

LEGITIMACION POR PASIVA / FUERO DE ATRACCION

No existe problema de legitimación por pasiva porque se demandó en forma solidaria no sólo a dos entes privados, sino al Departamento de Nariño, a través del Servicio Seccional de Salud y a la Nación (Ministerio de Salud), con lo que se produjo el fuero de atracción que permite que los entes privados puedan justiciarse ante la jurisdicción propia de los entes territoriales.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / FALLA DEL SERVICIO MEDICO PRESUNTA

Hubo ligereza y temeridad en el médico al tratar, sin necesidad para ello, de efectuar el acto quirúrgico solo, suministrando él mismo la anestesia, en un medio de escasos recursos para salvar los riesgos que el tipo de anestesia aplicada podía producir y que eran previsibles.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Santa Fe de Bogotá D.C., doce (12) de octubre mil novecientos noventa y tres (1993).

Radicación Número: 8148

Actor: EDGAR NARCISO PORTILLA

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD - DEPARTAMENTO DE NARIÑO SERVICIO SECCIONAL DE SALUD - HOSPITALES CLARITA SANTOS Y SAN PEDRO

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de noviembre 26 de 1992 dictada por el tribunal administrativo de Nariño, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

En la demanda, presentada el día 13 de enero de 1992 por Edgar Narciso Portilla V. y otros contra el Hospital "Clarita Santos" de Sandoná, el Hospital "San Pedro" Nariño, el Departamento de Nariño en su servicio Seccional de Salud y la Nación Colombiana, en forma solidaria, se pidió expresamente:

"Declárase al HOSPITAL CLARITA SANTOS DE SANDONA (NARIÑO) representado por su DIRECTOR HOSPITAL SAN PEDRO DE PASTO (Nariño), sede de la UNIDAD REGIONAL CENTRAL No. II de la misma ciudad, ambos representados por sus DIRECTORES pertinentes, al DEPARTAMENTO DE NARIÑO en su SERVICIO SECCIONAL DE SALUD, representado por el señor GOBERNADOR y a la NACIÓN COLOMBIANA (representada por el señor MINISTRO DE SALUD), SOLIDARIAMENTE responsables de la muerte de la señora NELLY RUBY BETANCOURT SALAZAR y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios morales ocasionados a EDGAR NARCISO PORTILLO VERA (esposo), ALBEIRO HERMENEGILDO y LIDIA ANAVEI PORTILLA BETANCOURT (hijos), AUDELO BETANCOURT Y BEATRIZ SALAZAR (padres),

JOSE SILVIO JAIME, ANTONIO RAMIRO Y MELVA ROCIO BETANCOURT SALAZAR (hermanos).

"Los hechos en los cuales perdió la vida la señora NELLY RUBY BETANCOURT SALAZAR tuvieron ocurrencia el pasado 3 de Enero de 1990 en el interior del Hospital "CLARITA SANTOS DE SANDONA" (Nariño), por una inadecuada asistencia médica prestada por el ente enunciado, muerte atribuible a una falla o falta en el servicio o en la administración.

"Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:

"1º. - **POR PERJUICIOS MORALES**, se debe a cada uno de los actores, o a quien o quienes sus derechos representaron - al momento del fallo, indemnización en el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro al precio que se encuentre el metal en la fecha de la ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República.,

"2º. - **POR INTERESES**. Se debe a cada uno de los actores o a quienes sus derechos representaron al momento del fallo, los intereses que se generen a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses.

"Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria y transcurridos seis (6) meses los de mora."

En el mismo libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el día 3 de enero de 1990 la señora Nelly Ruby Betancourt, por disposición del Doctor Víctor Hugo Bastidas López, fue intervenida quirúrgicamente (cesárea) sin una previa programación y sin advertir a los familiares los riesgos de la misma.

Que la operación la practicó el Doctor Bastidas, - solo y él mismo suministró la anestesia.

Que el embarazo de la señora Betancourt estaba post - término y el centro hospitalario donde fue operada no tenía unidad de cuidados intensivos.

Que hecha la operación y producida la muerte de la señora Betancourt, ninguna explicación se le dio a su cónyuge y ni siquiera se le practicó la necropsia al cadáver.

Que el médico Bastidas López cumplía sus funciones de médico rural en el Hospital "Clarita Santos", dependencia del Hospital "San Pedro", sede de la Unidad Regional Central II.

Que el centro hospitalario como los demás que operan en el Departamento de Nariño son parte del sistema de Salud del Ministerio del ramo.

Que la señora Betancourth era hija legítima de Audelo Betancourt y Beatriz Salazar y hermana de José Silvio Jaime, Antonio Ramiro y Melva Rocío y madre de Albeiro Hermenegildo y Lidia Analevi, procreados dentro del matrimonio contraído por Edgar Narciso Portilla Vera.

El tribunal luego del trámite de la primera instancia decidió en la forma indicada atrás. Descontenta la parte actora apeló y sustentó su recurso mediante el escrito que obra a folios 423 y siguientes.

Durante la segunda instancia, alegó de nuevo la parte actora para insistir en la declaración de responsabilidad. Guardaron silencio la parte demandada y el ministerio público.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Para la sala la sentencia recurrida merece ser revocada porque no hace suya la argumentación del *a - quo*, en especial la que gira en torno al acervo probatorio. Por lo demás, tampoco existe problema de legitimación por pasiva porque se demandó en forma solidaria no sólo a dos entes privados (los Hospitales "Clarita Santos" y " San Pedro"), sino al Departamento de Nariño, a través del servicio Seccional de Salud y a la Nación (Ministerio de Salud), con lo que se produjo el fuero de atracción que permite que los entes privados puedan justiciarse ante la jurisdicción propia de los entes territoriales.

A este respecto la sala reitera la tesis expuesta en asunto similar y de la cual se infiere la anotada conclusión. Así, en la sentencia de agosto 17 del presente año (Proceso 7875, Luis Felipe Rivera, ponente Carlos Betancur Jaramillo), se dijo:

"La demanda, en forma inequívoca, está dirigida contra el Hospital San Antonio de Padua de Garagoa y contra el médico, Dr. Benedicto Porras Gómez, es decir contra dos personas de derecho privado. Este carácter no se pierde ni para aquélla ni para éste por el hecho de haberse acogido el mencionado hospital al régimen de adscripción ordenado en el artículo 8 del decreto 356 de 1975.

"Esta circunstancia permite pensar que la demanda debió presentarse ante la jurisdicción ordinaria, porque la contencioso administrativa sólo conoce de las acciones de reparación directa que se sigan contra las entidades públicas, concretamente, según la jurisprudencia reiterada de esta misma Sala, contra los entes territoriales (nación, departamentos, municipios, etc. etc.) y los establecimientos públicos (artículos 131 y 132 numerales 10 del C. C.A.)

"No obstante lo dicho, e interpretando la demanda hasta donde es posible hacerlo (la sala so pretexto de esto no podría cambiarla sustancialmente) puede aceptarse o bien que la pretensión está dirigida contra el hospital y el médico Dr. Benedicto Porras Gómez, no como personas particulares sino como organismo y persona adscritos al Servicio Nacional de Salud; o bien como partes obligadas contractualmente con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones. "Caprecom"

"Pues con cualquiera de estos dos enfoques, tampoco resultarían legitimados por pasiva los demandados en este proceso. En primer lugar, porque la adscripción del Hospital al servicio no le hizo perder el carácter de persona privada que tiene **ni convirtió a sus empleados y trabajadores en servidores públicos. Pudo, sí, la actora demandar al Servicio Seccional de Salud (la Nación Ministerio de Salud) solo o conjuntamente con las personas privadas aquí demandadas. Evento en el cual, por fuero de atracción, habría desaparecido el obstáculo creado por la índole de dichas personas. Pero como así no lo hizo, falló la legitimación por pasiva.**

"En segundo lugar, pudo demandarse solo a Caprecom o a éste y a las personas privadas aludidas. Aquí habría operado el aludido fuero."

Frente al problema de fondo, se anota:

La responsabilidad de la parte demandada en el caso concreto resultó comprometida no solo porque, como lo ha venido sosteniendo esta misma sala en asuntos similares, se presume la culpa de la administración y la presunción no fue desvirtuada, sino porque resultó bien probada la actuación ligera e irregular del médico que intervino a la señora Betancourth Salazar.

Se arriba a esta conclusión pese a los conceptos emitidos por Medicina legal y que obran a folios 126 y 134 del expediente, los que no se hicieron con apoyo en la percepción directa de los hechos, sino por información de terceras personas y con apoyo en la historia clínica elaborada por el mismo médico que cumplió la desafortunada intervención que culminó con la muerte de la paciente mencionada. Además y fuera de lo observado, que le resta mérito probatorio a dichos conceptos, se anota que entre éstos existen algunas diferencias de matices porque en el primero el Doctor Sanzón Guerrero se muestra dubitativo y en el segundo es enfático y en cierta forma parece intentar la defensa del médico cuestionado.

Se infiere del acervo probatorio que hubo ligereza y temeridad en el médico Bastidas López al tratar, sin necesidad para ello, de efectuar el acto quirúrgico solo, suministrando él mismo la anestesia en un medio de escasos recursos como Sandoná para salvar los riesgos que el tipo de anestesia aplicada podía producir y que eran previsibles.

Se afirma lo anterior porque, en primer término, el día de los hechos, 3 de enero de 1989, el Doctor Bastidas no era el único médico que estaba en el centro hospitalario, ya que su directora, la Doctora Betty Torres C. era quien iba a efectuar la operación. En segundo lugar, porque ante la demora de la Doctora Torres C. y sin que existiera ningún motivo para precipitar los acontecimientos, se intentó el acto quirúrgico por el médico Bastidas, sin ayuda de nadie. En tercer lugar, porque las condiciones de salud de la paciente no imponían la intervención con la urgencia que se le quiso dar. En cuarto lugar y quizás esto revela mejor la imprudencia del médico y reafirma la falla del servicio, él debía saber que la aplicación de xilocaína al 5% en forma raquídea (dosis alta) era de alto riesgo, porque fácilmente podía producir hipotensión severa y un paro cardio - respiratorio no afrontable en un medio de escasos recursos como era el hospital de Sandoná. Obsérvese que según se infiere de la historia clínica esto fue lo que realmente sucedió. En quinto lugar, porque tanto la Anestesia raquídea como la general imponen la asistencia de un anesthesiólogo. Asistencia que según la ley 6 de 1991 es obligatoria "por el riesgo potencial a que están expuestos los pacientes", razón por la cual "se considera la anestesiología como una especialidad de alto riesgo." Y aunque dadas las condiciones que presenta el país y la infraestructura defectuosa de los servicios de salud, en especial a nivel rural, no puede exigirse la presencia de un anesthesiólogo especializado hasta en el lugar más apartado y deprimido, se impone que cuando deba aplicarse anestesia, porque la operación es de urgencia y no pueda dar espera el médico, por razones de seguridad para el paciente, deberá asesorarse de otro médico o de personal auxiliar. Actuar solo innecesariamente, como sucedió aquí, revela ligereza e inmadurez en quien sí actúa. En sexto lugar, el médico actuó con ligereza e inmadurez al aceptar sin cuestionamiento alguno, que la duración del embarazo era de casi 11 meses (43.8), caso insólito médicamente, cuando si hubiera aplicado sus conocimientos, la altura uterina señalada en la historia clínica (38 cms) le permitía concluir que el embarazo estaba a término y en condiciones normales, máxime cuando ni siquiera, dada la duración declarada por la parturienta, ésta mostraba síntomas de iniciación de parto. En séptimo lugar, no entiende la sala porqué se procedió a intentar la cesárea en paciente multigestante, con partos anteriores por vía vaginal no asistidos siquiera por médico, sin intentar primero inducir el parto por vía normal.

Todo lo anterior pone de presente que la presunción de falla del servicio no resultó desvirtuada, y, antes, por el contrario, se demostró que el servicio funcionó irregularmente y produjo un perjuicio que debe resarcirse.

Lo precedente aparece corroborado con la Historia Clínica que obra a folios 120 y que se transcribe para mejor claridad:

"RUBY NELLY BETANCOURTH DE PORTILLA EDAD: 28 años

ESTADO CIVIL: Casada

MOTIVO DE CONSULTA: Control Prenatal

Paciente multigestante, quién acude a control prenatal por primera ocasión, encontrándose en la semana 43.8 de embarazo ya que refiere que la fecha de la última menstruación fue el día 2 de marzo de 1989, refiere leve dolor abdominal.

Al Examen Físico: Paciente en buen estado general y nutricional afebril Hidratada. Tensión Arterial, 110 / 70, Peso 67 Kgls.

Cabeza, Cuello y Tórax: Sin Patología, Aparente ABDOMEN: loboso de gestante, Altura Uterina: 38 cm. Feto Longitudinal, Polo cefálico de gran tamaño, Presentación Flotante. Fetocardia 128 por minuto AL EXAMEN GINECOLOGICO: genitales de múltipara, cuello uterino central, Totalmente cerrado. Examen Neurológico Elemental y Extremidades: Normales

Se la ingresa con diagnóstico de Embarazo Postérmino y Desproporción Cefalopélvica, para realizarle CESAREA. Una vez en Quirófano y con todas las medidas preventivas, se le administra anestesia raquídea con Xylocaína al 5%, luego de la cual la paciente presenta Cianosis labial y pérdida súbita del latido cardíaco. Inmediatamente, de lo cual se realiza maniobras y administración de medicamentos para reanimación cardiopulmonar, sin obtener resultado positivo, la paciente fallece. Se ausculta el abdomen sin percibir latido cardíaco fetal, signo de muerte fetal. Razón por la cual no se extrae el producto de la gestación. De esta manera se establece que la causa de la muerte es:

- Reacción Anafiláctico a la anestesia raquídea
- Paro Cardiorespiratorio."

Y para el caso los testimonios que obran a folios 123 a 125, 127, 128, 129, refuerzan las conclusiones atrás expuestas, ya que tienen fuerza demostrativa de cómo ocurrieron los hechos. Se aceptan por la seriedad de los declarantes, los que, sin ser técnicos en su mayoría, si arrojan certeza de la ocurrencia de los mismos hechos.

Finalmente, la sala recuerda que en su fallo de agosto 24 de 1992 (Proceso 6754, Henry Enrique Saltarín ponente Carlos Betancur Jaramillo) se hicieron precisiones en tomo a la responsabilidad del servicio médico oficial; y se aceptó que en dichos eventos aunque podía presumiese la culpa, la entidad pública podía exonerarse de responsabilidad probando la diligencia y cuidado en el servicio prestado, mirado éste en razón de su infraestructura en una localidad dada.

Los perjuicios

Vistas las pretensiones, los daños reclamados solo son de carácter moral. En este sentido reclaman por la muerte de la señora Nelly Ruby Betancourth, su cónyuge, señor Edgar Narciso Portilla Vera; sus hijos Albeiro Hermenegildo y Lidia Anaveli Portilla B; sus padres Audelo Betancourth C. e Imelda Beatriz Salazar; y sus hermanos José Silvio Jaime, Antonio Ramiro Melba Rocío Betancourth S. La legitimación de estas personas resultó bien acreditada con las pruebas del estado civil correspondientes, que obran a folios 7 y siguientes del cuaderno principal.

Así las cosas y con sujeción a la jurisprudencia de la sala, se señala una condena en gramos oro, equivalente en pesos, para cada una de las siguientes personas: Edgar Narciso Portilla Vera, Albeiro Hermenegildo y Lidia Anaveli Portilla B., Audelo Betancourth C. e Imelda Beatriz Salazar, quienes percibirán el valor de 1.000 gramos oro para cada uno. Así mismo, percibirán de a 500 gramos oro para cada uno José Silvio Jaime, Antonio Ramiro y Melba Rocío Betancourth S.

Finalmente, se observa:

En casos como el aquí resuelto resulta de gran importancia que se efectúe la necropsia, porque su ausencia no sólo podría valorarse como un indicio en contra del servicio, sino porque ella también podría servir para exculparlo.

Asimismo, a las circunstancias anotadas atrás podrá agregarse el hecho de que Sandoná queda, por carretera, a menos de una hora de Pasto y bien pudo remitirse la paciente a esta ciudad, visto su estado.

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

FALLA:

Revócase el fallo de noviembre 26 de 1992 dictado por el tribunal administrativo de Nariño. En su lugar:

Decláranse responsables solidariamente las siguientes personas y entidades públicas: Hospital Clarita Santos de Sandoná, Departamento de Nariño (Servicio Seccional de Salud) y la Nación (Ministerio de Salud) de la muerte de la señora Nelly Ruby Betancourt S.

En consecuencia, se les condena a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas en gramos oro, en su equivalencia en pesos: a Edgar Narciso Portilla Vera, Albeiro Hermenegildo y Lidia Anaveli Portilla B., Audelo Betancourth C. e Imelda Beatriz Salazar de a 1.000 gramos oro para cada uno; y de a 500 gramos oro para cada una de las siguientes personas: José Silvio Jaime, Antonio Ramiro y Melba Rocío Betancourth S.

El Banco de la República certificará el valor del gramo oro a la fecha de ejecutoria de este fallo.

La presente sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. y con los efectos allí indicados.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993).

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ
Presidente Sala

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Secretaria