOVID POR NO DISPONIBILIDAD DE CAMAS JJ
SEGUIMIENTO 14	01/10/20 02:44AM INFORMA EL DR. CRISTIAN CAMILO ZULUAGA PRO EL CRUE QUE EN LA NCOHE HA SIDO RECHAZADO EL PACIENTE EN: EL HUSVF Y HMUA POR NO DISPONIBILIDAD DE CAMAS Y HGM POR NO ESPECIALIDAD, SE INFORMA A LA JEFE ANA MARIA GARCIA JJ
SEGUIMIENTO 14	01/01/2020 SIENDO LAS 22:23 SE ENVIA EVOLUCION ACTUAL DEL DIA DE HOY SOLICITADA POR PARTE DE EPS COOMEVA Y SE ENVIA CON COPIA AL CRUE, SH
SEGUIMIENTO 15	02/10/20 4:30AM INFORMA EL DR. IVAN RODRIGUEZ POR EL CRUE QUE EN LA NCOHE HA SIDO RECHAZADO EL PACIENTE EN: CLINICA LAS AMERICAS, HPTU, CLINICA EL ROSARIO, HUSVF, CLINICA SOMER, POR NO DISPONIBILIDAD DE CAMAS Y CLINICA CARDIO VID SIN DISPONIBILIDAD DEL RECURSO, SH
SEGUIMIENTO 16	02/10/20 SIENDO LAS 15:47 PM INFORMA LORENA URREGO QUE EL PACIENTE ESTA SIENDO COMENTADO DE MANERA NACIONAL. VALLE DE LILI,
SEGUIMIENTO 17	02/10/2020 SIENDO LAS 19:50HRS INFORMA MARISOL HERRERA QUE PACIENTE FUE ACEPTADO EN CLINICA CARDIO VID POR MARIA UPEGUI DE REFERENCIA, SE SOLICITA AMBULANCIA MEDICALIZADA NEONATAL, CON VENTILADOR, Y 2 BOMBAS DE INFUSION Y UN PERFUSOR.....INFORMA MARISOL HERRERA QUE NO CUENTA CON DISPONIBILIDAD..... ME COMUNICO A EMI DONDE ME INFORMA EL PARAMEDICO CRISTIAN RODRIGUEZ QUE NO TIENEN DISPONIBILIDAD PARA REALIZAR DICHO TRASLADO. SD
SEGUIMIENTO 18	03/10/2020 SIENDO LAS 12:20 INFORMA DAYANA JARAMILLO DE HOME GROUP QUE EN EL MOMENTO NO TIENEN DISPONIBILIDAD PARA REALIZAR EL TRASLADO. SD
SEGUIMIENTO 19	03/10/2020 SIENDO LAS 12:30 INFORMA VALENTINA DE SUSMEDICA QUE EN EL MOMENTO NO CUENTAN CON INCUBADORA. SD
SEGUIMIENTO 20	03/10/2020 SIENDO LAS 05:57HRS INFORMA VALENTINA JARAMILLO PARAMEDICO DE EMI QUE EN LAS HORAS DE LA MAÑANA NO RIENE DISPONIBILIDAD DE AMBULANCIA MECICALIZADA, LLAMAR DESPUES DE MEDIO DIA. SD
SEGUIMIENTO 21	06:33AM INFORMA SARADITH LOAIZA DEL HOME GROUP QUIEN ME INFORMAN QUE TENDRIAN DISPONIBILIDAD PARA LAS 11:00AM..... INDICA REPETIR LLAMADA DENTRO DE UNA HORA PARA VALIDAR SI NOS PUEDEN PRESTAR EL SERVICIO. SD
SEGUIMIENTO 22	03/10/2020 SIENDO LAS 8:20AM INFORMA LA AUDITORA DE COOMEVA MIRNA CRUZ QUE ESTAN BUSCANDO PROVEEDOR QUE LES COLABORE CON EL TRASLADO PERO QUE SI LES PODEMOS COLABORAR PRESTANDELE LA INCUBADORA YA QUE EL PROVEEDOR DE ELLOS NO LA TIENEN, ME COMUNICO CON LA JEFE ISABEL DIAZ QUE ES LA ADMINISTRATIVA DE TURNO QUIEN INDICA QUE SI SE LES PUEDE PRESTAR, SE LE DA LA INFORMACION A MIRNA Y QUEDAMOS A LA ESPERA DE RESPUESTA DE COOMEVA, SH
SEGUIMIENTO 23	03/01/2020 SIENDO LAS 8:45AM INFORMA MICHELL SANCHEZ QUE SE COORDINA AMBULANCIA CON PRONTO Y RECOGEN PACIENTE DE 10 A 11AM, SE LE INFORMA A LA JEFE VANESSA TORO, SH
SEGUIMIENTO 24	03/10/2020 SIENDO LAS 11:41AM SALE AMBULANCIA PRONTO CON EL PACIENTE PARA CLINICA CARDIO VID, SH

Téngase en cuenta que es un hecho notorio que en septiembre de 2020, a nivel mundial se estaba viviendo una pandemia por el covid-19. A nivel nacional el Ministerio de salud y Protección Social «con ocasión a la declaratoria de la pandemia por el COVID-19 por parte de la Organización Mundial de la Salud-OMS» declaró la emergencia sanitaria en el territorio nacional mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, medida que fue prorrogada mediante la Resoluciones 844, 1462 y 2230 del mismo año, 222, 738, 1315, 1913 de 2021, 304 y 666 de 2022, extendiéndola hasta el 30 de junio de 2022.

El virus del COVID-19 generó problemas respiratorios y sobrecargó la capacidad de respuesta de las unidades de cuidados intensivos en el país, por la necesidad de intubar y suministrar ventilación mecánica a los pacientes afectados. Ese contexto que no necesita prueba es armónico con los seguimientos del caso concreto presentado por la parte demandante. Desde el primer día que a Coomeva EPS se le indicó la necesidad de remitir al neonato a una clínica de cuarto nivel, la promotora en salud intentó remitir el paciente a cinco instituciones de cuarto nivel de la ciudad, a saber, Hospital Universitario San Vicente fundación, Hospital Pablo Tobón Uribe, Clínica Somer y Clínica Santa María, y en todas fue rechazado por falta de camas, tal y como se observa en el «seguimiento 3».

La búsqueda continuó, como lo demuestran los seguimientos subsiguientes; en el «seguimiento 7», al día siguiente, se dejó constancia de la gestión que, en medio de la pandemia, siguió efectuando la EPS Coomeva, solicitando esta vez la recepción del neonato en Hospital Universitario San Vicente Fundación, Hospital Pablo Tobón Uribe, Clínica Somer, Clínica Santa María, Clínica Las Américas, Hospital Manuel Uribe Ángel y Clínica Cardio VID. Las siete instituciones rechazaron la recepción del paciente, de nuevo, por falta de disponibilidad de camas. Y téngase presente que no eran camas en cualquier unidad, sino camas en unidades de cuidado intensivo neonatal, máxime que ese era el servicio en el que se encontraba el menor en la Clínica del Prado, y el que seguiría requiriendo.

Luego, los seguimientos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, reflejados en el cuadro presentado por la actora, reflejan que la búsqueda de la EPS Coomeva era incesante. No se trataba de una deficiencia en la contratación, una ausencia de pago a los prestadores o una temeraria conducta omisiva. No. Se trataba de un sistema de salud colapsado por enfermedades respiratorias derivadas de una

inesperada pandemia a nivel mundial. Esos ocho seguimientos referidos dan cuenta de que entre el 29 de septiembre y el 2 de octubre de 2020, Coomeva EPS no se quedó inactiva o displicente en la búsqueda de una clínica de cuarto nivel. Todo lo contrario, en ese lapso el paciente fue rechazado, varias veces, por falta de camas en la especialidad requerida por la grave enfermedad del menor: en el Hospital General de Medellín, en la Clínica Somer, en la Clínica Cardio VID, en el Hospital Universitario San Vicente de Paúl, en el Hospital Pablo Tobón Uribe, en la Clínica Las Américas, en la Clínica El Rosario y en el Hospital Manuel Uribe Ángel. En cada una de estas instituciones se intentó, día tras día y en varias ocasiones, que el paciente fuera recibido; la respuesta de todas era una falta de disponibilidad de camas para la especialidad requerida.

Como si fuera poco el esfuerzo anterior, hay constancia en el «seguimiento 16» que el paciente se intentó remitir a nivel nacional. Siendo las 15:47 del 2 de octubre de 2020, luego de que en días anteriores los esfuerzos por trasladar al menor fueran infructuosos, se tuvo contacto con el Hospital Valle del Lili de la ciudad de Cali. Tan solo a las 19:50 de ese mismo día se obtuvo respuesta de la Clínica Cardio VID aceptando al paciente para la UCI neonatal. Entonces, este análisis, que no se hizo en la primera instancia, evidencia que el traslado no se logró de inmediato porque Coomeva EPS fuera negligente o porque impusiera barreras administrativas insulsas o dilatara sin justificación el proceso, sino porque, en definitiva, alrededor de diez instituciones rechazaron el paciente por falta de disponibilidad de camas, se itera, ante una pandemia que, en el año 2020, tuvo su peor momento.

Aunque el juez de primer grado expuso que no estaba probada tal situación, lo cierto es que la pandemia por el covid-19 fue un hecho notorio y la información detallada de la historia clínica, cuyo recuento aquí se presenta, permite mirar armónicamente que EPS Coomeva sí adelantó gestiones incesantes, de las que se tiene constancia para que el menor fuera remitido hasta en otras ciudades o municipios como Rionegro, Envigado, Itagüí y Cali; sin embargo, la situación de disponibilidad de camas era crítica; el sistema estaba colapsado y eso fue, también, un hecho notorio que en primer grado no se valoró armónicamente con lo sucedido.

Ahora, el traslado tenía unos requerimientos especiales que también se veían afectados por la carente disponibilidad de recursos en ese contexto histórico al que estaba sometido el sistema de salud. Luego de que el paciente fuera aceptado en la Clínica Cardio VID, según el «seguimiento 17», se requería para su traslado una

«ambulancia medicalizada neonatal, con ventilador, dos bombas de infusión y un perfusor». Los funcionarios que atendieron administrativamente la emergencia, dejaron constancia de la falta de disponibilidad, inclusive acudieron a la prestadora «EMI» que también les indicó que no tenía disponibilidad para el traslado. Eso fue en la noche del 2 de octubre de 2020, según el reporte de lo sucedido, la EPS Coomeva no se quedó inactiva ante la situación, siguió requiriendo a otros prestadores para lograr el traslado del menor. No solo se contactó con «EMI», la promotora demandada también se comunicó en la madrugada del 3 de octubre de 2020 con «Home Group» y con «Susmedica», que manifestaron no tener disponibilidad para hacer ese especializado traslado que requería ventilador - insumo con exceso de demanda en la pandemia- y que además no contaban con incubadora. De ello dan cuenta las anotaciones de los seguimientos 18 y 19.

Las constancias de las gestiones para trasladar al paciente por parte de la EPS continuaban. A las 5:57 am del 3 de octubre de 2020 se dejó la anotación de que de nuevo el traslado era rechazado por «EMI» para las horas de la mañana por no tener disponibilidad (seguimiento 20). Luego, a las 6:30 am, «Home Group» indicó que de pronto tendría disponibilidad para prestar el servicio a las 11am, lapso en el cual la EPS hizo la gestión con la Clínica del Prado para que prestara la incubadora y poder efectuar el traslado exitosamente. Entre ambas demandadas procuraron de forma coordinada que todas las condiciones estuvieran dadas para el momento en que se recogiera el paciente (seguimiento 21 y 22). La llegada de la ambulancia se confirmó a las 8:45 am del mismo 3 de octubre de 2020, y después de cinco días de incesante búsqueda, a las 11:41 am se logró el traslado para la Clínica Cardio VID (seguimientos 23 y 24).

Nótese que las constancias no dan cuenta de que la EPS demandada presentara una actitud negligente, displicente, imprudente u omisiva ante el caso del menor. El juez de primera instancia no valoró a detalle lo sucedido y concluyó un actuar culposo solo considerando el resultado, pero el caso ameritaba un análisis más profundo. La pandemia como hecho notorio, según la ley procesal, no tenía que ser probada por la demandada; además, las notas son muy específicas y todos los rechazos de las solicitudes de recepción del paciente fueron por la misma causa, «falta de camas para la especialidad requerida», y ello no se puede valorar de forma aislada respecto a la dura situación que vivió la humanidad y especialmente el sistema de salud en ese suceso histórico sin precedentes. Aun, con todas las

vicisitudes, Coomeva EPS no dejó de buscar la admisión del paciente y finalmente logró que el mismo fuera atendido en un cuarto nivel de complejidad clínica.

Por lo anterior, la Sala no comparte el análisis de la culpa que el juez de primer grado hizo frente a la EPS Coomeva. Sin embargo, vale aclarar que, todos los argumentos de apelación, que insisten en evidenciar un actuar culposo en las instituciones demandadas, además, son irrelevantes para el caso porque tampoco se derruyó la ausencia de nexo causal entre esas eventuales conductas culposas y la pérdida de oportunidad de curación del menor, cuya certeza tampoco está evidenciada, tal cual se pasará a analizar.

Lo único que indicó el apelante respecto a la causalidad es que no se requiere acreditar que con el procedimiento se hubiese evitado el hecho dañoso, sino que por tratarse de una pérdida de la oportunidad solo es necesario probar que no se actuó en debida forma y se coartó la chance u oportunidad de que la persona fuera atendida «independiente del resultado». Según el apelante, la dificultad de probar qué hubiese pasado en un futuro si se hace o no el procedimiento, es la que justifica que solo se tenga que acreditar que se requería una acción que no se hizo. Por eso, señaló el recurrente, no era necesario un dictamen pericial ni la certeza de que el menor se hubiese salvado si la demandada no incurría en el actuar culposo.

Todos los demás argumentos del apelante están relacionados con una negligencia; por un lado, de la Clínica del Prado por haber atendido al menor y no haberlo remitido a una clínica de cuarto nivel con cirugía cardiovascular, o ya habiéndolo atendido haber «hecho más» para remitirlo más rápido; y, por otro lado, de Coomeva EPS por no haber efectuado la remisión a tiempo. En este punto del proceso, la negligencia en la que insiste el actor -inclusive agregando aspectos que no ventiló en primera instancia, como que Clínica del Prado nunca debió atender el parto- ya se trata de un argumento insulso e irrelevante. Aunque se probara esa negligencia el resultado sería igualmente desestimatorio de las pretensiones, en tanto su análisis de la causalidad es desacertado y no varía en lo absoluto la decisión de primer grado.

En efecto, al analizar los argumentos de apelación respecto a la causalidad entre el hecho que atribuye a la pasiva como culposo y la oportunidad de curar la enfermedad congénita del paciente, se evidencia que lo argüido por el recurrente no es que la misma sí está probada, sino que, a su juicio no tenía que probarla, toda

vez que lo único que tenía que acreditar era la culpa y que por esa negligencia el paciente dejó de ser atendido, lo que de entrada no solo es conceptualmente incorrecto, sino falaz, en tanto el menor sí fue recibido en una clínica de cuarto nivel. Esa consideración evidencia el erróneo análisis del apoderado de la parte demandante respecto a los presupuestos axiológicos de la pretensión de responsabilidad civil que persigue. Una culpa de los demandados es insuficiente; se requiere indefectiblemente que la oportunidad perdida tenga un nexo causal con ese actuar culposo. La parte demandante no estaba relevada de esa carga, ni siquiera por cimentar su *petitum* en una pérdida de la oportunidad, lo que tiene que quedar claro en el presente proceso, en tanto el *a quo* analizó la causalidad entre la culpa y la muerte del menor, y en esta instancia conviene auscultar también la causalidad entre la culpa y la oportunidad de curación que se señala como perdida.

La confusión conceptual del demandante no puede llevar a equívocos en el análisis del presente caso. ¿La parte demandante tenía que probar la causalidad entre la remisión unos días después del neonato a una clínica de cuarto nivel con cirugía cardiovascular y una pérdida de la oportunidad cierta de recuperarse y sobrevivir? Por supuesto que sí. El recurrente se quedó corto, no solo en sus argumentos, sino en la prueba; que, por cierto, debe trascender las conjeturas o las apreciaciones que el togado de la actora tiene frente al caso.

No es cierto que sea irrelevante para el caso saber qué hubiera sucedido si no se presentaba la tardanza en la remisión, era relevante para saber si ocasionó o contribuyó a la pérdida de la oportunidad. Por supuesto que eso era necesario hasta para enfocar la pretensión desde la pérdida de la oportunidad. Es que aun si se entendiera que el demandante no califica la muerte como el hecho dañoso, sino que éste sería la pérdida de oportunidad en la recuperación, de todas maneras, es necesario que una prueba, desde la ciencia médica, evidencie que dicha oportunidad existía y era cierta, además de demostrar que esa probabilidad de curarse se viera afectada con que la atención médica en una clínica de cuarto nivel se dio días después del nacimiento, aspecto que se radica en la causalidad. Es decir, que el neonato, aun con la cardiopatía congénita que padecía, tenía una oportunidad o probabilidad cierta de sobrevivir y que la atención después de unos días en la clínica de cuarto nivel incidía en desmejorar esas probabilidades, pese a que las primeras atenciones en una clínica de nivel inferior fueran igualmente adecuadas y las requeridas por el menor; eso es lo que no está probado en el

proceso, ni la certeza de la oportunidad, ni la reducción de esa oportunidad por haber llegado unos días después a la clínica de cuarto nivel.

La enfermedad del hijo de la demandante, lamentablemente, era muy grave. Tanto así que, desde antes del parto, el galeno así se lo advirtió a la madre, que tenía pleno conocimiento de las pocas probabilidades de vida que ya tenía el neonato. ¿En cuánto aumentaban esas probabilidades de vivir, ya considerablemente disminuidas por la enfermedad congénita que padecía el menor, si hubiese estado desde el principio o días antes en la Clínica Cardio VID? La parte demandante no cumplió con la carga de dar respuesta a esa pregunta, máxime que no se probó que las atenciones recibidas en Clínica del Prado restaron las oportunidades curativas del paciente por no estar en la clínica de cuarto nivel. ¿Qué oportunidad cercenó la demandada mientras conseguía que el paciente fuera aceptado en una clínica de cuarto nivel? ¿la de recuperación y sobrevivencia? La condición del menor era muy grave, y no solo por la compleja cardiopatía congénita que padecía, sino también por su nacimiento prematuro y por su afectación en la válvula aórtica y en la válvula mitral.

A lo que se agrega que ni siquiera hay prueba de la conexión causal entre esas probabilidades y la llegada después de unos días a la clínica de cuarto nivel, más aún si se considera que en la Clínica del Prado se le suministró el medicamento y la terapia respiratoria que requería el paciente para mantenerse con vida. De entrada, no hay prueba de que las probabilidades de vida se disminuyeran más porque el manejo inicial se hiciera en la Clínica del Prado.

Al respecto indicó el testigo médico pediatra indicó que: *«este tipo de pacientes son muy críticos. La única solución que tienen es estabilizarlos. Ese proceso de estabilización usualmente se hace la primera semana, puede hacerse en cualquier institución, idealmente en instituciones de tercer nivel que contemos con monitoreo y con la posibilidad de pasar ese tipo de infusiones de medicamentos...eso fue lo que hicimos en la unidad, logramos los objetivos planteados, pero el paciente empezó a deteriorarse porque seguramente ya su corazón estaba con una disfunción severa»*. Esas primeras atenciones, consistentes en la ventilación mecánica y el suministro de la «prostaglandina E1» se podían hacer en una institución como la Clínica del Prado, lo que seguía, que era evaluar con un *staff* médico si el menor podía ser intervenido quirúrgicamente, fue lo que suscitó la remisión a la clínica de cuarto nivel, que sí se materializó, y esto es importante

dejarlo claro, después de unos días de intensa búsqueda de instituciones que aceptara el paciente. Pero es importante resaltar que la atención que requería un cuarto nivel no era, según el médico tratante especialista en pediatría, el que se brindó los primeros días, sino el que correspondía al manejo posterior a la estabilización que se había logrado en la Clínica del Prado. El mismo galeno declarante indicó al respecto: *«el manejo posterior debe ser en un cuarto nivel de atención con un grupo de cirugía pediátrica, cada paciente es diferente, su pronóstico se deriva de qué tanta capacidad tiene ese ventrículo izquierdo de funcionar. Si no funciona efectivamente pues ocurre que hay una mortalidad alta y usualmente supera más del 50%»*.

Y en este punto, es muy importante para la Sala de Decisión aclarar lo interpretación que el recurrente le dio a la declaración del médico pediatra de la Clínica del Prado, en tanto el apoderado de la parte demandante indicó en la alzada que el menor tenía un 50% de probabilidad de vida. Pero es importante precisar que lo indicado por el médico pediatra es que la tasa de mortalidad de este tipo de cardiopatía congénita, como la padecida por el menor, es del 50%, y no que la atención que obtuvo le restó dicho porcentaje. Es decir, el menor nació ya con las probabilidades de vida disminuidas en ese porcentaje por su enfermedad, no puede darse una interpretación equivocada de la declaración del galeno, en tanto la disminución en las probabilidades de vida no se atribuyeron a que se remitiera unos días después, sino a la enfermedad congénita del menor; con las atenciones que obtuvo, de igual forma, esa era su probabilidad. Y en esa declaración no se indicó que el manejo en una clínica de cuarto nivel, desde un principio, aumentara las probabilidades de sobrevivencia, más aún porque en la Clínica del Prado se le brindó el tratamiento que mantenía con vida al menor los primeros días; a saber, la ventilación mecánica y el suministro del medicamento prostaglandina E1.

Vale la pena recordar que, uno es el daño pleno representado en la muerte del neonato, y otro es el daño que se deriva de la pérdida de la oportunidad de curación, que fue la hipótesis planteada en la demanda. En uno y otro caso, el actor debe probar su causalidad con el actuar culposo; no se encuentra relevado de tal actividad probatoria. La carga del demandante era clara: demostrar que la tardanza, mientras el paciente era aceptado en otra institución, le disminuyó esas –ya significativamente reducidas- probabilidades de no morir al menor. No se le exigía que demostrara que esa fue la razón de la muerte, como lo analizó el juez de primer

grado, pero sí que redujo la oportunidad. Eso no queda claro con ninguna de las pruebas practicadas.

Se tenía que acreditar que la atención que recibió en la Clínica del Prado los primeros días, y no en una clínica de cuarto nivel como Cardio VID, influyó en la reducción de las probabilidades de vida del neonato; no con lo que se crea, ni con conjeturas, sino con prueba científica, que así no hablara de certeza frente a si eso produjo la muerte o no, pudiese evidenciar en términos de oportunidad, una reducción de la probabilidad de vida, pero esa prueba no existe en el plenario.

Debe tenerse en cuenta que lo único probado es que el niño tuvo una atención inicial en una clínica de tercer nivel y luego la tuvo, sin que pasara una semana, en una clínica de cuarto nivel, y todo eso porque el parto se atendió de urgencia en el tercer nivel porque la madre del paciente estaba en un estado de «nivel ocho de dilatación». No se probó que la atención de los primeros días hubiese sido inadecuada o insuficiente, a la par que el recién nacido sí fue hospitalizado en una clínica de cuarto nivel y allí obtuvo una atención similar a la que recibió en la IPS encargada de la atención inicial. El demandante no cumplió con esa carga de dilucidar; primero, que se hubieren mermado las probabilidades de vida que ya estaban disminuidas considerablemente desde el nacimiento; y, segundo, que hubiese conexión causal entre esa pérdida de oportunidad -cuya certeza no está clara- y el hecho de que los primeros días de vida del niño se hayan atendido en una clínica de tercer nivel y al días sexto se hubiese atendido en una clínica de cuarto nivel. No se evidenció si eso incidió en las probabilidades de vida del menor; ese supuesto no está probado en el presente proceso.

Es que debe revisarse la historia clínica de la Clínica Cardio VID (Cfr. Archivo 02, pág. 258). El menor ingresó de inmediato a la UCI-Neonatos, unidad en la que se encontraba también en la Clínica del Prado, en donde le hicieron una serie de exámenes y en el que nunca se varió el diagnóstico. El manejo se efectuó con una serie de medicamentos, entre otros, la «prostaglandina en infusión» que también se le venía suministrando en la institución de tercer nivel; además de proporcionar ventilación mecánica, al igual que en la primera IPS en la que fue atendido. Si se analiza esta historia clínica, la atención brindada se observa encaminada a estabilizar al menor, al igual que se hizo en la Clínica del Prado. No se probó que la conducta médica en la clínica de cuarto nivel fuese disponer de inmediato la cirugía cardiovascular, se itera, lo que se observa es que la conducta era tendiente a

estabilizar el menor, frente a su grave cardiopatía, tal cual se venía haciendo en la IPS remitente.

La única manera de respaldar la pérdida de oportunidad que el actor le imputa al hecho de que la atención no se diera los primeros días en un cuarto nivel, sino en un tercer nivel, es con conjeturas. En la Clínica del Prado se requería una remisión a clínica de cuarto nivel en la que se pudiera determinar si el niño era candidato a una cirugía cardiovascular; allá ni se podía considerar porque no había ese servicio. Sin embargo, en este proceso no hay prueba científica, sustentada en la *lex artis ad hoc*, que dé cuenta del tiempo que se tiene para considerar si se realiza o no la cirugía, y si el tiempo en que estuvo en la IPS de tercer nivel, pese a que fue bien manejado y se mantuvo con vida, le restó posibilidades de realización de la cirugía; máxime que en la clínica de cuarto nivel sí fue atendido y la primera conducta no fue ingresar de inmediato al menor a cirugía, sino continuar con la misma conducta médica que se traía en la IPS remitente. Dicho de otra manera, no se probó que la cirugía cardiovascular fuera la primera atención que tenía que recibir el hijo de la demandante, en tanto el médico pediatra que fue testigo indicó que lo primero era estabilizar y suministrar la prostaglandina, y cuando el niño llegó a la clínica de cuarto nivel, la conducta médica de los especialistas consistió en darle continuidad a ese manejo. Entonces, lo único que queda para sostener que la atención de los primeros cinco días le restó probabilidades de vida al menor es conjeturar sin ninguna base probatoria; lo que indiscutiblemente es inadmisibile.

En la historia clínica de la IPS Cardio VID se observa que, para el 3 de octubre de 2020, el análisis de la nota del pediatra de cuidados intensivos fue: *«paciente en malas condiciones, hipotensión refractaria, se inicia vasopresina a dosis respuesta, se coloca volumen e inico (sic) de infusión de furosemida, difícil balancear qp/qs, de acuerdo evolución definiremos la necesidad de diálisis peritoneal. Muy taquicárdico con noradrenalina a dosis ascendente, con esteroide poca respuesta se decide iniciar vasopresor menor efecto pulmonar y cronotrópico. Pronóstico reservado.»* El niño estaba en graves condiciones, descompensado y los galenos de cuidados intensivos establecieron conductas, como se hizo en la Clínica del Prado, para estabilizar al menor, pensando inclusive en una «diálisis» sin mencionar aun la posibilidad de una cirugía cardiovascular.

Entonces, ¿cuál fue la atención que quedó faltando en esos primeros días de vida que podía disminuir las probabilidades de muerte que el menor ya tenía desde que

nació? En el presente proceso no está probado que hubiese faltado algo que el niño no recibiera, de acuerdo con su evolución, por no haber estado en la clínica de cuarto nivel desde el principio. La suposición de que la evolución del paciente hubiera sido otra si la estabilización inicial la hubiese recibido en la Clínica Cardio VID y no en Clínica del Prado es, por decir lo menos, insuficiente para concluir que el aspecto administrativo de remisión le restó probabilidades de vida al menor. No hay prueba que, desde lo médico, respalde la hipótesis de incidencia causal del cambio de IPS respecto a probabilidades disminuidas en la recuperación del paciente. Por supuesto que no se va a lograr prueba de que dicho cambio ocasionó la muerte, aspecto en el que se desgastó innecesariamente la primera instancia; el mismo demandante reconoció que no se sabe si sobreviviría o no, pero lo que sí tenía que quedar probado -y no fue así- era que, por lo menos, se había generado una reducción adicional a las probabilidades de vida, más allá de la reducción que, por su enfermedad congénita, ya padecía el menor.

Lejos de hacer un reparo serio a la sentencia en este aspecto, el apelante se limitó a indicar que no tenía esa carga y a insistir en que la orden de remisión se hizo tarde, que la ambulancia se demoró, que se hizo un examen confirmatorio que sobraba, y en general a efectuar reproches desde la culpa, pero sin indicar cómo probó la incidencia causal de esos actuantes que considera tan reprochables –por cierto, sin ningún sustento científico- en el resultado de la pérdida de la oportunidad curativa. En el proceso no hay ninguna prueba de que la remisión al cuarto nivel, desde el tercer nivel asistencial, al sexto día, le restó oportunidad al menor para recuperarse, en tanto para ello era necesario que quedara acreditado que efectivamente tenía esa oportunidad dadas las condiciones de salud que tenía en contra; a saber, la cardiopatía y la afectación a la válvula aórtica que traía desde que estaba en el vientre de su madre y el nacimiento prematuro que agravó más su situación. Y, con igual importancia que lo anterior, debía quedar demostrado que disminuyeron las probabilidades de vida con la atención en la clínica del Prado en los primeros días y en cuánto; no se tiene prueba alguna de que hubiese tal disminución.

No quedó probado que esa dificultad administrativa de conseguir una cama en plena pandemia por el Covid-19 contribuyera en aumentar las posibilidades de muerte, o lo que es lo mismo, en disminuir la probabilidad de vivir. Habría que conjeturar sin un criterio médico que respalde esa aseveración. Reitérese que el manejo, de acuerdo con la evolución del menor, fue de estabilizar al paciente tanto en la Clínica

del Prado como en la Clínica Cardio VID. Lo cierto es que el niño, lamentablemente, estaba muy grave en su estado de salud; tanto así que la historia clínica de Cardio VID ni cuenta da de consideraciones respecto a una cirugía, se observa que el niño no estaba en condiciones ni de soportarla debido a su delicado estado y su pronóstico reservado. Y que ni se diga que ello fue producto de haber sido atendido en la Clínica del Prado porque de ello no hay prueba, al contrario, allí se mantuvo estable y con vida.

Es que el demandante ni siquiera fue claro en su hipótesis para determinar cuál fue la oportunidad perdida. En la apelación indicó que la oportunidad perdida consistía en ser atendido sin importar el resultado, lo que no sería correcto teniendo en cuenta que el neonato sí fue atendido, tanto en la Clínica del Prado como en la Clínica Cardio VID. Si se alude a una oportunidad perdida, no fue la de ser atendido, como lo esgrimió el actor. La oportunidad perdida, que eventualmente podría evidenciarse en este caso, es la de que el hijo de la demandante recuperara su salud. Sin embargo, el menor sí fue atendido de cara a su recuperación. Frente a la atención *per se* no hubo ningún reproche; en la Clínica del Prado se le suministró al paciente el medicamento necesario para que se mantuviera con vida: prostaglandina E1; y en la Clínica Cardio VID, inclusive, se le dio continuidad al suministro de ese medicamento.

Ahora, la remisión que requería el menor a una clínica de cuarto nivel se debía a la necesidad de que se le realizara una cirugía cardiovascular. Sin embargo, ¿la atención en la Clínica del Prado impidió la realización de la cirugía? Los galenos declarantes indicaron que no se trataba solo de que se remitiera al menor para que automáticamente se hiciera la cirugía, sino que, antes de ser intervenido, tenía que haber sido estabilizado, someterse a un *staff* médico y, solo de ser considerado viable, realizar el procedimiento, lo que tampoco era seguro porque la evolución del paciente no devela que estuviera en condiciones de ser considerado para ese procedimiento quirúrgico, tanto así que en Cardio VID, de acuerdo a cómo evolucionara, se consideraría una diálisis, y ni siquiera, por la gravedad del estado del niño, se estaba contemplando la cirugía.

La responsabilidad en la pérdida de la oportunidad alegada por el demandante exigía que quedara probado que las atenciones que requería el menor en los primeros cinco días no fueron las suministradas en la clínica de tercer nivel y que le hicieron falta, para aumentar o no disminuir sus probabilidades de vida, atenciones

que podía recibir en el cuarto nivel, como la cirugía. Sin embargo, nada de ello quedó demostrado, y más bien lo que se observa en la historia clínica es que al niño se le dio la atención que requería conforme a su evolución y en la clínica de cuarto nivel se le dio continuidad a la estabilización que venía recibiendo los primeros días en la Clínica del Prado.

El apoderado de la demandante ni siquiera tiene claro cuál fue la atención médica que se dejó de realizar a causa de la «tardanza» y que hubiese salvado o aumentado las probabilidades de vida del menor, solo indicó que a las entidades se les pudo «exigir más», pero sin dar ninguna claridad al respecto a lo largo del trámite. Mucho menos probó algo contrario a lo que indicaron en este trámite los médicos que atendieron al menor, en tanto dieron cuenta de que el lamentable desenlace de la muerte ya era muy probable, inclusive antes de que se atendiera el parto; dieciocho días antes la madre lo sabía y antes de dar a luz, al llegar a la Clínica del Prado por urgencias y en «nivel ocho de dilatación», así se lo hizo saber el médico que la atendió.

Lo sucedido entonces no fue que la atención en cuarto nivel después del sexto día de nacimiento disminuyera las probabilidades de vida, en tanto éstas ya estaban disminuidas desde antes del nacimiento con la cardiopatía congénita y la condición de la válvula aórtica; además de que se mermaron aún más con el nacimiento prematuro. De hecho, el médico pediatra que declaró en el proceso explicó que un paciente en esas condiciones se desestabiliza porque *«ese corazón no le estaba ya funcionando porque ese tipo de cardiopatías funcionan así; funciona bien mientras ocurre la transición a la circulación postnatal, en ese momento el corazón puede empezar a fallar, pasada la transición, porque las resistencias vasculares pulmonares empiezan a aumentar, entonces el corazón derecho no es capaz de suplir la circulación total...»*. El galeno explicó que lo que padecía el menor es que no se le había formado el ventrículo izquierdo y, entonces, en cualquier circunstancia, esta es una *«patología mortal»* porque si no se tiene como manejar la circulación hacia todos los órganos, el paciente va a fallecer. (Cfr. Archivo 45, minuto 44:55).

El punto es, ¿la atención en una clínica de cuarto nivel aumentaba esas probabilidades de vida? O, visto de otra manera, ¿esa atención temprana en un hospital que no es de cuarto nivel aumentó la probabilidad de muerte? Aquí la pregunta no es si el niño iba a vivir o no, en tanto ello es incierto, la cuestión que si

la atención en la Clínica del Prado del 27 de septiembre al 2 de octubre de 2020 le restó aún más las probabilidades de vivir que ya tenía disminuidas desde el nacimiento. Ahí radica la causalidad que el demandante tenía que acreditar. ¿El tiempo que demoró la remisión a la Clínica Cardio VID –que sí se materializó- fue el que le hizo perder al neonato las posibilidades de sobrevivir? ¿redujo aún más sus probabilidades? ¿en cuánto? No está probado el nexo de causalidad entre el tiempo que demoró la remisión -en el que el paciente siguió siendo atendido- y la pérdida de la oportunidad de curarse que alega la demandante, no se demostró que de haberse realizado antes la remisión las probabilidades de vida variaran, y que no se hubiese efectuado antes el traslado redujera en un porcentaje específico esas probabilidades.

El galeno explicó que en otros países la tasa de mortalidad es inferior porque existe tecnología avanzada con la que no se cuenta en nuestro país, lo que fue mal interpretado por el apelante que indicó que al menor lo había «matado el sistema». En este caso el médico se refirió a que el sistema no proporciona una posibilidad de disminución en la tasa de mortalidad. Lo que no significa que las probabilidades de vida estuvieran disminuidas porque no se remitió al menor antes del parto a la clínica de cuarto nivel, como lo indicó el demandante, en tanto la crítica que el médico hizo al sistema, es extensiva, por lógica, también a hospitales de ese nivel de complejidad, en los que, de igual manera, el hijo de la demandante estaría expuesto a la alta tasa de mortalidad que tienen pacientes con una grave cardiopatía congénita como la que sufría el hijo de la demandante, quien, además, nació prematuro.

Y al contrario de lo manifestado por el apelante, que indicó que la no realización de la cirugía produjo que las oportunidades de vida se disminuyeran, el médico pediatra explicó que *«El riesgo se considera un riesgo quirúrgico alto, cuando llegan a ese tipo de cirugías, hasta un 10% de pacientes usualmente se puede morir de forma intraoperatoria. La cirugía inicial es paliativa, o sea que no corrige totalmente el defecto, se limita a generar puentes entre la circulación pulmonar y la circulación sistémica para intentar mejorar el flujo sanguíneo hacia todos los órganos, pero eso no corrige definitivamente el defecto. Si pasa esa primera etapa, hacia el año o año y medio le hacen una segunda etapa que intentan hacer unas correcciones más definitivas, que tampoco hay garantía de que surtan un buen desenlace. Y finalmente la única solución que podría tener es un trasplante cardíaco, que es algo que es muy exclusivo y muy difícil de lograr aun en nuestro medio»*. En ese sentido,

las probabilidades de vida seguían disminuidas en la misma proporción del 50%, tan solo teniendo en cuenta la grave enfermedad padecida por el paciente, a lo que se suma que la sola realización de la cirugía, por el contrario, podía generarle incluso la muerte en tanto se cataloga como *riesgo quirúrgico alto*.

Lo que tenía que probar el demandante, si lo que quería era conectar causalmente la tardanza con la pérdida de oportunidad de vivir del neonato, era que, además de todas las condiciones desfavorables, la tardanza también incidió en esa disminución de las probabilidades de sobrevivir; y eso definitivamente no está probado.

Luego de insistir en alrededor de 10 IPS durante 3 días, sí se logró materializar la remisión; finalmente el menor sí llegó a la clínica de cuarto nivel y sí fue revisado y atendido por los especialistas de la unidad de cuidados intensivos de dicha institución. La parte actora, en todo caso, no probó qué debía hacerse antes para aumentar o no disminuir las probabilidades de vida; se remitió luego de una incesante búsqueda de instituciones, hasta a nivel nacional, y finalmente se logró garantizar que el menor tuviera la atención requerida. La activa debía demostrar que el hecho de no remitirlo antes incidió en las probabilidades de vida y las disminuyó, pero ello no quedó acreditado.

En la Clínica del Prado el hijo de la demandante recibió el medicamento que requería su crítica situación, éste salió estable del hospital y su fallecimiento se presentó después de unas horas de hospitalización en la Clínica Cardio VID, se insiste, la atención en el hospital de cuarto nivel sí se recibió, el niño no murió sin tener la oportunidad de ser atendido en una institución de dicho nivel; sin embargo, lamentablemente nació con probabilidades de vida disminuidas; y la actora no acreditó que la llegada antes a ese tipo de clínica variara esas probabilidades. La parte demandante tenía la carga de probar que la espera por una clínica de cuarto nivel, pese a que se le suministró el medicamento que le mantenía con vida, disminuyó las posibilidades de salvar al menor, y contrario a eso, ni siquiera se tenía claro si la cirugía podía realizarse, en tanto el nacimiento era prematuro, además de que era de alto riesgo, por lo que no se sabía si la podía resistir; la historia clínica muestra que su evolución no era buena. Recuérdese que el tratamiento, según la declaración del médico pediatra, era suministrar un medicamento, estabilizar y luego evaluar si había la posibilidad de hacer una cirugía, y efectivamente eso fue lo que se hizo también en la clínica de cuarto nivel.

Lo anterior pone en evidencia dos cosas: *i)* primero, que no se sabe si la cirugía - que no se podía hacer en la Clínica del Prado- se hubiese realizado en los primeros días después del nacimiento, por lo que no hay certeza de que la oportunidad se hubiese perdido por no haber estado en una institución de cuarto nivel, más aun cuando el medicamento que había que suministrarle al paciente, efectivamente se suministró; *ii)* y, en segundo lugar, era probable que la cirugía no se llevara a cabo sino hasta la segunda semana de nacimiento o que ni siquiera se realizara por su complejidad, riesgo de muerte y sus graves padecimientos. Inclusive sin tardanza en el cambio de nivel de complejidad en la atención, no era seguro que el menor sobreviviera ese tiempo, máxime que el médico pediatra que lo atendió en la Clínica del Prado afirmó que esta clase de paciente suelen mantener una estabilidad clínica «hasta tanto surge una disfunción ventricular» (Cfr. Archivo 45, minuto 43:50).

No había certeza de la atención presentada como una oportunidad para aumentar las probabilidades de vida, siendo este uno de los elementos imprescindibles de la pérdida de oportunidad, que la oportunidad sea cierta. Y es que tampoco se demostró que la cirugía, de ser posible, se tuviese que hacer únicamente en la primera semana, a la par que tampoco se acreditó que ello cambiaba en alguna manera las probabilidades de vida. Esa incertidumbre, que gravita en el terreno de la causalidad, es determinante para desestimar las pretensiones de la demanda. No se sabe, por incumplimiento de la carga de la prueba, si con la cirugía, practicada en el tiempo en que el menor estuvo en la Clínica del Prado, hubiese aumentado las probabilidades de vida que ya estaban aminoradas por las graves condiciones del menor, no se sabe siquiera si la cirugía se hubiese podido realizar en el tiempo en el que el menor estuvo en la Clínica del Prado, y, aún si se tuviera la cirugía como un medio efectivo para disminuir las probabilidades de muerte del menor, no se sabe en cuánto fue tal disminución porque las probabilidades de muerte ya, de por sí, eran muy altas, inclusive, antes del parto.

Esa ausencia de prueba, en el marco del artículo 167 del CGP, debe resolverse en contra de los intereses de la parte demandante, quien lejos de cumplir con sus cargas, hasta esta instancia insistió en que no tenía que probar la causalidad, y que solamente la culpa era suficiente para exigirle a las entidades haber garantizado algo más, que finalmente no sabía concretamente qué era y cómo incidía en la oportunidad del menor de salvar su vida.

El menor no falleció por la tardanza, y esto fue reconocido por la parte demandante tanto en su demanda como en su recurso de apelación. En su escrito inicial el apoderado de la actora sostuvo que el menor contaba con un diagnóstico desfavorable y que no existía certeza de que con una atención oportuna continuara con vida. Lo anterior fue reconocido para efectos de indicar que se configuraba era el perjuicio de la pérdida de oportunidad porque, según la actora, al neonato se le privó de la posibilidad de una atención idónea que permitiera aumentar la probabilidad de vida. Pero, ¿cuál era esa atención idónea? Se podría suponer que la cirugía cardiovascular porque fue la razón por la que se buscó una clínica de cuarto nivel, pero no se puede afirmar que se le privó de la misma cuando ni siquiera era seguro que se realizara en tanto dependía de otros factores; y, además, esas atenciones, ¿aumentarían en este caso la probabilidad de vida? Ello definitivamente no quedó probado.

Por supuesto que todas las atenciones que se hacen en la medicina son en procura de mejorar la salud del paciente, pero no puede acudirse al hecho de que la intención siempre sea mejorar la salud del paciente, para sostener de forma axiomática que todo procedimiento aumenta las probabilidades de vida, porque eso, por lógica, no es cierto. Se puede intentar con un procedimiento mantener con vida a alguien, por ejemplo, pero no por eso sus probabilidades de vida van a aumentar necesariamente.

En este caso, se tenía que probar no solo que habían «atenciones» que podía recibir el menor -eso es lógico, los médicos van a intentar siempre mejorar la salud del paciente- sino que, además, y esto era determinante en este caso, se tenía que acreditar que esas atenciones aumentarían la probabilidad de vida de un menor en grave estado de salud; y no con conjeturas, apreciaciones o suposiciones, sino con prueba pericial desde la ciencia médica que permitiera evidenciar que efectivamente la tardanza en esas atenciones restaron, eliminaron o hicieron perder al menor oportunidades ciertas de disminuir las probabilidades de muerte. Esa prueba, contrario a lo afirmado en la apelación, sí era necesaria.

El demandante afirmó que por una remisión inoportuna se dejaron de realizar atenciones que aumentarían la probabilidad de vida, pero esa aseveración quedó sin prueba en este trámite. Lo que sí está probado es que las probabilidades de vida, se itera, estaban diezmadas considerablemente con la cardiopatía congénita, la afectación de la válvula aórtica y el nacimiento prematuro del menor.

4. Conclusión:

La parte demandante no acreditó el nexo causal entre las «tardanzas» en la remisión del neonato y la disminución en sus probabilidades de vida, a más que no se probó que esa «tardanza» se debiera a una falta de diligencia de la IPS o la EPS, en tanto hubo insistencia en alrededor de 10 IPS en las que, por falta de disponibilidad de camas en la pandemia del covid-19 -hecho notorio-, se rechazaba la remisión del paciente. Y aun si se partiera de la negligencia en la que insistió el apelante, de cara a la remisión del paciente a una clínica de cuarto nivel, no se acreditó, siendo carga de la actora, cómo una remisión oportuna hubiese cambiado el resultado o aumentado las probabilidades de vida del menor que, en todo caso, ya venían aminoradas por su cardiopatía congénita, su afectación de la válvula aórtica y su nacimiento prematuro.

Contrario a lo esgrimido en la apelación, la falta de prueba de la causalidad sí es determinante para desestimar las pretensiones, aun tratándose de una pérdida de oportunidad, en tanto debía probarse que la tardanza truncó una oportunidad cierta de sobrevivir, lo que en este caso no quedó acreditado. En este sentido, la sentencia de primera instancia debe ser **confirmada**.

De conformidad con el artículo 365 *ejusdem*, se condenará en costa, en segunda instancia, a la parte demandante y en favor de la parte demandada. Se fijarán como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Primera de Decisión Civil**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia del 19 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín en el proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas, en segunda instancia, a la parte demandante y en favor de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV).

Proyecto discutido y aprobado en Sesión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Sala de Decisión,



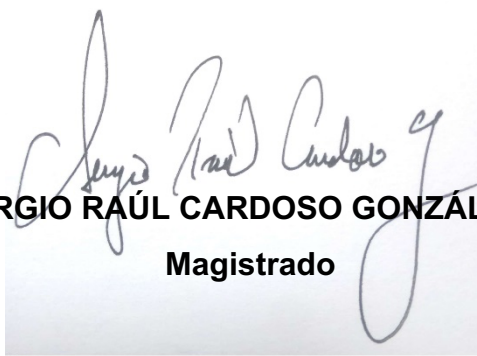
MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

Magistrado



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Magistrado



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ

Magistrado