



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dieciseises (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA.
PROCESO: 70-001-33-33-008-2014-00241-01
DEMANDANTE: GUADALUPE BOHÓRQUEZ ROMERO y OTROS.
DEMANDADO: CAPRECOM E.P.S.

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal la apelación interpuesta por la parte demandada contra de la sentencia del 9 de junio de 2016, proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en la cual se le declaró responsable patrimonialmente por pérdida de oportunidad.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA¹.

La señora **YAJAIRA MARIA BARROS IGLESIA**, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **MARIA JOSÉ, ROIBER ANDRÉS, CRISTIAN DAVID Y LAURA VALENTINA BOHÓRQUEZ**; Los señores **GUADALUPE DEL CARMEN BOHÓRQUEZ ROMERO, TONY JOSÉ BOHÓRQUEZ ROMERO, JUAN BAUTISTA BOHÓRQUEZ ROMERO, MARTHA LUCÍA BOHÓRQUEZ ROMERO y ANDREA ESTEFANÍA CACHILA BOHÓRQUEZ**, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon demanda en contra de **CAPRECOM EPS, PRETENDIENDO:**

Que se declare a CAPRECOM E.P.S., responsable administrativamente de la totalidad de los daños materiales y morales ocasionados a la parte demandante por la falla del servicio que condujo a la muerte del señor MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO, el día 27 de diciembre de 2013.

Que se condene a la entidad demandada a pagar los perjuicios materiales –

¹ Folios 1-8.

modalidad lucro cesante futuro y los perjuicios morales en cuantía de 100 SMLMV para cada uno de los miembros de la parte demandante.

Asimismo, solicitó el pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos en que se incurran en el presente proceso.

Como **SUSTENTO FÁCTICO** en la demanda se afirmó que:

La señora GUADALUPE DEL CARMEN BOHÓRQUEZ ROMERO es madre del occiso MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO, quien al momento de su muerte tenía 31 años de edad.

La señora YAJAIRA MARÍA BARROS IGLESIAS, fue compañera permanente del occiso y de esa unión nacieron los menores: LAURA VALENTINA, CRISTIAN DAVID, ROIBER ANDRES Y MARIA JOSÉ BOHÓRQUEZ BARROS.

El occiso MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO, en vida se dedicaba al ejercicio del mototaxismo como trabajo, y del cual sostenía a sus menores hijos, devengando por dicha actividad un salario mínimo legal mensual.

El señor MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO, el día 15 de diciembre de 2013 sufrió un accidente en motocicleta, del cual resultó gravemente herido y para el día señalado del accidente se encontraba afiliado al sistema general de seguridad social en salud régimen subsidiado en CAPRECOM EPS –S, carnet No. 70001004011.

Al señor MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO le prestaron los servicios médico asistenciales en la fundación María Reina de la ciudad de Sincelejo-sucre, a partir de la fecha del accidente.

El occiso llegó con un trauma craneoencefálico severo, trauma facial cursando con agitación psicomotora. Fue ingresado a quirófano previo resultado del tac cerebral, para craneotomía y drenaje del hematoma epidural, esquirlectomia craneal, en su postquirúrgico inmediato es trasladado a uci para manejo y vigilancia hemodinámica, neurológico y soporte ventilatorio.

El 16 de diciembre de 2013 a las 19:49 horas, ante la persistencia de salida de líquido cefalorraquídeo por los oídos y nariz del paciente, se ordenó cirugía para corrección de LCR; dicha cirugía se llevó a cabo el día siguiente, y terminó con colocación de catetes "(síc)" todo esto con el fin de drenar el líquido en mención.

El paciente a pesar de los procedimientos médicos, continuaba con fístula de líquido cefalorraquídeo profusa. El día 18 de diciembre de 2013 las 8:34, se ordenó nueva cirugía para corrección de fístula de líquido cefalorraquídeo. Lo cual demuestra que los procedimientos no arrojaron los resultados esperados Y llevó a que el estado de salud del paciente se hubiere deteriorado fatalmente.

Teniendo en cuenta el estado de salud del paciente, requería cirugía de base de cráneo con microscopio para corregir la fístula, elementos con los que no contaba la fundación María Reina, y por lo tanto solicitó a CAPRECOM, la remisión al 4 nivel de atención, el día 21 de diciembre de 2013, a las 11:09 horas.

Ante su situación de urgencia extrema y ante los altos riesgos de neuroinfección, requería remisión, que CAPRECOM omitió hacerla hasta el fin de su vida, la cual ocurrió el día 27 de diciembre de 2013 a la 1:00 a.m.

El paciente MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO perdió oportunidad para recuperar su salud y tratar de sobrevivir. La omisión indicada excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar CAPRECOM E.P.S, para dispensar una eficaz y oportuna prestación del servicio público.

Asegura que, la muerte del señor MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO causo un profundo dolor y angustia en su núcleo familiar, los demandantes eran muy cercanos, solidarios y afectivos con el finado. Los tíos maternos del finado mantenían una relación familiar de gran magnitud e intensidad con el occiso.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA Y SEGUNDA INSTANCIA.

- Presentación de la demanda: 18 de septiembre de 2014 (fol. 1 a 5. C. Principal).
- Admisión de la demanda: 09 de febrero de 2015 (fol. 274 a 275).
- Notificación a las partes: 10 de febrero de 2015 (fol. 276).
- Contestación de la demanda: 08 de julio del 2015 (fol. 294 – 306).
- Audiencia inicial: 08 de septiembre de 2015 (fol.334-337).
- Sentencia de primera instancia: 09 de junio de 2016 (fol.408- 426).
- Recurso de apelación de la parte demandante: 28 de junio de 2016 (fol. 432- 439).

- Admisión del recurso de apelación: 23 de agosto de 2016 (fol. 4 C. Apelación).
- Traslado para alegar: 14 de septiembre de 2016 (fol. 12 C. Apelación)
- Alegatos de Conclusión parte Demandada: 05 de octubre de 2016 (fol. 26 a 32 C. Apelación).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La parte demandada CAPRECOM EPS-S, dio respuesta a la demanda expresando su oposición a las pretensiones porque no existe nexo causal, como quiera que de acuerdo a la historia clínica del finado MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO, da cuenta que siempre fue tendido por la fundación María Reina, de acuerdo a convenio FIDUFOSYGA PLENO, como se demuestra a través de la historia clínica, no existiendo evidencia de solicitud de remisión a IV nivel de atención dirigida a CAPRECOM EPS-S, y por tanto no omitió hacerla.

Adujo que el fallecimiento no obedeció A la no corrección inmediata de la fístula del liquidado cefalorraquídeo ni demora en la remisión a IV nivel para atención por neurocirugía, sino a un fallo multisistémico sostenido producto del mecanismo de trauma intracraneal, así como a la gravedad del accidente que sufrió y que no pudo superar, no existiendo actitud negligente de la EPS CAPRECOM que sea la causa del daño sufrido.

Expresó entonces que no existiendo falla del servicio, CAPRECOM no comprometió su responsabilidad, como tampoco se puede afirmar que el paciente perdió su oportunidad para recuperar su salud, recalcando que existe ausencia de responsabilidad y carencia de material probatorio para endilgarle el daño a la entidad demandada

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A quo declaró administrativamente responsable a CAPRECOM EPS-S, por la pérdida de la oportunidad de la recuperación de la salud del señor Marco Aurelio Bohórquez Romero.

En tal sentido condenó a la entidad demandada a pagar a los demádate a título de perdida de la recuperación de la salud la suma consistente en 30 SMLMV para cada uno de los hijos del señor Marco Aurelio Bohórquez Romero (QEPD).

² Folios 294 a 306 C- 2

Por perjuicios morales condenó a la demandada a pagar 50 SMLMV para cada uno de los hijos y madre del finado-victima directa y 17.5 SMLMV para los señores TONY BOHÓRQUEZ (hermano) y a los tíos JUAN BAUTISTA BOHÓRQUEZ ROMERO y MARTHA LUCÍA BOHÓRQUEZ ROMERO; así como, reconoció 12,5 SMLMV en favor de ANDRE ESTEFANÍA CHANCHILA BOHÓRQUEZ (prima del occiso).

En fundamento de su decisión el A quo señaló que el acervo probatorio, se encuentra configurado los elementos de imputación de responsabilidad por pérdida de oportunidad, como quiera que se encuentra probado la certeza del daño, la omisión de la entidad accionada toda vez que no obstante estar notificada sobre la necesidad de servicios adicionales por parte de la EPS por haberse agotado el cupo del SOAT, así como la necesidad de remisión un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad, no garantizó la continuidad de la atención a su cargo, como tampoco realizó las gestiones administrativas a concretar la remisión de manera oportuna como lo había solicitado el neurocirujano tratante Juan Diego Álzate, lo que le restó le resto posibilidades al paciente de recuperar su salud y de practicársele la neurocirugía con microscopio requerida para solucionarle la fístula de LCR que presentada, encontrándose la certeza del daño objeto de reparación.

Dijo que no cabía duda que para el día 23 de diciembre de 2013, la entidad accionada tenía pleno conocimiento que el señor Marco Aurelio Bohórquez Romero (q.e.p.d.), venía siendo atendido en la Fundación María Reina con ocasión al accidente de tránsito sufrido, habiéndose agotado los recursos del SOAT, requiriendo los servicios adicionales por parte de la EPS CAPRECOM, a la cual ya venía afiliado el paciente en mención, y para el día 24 de diciembre de 2013, conocía de la necesidad de remisión del paciente por requerir el mismo de la práctica de neurocirugía con microscopio, equipo con el que no contaba la fundación. Sin que se hubiese acreditado en algún momento la correspondiente autorización por parte de la demandada, para el traslado del paciente al 4 nivel de atención.

Que se tenía acreditado el incumplimiento de la entidad demandada a los deberes señalados antes, toda vez que no obstante de haber sido notificada por parte de la Fundación María Reina, sobre la tenencia del paciente y su necesidad de prestación de servicios adicionales por parte de la EPS, por haberse agotado el cupo establecido en el SOAT, así como la necesidad de

remisión a otro ente hospitalario de mayor nivel de complejidad, desde el día 24 de diciembre de 2013, hubiese omitido sus deberes de garantizar la continuidad de la atención a su cargo, y realizar todas las gestiones administrativas atinentes a concretar la remisión, de manera oportuna.

Agregó que, según se observa de los oficios enviados a Caprecom, así como de los pantallazos de correo electrónico que reposan en el archivo Notificaciones, que la accionada se hubiese quedado en meros trámites formales como requerir facturas y anexos técnicos de la IPS, omitiendo la diligencia y cuidado que le correspondía como empresa promotora de salud del señor Marco Aurelio Bohórquez Romero (q.e.p.d.), para autorizar su remisión, atendiendo a la necesidad de atención prioritaria para practicarle el cierre de la fístula de LCR.

Por lo expuesto, encontró acreditada la existencia del incumplimiento de diligencia y cuidado que le correspondían a Caprecom EPS, de garantizarle a través de su gestión, una atención de mayor complejidad, requerida por el estado de salud que presentaba el finado Marco Aurelio Bohórquez Romero, traducida en la autorización oportuna del servicio de remisión del paciente a una IPS que cumpliera con las condiciones del nivel 4 de atención, como lo había solicitado su médico tratante –neurocirujano Juan Diego Álzate-. Traducido su comportamiento omisivo en una pérdida de oportunidad o de chance para el paciente de ser atendido en mejores condiciones y de practicársele la neurocirugía con microscopio requerida, para solucionarle la fístula de LCR que presentaba. Encontrándose configurado la certeza del daño objeto de reparación.

Por último, condenó en costas a la parte demandada.

1.5. EL RECURSO APELACIÓN³

La parte demandada, CAPRECOM EPS-S, inconforme con la sentencia formuló recurso de apelación solicitando sea revocada y se absuelva de las pretensiones a CAPRECOM EPS-S. Para el efecto pretendido, manifestó que respecto a las condiciones que requiere el daño para que sea indemnizable tenemos que la certeza, ese conocimiento seguro y claro de determinada circunstancia debe estar debidamente soportada por los elementos probatorios idóneos que sustenten su existencia y el convocante no demuestra la existencia de dolo o culpa grave ni siquiera lata que pudiese endilgarse a la entidad que hubiere

³ Folios 432 a 433 C-1.

generado los presuntos perjuicios que invoca el actor en el líbelo de la demanda.

Frente al rompimiento del nexo causal, expresó que como ha sido objeto de examen en los acápites precedentes, existen reparos al material probatorio que no permiten concluir la existencia del perjuicio, así, no puede afirmarse que la EPS haya intervenido de manera directa en los hechos que narra el demandante, de los que según este, surgen los presuntos perjuicios ocasionados, pues, es claro que la EPS en ningún momento negó la prestación del servicio de salud ni tampoco incurrió en alguna omisión frente a la administración del servicio, por el contrario, le fue proporcionado al actor la asistencia médica de manera oportuna, según lo requería.

Agregó que, no se encuentra probado dentro del plenario que el actor haya elevado alguna solicitud a la EPS y que la misma haya sido pasada por alto o que haya presentado alguna queja o reclamo a la EPS por su actuar negligente, circunstancia que no acaeció.

Expuso que el rompimiento del nexo causal se da ante la inexistencia de la consumación de alguna actuación, omisión y operación administrativa llevada a cabo por mi mandante que haya causado de manera directa un perjuicio al actor, pues, como se ha explicado ampliamente, no se evidencia que el demandante haya elevado alguna solicitud, queja o acción para corregir o realizar alguna actuación que le estuviese generando algún perjuicio o daño.

Dijo además que, como podría endilgarse responsabilidad a la EPS – S, si el mismo no ejerció ni intervino de manera directa con el daño que invoca el actor, así como tampoco le fue negada la prestación del servicio, o le fuere desatendida alguna solicitud o queja elevada por el actor que generara el presunto perjuicio que hoy se invoca.

1.6. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

En auto del 23 de agosto de 2016 se admitió el recurso de apelación, ordenándose correr traslado para alegatos de las partes y concepto del Ministerio Publico en auto del 14 de septiembre de 2016⁴

1.6.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.6.1.1. DE LA PARTE DEMANDANTE. En esta oportunidad procesal no se

⁴ Folio 4-12 Cuaderno de segunda instancia.

manifestó⁵.

1.6.1.2. DE LA PARTE DEMANDADA. En memorial visible a folios 18-25 del C- de segunda instancia reiteró íntegramente los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

1.6.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. No emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia proferida el 9 de junio de 2016, por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO de conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con los antecedentes reconstruidos, corresponde a la Sala determinar, ¿si en el presente asunto se encuentra configurada la responsabilidad del Estado bajo la existencia de un daño autónomo por falta de oportunidad al paciente?

2.3. FONDO DEL ASUNTO:

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará los siguientes aspectos: (i) cláusula general de responsabilidad de Estado, ii) régimen de responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios médico – asistenciales-oblito quirúrgico y los iii) la pérdida de oportunidad o chance, iv) el caso concreto.

I. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 90, dispuso la que se ha llamado cláusula de responsabilidad patrimonial de Estado, así: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

⁵ Conforme se advierte en nota Secretarial obrante a folio 33 del C de segunda instancia.

Sobre la noción de daño antijurídico, se ha dicho "*consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar*"⁶. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas, dado que la antijuridicidad del daño no estriba en que la conducta sea contraria a derecho, sino, siguiendo la orientación española, en que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

Por su parte, la imputación (fáctica y jurídica) del daño es "la atribución de la respectiva lesión, la cual desde el punto de vista jurídico supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política"⁷.

Ahora bien, aun en la aplicación de teorías objetivas de responsabilidad, debe establecerse si la acción u omisión de la entidad estatal fue la causa del daño, razón por la cual, para que la determinación sea favorable a los intereses de la parte demandante no es suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar el daño padecido, para que surja el derecho a la indemnización se requiere además que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa del mismo ha decantado, siendo necesario descartar la existencia o no de causas excluyentes de responsabilidad.

II. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS- ASISTENCIALES. FALLA DEL SERVICIO.

El transcurrir de la responsabilidad del estado por el uso de servicios y conocimientos médicos y la reclamación por los daños que se pueden derivar de la misma ha sido estudiado desde diversas ópticas, que van desde la falla del servicio presunta, pasando por la teoría de la carga dinámica de la prueba, para retomar el sendero de la falla del servicio probado, como régimen de

⁶ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández

responsabilidad clásico, en el que el actor asume la demostración de los elementos constitutivo de la misma.

Fiel reflejo de la posición dominante, es lo considerado por la Sección III, Subsección C del H. Consejo de Estado en providencia calendada 13 de septiembre de 2013, Radicación No. 250002326000199802616 01(24464), quien tomando como punto de partida decisión de Sala Plena del 19 de abril de 2012, sobre el tema manifestó:

Ahora bien, según jurisprudencia constante de esta Corporación, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado por actividades médico-asistenciales se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello conlleva, el nexo de causalidad puede acreditarse de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada”.

Asimismo, el Alto Tribunal manifestó:

“La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable”⁸ (Subrayas fuera del texto).

Y frente a los elementos a demostrar, en providencia del 26 de marzo de 2008, Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 73001-23-31-000-1995-02349-01(15725), se sostuvo:

“...En consecuencia, como se viene exponiendo, para deducir la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos cuando medie una intervención médica, la víctima del daño que pretenda la reparación correrá con la carga de demostrar la falla en la atención y que esa falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección III, Subsección B, expediente No. 66001-23-31-000-2001-00063-01(25075). CP. Danilo Rojas B.

decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto médico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos podrá lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos”.

En ese orden, el enfoque actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es unánime en frente a la falla del servicio en el estudio de los casos de responsabilidad médica del Estado. Por ende, le corresponde al demandante acreditar los presupuestos de la responsabilidad extracontractual de la administración por la ausencia, deficiente o inoportuna prestación del servicio, y con ello la acreditación de los elementos que estructuran la teoría de la llamada “Falla del Servicio”, esto es, el daño, la deficiencia en la prestación del servicio y en nexo de causalidad existente entre estos, supuesto este último que no puede presumirse, pero que si deja abierta la posibilidad de ser probado a través de la prueba indirecta⁹.

III. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD– DAÑO AUTÓNOMO.

El daño, como elemento básico de la responsabilidad ostenta una especial relevancia, pues su acreditación deber ser plena, en aras que surja en forma efectiva el deber indemnizatorio, no en vano, la doctrina en la materia ha referido que el mismo no solo debe ser cierto sino también personal, es decir que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita su reparación.¹⁰

En materia de responsabilidad médica, en principio, el Consejo de Estado acogió en su jurisprudencia la tesis de la “*pérdida de un chance u*

⁹ “La Sala de manera reciente ha recogido la reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica y de la distribución de las cargas probatorias, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se debe echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Consejo de Estado, Sentencia de 23 de septiembre de 2009, expediente 17986. Ver igualmente sentencia del 31 de mayo de 2013, expediente No, 54001-2331-000-1997-12658-01(31724), Consejo de Estado, Sección III, Subsección B, CP. Danilo Rojas B. “Al respecto, es importante recordar que de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado abandonó la teoría de la falla presunta para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel⁹, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria”

¹⁰ El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual de estado en derecho colombiano y francés. Juan Carlos Henao. Universidad Externado. 1998.

oportunidad”¹¹ consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud se configuraba por el sólo hecho de no brindar acceso un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica, el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría. Así mismo, en pronunciamiento del 10 de febrero de 2000, la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa precisó que en estos casos, cuando ocurre la muerte de la persona, el daño pérdida de oportunidad se

¹¹ Tomado de la doctrina francesa “**perte d’une chance**”. En sentencia de la Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actora Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S. dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo: “*Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’.* Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez: ‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la **perte d’une chance**, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

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

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

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

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir” [Énfasis del texto]. Reiterada en la Sentencia 12548 del quince (15) de junio de dos mil (2000). Consejera Ponente MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

torna cierto y actual pero no puede confundirse con la muerte sino que éste consiste en *"la disminución de la probabilidad de sanar"*.¹²

Se precisó que no se trata de especular con el nexo de causalidad o que la referida doctrina se aplique para solventar una ausencia probatoria; al contrario, se busca determinar de manera cierta cuál era la posibilidad de sobrevivir o recuperar la salud del paciente. Dentro de esa línea jurisprudencial¹³. Por ello, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se encargó de explicar que *"la pérdida de la oportunidad debe ser estudiada y definida desde la causalidad, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente"*¹⁴ sin que ello pueda ser una mera especulación, sino que es **"necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica."**¹⁵

No obstante lo antes expuesto, la Jurisprudencia en esta materia continuó su evolución y precisó sus alcances¹⁶; con tal propósito, la Sección Tercera del Consejo de Estado en el año 2010, consolidó varios criterios que delimitan la pérdida del chance o de probabilidades de recuperar la salud, estableciéndose como un verdadero daño autónomo indemnizable. Al respecto, se afianzó la siguiente doctrina:

"... 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 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

¹² Exp. 11.878, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

¹³ Sobre pérdida de oportunidad del Consejo de Estado, Sección Tercera, véase: exp. 11878, de febrero 10 de 2000; exp. 12548, de junio 15 de 2000; exp. 15772, de agosto 31 de 2006; exp. 13542 de julio 13 de 2005 y exp. 17725 de abril 28 de 2010.

¹⁴ Ver sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y de 13 de julio de 2005, exp. 13542, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁵ Exp. 17.725, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶ C.E., Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, 11 de Agosto de 2010. Rad. 18593, véase también Sentencias: 8 de junio de 2011, Rad. 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360), C.P. Hernán Andrade Rincón, 16 de septiembre de 2011, Radicación número: 88001-23-31-000-1998-00031-01(22030), C.P. Gladys Agudelo de Ordoñez.

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 caso¹⁷. (...)

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

(i) **Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio**, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, **siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”**¹⁸ **de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes**¹⁹;

(ii) **Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento**, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida²⁰; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado

¹⁷ En la anotada dirección, se ha sostenido lo siguiente en punto de aquello en lo que consiste la pérdida de oportunidad: “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”. Cfr. LE TORNEAU, Philippe, La responsabilidad Civil Profesional, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

¹⁸ *Ídem*, pp. 38-39.

¹⁹ A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, Responsabilidad civil extracontractual, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 263.

²⁰ HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad

todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás. (...)

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que "no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida"²¹. (...)

"...El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiese tener lugar;..."

En otros términos, la noción de pérdida de oportunidad sí comporta un análisis en sede de causalidad, pero se trata de un examen circunscrito a la existencia de vínculo causal entre la conducta o el hecho dañino y la desaparición de las probabilidades de ganancia o de evitación del deterioro, sin que en manera alguna deba extenderse al estudio de la relación de causalidad entre tales acontecer o proceder enjuiciados y el beneficio que finalmente perseguía la víctima.²²." (Negrillas y subraya fuera de texto)

En consecuencia, bajo los precedentes jurisprudenciales actuales se puede extraer que en los casos de pérdida de chance u oportunidad debe demostrarse con suficiencia la probabilidad cierta que tenía el perjudicado de evitar el resultado del cual se duele se produjo; motivo por lo cual, en materia de responsabilidad médica debe quedar establecido en el proceso la posibilidad verosímil de recuperación del paciente o por lo menos de redimir las consecuencias de la patología sufrida, si se hubiese brindado un adecuado e integral servicio médico.

En ese orden, de ideas, quien reclame la responsabilidad del estado alegando la existencia de un daño por pérdida de oportunidad, deberá probar, la pérdida de la oportunidad que es el daño mismo, análisis que se realiza bajo estándares de probabilidad, pero igualmente deberá probar en juicio de imputación que esa pérdida de ventaja o mejoría, obedeció al actuar del agente estatal del cual se persigue reparación.

extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

²¹ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006; C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 15.772.

No se puede dejar de lado, que *el daño es el presupuesto más importante del deber de reparar en el derecho contemporáneo*²³, argumentación que encuentra cabal desarrollo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto al papel fundamental y prioritario del elemento daño como estructurador del deber resarcitorio.²⁴

Resultando entonces que el tema de prueba para entender configurado el daño viene dado por la comprobación suficiente basada en estadísticas de las probabilidades serias de mejoría, razón por lo cual, la probabilidad suficiente en si misma envuelve la actividad probatoria, puesto que el Juez no puede presumir la existencia del daño como tampoco el necesario juicio de imputación bajo la tesis causal. Concretamente sobre la prueba del daño expone Juan Carlos Henao²⁵:

*"Recordando al maestro Antonio Rocha, se puede anotar que dicha regla es apenas natural porque "los elementos que lo integran (el daño) son conocidos, mejor que nadie, por el mismo acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, obviamente, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión". No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque "el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio" que por demás no pueden ser valoradas "como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía al demandante"*²⁶. *Es así como el juez considera que el demandante debe probar la existencia del daño, so pena, si no lo hace, de impedir la declaratoria de responsabilidad."*

IV. CASO CONCRETO.

Conforme lo expuesto y tal como se anticipó el problema jurídico a resolver en esta instancia, consiste en establecer si en el sub judice se configuró el daño por pérdida de oportunidad.

Las pruebas incorporadas al proceso confirman que:

²³ Juan Carlos Henao, en su texto, el Daño, primera edición, tercera reimpresión, Universidad Externado de Colombia, marzo de 2003, pág. 84, define el daño, como la aminoración patrimonial sufrida por la víctima.

²⁴ Gil Botero Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Editorial Ibáñez. Cuarta edición. 2010. Página 63-64.

²⁵ Ídem 7.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. 11 de diciembre de 1992. C.P. Suárez Hernández. Actor: Rodrigo Zambrano Vejarano. Exp. 7403.

El señor MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO ingresó a la Fundación María Reina, el día 15 de diciembre de 2013, por haber sufrido accidente de tránsito en moto, presentando trauma craneoencefálico severo, trauma facial con agitación psicomotora (Fol. 42).

Se arrimó al proceso la historia clínica del señor MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO expedida por la fundación María Reina. De este documento se tiene que a folios 204 a 210 aparece reiteradamente la solicitud de remisión prioritaria del paciente, para una institución de nivel IV, puesto que es indispensable someterse al cierre de fístula de LCR y para el dicho procedimiento es necesario un microscopio QX o en su defecto neuroendoscopio, elementos con los cuales no cuenta la institución MARIA REINA. **Las notas rezan:**

"Persiste fístula de LCR.

CTA

Iniciar destete de sedación

Remisión prioritaria para cierre de fístula"

"Paciente con fístula de LCR de alto gasto,

Requiere para su manejo quirúrgico la necesidad de microscopio QX o neuroendoscopio, elementos con los que no cuenta la institución

Alto riesgo de neuroinfección

Requiere urgente la remisión".

"Se hace prioritario el cierre de fístula de LCR, nos encontramos en espera de consecución de cama en potra institución de nivel IV por parte de su EPS."

"Remisión prioritaria para cierre de fístula"

Las notas en la historia clínica muestran que el ingreso a la CLINICA MARIA REINA, fue en muy malas condiciones generales, que se le manejó con ventilación mecánica y sedación, con medidas de neuroproteccion con controles tomográficos evidenciando la pobre evolución y el empeoramiento del cuadro clínico, continuando en estado crítico hasta fallecer.

Las notas de enfermería y de evolución, describen el proceso del paciente y los tratamientos médicos brindados durante su estancia en la institución, presentando la siguiente evolución médica, hasta la fecha de su muerte, así:

El día 16 de diciembre de 2013 se le diagnostica trauma craneoencefálico y

POP drenaje hematoma epidural, según nota suscrita por el neurocirujano Juan Diego Álzate Ramírez, **las notas rezan:**

"paciente sedado ventilado, soporte vasoactivo, isocoria 2x2 corneano presente, pares conservados, motor sin déficit focal, RASS-5.

Paciente en neuroproteccion, continua manejo con hipertónica, se solicita tac cráneo simple de conmtro (sic) (fol. 43)."

"Tac de cráneo simple colección epidural residual frontoparietal derecho. Zona de esquirlectomia corneal.

Paciente quien requiere corrección de fístula de LCR, ventriculoostomia externa, se formula acetazolamida, se comentara a sus familiares para llevar a cirugía el día de mañana."

"paciente quien continua con fístula de LCR profusa, se solicita TAC de senos paranasales, ser llevado a cirugía para corrección de fístula de LCR. Preocupa persistencia de fístula de alto gasto de LCR por lo que se le llevara a cirugía previo TAC de senos paranasales."

"Paciente inestable con soporte vasoactivo con dependencia de la ventilación mecánica en AC. Estrategia d neuroproteccion rass de -5, sin iris, fue llevado a cierre de fístula pero ante persistencia de drenaje se decide realizar manejo medico con acetazolamida y colocación de catéter peridural. (fol. 194)."

"Hay disminución de la rinoliquia, ventriculostomia permeable y catéter peridural con salida de LCR de características anormales por color amarillo, esto puede ser explicado por punción traumática y presencia de sangre en el catéter."

"Se solicita sellante de fibrina para planear abordaje de base de cráneo.

Paciente con edema cerebral considerable, persiste con fístula a pesar de todas las medidas, se inicia proceso de remisión ya que requiere cirugía de base de cráneo con microscopio el cual no está disponible en la institución (fol. 198)."

"Persiste con rinoliquia a pesar de tratamiento instaurado por tal razón se decide en conjunto con neurocirugía realizar remisión a 4 nivel de atención, para resolución quirúrgica de fístula."

A folio 56, se observa formato de referencia y contrarreferencia de fecha 21 de diciembre de 2013, firmado por el doctor Juan Diego Álzate y la Dra. Ninel Barrios, donde se expresa como motivo del envío del paciente, la siguiente:

"requiere cirugía de base de cráneo con microscopio o endoscopia cerebral para corrección de fístula de líquido cefalorraquídeo de base media" y enuncia como tratamiento empleado al paciente, drenaje hematoma epidural, esquirlectomia craneal y corrección de fístula de líquido cefalorraquídeo, persistiendo con la fístula de líquido cefalorraquídeo."

"se continua proceso e remisión para corrección de fístula de LCR" (fol. 202-203).

"persiste fístula de LCR, remisión prioritaria para cierre de fístula" (fol. 204)."

"requiere para su manejo quirúrgico la necesidad de microscopio QX o neuroendoscopia, elementos con los que no cuenta la institución, alto riesgo de neuroinfeccion, requiere urgente la remisión" (fol. 205).

Contrario a lo estimado por el Juez de Instancia, la Sala luego del análisis probatorio, considera que en el presente asunto no se estructura el daño autónomo por perdida de la oportunidad, veamos:

Revisando las prueba arrojada al plenario, en especial la historia clínica, la cual de manera certera da cuenta del grave estado de salud del señor BOHÓRQUEZ ROMERO con el que ingresó al centro asistencial MARIA REINA luego de su accidente, el cual se mantuvo durante toda su estancia²⁷, hasta el momento mismo del deceso²⁸. Esta situación, evidentemente pone en entredicho y deja una clara incógnita de cara a las probabilidades reales de recuperación del mismo ante una nueva intervención quirúrgica que en definitiva es la falencia administrativa que se echa de menos, la autorización para remisión y práctica de cirugía de cuarto nivel de atención, ante lo infructuoso del tratamiento dado para reparar la fístula de LCR.

EL trauma craneoencefálico (TCE) se define como una enfermedad caracterizada por una alteración cerebral secundaria a una lesión traumática producida por la liberación de una fuerza externa ya sea en forma de energía mecánica, química, térmica, eléctrica, radiante o una combinación de éstas. Esta transmisión de energía a la cavidad craneana resulta en un daño estructural del contenido de ésta, incluyendo el tejido cerebral y los vasos sanguíneos que irrigan este tejido (Rubiano 2009). El TCE puede ser clasificado de diversas maneras, incluyendo si es penetrante o cerrado y dependiendo del área anatómica comprometida²⁹.

El Ministerio de Salud sobre el tema ha señalado:

"Desde el punto de vista epidemiológico, el TCE es una de las enfermedades médico quirúrgicas de mayor importancia a nivel global. En el mundo, existen estimaciones aproximadas, con incidencias cercanas a los 200 casos por cada 100.000 habitantes, pero la poca disponibilidad de bases de datos epidemiológicas, especialmente en los países de mediano y bajo ingreso (donde se concentra alrededor del 90% de la población con TCE), hacen que estas estimaciones sean poco exactas. Es claro de acuerdo a estudios

²⁷ Nótese como a folio 44 del cuaderno No. 1, en nota de evolución médica de fecha, se anota por parte del Galeno: pronóstico reservado. De igual manera por el mismo estado de salud, al momento de firmar el consentimiento informado a la señora YENI LILIANA NARVAEZ, para ser intervenido quirúrgicamente por el médico Juan Diego Álzate se le manifestó y dejó consignado (folio 163) el riesgo que el paciente entrara en coma o la muerte. De igual forma, en la solicitud de remisión elevada a CAPRECOM EPS-S, de fecha 23 de diciembre de 2013 se advierte el pronóstico reservado como nota clínica.

²⁸ Ver epicrisis a folio 175 del C-1. En donde se dejó consignado que el paciente ingreso en muy malas condiciones con un trauma cráneo encefálico severo, siendo remitido a UCI con vigilancia hemodinámica, neurológica, y soporte ventilatorio

²⁹ Tomado de Guía de Práctica Clínica para diagnóstico y tratamiento de adultos con trauma craneoencefálico severo. Guía para Profesionales de Salud 2014 - Guía No. GPC-2014-30. Documento consultado el 13/03/2017.

recientes como el de la carga global de enfermedad de la OMS, que en áreas como Latinoamérica, la carga de esta enfermedad es bastante alta, siendo el trauma en general, la primera causa de muerte y discapacidad en la población entre 10 y 24 años (Norton 2012). En Colombia, los datos disponibles, hasta el 2008, permiten identificar el trauma como la principal causa de muerte y discapacidad en la población de 12 a 45 años (WHO 2010). De acuerdo a datos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para el año 2012, el politraumatismo (incluyendo TCE) correspondió al 65.5% de las lesiones fatales en accidente de tránsito, seguido por el TCE aislado en un 27.2% (Moreno 2012). Por todo lo anterior, es claro que el TCE como enfermedad es un problema de salud pública y que es fundamental, el desarrollar guías de práctica clínica para disminuir la variabilidad en su manejo, dirigidas a realizar un manejo integral con la mejor evidencia científica y afianzando la política pública hacia una atención en salud de alta calidad”³⁰

En el mismo documento, sobre la pregunta: *¿En pacientes adultos con TCE severo, el manejo en un centro organizado de atención en trauma, comparado con el manejo en un centro general no especializado disminuye la mortalidad?*, se da la siguiente recomendación: *Se sugiere que los pacientes adultos con TCE severo sean trasladados directamente a una institución de referencia de alta complejidad con énfasis en atención de trauma. Recomendación débil a favor de la intervención, calidad de la evidencia baja.*

De igual forma, ante la pregunta: *¿Qué pacientes con TCE deben ser transferidos desde los hospitales de baja complejidad a centros con servicio de neurocirugía y neuroimágenes?*, la guía clínica da la siguiente recomendación: *Se recomienda que los pacientes con TCE moderado a severo (Glasgow 3-12) sean transferidos inmediatamente a hospitales de alta complejidad con disponibilidad de neuroimágenes y neurocirugía.*

En tal sentido, bajo los estándares probatorias delimitados en acápite anterior no es posible arribar a una conclusión con alto índice de probabilidad que al hoy occiso por la no remisión a un mayor nivel de complejidad se le privó de una posibilidad de recuperación su estado de salud, puesto que pese a ser sometido en la misma CLINICA MARIA REINA a varias intervenciones por neurocirugía su estado crítico de salud siempre se mantuvo hasta el punto que no fue posible en dicho centro asistencial parar la hemorragia intracraneal y el hematoma epidural que le generó el trauma severo padecido por el occiso.

³⁰ Ibídem.

Valga señalar, que "un hematoma epidural es un sangrado entre la parte interior del cráneo y la cubierta externa del cerebro presenta un alto riesgo de muerte sin una intervención quirúrgica oportuna. Incluso con la atención médica oportuna, sigue habiendo un riesgo significativo de muerte y discapacidad"³¹.

Nótese entonces que aún bajo los procedimientos inmediatos aplicados por los Galenos de la CLINICA MARIA REINA, al paciente a pesar que se le practicaron de manera inmediata los procedimientos clínicos recomendados por la literatura médica para tratar su trauma craneoencefálico, como lo refleja su historia clínica, su estado de salud, no mejoró al punto que el sangrado o fístula no pudo ser reparada, razón por la cual su pronóstico como se consignó por los tratantes fue reservado.

Frente a la configuración de los elementos de este tipo de daño, recuérdese debe existir certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde y que impide de forma **definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento y que la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, lo cual conforme el estado crítico de salud del** señor MARCO AURELIO BOHÓRQUEZ ROMERO presentaba **hematoma epidural³² producto de un trauma craneoencefálico severo,** no se advierte; estado crítico de salud, que dicho sea de paso, no permite afirmar el grado alto de esperanza suficiente que de habersele intervenido en el cuarto nivel de complejidad si se hubiere dado la orden de remisión la víctima habría mantenido la expectativa de sobrevivir³³.

³¹ WWW-MEDPLUS.COM

³² Un hematoma epidural es un sangrado entre la parte interior del cráneo y la cubierta externa del cerebro, presenta un alto riesgo de muerte sin una intervención quirúrgica oportuna. Incluso con la atención médica oportuna, sigue habiendo un riesgo significativo de muerte y discapacidad. www.medilineplus.

³³ "La frecuencia global de trauma craneoencefálico (TCE) en los servicios de urgencia en Colombia llega a 70% (datos sin publicar. Servicio de Neurocirugía, Universidad del Valle), siendo la principal causa los accidentes de tránsito con 51.2% de los cuales 43.9% son por motos; con trauma cerrado 27.4% y trauma abierto 20.7%. Según el DANE, del total de defunciones en Colombia, el trauma ocupa el primer puesto con 40.4% del total distribuido así: homicidios 69%, accidente de tránsito 15.9%, otros accidentes 7.6%, suicidios 3.4%, otros traumas 3.3%. De la misma forma si examinamos las frecuencias por área corporal lesionada, la cabeza se lleva de nuevo el primer puesto: cabeza 70%, cuello y columna cervical 9%, tórax y columna torácica 39%, abdomen, pelvis y columna lumbar 16%, extremidades superiores 35%, extremidades inferiores 48% Uno de los problemas más grandes asociado directamente con las lesiones y accidentes fatales por TCE es el consumo de alcohol mientras se conducen vehículos. Los

En ese orden y aun considerando que la IPS solicitó a la aseguradora de salud subsidiada CAPRECOM EPS-S, la autorización de servicios para remisión a otro nivel de atención para la práctica del procedimiento médico prescrito por el Galeno tratante, para la Sala no está probado en grado suficiente la probabilidad real, científica y mediante prueba idónea que la remisión a otro centro asistencial y por ende una nueva intervención clínica generaría mejoría en el estado de salud, dicho sea de paso, **su estado de salud siempre fue crítico** desde el momento mismo de ingreso por urgencias a la Clínica María Reina, como se aprecia en la historia clínica.

Para este Tribunal, no se cumple el primer requisito para concluir la existencia del daño, muy a pesar de la prescripción médica dada por el Neurocirujano tratante y del testimonio de la médica intensivista, pues cuando se le pregunto sobre la cirugía con microscopio, se le indagó en el contexto de la práctica de la cirugía en la misma clínica MARIA REINA no en remisión o atención en otro nivel.

Para su análisis crítico, se transcribe la declaración de NINEL DE JESÚS BARRIOS TORRES³⁴ (MÉDICA INTENSIVISTA DE LA FUNDACIÓN MARÍA REYNA DE SINCELEJO), la que sí es revisada en forma conjunta e integra no permite fundar, como lo realizó el A quo, el alto grado de probabilidad

individuos ebrios (con nivel de alcoholemia >5 mg %) corresponden al 50% del total de las muertes por accidente de tránsito, de los cuales 60% son hombres y 27% mujeres, con aumento progresivo del porcentaje en las mujeres en los últimos años. De acuerdo con las estadísticas de Siesjo1: · 452 pacientes se atendieron en un sistema de atención médica sin control; se encontró 23% de muertes prevenibles (evidencia clase III). · 189 pacientes se atendieron con integración de atención prehospitalaria y hospitalaria con un Glasgow<8, encontrando una mejoría en la sobrevivencia de 29% (evidencia II). De los pacientes politraumatizados (traumatismo en más de 2 sistemas) que fallecen pre-hospitalariamente o en los servicios de urgencia, el TCE constituye entre 33% y 50% de las causas de muerte. De estos, 50% fallecen en minutos, 30% en menos de 2 horas y 20% fallecen después1. Del total de las muertes por accidente de tránsito, 60% es causado primariamente por TCE1. Entre 56% y 60% de los pacientes con Glasgow <8, coexiste lesión en otro o más sistemas diferentes al sistema nervioso central (SNC)2,3,7; 25% de estos pacientes tenían lesiones quirúrgicas y una incidencia entre 4% y 5% de fracturas espinales asociadas. Estadísticas recientes en el Hospital Universitario del Valle (HUV), donde se atiende más de 4,000 personas al año en el Servicio de Neurocirugía, el trauma es la causa de ingreso por urgencias en 71.2% de los pacientes seguidos por vascular 15.7%, tumores 7.3% e infecciosas 1.4%. Hay que recordar que cuando la historia de trauma no es clara y elocuente, en toda persona con historia de pérdida del conocimiento puede preceder al trauma hemorragia subaracnoidea espontánea por ruptura de aneurisma, hipoglicemia, y otras enfermedades que requieren alta sospecha diagnóstica". Consultar, Fisiopatología del trauma craneoencefálico FRANCISCO GUZMÁN, MD. Colombia Médica Vol. 39 N° 3 (Supl 3), 2008 (Julio-Septiembre)

³⁴ **A partir del minuto 48:30 (DVD AUDIENCIA PRUEBAS)**

suficiente que se requiere para concluir que al paciente se cercenó una oportunidad en su tratamiento hospitalario que le privó de una posibilidad de sobrevivir.

"-PREGUNTA EL JUEZ (Min: 50:00) *"Relate al despacho un resumen pormenorizado de los hechos que le consten en relación con el proceso"-*
CONTESTÓ *"el paciente ingresó a cuidados intensivos de la fundación María reina producto de un accidente de tránsito, con trauma cráneo encefálico severo, el cual le produjo un hematoma epidural y fue llevado a cirugía e ingresó a posoperatorio inmediato; la cirugía que se le practicó fue, drenaje del hematoma epidural, por la gravedad de la situación y el estado crítico del paciente fue trasladado a la UCI; nosotros lo recibimos según el protocolo de la UCI, y se mantuvo allá, se le hizo todo el soporte que necesitaba; el paciente durante su estancia fue valorado por el grupo de intensivistas de la clínica, y además de eso por el grupo de neurocirugía que era el medico a cargo del paciente, durante su estancia el paciente presentó una complicación frecuente que se produce en los traumas que es una fístula de líquido cefalorraquídeo, eso se documentó desde el ingreso del paciente después de la primera cirugía, el paciente estaba filtrando líquidos cefalorraquídeo a través de las fosas nasales y la boca, producto de esos se sospechó inicialmente que cursara con una infección o neuro-infección y se cubrió con antibióticos-terapia; producto de eso se le practicaron varios procedimientos por parte de neurocirugía para tratar de solucionar la fístula, se le colocó un drenaje lumbar, se le colocaron medicamentos y todo lo pertinente para solucionarlo; el día 20 de diciembre, en ronda con neurocirugía aproximadamente en horas de la mañana y a pesar de todos los manejos que se le estaba dando en la clínica el paciente seguía filtrando líquidos cefalorraquídeos, por esa razón tomamos la decisión de remitirlo a un cuarto nivel de atención dado que el neurocirujano expresaba que para la corrección de la fístula necesitaba un microscopio y pues con eso no se cuenta en la clínica.*

Entonces teniendo en cuenta esa situación y que todas las otras medidas que se deben hacer antes ya se habían hecho, desde la pare médica y desde la parte de neurocirugía, entonces se realiza una remisión a la EPS, hay algo importante, y es que, el ingresó a la clínica por ser usuario del SOAT e inmediatamente hace el agotamiento del SOAT, se notifica a su EPS, para que ellos tengan disposición del paciente si así lo amerita, como el paciente en ningún momento fue requerido para trasladar a otra entidad, permaneció en la clínica y nosotros seguimos prestándole el servicio, se notificaba diariamente a la EPS como es rutina dentro de la unidad, y el día 21 se le hizo una remisión a cuarto nivel por parte de neurocirugía, se fueron notificando todos los días hasta el día anterior al deceso para la remisión y se pudiera corregir el defecto; el paciente mostraba mejorías parciales pero realmente nunca se solucionó el problema de la fístula. Producto de esto siempre se le realizaron cultivos, estuvo con fiebre mucho tiempo y se le roraron los antibióticos, todo esto sospechando que se trataba de un proceso infeccioso ya que tenía rotas las meninges y por eso se estaba el líquido cefalorraquídeo. El día 27 el paciente sufre un paro cardíaco y fallece, ese es en términos generales el resumen del caso del paciente" (min: 56:03).

-PREGUNTA APODERADO CAPRECOM EPS: (min: 56:34) "teniendo en cuenta doctora su declaración, respetuosamente le solicito, nos lea el análisis, donde dice paciente con diagnóstico y nos va explicando técnicamente que quiere decir cada uno de esos símbolos conocidos como CDLE, como 4-15, como RAS"-**CONTESTÓ:** (min: 1:01) "paciente con diagnóstico, DX quiere decir diagnóstico, anotados en muy regulares condiciones generales, pendiente de soporte VASO-ACTIVO; el cual quiere decir medicamentos como la noradrenalina, la adrenalina, con sedación RAS; esta es una escala de sedación que utilizamos en cuidados intensivos para saber la profundidad de la sedación del paciente, y se evalúa en cinco, tenía cuatro de cinco, estaba profundamente sedado, sin cambios pupilares, disminución de la rinoliquia, ventriculostomía permeable, con salida de líquidos cefalorraquídeos, características anormales por color amarillo, esto puede ser explicado por función traumática y presencia de sangre en catéter, hay modulación de SIRS, que quiere decir, RESPUESTA INFLAMATORIA SISTÉMICA, sin nuevos episodios febriles; no hay positividad en cultivos. Se decide continuar manejo médico propuesto con estrategia anti-edema, -TAC- topología axial computarizada de cráneo-realizado ayer, pronóstico reservado".-**PREGUNTÓ:** "a la fecha 20 de diciembre de 2015, el paciente estuvo consiente, en algún momento desde el accidente a esta fecha, -**CONTESTÓ:** "nunca, **PREGUNTÓ:** "sírvese hacer una explicación técnica al análisis de la página que se le pone en presente con el fin de tener conocimiento técnico y nos sirva para continuar el proceso. **CONTESTO:**" paciente con diagnóstico en RAS DE MENOS CUATRO a MENOS CINCO acoplado a ventilador sin alteraciones hemodinámicas, persistente con rinoliquia a pesar de tratamiento instaurado por razón se decide en conjunto neurocirugía, realizar remisión a cuarto nivel de atención para resolución quirúrgica de fístula, continuando resto de medidas médicas propuestas". **PREGUNTÓ:** "sírvese explicar en qué consiste el consentimiento, que cirugía tenían programada, de acuerdo al oficio No. 306. **CONTESTÓ:** "el consentimiento informado es un documento que lo que hace es respaldar por parte de la familia en caso de que el paciente no lo pueda hacer, un procedimiento quirúrgico o cualquier tipo de procedimiento que se le haga a un paciente, en este caso, es la **CORRECCIÓN DE FÍSTULA DE LÍQUIDO CEFALORRAQUÍDEO** y el médico pues que lo podría explicar, es el doctor Juan Diego Alzate, que es el neurocirujano que lo firma³⁵, **PREGUNTO:** "puede aclarar que procedimiento era el que iban a realizar. **CONTESTÓ:** "corrección de fístula de líquido cefalorraquídeo, tal vez en la explicación que yo hice en un principio, les manifesté que inicialmente el paciente estuvo programado para un cierre de la fístula, se pasó a cirugía y se le hizo el procedimiento quirúrgico pero a pesar de eso, se seguía filtrando el líquido cefalorraquídeo, por esa razón el neurocirujano solicita hacer un TAC de senos paranasales, como está en una de las evoluciones estipulado, el realiza el TAC y se evidencia que hay fractura en un sitio de más difícil abordaje, que por el abordaje convencional y por eso solicitó hacer el procedimiento a través de un microscopio, **yo no puedo precisarle de forma técnica como se hace el procedimiento, ni las razones porque no es de mi competencia es del neurocirujano, simplemente tengo conocimiento de porque se tomó la decisión porque era un paciente**

³⁵ Min: 1:10:00 DVD (AUDIENCIA DE PRUEBAS)

de la unidad³⁶ y fue en conjunto que se tomó la decisión.(min:1:17:00-finaliza).

-CONTRAINTERROGATORIO (min: 1:18:00).

Apoderado parte demandante. **PREGUNTÓ:** "sírvese manifestar la testigo, según su declaración, usted dice que solicitaron a CAPRECOM la remisión, ¿Cuántas veces lo hicieron?. **CONTESTÓ:** "lo hicimos en varias oportunidades, el número preciso no lo puedo anotar, pero, sin embargo dentro de la historia clínica deben reposar los reportes que se hacen de la parte administrativa que es la que hace el trámite de la remisión, **PREGUNTÓ:** "sírvese manifestar la testigo porque de la insistencia de remitirlo al cuatro nivel de complejidad, ¿había posibilidad de mejora?. **CONTESTÓ:** "sí. **PREGUNTÓ:** "Sírvese manifestar la testigo, ¿si el retardo en presentarle una mayor atención al paciente, le restó oportunidad de curarse, teniendo en cuenta la falta de microscopio en la **clínica**?. **CONTESTÓ:** "sí. **PREGUNTÓ:** "sírvese manifestar la testigo, si el manejo fue óptimo. **CONTESTÓ:** "dentro del nivel de atención sí. **PREGUNTÓ:** "sírvese manifestar la testigo, si lograron el cierre exitoso de la fístula del líquido cefalorraquídeo? **CONTESTÓ:** "no".

El análisis como unidad de la declaración del médico intensivista, refuerza lo expuesto previamente por esta Sala, puesto que muestra claramente el estado crítico del paciente desde el ingreso mismo al centro asistencial y durante toda su estancia a pesar de las intervenciones realizadas, siendo su pronóstico reservado, no pudiéndose mirar de forma aislada las respuesta dadas al apoderado la parte actora sobre posibilidades de mejoría, puesto que cuando le fue interrogada sobre el procedimiento de cierre de fístula, que era lo que demandada el estado del paciente, cuando se solicitó la remisión, que ello era de competencia del neurocirujano y que es el, quien lo puede explicar, que sabía que era necesaria por el sitio de la lesión y que tenía conocimiento porque era un paciente de la Unidad de Cuidados Intensivos.

Uno de los elementos determinantes para que se configure la "Perdida del Chance", consiste en encontrar, del balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado, *un saldo favorable, que demuestre que estadísticamente o según el curso normal y ordinario de las cosas era probable que obtuviera esa ganancia o ventaja, de no haber interferido el demandado en el curso de los sucesos; la perdida de la chance es resarcible cuando importa "una probabilidad suficiente" de obtener un beneficio económico que resulta frustrado por culpa ajena, no siendo indemnizable si representa una posibilidad general y vaga³⁷.*

³⁶ Minuto 1:15:00 DVD (AUDIENCIA DE PRUEBAS)

³⁷ Citado en el Tratado de Responsabilidad Medida de Marcelo J. López Mesa, pagina 166. (CNCiv. , Sala K. 01/10/1998, "Rico, Luis L. c/El Puente S. A.T.", LL 2000-C-941, J, Agrup. , caso 15.023; Cam. 3ª CC Minas Paz y Trib. Mendoza, 26/09/2001, "Castro,

Hechas las anteriores precisiones, en el sub examen no existe prueba de la forma en que fueron reducidas las expectativas reales del señor BOHÓRQUEZ ROMERO de salvar su vida, dado su estado crítico consecuencia del accidente de tránsito y las lesiones que estas le generaron, pues no obra en el expediente prueba científica o técnica orientada hacia tal punto de manera y de la que se deduzca el porcentaje de posibilidad de recuperación, de tiempo de supervivencia o disminución de las secuelas

En la pérdida de la oportunidad, por tanto, debe estar plenamente acreditado el grado de probabilidad razonable, que sea de tal envergadura que ofrezca convicción acerca de la posibilidad real para el paciente de recuperar su salud o preservar su vida³⁸, es decir que no se trate de una situación hipotética, pues dicha figura no puede utilizarse como subsidiaria a aquellas circunstancias en las que no se logra establecer el vínculo causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio médico, como tampoco se puede dar lugar a reparar daños hipotéticos o eventuales y de igual manera, no se repara por el resultado muerte.

El daño en este caso, se itera, es la destrucción de la oportunidad, la cual a pesar de llevar incisito el alea, para que sea daño reparable, debe ser seria y real, por lo tanto se analizan las potencialidades que tenía la víctima, prueba que recae en la parte que invoca la existencia del daño.

La literatura jurídica tomando como base al H. Consejo de Estado, ha señalado que no toda atención inoportuna puede concluir en una pérdida de oportunidad aunque se haya presentado el resultado al cual se haya querido escapar, toda vez que es posible no siempre la conducta reprochable sea la causa de la situación negativa; por ello a pesar de las demoras en la atención, es en definitiva el curso causal negativo el que al final determina la configuración de la lesión o muerte, razón por la cual es que se exige que para generar algún tipo de indemnización por la ocurrencia de perdida de oportunidad, debe probarse que efectivamente existían unas posibilidades y que la conducta reprochable fue la que condujo a la frustración de la oportunidad alegada³⁹.

Pedro A. c/Administración de Parques y Zoológico" LL Gran Cuyo 2002/97)

³⁸ El daño en este caso, se itera, es la destrucción de la oportunidad, la cual debe ser seria y real, por lo tanto se analizan las potencialidades que tenía la víctima, prueba que recae en la parte que invoca la existencia del daño.

³⁹ GIRALDO, Gómez Luis Felipe. La pérdida e la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en al campo de la responsabilidad médica. Universidad Externado de Colombia, paginas 224-224. 2011.

Concluye la SALA que en el presente asunto, no se configura el daño autónomo por pérdida de la oportunidad al cual fue condenada la EPS – S CAPRECOM, razón que impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 09 de junio de 2016, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas por haber prosperado el recurso de apelación.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 44.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GOMEZ CARDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Ausente con permiso

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOSA