

ACCIÓN DE REPARACIÓN – Condena

SINTESIS DEL CASO: Muerte de bebé en gestación, con alto riesgo de mortalidad, por falta de diligencia del hospital para tramitar órdenes y realizar los exámenes y tratamientos pertinentes mientras se encontraba en el vientre materno, lo que redujo su oportunidad de sobrevivir.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE SOBREVIVIR / NEGLIGENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD / MUERTE DE GEMELA EN GESTACIÓN / FALTA DE DILIGENCIA Y CUIDADO DE NASCITURUS CON ALTO RIESGO DE MORTALIDAD

[S]i bien el embarazo gemelar monocorial que tenía la [madre gestante] era de alto riesgo y, por ende, existían altas probabilidades de que se complicara, como en efecto ocurrió, lo cierto es que hubo negligencia de la demandada en la atención médica suministrada a la paciente. (...) pues es obvio que retardó, injustificadamente, la atención que ésta requirió, a lo cual se suma que omitió valorarla en la especialidad materno fetal con miras a establecer la viabilidad de una cirugía fetal, procedimiento que uno de los especialistas consideró de vital importancia, para salvaguardar la vida de las gemelas, dado el cuadro clínico de transfusión feto-feto. (...) a pesar de que los medios de prueba que militan en el plenario no permiten tener plena certeza de que, si la paciente hubiera sido sometida a un tratamiento médico adecuado, la gemela que falleció hubiera sobrevivido, es claro que la actuación de la demandada durante el embarazo de la señora Ballén Agredo excluyen la diligencia y cuidado con que debió actuar y, por lo mismo, es evidente que aquélla perdió la oportunidad de que su embarazo culminara con el nacimiento de sus dos hijas, dado el manejo que la Policía Nacional le dio a su situación, pérdida de oportunidad que tiene nexo directo con la actuación de la entidad pública demandada. (...) la actuación negligente de la demandada le restó posibilidades a la otra de las gemelas de salir con vida y a sus familiares de verla nacer y crecer en el seno de su hogar, por lo que la Sala declarará la responsabilidad de la demandada, por la pérdida de oportunidad que sufrieron tanto la menor fallecida como los acá demandantes.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE SOBREVIVIR / TASACION DE PERJUICIOS - Principio de congruencia

Dado que el perjuicio autónomo que acá se indemniza no tuvo como génesis la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, el monto a indemnizar no será propiamente el que corresponda a dicho fallecimiento, sino al de la pérdida de oportunidad de la otra gemela de salir con vida y al de sus familiares de verla nacer y crecer en el seno de su hogar. No obstante que, según el principio de congruencia, el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente a las pretensiones de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, en el presente caso una interpretación integral de la demanda y de las demás actuaciones surtidas a lo largo del proceso permiten señalar que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, sino que se extendió a establecer las falencias y omisiones del personal médico que estuvo a cargo de su embarazo, las cuales tuvieron como resultado la referida pérdida de oportunidad. Teniendo en cuenta lo dicho, la Sala considera que una suma justa por la pérdida de oportunidad de los demandantes de ver con vida a la gemela que esperaba la señora Dolly Ballén Agredo es 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de esta última, y 25 de esos mismos salarios, a favor de su hija, Dayana Alexandra Hernández Ballén.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00100-01(43646)

Actor: DOLLY BALLÉN AGREGO Y OTROS

**Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
(DIRECCIÓN DE SANIDAD)**

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia del 12 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El 6 de marzo de 2008, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, los actores¹ solicitaron que se declarara responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional (Dirección de Sanidad) por la muerte de la bebé que esperaba la señora Dolly Ballén Agredo y por el daño a la salud de ésta y de la bebé que nació con vida, debido a deficiencias en la atención médico hospitalaria.

Manifestaron que la citada señora, quien para la época de los hechos se desempeñaba como agente de la Policía Nacional y estaba afiliada al Servicio de Sanidad DECAU, acudió a este lugar el 13 de octubre de 2006, por cuanto se encontraba en estado de embarazo gemelar, siendo atendida por el doctor Rincón, quien autorizó la prestación de servicios externos en el Hospital Susana López de

¹ El grupo demandante está conformado por Dolly Ballén Agredo, Dayana Alexandra Hernández Ballén, Alicia Agredo, Alvaro Ballén, Deisy Rocio, Janeth Alicia y Francklin Emiro Ballén Agredo (folio 87, cuaderno 1).

Valencia, de Popayán, en el que le diagnosticaron “*EMBARAZO GEMELAR CON AMENAZA DE ABORTO*”.

Sostuvieron que, el 20 de octubre de ese mismo año, la paciente se sintió mal y acudió a urgencias al referido hospital, en el que fue atendida por el ginecólogo obstetra Juan José Alvarado, quien le practicó una ecografía, la cual mostró que aquella presentaba un embarazo gemelar monocorial de alto riesgo, por lo que le recomendó evitar estados de estrés laboral y eliminar el trabajo nocturno; además, le ordenó que se practicara una ecografía genética y que acudiera a medicina materno fetal.

Afirmaron que el Servicio de Sanidad DECAU no autorizó dicha ecografía, por cuanto ésta “*no se encuentra dentro del Acuerdo 002 Plan de Servicios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”, razón por la cual la paciente debió pagarla con sus propios recursos y practicársela en el Hospital Susana López de Valencia con el especialista Alvarado, quien diagnosticó que aquella padecía “*Síndrome de Transfusión Feto-Feto*”. Debido a esto, el especialista en mención solicitó a la paciente que se practicara una ecografía, nivel III, en la semana quince, para definir la necesidad de una cirugía fetal; además, le explicó que, en caso de confirmarse la patología y de no practicarse a tiempo dicha intervención, la mortalidad de las gemelas era “del 100%”.

Expresaron que, entre noviembre y diciembre de 2006, la señora Ballén Agredo se practicó ecografías cada 8 días con el médico Oscar Enrique Ordóñez, quien ordenó que la paciente fuera atendida urgentemente por medicina materno fetal, por encontrar hallazgos sugestivos de síndrome de transfusión feto-feto; sin embargo, a pesar de que la cita se pidió el 12 de enero de 2006, ésta fue programada para el 19 de esos mismos mes y año en el Centro Médico Imbanaco, de Cali, en el que fue atendida por el médico gineco obstetra Gustavo Vásquez, quien le informó a la paciente que había esperado mucho tiempo y que no podía hacer nada. En todo caso, le ordenó varios exámenes, entre ellos, un dopplee fetal, pero el Servicio de Sanidad DECAU informó a la paciente que éstos no se practicaban en Popayán.

Ante esta situación, la paciente decidió dirigirse a Bogotá, con sus propios recursos y fue atendida en el Hospital Central, donde le practicaron una ecografía que mostró que una de las gemelas se encontraba sin vida; posteriormente, aquella retornó a Popayán y, el 25 de febrero de 2007, fue hospitalizada en la Clínica La Estancia, en la que le practicaron una cesárea y le extrajeron las gemelas, una de las cuales ya había fallecido.

Sostuvieron que la demandada debía responder a título de falla en la prestación del servicio, la cual se encontraba demostrada en el plenario, debido a la muerte de una de las gemelas y los problemas de salud que aquejaron a la menor que logró sobrevivir y a su madre; por lo tanto, solicitaron que se le condenara a pagar 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales, para cada una de las mencionadas, al igual que 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el mismo concepto, para cada uno de los padres y hermanos de la señora Ballén Agredo; asimismo, pidieron para esta última los perjuicios materiales que lograran demostrarse en el proceso (folios 86 a 95, cuaderno 1).

1.2 La contestación de la demanda

1.2.1 El 10 de marzo de 2008, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y ordenó que el auto admisorio fuera notificado al accionado y al Ministerio Público (folio 98, cuaderno 1).

1.2.2 El Ministerio de Defensa – Policía Nacional solicitó que se negaran las pretensiones, en consideración a que ninguna falla en la prestación del servicio se configuró en este caso, pues lo cierto es que el servicio de sanidad de la institución le prestó a la señora Ballén Agredo una atención médica adecuada y oportuna. Dijo que las ecografías iniciales mostraron que el embarazo transcurría normalmente y que, si bien después falleció una de las gemelas, esto no era indicativo de fallas en el diagnóstico de las ecografías.

Sostuvo que Popayán no contaba con centros médicos especializados para la práctica de todos y cada uno de los exámenes requeridos por la citada señora, pero que ésta fue atendida en el Hospital Central de Bogotá, el cual pertenece al subsistema de salud de la Policía Nacional, de modo que no era cierto que se le hubiere negado la respectiva atención.

Dijo que el embarazo gemelar monocorial era de rara ocurrencia y que tenía una mortalidad perinatal del 50%. Agregó que no existían pruebas en el plenario que demostraran científicamente que la muerte de una de las gemelas obedeció a la demora o a la falta de atención médica (folios 107 a 113, cuaderno 1).

1.3 Alegatos en primera instancia

Vencido el período probatorio, el 18 de agosto de 2009 se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (folio 145, cuaderno 1).

1.3.1 La parte actora pidió que se despacharan favorablemente las pretensiones de la demanda, ya que se estableció que la muerte de una de las gemelas se debió a una falla en la prestación del servicio de salud, originada en la falta de atención médica adecuada y oportuna.

Aseguró que el personal médico al servicio de la demandada le informó a la paciente que las ecografías mostraban que todo marchaba bien y que una de las gemelas presentaba bajo peso; sin embargo, cuando acudió a médicos particulares, se dio cuenta de que no era así y de que su estado de embarazo presentaba complicaciones y requería una atención pronta y adecuada (folios 147 a 149, cuaderno 1).

1.3.2 La demandada, por su parte, aseguró que los señalamientos formulados en su contra carecían de respaldo probatorio y, por tanto, debían despacharse negativamente las pretensiones de los actores. Indicó que el embarazo gemelar monocorial, como el que tenía la señora Ballén Agredo, era de rara ocurrencia y tenía un índice de mortalidad de hasta el 50%.

Dijo que, contrario a lo manifestado por los demandantes, el Servicio de Sanidad de la Policía Nacional le prestó a la citada señora una atención adecuada y oportuna. Agregó que, si bien una de las gemelas perdió la vida, ello obedeció a que el embarazo era de alto riesgo (folios 151 a 155, cuaderno 1).

1.4 La sentencia recurrida

Mediante sentencia del 12 de julio de 2010, el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda, en atención a que no se acreditó la falla médica alegada por la parte demandante, pues los documentos que ésta aportó al plenario, para demostrar los hechos alegados en la demanda, obraban en copia simple e impedía otorgarles valor probatorio.

Aseguró que el embarazo de la señora Ballén Agredo era de alto riesgo, de modo que la muerte de una sus gemelas, por sí solo, sin otros elementos de juicio, no podía tenerse como un indicio de falla en la prestación del servicio médico hospitalario a cargo del Servicio de Sanidad de la Policía Nacional (folios 169 a 183, cuaderno principal).

1.5 El recurso de apelación

Dentro del término legal, la apoderada de la parte actora formuló recurso de apelación contra la sentencia anterior, a fin de que se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto los documentos aportados al plenario demostraron la negligencia en que incurrió la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional en la atención médica dispensada a la señora Dolly Ballén Agredo.

Dijo que, de conformidad con el artículo 252 del C. de P.C., los documentos presentados por las partes, para ser incorporados a un expediente judicial, se reputaban auténticos y que, en este caso, la prueba documental que militaba en la foliatura no fue tachada de falsa por el demandado y menos aún fue desvirtuada con medio de prueba alguno, por lo que la misma debía ser valorada (folios 187 1 88, cuaderno principal).

1.6 Alegatos en segunda instancia

1.6.1 Por auto del 10 de agosto de 2011, el Tribunal Administrativo del Cauca concedió el recurso de apelación (folio 190, cuaderno principal) y, mediante auto del 2 de mayo de 2012, el Consejo de Estado lo admitió (folio 197, cuaderno principal).

1.6.2 El 14 de junio de 2012, el Despacho corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (folio 199, cuaderno principal).

1.6.3 La parte actora guardó silencio (folio 226, cuaderno principal).

1.6.4 La demandada reiteró lo dicho a lo largo del proceso (folios 201 a 203, cuaderno principal).

1.6.5 El Ministerio Público pidió que se revocara la sentencia apelada y se accediera a las pretensiones de la demanda, toda vez que se demostró que la atención médica dispensada a la señora Ballén Agredo no fue adecuada, pues, a pesar de existir varios tratamientos para el síndrome de transfusión feto-feto, como el que la afectó, no se le aplicó ninguno, al punto que la demandada se limitó a practicarle ecografías y nada más. Señaló que, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la prueba documental que milita en el expediente en copia simple tiene valor probatorio (folios 2111 a 225, cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia de la Sala

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia del 12 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en un proceso con vocación de doble instancia, toda vez que éstas ascienden a 4500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (folio 87, cuaderno 1).

Al respecto, es menester indicar que el recurso de apelación fue interpuesto en vigencia de la Ley 1395 de 2010, *“por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”* (folios 187 y 188, cuaderno principal), cuyo artículo 3 modificó el numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil y dispuso que la cuantía del proceso se determina *“por el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de presentación de la demanda”*.

Según la Ley 446 de 1998, los Tribunales conocen, en primera instancia, y el Consejo de Estado, en segunda instancia, de los procesos de reparación directa cuya cuantía exceda, al momento de presentación de la demanda, de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como ocurre en este caso.

2.2 Oportunidad de la acción

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos², la acción de reparación directa caduca al cabo

² Ley 446 de 1998.

de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

En el *sub examine*, los actores pretenden la indemnización de perjuicios por la muerte de una de las gemelas que esperaba la señora Dolly Ballén Agredo y por el daño a la salud de ésta y de la bebé que nació con vida.

Al respecto, se acreditó, mediante ecografía obstétrica del 31 de enero de 2007, que una de las gemelas que esperaba la señora Ballén Agredo se encontraba sin vida y que la otra estaba bien (folio 59, cuaderno 1); sin embargo, la extracción del feto y de la gemela que sobrevivió, con apenas 28 semanas de gestación, se produjo mediante cesárea del 25 de febrero de 2007, en la Clínica La Estancia, de Popayán (folios 81 a 85, cuaderno 1), por lo que en esta última fecha se materializó el daño que los demandantes dijeron sufrir, de modo que la demanda de reparación directa debía instaurarse, a más tardar, el 26 de febrero de 2009; por lo tanto, como esto último ocurrió el 6 de marzo de 2008 (folios 86 a 96, cuaderno 1), no hay duda de que aquella se presentó dentro del término de ley.

2.3 Valor probatorio de las copias simples

En el asunto *sub examine*, el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda, entre otras razones porque la prueba documental aportada al plenario por los demandantes, para demostrar la responsabilidad de la accionada por los hechos imputados, obraba en copia simple y carecía de valor probatorio.

Sobre el particular, cabe recordar que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2013 (expediente 25.022), admitió la posibilidad de que el juez valore las copias simples que obren en los procesos³.

Es indispensable señalar que, si bien la sentencia de unificación de jurisprudencia acabada de citar sostuvo que en los procesos ejecutivos el título de recaudo que soporta la obligación debe obrar en original o en copia auténtica, dicha exigencia no opera para los procesos ordinarios, como el de reparación directa que

³ El Ponente deja constancia de que no comparte, pero acata esa decisión.

ahora se decide, puesto que en éste lo que se pretende es acreditar la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados a los particulares⁴.

Así, la Sala dará valor probatorio a la prueba documental que milita en el plenario, máxime teniendo en cuenta que ésta no fue tachada de falsa ni controvertida por el demandado.

2.4 Caso concreto y análisis probatorio

Según la demanda, la muerte de la gemela que esperaba la señora Dolly Ballén Agredo y el daño a la salud de ésta y de la bebé que nació con vida obedecieron a una falla en la prestación del servicio médico asistencial, imputable a la Policía Nacional, por cuanto no le suministró a la paciente una atención pronta y adecuada.

Contrario a lo manifestado por los actores, la demandada sostuvo que no se demostró la falla alegada y que, además, el embarazo gemelar monocorial de la citada señora era de alto riesgo y existían altas probabilidades de que desencadenara una situación como la que ella padeció.

El Tribunal, por su parte, negó las pretensiones de los actores, en consideración a que la prueba documental que éstos trajeron al proceso carecía de valor probatorio, pues obraba en copia simple y no permitía demostrar los hechos alegados en la demanda; además, porque, según dijo, el embarazo de la señora Ballén Agredo era de alto riesgo, de modo que la muerte de una de sus gemelas, por sí solo, sin otros elementos de juicio, no podía tenerse como un indicio de falla en la prestación del servicio médico hospitalario.

El Ministerio Público pidió que se despacharan favorablemente las pretensiones de la parte actora, por cuanto se demostró que la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo se debió a deficiencias en la atención médica durante el embarazo.

Pues bien, teniendo en cuenta lo alegado por las partes y las pruebas que militan en el plenario, la Sala analizará si la Policía Nacional es responsable de la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo y del daño a la salud de

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de junio de 2015 (expediente 35.758).

ésta y de la bebé que nació con vida, debido a una falla en la prestación del servicio médico asistencial.

Se encuentra acreditado que, el 25 de febrero de 2007, la citada señora fue sometida a una cesárea en la Clínica La Estancia, de Popayán, para extraerle las gemelas que esperaba, una de las cuales se encontraba sin vida (folios 81 a 85, cuaderno 1).

De esta manera, se encuentra acreditado el daño sufrido por los demandantes como consecuencia del fallecimiento de una de las bebés.

Ahora, en cuanto al daño a la salud de la señora Ballén Agredo y de su otra hija no obran pruebas en el plenario que demuestren que éstas sufrieron lesiones o secuelas durante el parto o con posterioridad a éste; por el contrario, la historia clínica evidencia que aquéllas fueron dadas de alta en buenas condiciones de salud (folio 85, cuaderno 1).

Así, al no encontrarse acreditado el daño alegado por los demandantes como consecuencia de la afectación a la salud de las citadas personas, la Sala centrará su estudio en establecer si la Policía Nacional debe responder por la muerte de una de las gemelas.

Sobre el particular, obra en el plenario que, el 13 de octubre de 2006, la señora Ballén Agredo acudió al Servicio de Sanidad de la Policía Nacional, donde se estableció que tenía un embarazo gemelar de 8 semanas de gestación (folio 5, cuaderno 1), razón por la cual dicha institución autorizó que aquélla fuera atendida externamente en el Hospital Susana López de Valencia, E.S.E., de Popayán (folio 6, cuaderno 1).

Efectivamente, en la fecha indicada la paciente acudió a dicho hospital y fue atendida por una gineco-obstetra, quien la incapacitó durante un día y le recetó unos medicamentos (folio 7, cuaderno 1); además, la ecografía transvaginal que le practicó mostró que ella tenía un embarazo gemelar monocorial y que la morfología de los embriones era normal (folio 8, cuaderno 1).

Posteriormente, la ecografía practicada el 17 de octubre de 2006, en la Clínica La Estancia, reveló que la paciente tenía 9 semanas y 5 días de embarazo y que el crecimiento fetal estaba acorde con la edad gestacional (folio 11, cuaderno 1).

El 20 de esos mismos mes y año, la paciente fue atendida en el Hospital Susana López de Valencia, E.S.E., por el gineco-obstetra Juan José Alvarado, quien diagnosticó que su embarazo era de alto riesgo y que, por tanto, debía evitar estados de estrés y actividades laborales nocturnas (folio 12, cuaderno 1); asimismo, le ordenó que se practicara una ecografía genética, en medicina materno fetal.

El 1 de noviembre de 2006, el Servicio de Sanidad de la Policía Nacional negó la práctica de dicha ecografía, por cuanto *“no se encuentra dentro del Acuerdo 002 Plan de Servicios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”* (folios 21, 23, 24, cuaderno 1), por lo que la señora Ballén Agredo debió asumir su costo y practicársela por su cuenta con el especialista Juan José Alvarado el 10 de noviembre de 2006. La ecografía reveló datos que sugerían que aquella padecía un síndrome de transfusión feto-feto⁵, ***“por lo cual se solicita de manera urgente ecografía de III nivel en semana 15 (sic) para definir necesidad de cirugía fetal, valoración por medicina materno fetal, se explica a la paciente que la mortalidad de los gemelos (sic) en caso de confirmarse la patología (sic) es del 100% si no se realiza intervención temprana ...”*** (se resalta) (folio 27, cuaderno 1).

Entre noviembre y diciembre de 2006, el gineco-obstetra Oscar Ordóñez le practicó a la señora Ballén Agredo ecografías cada 8 días, en la Clínica La Estancia, que mostraron discordancia de crecimiento en los fetos y confirmaron los hallazgos que sugerían la presencia de transfusión feto-feto; sin embargo, el personal médico que la atendió tanto en el Servicio de Sanidad de la Policía Nacional como en el Hospital Susana López de Valencia E.S.E., de Popayán nada dijo sobre la necesidad de practicarle una cirugía fetal, como lo recomendó el especialista Juan José Alvarado, o de adelantar cualquier otro procedimiento con miras a enfrentar la patología que afectaba a la paciente y a sus gemelas.

⁵ Esta complicación se produce en embarazos gemelares en los que ambos fetos comparten placenta y uno transfiere sangre al otro, provocando un déficit de la misma en uno y un exceso en el otro que causa problemas (...) La mortalidad perinatal de gemelos afectados de transfusión feto-feto es muy alta (superior al 70 %) (www.se-neonatal.es/portals/o/Transfusion-F-E). Jiménez R, Figueras, Bolet F., *Neonatología.Procedimientos diagnósticos y terapéuticos*. Espaxs, 2 edición, 1995, pag.187).

Según la ciencia médica, en casos de diagnóstico de transfusión feto-feto existen dos tipos de tratamiento⁶:

i) El amniodrenaje: consiste en eliminar el exceso de líquido amniótico, para evitar un parto prematuro y disminuir la presión sobre el vientre materno. Este tratamiento sirve para mejorar los síntomas, pero no soluciona el problema, pues el bebé donante continúa bombeando sangre al receptor. El amniodrenaje suele repetirse varias veces a lo largo del embarazo, con el fin de prolongar la gestación hasta que los bebés sean viables. El procedimiento conlleva un pequeño riesgo de parto prematuro, de 1 a 1,5%.

ii) La cirugía prenatal: busca cauterizar las conexiones entre los vasos sanguíneos de los bebés, utilizando un aparato de rayo láser. Es un procedimiento similar a la laparoscopia. El resultado obtenido se traduce en que cada bebé tiene un conducto independiente de circulación sanguínea y, por lo tanto, se elimina el problema de la transfusión.

Esta intervención no está exenta de riesgo, pues existe un 10% de que se produzca un nacimiento prematuro y también la posibilidad de que el bebé pequeño muera.

Es importante señalar que, cuando no se interviene quirúrgicamente, sobrevive el 20% de los bebés, aproximadamente. Gracias al empleo de ambos tratamientos, el porcentaje de supervivencia se incrementa a un 60%, para ambos bebés y hasta en un 75-80%, para uno de ellos.

En el *sub examine* no obran pruebas que demuestren que, además de la práctica de las citadas ecografías, la señora Ballén Agredo fue valorada por especialistas, a fin de establecer la viabilidad de practicarle una "cirugía fetal", como lo recomendó el especialista Juan José Alvarado, dado el cuadro clínico que la aquejaba y la circunstancia según la cual, si dicha intervención no era realizada a tiempo, ambas gemelas podían fallecer.

Adicionalmente, se observa que, si bien el 14 de noviembre de 2006 la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional autorizó que dicha señora fuera valorada por el servicio materno fetal del Hospital Susana López de Valencia, E.S.E., éste se negó a ello, por cuanto, según dijo, no realizaba consultas de perinatología a tarifas de soat, ya

⁶ (<http://www.com/embarazo/complicaciones-del-embarazo/tratamiento-del-sindrome-feto-fetal>).

que el especialista era un particular y, por tanto, para que el hospital prestara el servicio, se requería una autorización que especificara que dicha Dirección de Sanidad asumiría su costo (folio 34, cuaderno 1). En todo caso, no obra prueba en el plenario que indique que la citada señora hubiera sido atendida después por dicha especialidad.

Ahora, si bien el ginecólogo Oscar Ordóñez, quien le practicó a la señora Ballén Agredo una ecografía el 10 de enero de 2007, sugirió que ésta fuera valorada prioritariamente por medicina materno fetal, debido a los hallazgos sugestivos de síndrome de transfusión feto-feto y a la discordancia en el crecimiento de los fetos (folio 53, cuaderno 1), todo indica que ella no fue atendida, pues el 12 de esos mismos mes y año dirigió una petición al Jefe de Sanidad DECAU, en la que solicitó que se le atendiera urgentemente, pues, de lo contrario, la posibilidad de que las gemelas fallecieran era del 100% (folio 54, cuaderno 1).

Sobre el particular, Blanca Nubia Díaz Dizu, en declaración rendida el 21 de abril de 2009 ante el Tribunal Administrativo del Cauca, manifestó que, a pesar de que la señora Ballén Agredo tenía un embarazo gemelar de alto riesgo, la Policía Nacional no le prestó un servicio adecuado, pues le negó la práctica de algunas ecografías y de otros exámenes, por cuanto no estaban incluidos en el "POS", por lo que la paciente debió costearlos con sus propios recursos.

Dijo la testigo que la demandada, en algunas ocasiones, tardó demasiado en gestionar las órdenes médicas y, en otras, las negó, por lo que la paciente tomó la decisión de viajar a Bogotá y gestionar una cita por su cuenta. Afirmó que la Policía asumió el costo del tiquete en avión.

Sostuvo también la testigo que, cuando la señora Ballén Agredo llegó a Bogotá, le informaron que una de las gemelas había fallecido y que esto se debía a la negligencia de los médicos que la atendieron en Popayán, razón por la cual ella decidió regresar a esta última ciudad y poner en conocimiento del personal médico su situación. Dijo que, a partir de este momento, la demandada autorizó las órdenes médicas que antes negó y, además, la remitió a un especialista, quien le informó que tenía que esperar un mes, aproximadamente, para extraer de su vientre la gemela fallecida, pues la otra bebé debía madurar los pulmones (folios 132 a 134, cuaderno 1).

El testimonio anterior merece plena credibilidad para la Sala, por su coherencia, claridad y espontaneidad y porque, además, no se ve en la declarante ánimo de

beneficiar o perjudicar a alguien en particular, simplemente narra lo que le consta; además, su dicho está respaldado con los demás medios de prueba que militan en el expediente.

En efecto, está acreditado que, el 31 de enero de 2007, la señora Ballén Agredo fue atendida por el Servicio de Gineco-Obstetricia del Hospital Central de la Policía Nacional, en Bogotá, en el que se le practicó una ecografía obstétrica, que estableció que una de las gemelas se encontraba sin vida y que la otra tenía 24 semanas de gestación y presentaba un perfil adecuado de crecimiento (folio 59, cuaderno 1).

Se acreditó, asimismo, que después del viaje a Bogotá la paciente retornó a Popayán y el Hospital Susana López de Valencia, E.S.E. le practicó varias ecografías, a fin de constatar su estado de salud y el de la gemela que se encontraba con vida (ecografías practicadas el 8, el 13 y el 22 de febrero de 2007) (folios 62 a 67, 71 y 72, cuaderno 1); posteriormente, la señora Ballén Agredo fue sometida a un amniodrenaje (folio 68, cuaderno 1) y valorada por medicina fetal el 20 de esos mismos mes y año (folios 69 a 72, cuaderno 1).

Finalmente, la citada señora, con 28 semanas de gestación, fue sometida a una cesárea el 25 de febrero de 2007, en la Clínica La Estancia, de Popayán, procedimiento en el que le extrajeron las gemelas, una de las cuales –como ya se había diagnosticado- estaba sin vida (folio 80, cuaderno 1). La historia clínica revela que la señora Ballén Agredo y su otra hija se encontraban en buenas condiciones de salud (folio 85, cuaderno 1).

De lo expuesto, puede concluirse que, si bien el embarazo gemelar monocorial que tenía la citada señora era de alto riesgo y, por ende, existían altas probabilidades de que se complicara, como en efecto ocurrió, lo cierto es que hubo negligencia de la demandada en la atención médica suministrada a la paciente.

En efecto, a pesar de que un porcentaje elevado de esa clase de embarazos presenta complicaciones que, en general, son severas, con alto riesgo de mortalidad para uno o ambos fetos⁷, en el asunto *sub examine*, como se dejó dicho, la demandada no hizo nada para revertir dicha situación, lo cual denota falta de diligencia y cuidado, pues no sólo omitió valorarla con miras a establecer la viabilidad de una cirugía fetal, procedimiento que, como se vio, fue recomendado por uno de los especialistas que la

⁷ B Jaime, H Guillermo y L Juan Guillermo: "Obstetricia y Ginecología, Texto Integrado", octava edición, 2010, pags. 245 a 248.

atendió, sino que, además, puso trabas en la prestación de los servicios requeridos por la señora Ballén Agredo durante su embarazo, como lo asegura la testigo citada en la página 14 de este fallo y lo confirma la solicitud que la paciente dirigió al Servicio de Salud de la Policía Nacional el 12 de enero de 2007, en la que pidió ser atendida urgentemente por medicina materna, pues, de lo contrario, las gemelas podían fallecer (folio 54, cuaderno 1).

Lo antes expuesto permite concluir que hubo negligencia de la demandada en la prestación del servicio médico de dicha señora, pues es obvio que retardó, injustificadamente, la atención que ésta requirió, a lo cual se suma que omitió valorarla en la especialidad materno fetal con miras a establecer la viabilidad de una cirugía fetal, procedimiento que uno de los especialistas consideró de vital importancia, para salvaguardar la vida de las gemelas, dado el cuadro clínico de transfusión feto-feto.

Para la Sala no son de recibo las exculpaciones de la demandada, en cuanto a que la muerte de la gemela que esperaba la citada señora obedeció al hecho de que el embarazo gemelar monocorial de ésta era de alto riesgo, pues, si bien es cierto esto último, también existía la posibilidad de que la paciente fuera intervenida quirúrgicamente, para tratar el problema, como lo recomendó el especialista Juan José Alvarado, cosa que, sin embargo, no se hizo.

Ahora, a pesar de que los medios de prueba que militan en el plenario no permiten tener plena certeza de que, si la paciente hubiera sido sometida a un tratamiento médico adecuado, la gemela que falleció hubiera sobrevivido, es claro que la actuación de la demandada durante el embarazo de la señora Ballén Agredo excluyen la diligencia y cuidado con que debió actuar y, por lo mismo, es evidente que aquella perdió la oportunidad de que su embarazo culminara con el nacimiento de sus dos hijas, dado el manejo que la Policía Nacional le dió a su situación, pérdida de oportunidad que tiene nexo directo con la actuación de la entidad pública demandada.

La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico asistenciales. En fallo de abril de 2013⁸, la Sala reiteró los criterios

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013 (expediente 26.437).

expuestos en las sentencias del 11 de agosto de 2010⁹ y del 7 de julio de 2011¹⁰, así (se transcribe textualmente):

“2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la

⁹ Expediente 18.593.

¹⁰ Expediente 20.139.

oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...)”.

En conclusión, la actuación negligente de la demandada le restó posibilidades a la otra de las gemelas de salir con vida y a sus familiares de verla nacer y crecer en el seno de su hogar, por lo que la Sala declarará la responsabilidad de la demandada, por la pérdida de oportunidad que sufrieron tanto la menor fallecida como los acá demandantes.

III. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia del fallecimiento de la gemela que esperaba la señora Dolly Ballén Agredo, la Sala acudirá al criterio de la equidad, principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral¹¹ el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

¹¹ “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”¹².

Dado que el perjuicio autónomo que acá se indemniza no tuvo como génesis la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, el monto a indemnizar no será propiamente el que corresponda a dicho fallecimiento, sino al de la pérdida de oportunidad de la otra gemela de salir con vida y al de sus familiares de verla nacer y crecer en el seno de su hogar.

No obstante que, según el principio de congruencia, el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente a las pretensiones de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, en el presente caso una interpretación integral de la demanda y de las demás actuaciones surtidas a lo largo del proceso permiten señalar que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de la gemela que esperaba la señora Ballén Agredo, sino que se extendió a establecer las falencias y omisiones del personal médico que estuvo a cargo de su embarazo, las cuales tuvieron como resultado la referida pérdida de oportunidad.

Teniendo en cuenta lo dicho, la Sala considera que una suma justa por la pérdida de oportunidad de los demandantes de ver con vida a la gemela que esperaba la señora Dolly Ballén Agredo es 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

de esta última, y 25 de esos mismos salarios, a favor de su hija, Dayana Alexandra Hernández Ballén¹³.

Por su parte, los señores Alicia Agredo y Alvaro Ballén -quienes comparecieron al proceso en calidad de padres de Dolly Ballén Agredo y abuelos de la gemela fallecida-, Deisy Rocío, Janeth Alicia y Francklin Emiro Ballén Agredo –quienes comparecieron al proceso en calidad de hermanos de la citada señora y tíos de la gemela fallecida- no demostraron el parentesco con éstas; sin embargo, está demostrado en el plenario que Alvaro Ballén, Deisy Rocío, Janeth Alicia y Frankclin Emiro Ballén Agredo sufrieron un profundo dolor con la muerte de una de las gemelas¹⁴ y, por ende, es claro que las citadas personas se encuentran legitimadas para demandar como terceros damnificados, por lo que la Sala condenará a la demandada a pagar, a cada uno de ellos, 7,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cabe anotar que la testigo citada en el pie de página 14 de este fallo nada dijo sobre la señora Alicia Agredo y, por tanto, se negarán las pretensiones de esta última.

De otro lado, si bien a folio 3 del cuaderno 1 obra una certificación expedida por la señora María Claudia Mosquera, Notaria Tercera del Círculo de Popayán, según la cual Maryory Valentina Portilla Ballén es hija de Dolly Ballén Agredo, lo cierto es que ésta ninguna demanda instauró por los hechos acá debatidos, al menos no fue mencionada en la demanda que dio origen a este proceso y menos aún formuló pretensiones al respecto, de modo que ningún reconocimiento se hará a su favor (folios 86 a 95, cuaderno 1).

3.1 Decisión sobre costas

Teniendo en cuenta que, para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa manera, la Sala se abstendrá de imponerlas.

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

¹³ Según el registro civil de nacimiento visible a folio 101 del cuaderno 1.

¹⁴ Ver testimonio de Blanca Nubia Diaz Dizu, rendido el 21 de abril de 2009 ante el Tribunal Administrativo del Cauca (folios 132 y 133 del cuaderno 2).

FALLA:

1. REVÓCASE la sentencia del 12 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar:

a. DECLÁRASE la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por la pérdida de oportunidad de la gemela que falleció de nacer con vida y de la de sus familiares de verla nacer y crecer en el seno de su hogar.

b. CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de Dolly Ballén Agredo, 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de Dayana Alexandra Hernández Ballén y 7,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada una de las siguientes personas: Alvaro Ballén, Deisy Rocío Ballén Agredo, Janeth Ballén Agredo y Franklín Ballén Agredo, por haber perdido la oportunidad de ver con vida a la gemela que esperaba la primera de las mencionadas.

c. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

2. ABSTIÉNESE de condenar en costas.

3. DESE cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Para tal efecto, el Tribunal de instancia cumplirá los dictados del artículo 362 del C. de P.C.

4. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA**