



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

### SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

|                      |  |
|----------------------|--|
| <b>ASUNTO:</b>       | <b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>                          |
| <b>RADICADO:</b>     | <b>70001-33-33-009-2012-00113-01</b>                           |
| <b>M. DE CONTROL</b> | <b>REPARACIÓN DIRECTA</b>                                      |
| <b>DEMANDANTE:</b>   | <b>LUZ MARY RUEDA PUENTES Y OTROS</b>                          |
| <b>DEMANDADO:</b>    | <b>ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO Y SALUDVIDA EPS</b> |

### OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la entidad demandada SALUDVIDA EPS, en contra de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1 LA DEMANDA.

En ejercicio del medio de control de reparación directa, la señora **LUZ MARY RUEDA PUENTES Y OTROS**, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en contra el **DEPARTAMENTO DE SUCRE, ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO Y SALUDVIDA EPS**, solicitando se les declare responsable administrativa y patrimonialmente y se s acceda a las siguientes pretensiones:

- (i) En la modalidad de **perjuicio extrapatrimonial**, por concepto de daños morales, se ordena el pago de CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES para LUZ MARY RUEDA PUENTES, OSCAR ANTONIO BUELVAS PEREZ, YULIETH PAOLA BUELVAS RUEDA y los menores de edad XXXX<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En el presente caso debe aclararse que por estar involucrados menores de edad la Sala ha decidido no hacer mención de sus nombres como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomaran medidas

- Igualmente, la suma de CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES para el señor GUSTAVO RUEDA OCHOA en su condición de abuelo materno del menor fallecido según los hechos de la demanda.
  - Así mismo, como perjuicios a la vida de relación la suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES para LUZ MARY RUEDA PUENTES, OSCAR ANTONIO BUELVAS PÉREZ, YULIETH PAOLA BUELVAS RUEDA.
  - El equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES por concepto de perjuicio moral del menor fallecido transmisible mortis causa.
- (ii) Como **perjuicios patrimoniales**, debido al acaecimiento de una pérdida de oportunidad del menor quien al momento de su muerte contaba con dieciséis (16) años de edad y cursaba 11°, en un monto no inferior a DOSCIENTOS (200) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

Como **supuestos fácticos**, se afirmó en la demanda, que:

El día ocho (8) de diciembre de 2009, a las 2 p.m., el menor óscar David Buelvas Rueda fue llevado por sus padres al servicio de urgencias de la ESE HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS donde se le diagnosticó un presunto dolor abdominal secundario de una posible apendicitis por lo cual ordena su remisión inmediata al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, donde es atendido y dejado en observación por seis (6) horas, en las cuales es valorado por el Dr. OSSIAN DÍAZ, quien le diagnostica "APENDICITIS", según consta en la historia clínica.

En la historia clínica no se evidencia el consentimiento informado de sus padres y la explicación del procedimiento quirúrgico al que iba ser sometido su hijo menor, a quien tampoco le brindaron información.

A las 08:15 pm del mismo día, se ordena ingresarlo a la Sala de Cirugía para practicarle la cirugía de apéndice, siendo anestesiado por el Dr. JUAN DE DIOS GARCIA, quien en dicho procedimiento le administró al paciente "ANESTESIA RAQUÍDEA FENTANIL: 25 CC, MIDAZOLAM 3CC V BUPIROP PESADO: 10 CC" (de los cuales, los dos

---

para impedir su identificación, reemplazando el nombre por convenciones a las que se hará referencia en el relato de los hechos que enmarcan el caso. Artículo 33 Ley 1098 de 2006

primeros a pesar de su uso rutinario para este tipo de cirugía, su utilización a la vez produce sinergismo medicamentoso produciendo depresión respiratoria y desencadenando un cuadro clínico con posibles secuelas neurológicas o la muerte como evento adverso), dicho procedimiento duró entre 10 y 12 minutos.

Fue trasladado a sala de recuperación y recibido por el grupo de enfermeras de esa área a las 8:45 pm, quienes le hicieron múltiples llamados, sin obtener respuesta, incluso al dolor.

Posteriormente, esto es, a las 9:00 p.m., el menor entra en paro cardiorrespiratorio, siendo atendido por el médico de la sala, y luego, trasladado a la unidad de cuidados intensivos para un manejo mucho más especializado, ordenándosele estudios imagenológicos, los cuales concluyeron secuelas de encefalopatía hipoxia cerebral, valorado en UCI y hospitalización por el neurólogo, dos médicos internistas y fisiatra, quienes en diferentes oportunidades conceptuaron y de manera escrita solicitaron la remisión de manera prioritaria a III nivel de complejidad para tratamiento especializado para rehabilitación física, nutricional, respiratoria y neurológica por no poseer en Sincelejo un centro especializado, tal como consta en la correspondiente historia clínica.

Pese a las diferentes solicitudes de remisión por parte de los médicos tratantes, no se observa en la historia clínica que la EPS-S SALUDVIDA, haya autorizado su traslado a un centro especializado en la alta complejidad requerida, ocasionando con ello la pérdida de oportunidad del menor para su recuperación, terminando con su fallecimiento. Debido a lo anterior, hubo una clara negligencia por parte de la empresa prestadora de los servicios de salud en cita, a pesar de la solicitud de cuatro (4) especialistas de remisión del menor y la intervención de la Defensoría del Pueblo. Agrega, que de haberse realizado una buena rehabilitación se hubiese podido evitar su muerte.

Durante su estancia en el Hospital Universitario de Sincelejo, el menor fue remitido en diferentes ocasiones a la ciudad de Montería y Barranquilla para la práctica de exámenes en ambulancias sin ningún acompañamiento de profesionales de la salud, poniéndose en riesgo su salud, toda vez que debido a la situación crítica necesitaba una ambulancia TAM.

## **1.2 ACTUACIÓN PROCESAL**

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de noviembre de 2012 (folio 14).
- Inadmisión de la demanda: 15 de enero de 2013 (folio 92 a 94).
- Admisión de la demanda: 04 de febrero de 2013 (folio 100).
- Notificación a las partes: 05 y 25 de febrero de 2013 (folio 101 a 108).
- Contestación a la demanda HUS: 07 de mayo de 2013 (folio 126 a 138).
- Contestación a la demanda Departamento de Sucre: 17 de junio de 2013 (folio 144 a 164).
- Audiencia inicial: 27 de agosto de 2013 y 17 de septiembre de 2014, (folio 213-217, 238 y 241)).
- Audiencia de pruebas: 05 de febrero, 09 de abril y 11 de junio de 2015 (folio 290 a 293, 330 a 333 y 337 a 339).
- Sentencia: 31 de octubre de 2016 (folio 384 a 403).
- Recurso de Apelación Salud Vida -EPS: 11 de noviembre de 2016 (folio 409 a 421)
- Recurso de apelación parte demandante: 18 de noviembre de 2016 (folio 439-440).
- Audiencia de conciliación y concesión de los recursos: 03 de febrero de 2017 (folio 448-449).

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

- **DE LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO<sup>2</sup>.**

La entidad demandada contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal, aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones, argumentando que, no se demuestra una causa, ni nexos causales, ni culpa, ni falla presunta o daño antijurídico, como elementos constitutivos de la responsabilidad administrativa.

En su defensa, expresó que durante la estancia del menor en el hospital se procuró brindarle la mejor atención al alcance de la institución, se brindaron todos los cuidados de enfermería, terapia física y rehabilitación, terapia ocupacional, entre otros, hasta el día de su fallecimiento, agrega que en la historia clínica que en ningún momento hubo fallas en la atención del menor, siendo atendido adecuadamente, él fallece en virtud de las lesiones irreversibles que presentó al momento de ingresar a la Sala de Urgencias del HUS.

---

<sup>2</sup>Folio 126 a 138 C.Ppal 1.

Propuso como excepciones: i) Inexistencia de la relación de causa y efecto entre los actos de carácter institucional y los actos del equipo médico y los daños que supuestamente puedan haberse causado al paciente (Q.E.P.D.); ii) Inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley por cumplimiento de las obligaciones de medio; iii) Exoneración de responsabilidad por estar probado que el equipo médico empleó la debida diligencia y cuidado; iv) Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad; v) Falta de Legitimación en la causa por pasiva y vi) Caducidad.

- **DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE<sup>3</sup>.**

Al responder la demanda manifiesta, luego de hacer un resumen de la responsabilidad en el ámbito de la prestación del servicio médico, que no le asiste el derecho reclamado a los actores, pues no se configuran para tal efecto las causales de responsabilidad médica, dichos argumentos los soporta a través de las excepciones de i) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales; ii) Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación por pasiva y iii) Caducidad de la acción.

- **DE LA EPS SALUDVIDA<sup>4</sup>:**

No contestó la demanda.

#### **1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el 31 de octubre de 2016, declaró responsable por pérdida de la oportunidad a la EPS SALUD VIDA y absolvió de las pretensiones a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y al DEPARTAMENTO DE SUCRE.

Lo anterior, partiendo de un análisis de la Responsabilidad del Estado, por la prestación de los servicios médicos asistenciales, bajo la óptica en la actuación de las entidades demandadas, esto es, HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, y SALUDVIDA EPS, para concluir por un lado, que de acuerdo al material probatorio, más concretamente, de la epicrisis y los testimonios recaudados, no dejaban duda acerca de la atención adecuada y oportuna que le suministraron los funcionarios del Hospital Universitario de Sincelejo al paciente, pues se logró constatar que los médicos que lo atendieron realizaron los procedimientos recomendados por la ciencia médica para

---

<sup>3</sup>Folio 144 a 164 Cuaderno principal No. 1.

<sup>4</sup>Cabe resaltar, que esta entidad intervino a partir del momento procesal de los alegatos de conclusión, aduciendo, la falta de legitimación en la casusa por pasiva, ausencia de responsabilidad, ausencia de elementos que configuren la falla del servicio, ausencia del nexo de causal, ausencia del daño y ausencia de solidaridad (folio 353 a 362).

mantenerlo con vida, demostrando en todo momento diligencia y cuidado durante su estancia en el Hospital.

Indicó que si bien, se tiene que la cirugía de apendicectomía no fue realizada inmediatamente al ingreso a urgencia, no se podía concluir con grado de certeza, que de haberse prestado el servicio con mayor prontitud se habría evitado el resultado fatal del que hoy los demandantes pretenden derivar la responsabilidad estatal.

Bajo ese entendido, el *A quo* resolvió denegar las pretensiones de la demanda frente al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, argumentando además, que a pesar de haberse configurado cierta tardanza en la práctica de la cirugía, no existió nexo causal entre el actuar de la institución médica - Hospital Universitario de Sincelejo- y el daño causado a los demandantes con el deceso del menor, pues no se evidenció que los procedimientos aplicados, los medicamentos utilizados y las actitudes asumidas por el personal médico y asistencial hayan sido determinantes en el episodio sufrido por el menor en la sala de recuperación (paro cardiorespiratorio).

Por otro lado, con relación al DEPARTAMENTO DE SUCRE, sostuvo el *A quo*, que del material probatorio allegado al plenario se advirtió que, efectivamente, el daño cuya reparación reclaman los actores, le es imputado al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y a la EPS SALUDVIDA, por lo que resultaba imperioso desligar a esa entidad territorial, pues a pesar de tener vigilancia sobre las empresas prestadoras del servicio, la misma no tuvo participación activa u omisiva en la configuración del hecho dañoso.

Respecto de la EPS SALUDVIDA, las pretensiones fueron resueltas parcialmente favorables, luego del estudio particular de la teoría de la "pérdida de la oportunidad", a la luz de la prueba documental y testimonial de los galenos internistas y quienes intervinieron en los procedimientos médicos hechos al menor, concluyendo para al efecto, que dentro del sub examine, se cumplían los presupuestos para aplicar dicha figura, pues atendiendo al estado de salud del menor, el estado de rehabilitación y las múltiples solicitudes de los médicos tratantes hechas a la EPS, para la remisión del menor a un centro médico especializado, de alta complejidad, se deja entrever, que la remisión del menor no se hizo bajo los parámetros y especificaciones que su caso requería, por lo que, todos los obstáculos de carácter administrativo que hubiera tenido la entidad y que se tradujeron en la tardanza de brindar al paciente la atención médica que este requirió, no la exoneran de responsabilidad. Siendo que esta debió superar de manea ágil esos escollos de carácter administrativo y financiero, porque la situación del paciente así lo ameritaba.

En ese orden, manifiesta el juez de primera instancia, que si bien, no puede concluirse con certeza que la no remisión del menor a un centro especializado de alta complejidad, hubiese ocasionado el deceso del mismo, lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió la entidad prestadora de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio. Luego, que aunque tampoco existía certeza de que aún si la EPS SALUDVIDA hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado su salud, lo cierto es que si la misma hubiese obrado de esa manera, esto es con la diligencia y el cuidado necesario, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de intentar recuperarse.

Afirmó en su argumentación el juez de instancia, que la pérdida de oportunidad sirve como un instrumento de imputación en este caso, porque como se dijo no existe certeza de que la falla en la prestación del servicio médico haya sido la causa del resultado dañoso (muerte del menor), comoquiera que su diagnóstico no era bueno, y la posibilidad de muerte siempre estuvo presente debido a la gravedad de su lesión, empero la tardanza para su remisión a un centro de alta complejidad le restó probabilidad de mantenerse con vida o por lo menos mejorar su calidad de vida. Y es la pérdida de ese chance lo que será indemnizado en el caso.

Bajo esta óptica resuelve el juez de primera instancia, declarar patrimonialmente responsable a la EPS SALUDVIDA, de los perjuicios sufridos por los actores, con ocasión de la pérdida de oportunidad que se le restó en aras de conservar y mejorar su condición de vida al menor, en consecuencia, condenó a la entidad, a pagar la suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., para cada uno de ellos, a título de pérdida de la oportunidad de la recuperación de la salud de su hijo.

A pagar a los demandantes, la suma equivalente a veinticinco (25) S.M.L.M.V., para cada uno de ellos, a título de pérdida de la oportunidad de la recuperación de la salud de su hermano y nieto.

Y por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas:

- LUZ MARY RUEDA PUENTES 30 SMMLV
- OSCAR ANTONIO BUELVAS PÉREZ 30 SMMLV
- YULIETH PAOLA BUELVAS RUEDA 15 SMMLV
- MARIA JOSE BUELVAS RUEDA 15 SMMLV
- SARAY ANDREA BUELVAS RUEDA 15 SMMLV
- MARLON YESID BUELVAS RUEDA 15 SMMLV
- GUSTAVO RUEDA OCHOA 15 SMMLV

Las demás pretensiones de la demanda, fueron despachadas de manera desfavorable para los intereses de los actores.

## 1.5. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

Inconformes con la sentencia de primera instancia, formularon recurso de apelación, tanto la entidad condenada **SALUDVIDA EPS** como la **Parte Actora**, en los siguientes términos:

- **SALUDVIDA EPS<sup>5</sup>:**

Mediante escrito fechado 11 de noviembre de 2016, recurre la sentencia exponiendo:

*“(SIC)...El Ad-quo desconoció lo manifestado y lo allegado dentro del acervo probatorio por parte de SALUDVIDA EPS, en el cual relacionó las gestiones realizadas por parte de SALUDVIDA EPS frente al traslado del paciente OSCAR DAVID BUELVAS RUEDA para el proceso llamado TRAMITE DE REFERENCIA Y CONTRARREFERENCIA, el cual se explicó de la siguiente manera:*

*El paciente es presentado en referencia el día 12/02/2010 por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO Para valoración y manejo por NEUROPEDIATRIA, GASTROENTEROLOGIA, MEDICINA INTERNACIONAL GENERAL por Diagnostico de ENCEFALOPATIA NOESPECIFICADA, se procede a comentar el paciente en las siguientes IPS:*

- CLINICA GENERAL DEL NORTE 12/02/2010 Katy Hernández
- E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL 12/02/2010 Deivys Penenrey
- CLINICA MONTERIA S.A. 15/02/2010 Dr. Llama
- CLINICA DEL SOL 16/02/2010 Juliet García
- CLINICA EL PRADO 16/02/2010 Domingo Obregón
- FUNDACION CARDIOINFANTIL 16/02/2010 Margarita Sánchez
- HOSPITAL LA MISERICORDIA 16/02/2010 Javier Palma
- CLINICA PREVENIR 16/02/2010
- CLINICA LOS ANDES LTDA. 17/02/2015 Jimena Garzón
- HOSPITAL PEDIATRICO DE BARRANQUILLA 17/02/2010 Geovanny
- VIDELMEDICA INTERNACIONAL S.A. 18/02/2015 Milena Erida
- DIOSALUD 18/02/2015 Maryli Villalva
- CLINICA TELETON 25/02/2010 Sandra González
- CLINICA SHAI 02/03/2010 MAURICIO RODRIGUEZ
- COMPAÑIA COLOMBIANA DE SALUD COLSALUD S.A. 02/03/2010
- HOSPITAL LA VICTORIA ESE 03/03/2010 Liney Cifuentes
- CLINICA CHICAMOCHA S.A 05/03/2010 Rosa Garcés
- CLINICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS 05/03/2010 Fabiola Noriega
- HOSPITAL METROPOLITANO 11/03/2010 Ana Laborde
- HOSPITAL CARI ESE 18/03/2010 Jefe Maibeth Munive Casares
- CLINICA DE LA COSTA 18/03/2010 Alexandra Noches

*Se recibe respuesta de negación en las siguientes IPS por no disponibilidad de camas:*

- COMPAÑIA COLOMBIANA DE SALUD COLSALUD S.A 12/02/2010
  - HOSPITAL SIMON BOLIVAR III NIVEL ESE 12/02/2010 JAIME RUIZ
  - CLINICA MONTERIA 14/02/2010 Juan Carlos
  - CLINICA MONTERIA 16/02/2010 Gerardo Hernández
  - HOSPITAL PEDIATRICO DE BARRANQUILLA 16/02/2010 Dr. Duvan
  - CLINICA DE LA SABANA 16/02/2010 Elber Mercado.
  - CLINICA DEL SOL 16/02/2010 Juliet García
  - CLINICA MAR CARIBE 17/02/2010 Cyntia Gámez
  - IPS UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA-IPS UNIVERSITARIA 17/02/2010
- Aidé Orozco

---

<sup>5</sup>Folio 409 a 421, C.Ppal. 2.

- HOSPITAL GENERAL DE BARRANQUILLA ESE 18/02/2010 Carlos Miranda
- HOSPITAL PEDIATRICO. 18/02/2010 Carlos Miranda.
- CORPORACION CLINICA PUENTE DEL COMUN 25/02/2010 Jefe Carolina Mora
- HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL 02/03/2010 Andrea
- HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN VICENTE DE PAUL 03/03/2010 Diana
- FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS 03/03/2010 Daisy Padilla
- FUNDACION HOSPITAL SAN CARLOS 11/03/2010 Viviana García
- HOSPITAL CARI ESE 18/03/2010 Wilson Ojeda

Se recibe respuesta de negación en las siguientes IPS por no disponibilidad del servicio solicitado:

- CLINICA LAURA DANIELA 14/02/2010 Arafak Celedón
- CLINICA LA MISERICORDIA 16/02/2010 Javier Palma
- HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS 20/02/2010 Monica Albear.
- FUNDACION SANTAFE 25/02/2015 Martha Ardía
- CORPORACION CLINICA UNIVERSITARIA COOPERATIVA DE C 28/02/2010 Jenny Barbosa
- CLINICA ONCOCARE 02/03/2010 Eliana
- CLINICA NAVARRA 02/03/2010 Dora
- CLINICA DE LA SABANA 02/03/2010 Eleida Díaz
- HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E 03/03/2010 Mariela Pulido
- INSTITUTO DEL CORAZON DE BUCARAMANGA 05/03/2010 Gloria Martínez
- CLINICA VIDA 11/03/2010 Leydis

Se recibe respuesta de negación en las siguientes IPS:

- CLINICA GENERAL DEL NORTE 16/02/2010 Zeinet Barrera
- CLINICA MEDILASER LTDA. 17/02/2010 Magali Botia
- DIOS ALUD 18/02/2015 Maryli Villalva
- CLINICA CRECER 20/02/2015 Juan Carlos Burgos
- CLINICA LEON XIII 01/03/2010 Constanza Barrero
- CLINICA MEDELLIN 16/03/2010 Janeth Correa

El día 12/02/2010 paciente aceptado en CLINICA MONTERIA S.A. por la Dra. Victoria Lora, la Jefe Kathia Pérez de Hospital Universitario de Sincelejo que la familia no acepta el traslado a montería (Señor Oscar Buelvas).

El día 14/02/2010 el Jefe Katia Pérez de Hospital Universitario de Sincelejo que la familia acepta el traslado a montería, pero en comunicación con clínica montería informan que no hay ya disponibilidad de camas.

20/02/2010 Paciente pendiente de valoración por fisioterapia en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO para definir manejo y especialidades requeridas, se toma resonancia nuclear magnética de cerebro pendiente valoración. 25/02/2010 paciente valorado por fisioterapia.

19/03/2010 en comunicación con Fredy Moreno informa que el paciente es aceptado por el Dr. PEDRO BADEL quien informa que el paciente debe llegar a la institución el día 23/03/2010.

23/03/2010 OMAR MENDOZA informa que el paciente ingreso.

De lo anteriormente se puede denotar que la EPS, cumplió con las obligaciones legales administrativas a su cargo, toda vez que direccionó en forma oportuna y diligente el trámite de referencia y contrarreferencia del menor, por lo que la SALUDVIDA no obró con mala fe ni dilató procedimientos para con el usuario, de ello no se demostró que SALUDVIDA en ningún momento actuó con negligencia, puesto que se realizaron los trámites de referencia y contra referencia para trasladar al usuario como se evidencia en la relación de las IPS descritas anteriormente y durante el proceso jurídico.

*En efecto, el planteamiento de defensa emitido por nuestra entidad, se puede resumir en:*

*1. Existencia de una red adscrita que atendía a los afiliados de la EPS en los niveles de complejidad requeridos, es así como la Entidad HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO quien para la fecha de los hechos tenía un contrato de prestación de servicios de salud de la población de SALUDVIDA EPS, para el primer nivel de complejidad, que incluía los servicios de urgencias, atendió al menor BUELVAS, prestándole la atención que requería, lo cual va en concordancia con las declaraciones testimoniales, el recuento de las atenciones que de manera cronológica están plasmadas en la historia clínica del paciente desde su ingreso al centro de salud.*

*Para ratificar este hecho me permito traer a colación el soporte normativo que definía para la fecha, la forma como se debía prestar el servicio de urgencia.*

*La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma OBLIGATORIA por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas, independientemente de su capacidad socioeconómica y del régimen al cual se encuentre afiliado. (Artículo 2 Ley 10 de 1990, Artículo 2 Decreto 412 de 1992 y Artículo 168 Ley 100 de 1993). No se requiere convenio o autorización previa de la Entidad Promotora de Salud respectiva o de cualquier otra entidad responsable o remisión de profesional médico, o pago de cuotas moderadoras. (Artículo 168 Ley 100 de 1993, Artículo 10 Resolución 5261 de 1994 Min. Salud). Esta atención, no podrá estar condicionada por garantía alguna de pago posterior, ni afiliación previa al Sistema General de Seguridad Social en Salud (Artículo 67 - Ley 715 de 2001), esta atención tendrá el carácter de obligante y será parte de la misma la clasificación de riesgo TRIAGE según el estándar internacionalmente aceptado, en el que la clasificación I y II serán atendidos en forma inmediata, mientras que los de clasificación III y IV se diferirán a atención prioritaria o discrecional a criterio de quien es responsable de esta evaluación.*

*Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsible de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención (...)" (decreto 1485 de 1994, Art. 2 literal b).*

*Ahora en cuanto a la atención del paciente este mismo podía ser atendido en cualquier centro de salud y en cualquier ciudad, gestión que debió realizar de igual forma la IPS encargada del paciente desde el instante en que ingresó al HOSPITAL, dado que primordialmente era la vida de un paciente sin importar que la EPS haya tenido o no contrato con las mismas, con el solo hecho que el centro de salud hubiese aceptado al paciente bastaría para que se le garantizaran los servicios por parte de la EPS, puesto que por encima de cualquier situación estaba la vida del paciente, de esta forma SALUDVIDA respondería por los gastos ocasionados del mismo.*

*En cuanto al traslado requerido por el paciente, es menester anotar que la atención de un paciente es responsabilidad de la IPS tratante y en el momento en que la Institución Prestadora de Servicios no cuente con capacidad Técnico Científica o avances tecnológicos para atenderlo y deba remitirlo, esta tendrá que lograr su contra referencia directamente o través del centro regulador de urgencias, lo cual se encuentra plasmado en nuestras relaciones contractuales, quedando en el contrato que en el evento de traslado de pacientes estos corren a cargo de la IPS, notificando a la línea 018000124440 para su respectiva autorización, es decir, SALUDVIDA EPS, emite las autorizaciones a las diferentes IPS, a las cuales se le solicito el traslado por la IPS referente y la IPS notifica del traslado del paciente y la posible ubicación según disponibilidad de cama y la línea 018000124440 emite esa autorización con prueba de la disponibilidad de cama, es decir que la EPS siempre está disponible para autorizar cualquier tipo de servicio de referencia y contra referencia de los afiliados, sin importar que haya o no contrato con la IPS donde se consiga el servicio, y más aun siendo un caso vital o Urgente, puesto que lo más importante es la vida del paciente.*

*Si bien es cierto la Ley 100 de 1993 plantea lo siguiente:*

*ARTICULO. 177.-Definición. Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.*

*ARTICULO. 178.-Funciones de las entidades promotoras de salud. Las entidades promotoras de salud tendrán las siguientes funciones:*

- 1. Modificado por el art. 43, Decreto Nacional 131 de 2010. El Decreto 131 de 2010 fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-289 de 2010. Ser Delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.*
- 2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.*
- 3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.*
- 4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.*
- 5. Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.*
- 6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.*
- 7. Modificado por el art. 43, Decreto Nacional 131 de 2010. El Decreto 131 de 2010 fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-289 de 2010. Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.*

*ARTICULO. 179.-Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales*

*De lo anterior se denota claramente que las EPS ejercen diferentes funciones a las IPS, es decir que les compete a estas instituciones prestar directamente los servicios de Salud y a su vez son los responsables de los pacientes al momento que estos ingresan a las IPS.*

*De las instituciones prestadoras de servicios de salud:*

*ARTICULO. 185.-Instituciones prestadoras de servicios de salud.*

*Son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley.*

*Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre instituciones prestadoras de servicios de salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.*

*Para que una entidad pueda constituirse como institución prestadora de servicios de salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud.*

*Es así como me permito controvertir la decisión del Juez de primera instancia donde decide "DECLARAR patrimonialmente responsable a la EPS SALUDVIDA, de los perjuicios sufridos por los señores LUZ MARY RUEDA PUENTES, OSCAR ANTONIO BUELVAS PÉREZ, YULIETH PAOLA BUELVAS RUEDA, MARLON YESID BUELVAS RUEDA, SARAY ANDREA BUELVAS RUEDA, MARÍA JOSÉ BUELVAS RUEDA y GUSTAVO RUEDA OCHO A, con ocasión de la pérdida de oportunidad que se le restó en aras de conservar y mejorar su condición de vida al meno " O en su defecto por la pérdida de oportunidad, no siendo así es de aclarar que la EPS siempre estuvo atenta y en disposición de brindar toda la atención en salud que requería el menor, para realizar el traslado y oportuna prestación de servicios en Salud, contrario a esto sería que la EPS de manera caprichosa le hubiese negado la garantía, protección y el acceso a los servicios de salud al que tenía derecho como afiliado de nuestra entidad, de esta forma así se daría lugar a una vulneración al principio de oportunidad del paciente lo cual no sucedió de esa manera, sino que ello no conllevó a motivos ajenos a nuestra voluntad, lo cual no es culpa de la EPS, ya que existe una problemática social que se presenta a nivel nacional frente a la crisis DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, lo que acarrea como consecuencias que las diferentes IPS del sector en salud no se encuentren preparadas para sucesos como el del presente caso, al no contar con disponibilidad para recibir a pacientes que se encuentran en trámite de traslados, puesto que, si bien se entiende y se analiza las funciones de las EPS es garantizar el acceso a los servicios en salud de los afiliados, por lo que nuestra entidad promotora de salud en su momento lo hizo, y no podríamos entrar a responsabilizar patrimonialmente a la SALUDVIDA porque nunca existió una actitud negligente o renuente en la garantía de un servicio y mucho menos vulnerando el principio de oportunidad, puesto que como se denota en las autorizaciones anexas al paciente se le garantizaron todos los servicios que requería y se gestionó su servicio de traslado pero que desafortunadamente las IPS no lo recibían por los motivos anteriormente relacionados.*

*De igual forma, es importante aclarar frente a la existencia de un contrato con alguna IPS, este no es necesario cuando exista un trámite de referencia y contra referencia (traslado de un paciente) puesto que en cualquier centro de salud donde se hubiese aceptado al paciente SALUDVIDA hubiese corrido con todos los gastos que se generan, por tanto el proceso hubiese sido mucho más ágil si la IPS donde se encontraba hospitalizado el menor BUELVAS hubiese realizado este trámite de referencia y contrareferencia de igual forma como lo hizo la EPS; de esta forma si bien analizamos no solamente era responsabilidad de EPS tramitar el traslado del paciente sino como se manifestó anteriormente el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, también tenía la obligación de agilizar los trámites y buscar el servicio, para el paciente, sin embargo este despacho tampoco tuvo en cuenta y que fue manifestado dentro del proceso.*

*Así las cosas no existe una real falla del servicio por parte de esta entidad, dejando entrever que nunca se dejó de gestionar el traslado del paciente, igualmente SALUDVIDA EPS, autorizó los demás servicios en salud que requirió el menor BUELVAS, tanto así que en la demanda no se vislumbra razones para endilgar algún tipo de responsabilidad a la EPS en esta acción, por lo que no puede predicarse que exista nexo causal entre el actuar de SALUDVIDA EPS, y el resultado dañoso que alega el demandante y las situaciones de hecho en que se fundamentan las pretensiones de la demanda. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario realizar unas diferencias tanto legales como reglamentarias como la Ley 100 de 1993 que permiten establecer una diferencia clara entre rol de ASEGURADOR y el de PRESTADOR de servicios de salud, por lo que resulta pertinente relacionar las normas que hacen mención expresa de la referencia y contra referencia de pacientes:*

**LEY 10 DE 1990:**

*"!Artículo 1. Servicio Público de Salud. Organizar y establecer el régimen de referencia y contra referencia de pacientes, de los niveles de atención inferiores a los superiores y el régimen de apoyo tecnológico y de recursos*

humanos especializados que los niveles superiores deben prestara los inferiores"

"!Artículo 8o Dirección Nacional del Sistema de Salud. La Dirección Nacional del Sistema de Salud estará a cargo del Ministerio de Salud, al cual por consiguiente, le corresponde formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 4o. Parágrafo:..."  
"Con base en las normas técnicas y administrativas se regularán regímenes tales como información, planeación, presupuestario, personal, inversiones, desarrollo tecnológico, suministros, financiación, tarifas, contabilidad de costos, control de gestión, participación de la comunidad, y referencia y contra referencia"

'Artículo 11° Funciones de la Dirección Seccional del Sistema de Salud. En los Departamentos, Intendencias y Comisarias, corresponde a la Dirección Seccional de Salud:

II) Adaptar y aplicar las normas y programas señalados por el Ministerio de Salud, para organizar los regímenes de referencia y contra referencia, con el fin de articular los diferentes niveles de atención en salud y de complejidad, los cuales serán de obligatoria observancia para todas las instituciones o entidades que presten servicios de salud en ja respectiva sección territorial" (Subrayado del autor).

"!Artículo 12° Dirección Local del Sistema de Salud. En los municipios, el Distrito Especial de Bogotá, el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena y las áreas metropolitanas, corresponde a la Dirección Local del Sistema de Salud, que autónomamente se organice:

I) Aplicar los sistemas de referencia y contra referencia de pacientes, definidos por el Ministerio de Salud y la Dirección Nacional y Seccional de Salud. Sin embargo, cuando los costos del servicio así lo exija, podrá autorizar la celebración de contratos entre instituciones o entidades que presten servicios de salud, para establecer sistemas especiales de referencia y contra referencia".

DECRETO 2759 DE 1991. Por El Cual Se Organiza Y Establece El Régimen De Referencia Y Contra referencia.

El Decreto que se menciona constaba de 12 artículos en su orden:

- Artículo 1 ° Del ámbito de aplicación.
- Artículo 2o De la Definición.
- Artículo 3o De la finalidad.
- Artículo 4o De las modalidades de solicitud de servicios.
- Artículo 5o De la remisión en caso de urgencias.
- Artículo 6o De la responsabilidad de la Institución referente.
- Artículo 7o De la responsabilidad del nivel central.
- Artículo 8o De las funciones de las Direcciones Seccionales y Locales de Salud.
- Artículo 9o Del pago de los servicios.
- Artículo 10° De la subsidiariedad.
- Artículo 11° De la complementariedad.
- Artículo 12° De la adecuación institucional.
- Artículo 13° De la vigencia.

Es de particular importancia transcribir el artículo lo ya que ofrece elementos para explicar el estado del régimen de referencia y contra referencia; de esa fecha

Artículo I. Del ámbito de aplicación. El régimen de referencia y contra referencia es de obligatorio cumplimiento para las entidades del subsector oficial señaladas en el artículo 5o. numera! 1. literales a. b v c de la Lev 10 de 1990. v para las del subsector privado con las cuales tenga el Estado contrato celebrado para la prestación de servicios de salud o que participen en las formas asociativas, dentro de! proceso de integración funcional. Las entidades

*a que se refiere el literal d) del numeral I del Artículo 5° del Lev 10 de 1990. Deberán aplicar las normas de Régimen de Referencia v Contra referencia en los términos establece el artículo 4o de la citada Ley" (Subrayado del autor)  
El Artículo 5° numeral 1, literales a, b y c de la LEY 10 de 1990 menciona lo siguiente: "Artículo 5o Sector Salud. El sector salud está integrado por 1. El subsector oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud, y específicamente: a) Las entidades descentralizadas directas, o indirectas, del orden nacional, b) Las entidades descentralizadas directas, o indirectas, del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano, o las asociaciones de municipios, c) Las dependencias directas de la nación o de las entidades territoriales.*

*Como se puede apreciar, la aplicación del Decreto queda circunscrita a las entidades públicas de todo orden y las privadas con contrato con el estado.*

*DECRETO 4747DEL 2007 (el cual deroga el 2759 de 1991)*

*ARTÍCULO 17. PROCESO DE REFERENCIA Y CONTRARREFERENCIA. El diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contra referencia y la operación del sistema de referencia y contra referencia es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones.*

*Con el fin de garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención, es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes.*

*La responsabilidad del manejo y cuidado del paciente es del prestador remitente hasta que ingrese en la institución receptora. Cuando el transporte se realice en una ambulancia debidamente habilitada, que no dependa de la IPS remitente, la entidad que tiene habilitado el servicio de transporte será responsable de la atención durante el mismo, con la tecnología disponible de acuerdo con el servicio de ambulancia habilitado, hasta la entrega del paciente en la entidad receptora definida por la entidad responsable del pago.*

*PARÁGRAFO. Las entidades responsables del pago de servicios de salud podrán apoyarse para la operación del proceso de referencia y contrarreferencia a su cargo, en los centros reguladores de urgencias y emergencias, para lo cual deberán suscribir contratos o convenios según sea el caso.*

*ARTÍCULO 18. ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DE LOS CENTROS REGULADORES DE URGENCIAS, EMERGENCIAS Y DESASTRES. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas, las administradoras de riesgos profesionales, las entidades que administran regímenes de salud especiales y de excepción y a los prestadores de servicios de salud, corresponde a las direcciones territoriales de salud, regular los servicios de urgencias de la población de su territorio y coordinar la atención en salud de la población afectada por emergencias o desastres en su área de influencia. El Ministerio de la Protección Social establecerá las condiciones y requisitos para la organización, operación y funcionamiento de los centros reguladores de urgencias y emergencias y desastres, - CRUE.*

*Las normas citadas nos permiten dar alcance a las siguientes conclusiones Jurídicas:*

*1. Todo individuo que llegue a una institución prestataria de servicios de salud con una de las patologías de manejo clínico de urgencias, debe ser atendido en el servicio de urgencias, aplicándole las medidas necesarias para proteger su vida y mejorar su pronóstico, luego se procederá a definir el sitio donde se continuará su atención en forma integral, según las normas de Referencia y Contra referencia.*

2. La responsabilidad de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud con respecto a la atención inicial de urgencias está enmarcada por los servicios que presten y estén habilitados por la Secretaría de Salud, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad que a cada entidad le determine el Ministerio de la Protección Social.

3. Toda entidad que haya prestado la atención inicial de urgencias tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento que el mismo haya sido dado de alta, si no ha sido objeto de remisión. Si es remitido su responsabilidad llega hasta el mismo momento en que ingrese en la entidad receptora y sea formalmente aceptado por el responsable del servicio receptor, no será argumento para negar la aceptación del paciente por parte del receptor la carencia previa de comunicación, pues si bien se propende porque está dentro del proceso de atención, se entiende que existen situaciones que por la urgencia expresa o por dificultad técnica en los medios de comunicación, no permiten que se realice esta acción previa.

4. Las entidades públicas o privadas del sector salud, que hayan prestado la atención inicial de urgencias, deben garantizar la remisión adecuada de estos usuarios hacia la institución de grado de complejidad requerida, que se responsabilice de su atención. La institución referente, será responsable de la atención del usuario o del elemento objeto de la remisión, hasta que ingrese a la institución receptora.

*Es por ello que la prestación deberá organizarse por grados de complejidad relacionados entre sí mediante un régimen de referencia y contra referencia que provea las normas técnicas y administrativas con el fin de prestar al Usuario servicios de Salud, acorde con sus necesidades atendiendo los requerimientos de eficacia y calidad ..(...) ”*

Bajo los anteriores argumentos, solicita la entidad recurrente, que se revoque la sentencia de fecha 31 de octubre de 2016 y a consecuencia de ello declarar que no existe responsabilidad patrimonial por SALUDVIDA EPS, y en caso de no acceder a la solicitud del presente recurso solicita, que sea vinculado el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, para que también sea declarado responsable patrimonialmente.

- **PARTE DEMANDANTE<sup>6</sup>:**

La parte demandante interpuso Recurso de Apelación dentro del término oportuno, expresando que si bien compartía el criterio de responsabilidad expuesto por el A quo, disentía respecto de la condena al daño moral, perjuicios a la vida de relación y la pretensión de las costas, a Salud vida E.P.S, exponiendo:

*“(SIC)... Considero que este despacho debe tener como pruebas las mismas declaraciones que rindieron los señores FERNANDO ANTONIO FERIA ALVAREZ, ANA GABRIELLA CORRALES CARRASCAL Y CARMEN CECILIA SALGADO PEREZ, las cuales están en el acta número 012 de fecha cinco (05) de febrero del año 2015, donde ellos más que nadie conocen del dolor padecido por la familia Buelvas Rueda (con el cual se pretende probar el daño a la vida de relación)tal como lo manifestaron los testimonios dados por los señores en mención.*

**PETICIONES.**

1. Que se revoque la decisión en su numeral SEXTO Y SEPTIMO en la parte resolutive del fallo fechado el 31 de octubre del 2016 proferido por este honorable Juzgado, por el cual se niega la pretensión de reconocerle el perjuicio inmaterial

---

<sup>6</sup> Folio 439-440 C.Ppal 2.

*(DAÑO A LA VIDA DE RELACION) a la señora LUZ MARY RUEDA PUENTES Y OTROS, en la demanda promovida por los mismos, contra SALUD VIDA E.P.S.*

*2. Que se le reconozca cada uno de los demandantes los perjuicios daño a la vida de relación, lo correspondiente a los perjuicios inmateriales.*

*3. De igual manera solicito que revoque la decisión en el numeral TERCERO en la parte resolutive del fallo fechado el 31 de octubre del 2016 proferido por este honorable Juzgado, en el cual solo se le reconoce CINCUENTA (50) S.M.L.M.V. a cada padre, la señora LUZ AAARY RUEDA PUENTES OSCAR ANTONIO BUELVAS PEREZ, pido que se le reconozca CIEN (100) S.M.L.M.V.; Teniendo en cuenta, "el dolor, la ficción, y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desosiego, temor zozobra" que los invade a ellos como padre del menor, lo expuesto*

*4. De igual manera solicito que revoque la decisión en el numeral QUINTO en la parte resolutive del fallo fechado el 31 de octubre del 2016 proferido por este honorable Juzgado, en el cual solo se le reconoce TREINTA (30) S.M.L.M.V. a cada padre, (por concepto de perjuicios morales) la señora LUZ MARY RUEDA PUENTES y OSCAR ANTONIO BUELVAS PEREZ, pido que se le reconozca CIEN (100) S.M.L.M.V.; Teniendo en cuenta lo expuesto por el consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo sección tercera. De igual manera que se revoque en el numeral QUINTO del mismo fallo, los porcentajes a cada uno de los hermanos y abuelos, los cuales fueron de QUINCE (15) S.M.L.M.V., por lo que pido sea mínimo de CINCUENTA (50) S.M.L.M.V., para cada uno de ellos.*

*5. Que se revoque el numeral SEPTIMO, del mismo fallo, y en su defecto que se condene en costas a la parte demandada SALUD VIDA E.P.S. (..)"*

## **1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El conocimiento de los recursos de apelación le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Sucre el 06 de febrero de 2017 (folio 2), posteriormente sube a despacho el 21 de marzo de 2017 (folio 3).

Mediante escrito de fecha 09 de mayo de 2017, la Magistrada de conocimiento se declara impedida (folio 6 a 8), impedimento que es aceptado por la Sala Dual mediante auto de fecha 07 de julio de 2017 (folio 10).

El suscrito Magistrado sustanciador, mediante auto de fecha 02 de agosto de 2017, resuelve admitir los recursos de apelación interpuestos (folio 14). Y por auto del 04 de septiembre de 2017, ordenó correr traslado para alegar y al Ministerio Público para conceptuar (folio 18 C. de Apelación).

En esta instancia procesal, solo concurre la **EPS SALUDVIDA**<sup>7</sup>, en escrito que reitera los argumentos del recurso de apelación al tiempo que señala que, de acuerdo al acervo probatorio, de todas y cada una de las pruebas arrimadas al proceso, examinadas individualmente y en contexto, se puede deducir que entre SALUDVIDA

---

<sup>7</sup>Folio 21 a 28 C.Ppal.

.S.A. E.P.S. y los hechos acaecidos al menor, no existe un nexo causal por un hecho generador de parte de la entidad.

Manifiesta que, las pretensiones de índole material y moral, no pueden prosperar, ni mucho menos las pretensiones relacionadas con el pago de daños y perjuicios a los demandantes impuestas en la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

Solicita que, se haga una valoración de acuerdo a los principios de la sana crítica, sobre aspectos tan importantes para el fallo que el despacho proferirá en segunda instancia; y que tienen que ver con el hecho cierto determinado que no existe daño y como consecuencia de lo anterior, mucho menos un nexo causal de responsabilidad entre la parte demandante y la EPS.

**El Ministerio Público** no presentó concepto de fondo en esta oportunidad.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

**2.1. COMPETENCIA.** El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Reparación Directa, según 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 hay lugar a declarar la responsabilidad de la EPS SALUDVIDA por el daño- pérdida de la oportunidad?*

Superado lo anterior, se deberá entrar a resolver sobre la indemnización de perjuicios otorgados por el Juez de primera instancia.

### **2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.**

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 y los iii) la pérdida de oportunidad o chance, iv) el caso concreto.

## I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. CLAUSULA GENERAL.

La responsabilidad<sup>8</sup> extracontractual del Estado, es entendida en términos generales como aquél deber que se encuentra en cabeza de la Administración, de resarcir los daños que cause a una persona en su esfera patrimonial y/o extrapatrimonial, o al decir de Parada, al referirse a la responsabilidad de la Administración, que es la posición del sujeto a cargo del cual la Ley pone la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido<sup>9</sup>.

En este escenario, al lado del principio de legalidad, la consagración de la responsabilidad del Estado, constituye una limitación o regulación al ejercicio de los poderes públicos dentro del Estado de Derecho, conceptualización que ha encontrado eco en la doctrina nacional, señalándose por CORTES EDGAR, que *“el derecho es uno de los mecanismos de los que se vale la sociedad para tratar de fijar límites, y en este sentido, el derecho de la responsabilidad civil adquiere una relevancia especial, pues una de las formas como los nuevos intereses que emergen dentro de un grupo social buscan acogida es por medio de la instancia jurisdiccional, en un juicio de responsabilidad que determine si el interés reclamado merece en verdad, protección por parte del ordenamiento”*<sup>10</sup>.

Este mismo autor, manifiesta que la responsabilidad así entendida pasa de un modelo clásico entendida como sanción derivada de la realización de un comportamiento prohibido a un modelo que pone en el centro del debate el hecho dañoso y su función reparadora, no con una finalidad represiva, pues a la víctima lo que le interesa es ser resarcida, respondiendo a una necesidad de devolver a la víctima lo que ha perdido, prueba de lo cual es la pregonada necesidad de una reparación integral; sin dejar de lado que la responsabilidad civil puede cumplir funciones diferentes a la de compensación de daños, hablándose así de una función preventiva, según la cual la responsabilidad puede servir para evitar que se produzcan futuros daños, función<sup>11</sup> que se traduce en la influencia que las reglas sobre la materia pueden tener sobre la forma en que se despliega determinada actividad que podría dar lugar a la producción de un daño.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Barros Bure, citando a Kelsen, señala que “desde el punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona”. BARROS BOURE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, abril de 2010, página 15.

<sup>9</sup> PARADA, Ramón, Derecho Administrativo I Parte General. Decima octava edición. La Responsabilidad de la Administración, Editorial Marcial Pons 2012. Madrid. Pagina 559.

<sup>10</sup> CORTES EDGAR, Responsabilidad Civil y daños a la persona. Universidad Externado de Colombia. Primera Reimpresión, 2012. Bogotá. Página 15.

<sup>11</sup> Sobre fines o funciones de la responsabilidad civil, se puede consultar BARROS BOURE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, abril de 2010. Páginas 216-218.

<sup>12</sup> Op cita 3.

En ese orden, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en su inciso primero establece la que se ha denominado, clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas, como principio constitucional que opera siempre que se verifique (I) la producción de un daño antijurídico (II) que le sea imputado a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas.

El daño antijurídico<sup>13</sup>, siguiendo la línea de pensamiento expuesta por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, *“consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”*<sup>14</sup>; en donde, 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 de soportarla<sup>15</sup>. Por ello, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la: *“(…) antijuridicidad del no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*<sup>16</sup>.

La Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado ha expuesto que sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga<sup>17</sup>, a lo que podemos agregar que aun imponiéndola no exceda de las cargas que razones de solidaridad, igualdad imponen la vida en comunidad, violando los principios de igualdad antes las cargas públicas y de confianza legítima.

Se puede apreciar que el daño constituye la directriz del sistema de responsabilidad patrimonial, pues sólo a partir de su existencia surge el derecho de reclamar la reparación de perjuicios y la obligación de quien lo haya causado de repararlo o indemnizarlo; ahora bien, el daño como primer elemento de la responsabilidad, exige

---

<sup>13</sup>Daño injusto de la doctrina italiana.

<sup>14</sup>Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>15</sup> La Corte Constitucional en sentencia C – 336 de 1996, sobre la conceptualización del daño antijurídico expuso: *“El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”*.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>17</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014. Expediente No, 28741.

para su configuración unos presupuestos, a saber, tiene que ser cierto, personal, legítimo, lícito y directo, señalándose que la certidumbre del daño hacer referencia a la materialidad del daño, a su realidad, lo cual sólo puede resultar de su prueba<sup>18</sup>.

Por su parte, la imputación del daño en su doble connotación fáctica y jurídica permite la atribución de la lesión, *en donde la imputación jurídica 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*<sup>19-20</sup>; en el análisis fáctico de la imputación deberá establecerse la atribuibilidad material del daño, no solo en punto de identificar el autor del hecho dañoso, sino comprobando el actuar o no actuar (omisión) que permite fenomenológicamente o en el plano material conectar la conducta activa o pasiva que se dice genera el daño con quien se reclama debe reparar el 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, sino que se requiere que el mismo sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa del mismo, siendo necesario descartar la existencia o no de causas excluyentes de responsabilidad<sup>21</sup>, ello, porque la consagración del daño antijurídico, per se, no implica que se deba obviar el juicio de imputación como elemento necesario para que surja el derecho a la reparación de perjuicios.

Precisando por consiguiente, que el concepto de daño antijurídico en manera alguna puede entenderse como la consagración de un régimen de responsabilidad general objetivo, puesto que la imputación como factor para enrostrar responsabilidad intervienen y así lo ha decantado jurisprudencia títulos de imputación subjetivos y objetivos, siendo los hechos o circunstancias específicas del caso concreto, los que delimitan la aplicación de uno y otro y la imputabilidad del mismo<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> BARROS, Bourrie Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Página 237. Editorial Jurídica Chile 2006.

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Daniel Suarez Hernández

<sup>20</sup> Sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente No. 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados). Igualmente, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente No. 17794.

<sup>21</sup> Tomas Ramón Fernández, refiriéndose al tópico de la Responsabilidad de La Administración, ha señalado que, "el centro de gravedad del sistema no está ya, ciertamente, en la culpa, sino, en la lesión que la persona afectada por actividad de la Administración experimenta en su patrimonio sin justa causa alguna que los justifique. Es esto, la falta de justificación del perjuicio, lo que convierte a éste en una lesión resarcible. Ver Responsabilidad del Estado, pagina 15. Departamento de Publicaciones de la Facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires. Edit. Rubinzal-Culzoni. 1ª reimpression 2011.

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010. Expediente No. Radicación número: 50001-23-31-000-1996-05291-01(18997). C. P. Enrique Gil Botero. Demandante: Bonifacio Cubillos Barbosa y otros. Demandado: Nación Ministerio de Defensa. Acción de reparación directa.

## II. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS GENERADOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MÉDICOS- ASISTENCIALES. VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y DIGNIDAD HUMANA. FALLA DEL SERVICIO.

Es importante mencionar sobre el particular, que el Honorable Consejo de Estado, aplica la llamada teoría de la falla del servicio, en ciertas ocasiones de manera presunta, en otras con fundamento en la carga dinámica de la prueba, atendiendo que al ente de salud pública se encuentra en mejor condición de probar la diligencia y cuidado que el administrado la falla, falta o actuar negligente, imprudente o imperito del ente demandado, por carecer de los conocimientos científicos y técnicos requeridos para ello. Sin embargo, la posición actual del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, ha cambiado, aplicando la teoría de la falla del servicio probada, dado que los jueces en sus providencias, se encuentran sometidos al imperio de la ley (artículo 230 de la C.P.) que para el caso de la carga de la prueba desarrolla el artículo 167 del C.G.P., morigerando la pesada carga en cabeza del accionante, con la posibilidad de demostrar la falla a través de prueba indirecta, es decir, de indicios.

En este sentido, la siguiente providencia del Honorable Consejo de Estado:

*“19. En lo que tiene que ver con la **imputación del daño**, la Sala considera pertinente precisar que en el asunto sub iudice el régimen bajo el cual se puede estructurar la responsabilidad del Estado es la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, tal y como se ha reiterado<sup>23</sup>, en el sentido de precisar que “... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización, ...deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta...”<sup>24</sup>.*

*19.1. Así las cosas, corresponde a la parte actora la carga ineludible de demostrar la existencia de los elementos que estructuran responsabilidad a cargo del Estado por una falla en la prestación del servicio médico brindado.*

*19.2. Ahora bien, para que pueda predicarse una falla en la prestación del servicio médico, la Sala ha precisado que<sup>25</sup>:*

*Es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso <sup>[16]</sup><sup>26</sup>. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance <sup>[17]</sup><sup>27</sup>.<sup>28</sup>*

<sup>23</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P Danilo Rojas Betancourth. Ver, entre otras las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 10 de febrero de 2000, exp. 11878, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, y la sentencia del 23 de abril de 2008, expediente 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>25</sup> [15] *Ibidem*.

<sup>26</sup> [16] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, del 25 de febrero de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp.17149, actor: Fair Benjamín Calvache y otros.

<sup>27</sup> [17] En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez y otros, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente: 26660. Radicado:

Como se observa, el H. 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.<sup>29-30</sup>.

En ese orden, es claro entonces el régimen que se va a aplicar para el caso que nos ocupa, el que será el de la falla del servicio, abordando los elementos que se deben configurar y que debieron ser probados por la parte demandante (Artículo 167 del C.G.P. aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión expresa del 211 de la Ley 1437 de 2011.) pues esta es la forma inequívoca para establecer la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas y el deber de reparar de la misma por la configuración de un daño antijurídico, pues como se advirtió de la jurisprudencia en cita, la posición que predomina actualmente respecto se funda en la acreditación de los presupuestos de la responsabilidad 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”<sup>31</sup>.

## II. DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD COMO DAÑO AUTÓNOMO-ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL.

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

---

25000232600020000192401. Actor: Dalio Torrente Bravo y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales y Ministerio de Salud. Naturaleza: Acción de reparación directa.

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección III, Subsección B, expediente No. 66001-23-31-000-2001-00063-01(25075). CP. Danilo Rojas B.

<sup>30</sup>Sobre los elementos a demostrar, se puede consultar, providencia del 26 de marzo de 2008, Sección Tercera. C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 73001-23-31-000-1995-02349-01(15725)

<sup>31</sup>“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 aquel<sup>31</sup>, 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”

debe ser cierto sino también personal, es decir que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita su reparación.<sup>32</sup>

En materia de responsabilidad médica, en principio, el Consejo de Estado acogió en su jurisprudencia la tesis de la “*pérdida de un chance u oportunidad*”<sup>33</sup> 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 torna cierto y actual pero no puede confundirse con la muerte sino que éste consiste en “*la disminución de la probabilidad de sanar*”.<sup>34</sup>

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

---

<sup>32</sup> El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual de estado en derecho colombiano y francés. Juan Carlos Henao. Universidad Externado. 1998.

<sup>33</sup> Tomado de la doctrina francesa “**perded’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 **perded’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.*

<sup>34</sup>Exp. 11.878, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

del paciente. Dentro de esa línea jurisprudencial<sup>35</sup>. 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<sup>36</sup> 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.”<sup>37</sup>*

No obstante lo antes expuesto, la Jurisprudencia en esta materia continuó su evolución y precisó sus alcances<sup>38</sup>; 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 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<sup>39</sup>. (...)***

*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:*

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Exp. 17.725, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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. Nota propia de la cita.*

(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” 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**<sup>40</sup>;

(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 indebida<sup>41</sup>; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado 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”<sup>42</sup>. (...)

**“...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 pudiere 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

---

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

<sup>42</sup> ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

*relación de causalidad entre tales acontecer o proceder enjuiciados y el beneficio que finalmente perseguía la víctima.<sup>43</sup>” (Negrillas y subraya fuera de texto)*

Actualmente la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Dr. RAMIRO PAZOS GUERRERO<sup>44</sup>, se ha encargado del estudio de los diversos escenarios en que ha sido tratada la figura de la pérdida de la oportunidad como determinante de la responsabilidad del Estado por la falla del servicio médico asistencial, concluyendo para tal efecto:

***“B. De la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia administrativa colombiana.***

*La jurisprudencia administrativa en Colombia ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños -posición mayoritaria-, como aquellas que la rechazan de plano y, por ende, niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio -posición minoritaria y en desuso-. Al margen de esta tensión, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha inclinado a declarar, después de haber abandonado la teoría del “todo o nada”, la responsabilidad del Estado cuando existe una probabilidad, seria, cierta y razonable de que el daño no se hubiera concretado de haberse presentado la conducta correspondiente.*

*12.1. Si bien la posición mayoritaria -que se puede denominar moderada- acepta que no se debe exonerar de responsabilidad al agente -probablemente dañoso por las dificultades de orden probatorio, también está de acuerdo en que no se le puede imponer el débito resarcitorio de la totalidad del daño que pudo muy probablemente no haber causado; no obstante, subsisten serias diferencias respecto a la manera como se debe solventar el problema causal, lo que repercute directamente en la tasación de la indemnización<sup>53</sup>. Así, en unas ocasiones la pérdida de oportunidad se indemniza como un rubro independiente y acompañado del reconocimiento de perjuicio moral; en otras, únicamente en el perjuicio moral, y finalmente, en otras, se reconoce proporcionalmente respecto del daño final, incluyendo daño emergente, lucro cesante y perjuicio moral.*

*12.2. Así las cosas, existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina<sup>54</sup>: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística<sup>55</sup>, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño<sup>56</sup> -teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima -teoría relacionada con el daño-*

*12.3. Por no existir consenso unificado en cuanto al alcance de la pérdida de oportunidad, la Sala considera pertinente, desde un punto de vista meramente descriptivo, presentar las diferencias que subsisten al respecto en la Sección Tercera de esta Corporación. Por tanto, se revisará estas dos posturas jurisprudenciales (13-14), los elementos de configuración (15) y los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad.*

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006; C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 15.772.

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. sentencia del 5 de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Actor: ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ CAMPIÑO Y OTROS. Demandado: CAJANAL Y OTRO

### **13. La pérdida de oportunidad: criterio alternativo de imputación basado en la causalidad probabilística**

13.1. La teoría jurídica de la pérdida de oportunidad ha sido aplicada bajo esta postura para superar las dificultades probatorias de la relación causal entre la conducta del accionado y el daño final; dicho de otro modo, es un instrumento de facilitación probatoria aplicada a casos donde establecer la certeza del vínculo causal resulta una tarea imposible de alcanzar y, por ende, se imputa al actor de la conducta, el incremento de la probabilidad de haber ocasionado el daño -muerte, afectación a la integridad física o psíquica, etc.-, bajo el presupuesto de la causalidad probabilística.

13.2. En efecto, el nacimiento de esta postura en Consejo de Estado se originó en el salvamento de voto formulado por el consejero Gil Botero a la sentencia del 1º de octubre de 2008, en donde se declaró la responsabilidad de un hospital público por pérdida de oportunidad, al no contar con bolsas de sangre para trasfundir a una paciente que sufría de una atonía uterina. La Sala condenó al cien (100%) por ciento de las pretensiones formuladas en la demanda.

13.3. Posteriormente, en otro fallo, el mismo Consejero sostuvo que la pérdida de oportunidad es un instrumento que permite demostrar la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño final<sup>45</sup>

(...)

13.4. En este orden, la diferencia de esta postura frente a otros casos de responsabilidad civil extracontractual del Estado donde se acredita el vínculo causal entre la falla y el resultado final, es que ante la incerteza de que la conducta negligente fue la causa del daño final, la pérdida de oportunidad figura como una técnica de facilitación probatoria que interviene como criterio alternativo de imputación del daño final en el porcentaje de probabilidades ciertas.

(...)

### **14. La pérdida de oportunidad como daño autónomo**

14.1. Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010, señaló:

*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 éste 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*

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, rad. 25869, M.P. Enrique Gil Botero. Igualmente se puede consultar esta postura en la sentencia de la Subsección C del 8 de abril del 2014, rad. 29809, M.P. Enrique Gil Botero.

*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 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 consecuencia, 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.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya*

*14.2. Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar (...)*”

Bajo los anteriores argumentos, la H. Corporación concluye, que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup>Idem 46.

Sugiere además dicho pronunciamiento, que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió.

Luego entonces, el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

Decantado esto, es necesario arribar a la conclusión jurisprudencial sobre la materia, la cual determina los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, que son: **i)** certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; **ii)** imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y **iii)** la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

Estos a su vez, fueron reorganizados y explicados por la doctrina contenciosa administrativa, así<sup>47</sup>:

- **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del

---

<sup>47</sup>Ibídem, plurimencionada sentencia del 5 de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Actor: ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ CAMPIÑO Y OTROS. Demandado: CAJANAL Y OTRO

resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad.

- **Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.
- **Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio - material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.
- **Replanteamiento del requisito “ que, la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”** El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de

oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

En ese orden, la actual postura del Tribunal Rector apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

Por último, precisó el Honorable Consejo de Estado, que:

*“cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como una omisión absoluta, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, **esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad**<sup>48</sup>”(Destacado de la Sala).*

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

---

<sup>48</sup>Conclusiones jurisprudenciales del más reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado, en torno a la figura de la “Pérdida de la Oportunidad en los escenarios de las falla del servicio médico asistencial”. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. sentencia del 5 de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Actor: ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ CAMPIÑO Y OTROS. Demandado: CAJANAL Y OTRO

quedar establecido en el proceso la probabilidad suficiente, si se quiere, 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.

Resultando entonces, que para entender configurado el daño, debe existir 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<sup>49</sup>.

#### IV. DEL CASO CONCRETO.

En el sub examine, se estudia la responsabilidad patrimonial y extracontractual del HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y la EPS SALUD VIDA, con ocasión del la perdida de oportunidad generada por la falla en el servicio de la dichas instituciones, frente al padecimiento de salud presentado por el menor OSCAR DAVID BUELVAS RUEDA (QEPD). .

#### -.DEL DEBATE PROBATORIO

Fueron aportadas al proceso, **por la parte actora**, las siguientes documentales<sup>50</sup>:

- Copia de la Historia Clínica<sup>51</sup> del menor (QEPD)
- Copia de Artículo científico ""Encyclopédie Médico-Chirurgicale - E - 26-455-A-10 Rehabilitación en caso de accidente cerebro vascular. Estudio general y tratamiento"
- Copia de requerimiento de fecha 12 de marzo de 2010 suscrito por la Defensoría del Pueblo y dirigido a Saludvida EPS.
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento del menor (QEPD)
- Copia auténtica del certificado de defunción N° 803975557-0, del menor (QEPD). Folio 60.
- Copia auténtica de Registros Civiles de los familiares demandantes.
- Diploma de bachiller técnico en informática, dado en Sincelejo el día seis (06) de diciembre del año 2010, expedido por el Instituto Educativo Para Poblaciones Especiales al menor (QEPD).

---

<sup>49</sup>Concretamente sobre la prueba del daño expone Juan Carlos Henao "*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". 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.*"Ibidem ut supra.

<sup>50</sup> Folios 3 a 84 C.Ppal. y folios 1 a 1792 de los Cuadernos de prueba 1 a 3.

<sup>51</sup>En 1.792 folios.

- Registro fotografías del menor ( QEPD)
- Copia del informe pericial de Necropsia N° 2010010170001000132, emitida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Sincelejo.

Con la **contestación de la demanda** el Hospital Universitario de Sincelejo, aportó al proceso, los siguientes documentos<sup>52</sup>:

- Copia de la historia clínica del menor (QEPD), epicrisis y evolución médica.

Las pruebas decretadas y practicadas por el **Juzgado de conocimiento** consistieron en<sup>53</sup>:

- **Documentales:** Informe rendido por la EPS-SALUDVIDA, sobre la prestación de los servicios médicos de salud, al menor (QEPD).
- **Dictamen pericial:** Informe técnico rendido por el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES SECCIONAL SUCRE, consistente en, análisis de la prestación de los servicios médicos asistenciales al menor (QEPD), conforme al estudio de la historia clínica<sup>54</sup>.

**Testimoniales:** En la audiencia de pruebas celebrada los días 05 de febrero de 2015 y 09 de abril de 2015, se escucharon las declaraciones de ANA GABRIELA CORRALES CARRASCAL, CARMEN CECILIA SALGADO PÉREZ, SILFREDO ARRIETA GONZÁLEZ, CRISTO DE JESÚS BORJA GONZÁLEZ, JULIO RAFAEL GONZÁLEZ SILVA Y JUAN DE DIOS GARCÍA MONTALVO <sup>55</sup>

Con los anteriores medios de prueba, se logran demostrar y toman fundamento los siguientes hechos<sup>56</sup>.

Menor fallecido, 16 de edad, ingresó a las instalaciones de la ESE HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASÍS, servicio de urgencias, el día, **08 de diciembre de 2009**, a las 2:00 pm, diagnosticándole **“DOLOR ABDOMINAL SECUNDARIO DE UNA POSIBLE APENDICITIS AGUDA”**<sup>57</sup>

<sup>52</sup>Folio 139 a 145 C.Ppal. folios 1 a 1792 Cuaderno de anexos 1 a 3. Folios 1 a 620 Cuaderno de anexos 4 y 5.

<sup>53</sup>Decreto y práctica de pruebas en audiencia inicial de fecha 17 de septiembre de 2014 (folio 238 a 242).

<sup>54</sup> Informe técnico que requería, la respuesta de los siguientes interrogantes: *“previo estudio de la historia clínica del menor, informar, 1. Si en el estado actual del avance científico técnico, la medicina puede considerarse como una ciencia exacta y si es previsible o prevenible que un paciente con el cuadro clínico que presenta este, al momento del ingreso al centro nosocomial, el procedimiento empleado en el Hospital Universitario de Sincelejo, fue adecuado para prevenir cualquier hecho que menoscabara su salud, y que buscaba preservar su vida. 2. Que se indique, si el actuar del equipo médico que interviniere en el manejo del paciente en la Institución de Salud referida (HUS), lo realizaron dentro de unas expectativas razonables de lo que era de esperarse de su conducta profesional, tanto en la valoración y terapéutica instaurada. 3. Concepto médico sobre la atención brindada al paciente durante su estancia en el hospital.*

<sup>55</sup> Actas de audiencia escrita y CD-ROM (folios 290-292 y 330 a 333).

<sup>56</sup>Procedimiento de ingreso, atención en urgencias y evolución médica, se observa en la historia clínica que obra a folios 1 a 1792 de los cuadernos 1 a 3 de pruebas y 1 a 5 de los anexos.

<sup>57</sup>Folios 25 a 30 C.Ppal.

Del anterior centro asistencial el menor es remitido al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, donde luego de evaluado, se le ordena practicar cirugía de **“APENDICETOMÍA”**<sup>58</sup>

De la lectura de la epicrisis, se puede observar que, la cirugía practicada al menor, fue realizada dentro de estándares normales, no obstante, también da cuenta la historia clínica, que a **las 9:00 pm**, el anesthesiólogo que intervino en la cirugía es llamado a recuperación, pues el paciente no responde a los llamados, diagnosticándose que había entrado en un **“PARO CARDIORESPIRATORIO”**, llevándose a una nueva intervención médica.

**A las 9:05 pm** el paciente es recibido en cirugía, procedente de recuperación, se procede con las maniobras de reanimación, una vez revertido el paro, es remitido a cuidados intensivos, con diagnóstico de **“INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA, POSREANIMACIÓN DE PARO CARDIORRESPIRATORIO, ENCEFALOPATÍA HIPOXICA ISQUEMIA Y APENDICETOMÍA”**<sup>59</sup>

**A las 9:55 pm** es trasladado a UCI, intubado con soporte ventilatorio.

Hasta aquí, da cuenta la historia clínica sobre el proceso de ingreso, intervención quirúrgica y rehabilitación del menor desde su fecha entrada 8 de diciembre del año 2009, con permanencia el HUS-UCI donde fue valorado por los galenos internistas en las especialidades médicas de **“CARDIOLOGÍA, NEUROLOGÍA, OTORRINOLARINGOLOGÍA y FISIATRÍA”**, interregno comprendido diciembre de 2009 al año 2010, todo este tiempo en periodo de rehabilitación según da cuenta el cronograma de interconsultas (folio 70 y ss, Cuaderno de anexos # 4 ).

A su vez, es importante traer a colación el proceso adelantado por interconsultas, y los conceptos médicos de los galenos tratantes del menor, estando éste en UCI<sup>60</sup>:

| <b>INTERCONSULTA</b>   | <b>FECHA Y HORA</b>       | <b>MÉDICO</b>               | <b>CONCEPTO</b>   |
|--|---------------------------|-----------------------------|---|
| <i>Remisión Unidad San Francisco de Asís- Segundo Nivel- Cirugía General</i> | <i>08/12/09, 12:30 pm</i> | <i>Cesar Medrano Cuello</i> | <i>Dolor abdominal, apendicitis</i>   |
| <i>Remisión a UCI</i>  | <i>08/12/09</i>           | <i>Juan De Dios García</i>  | <i>Paciente valorado por cirugía, quien decide pasar a cirugía para realizar apendicetomía con anestesia raquídea, el procedimiento se realizó sin ninguna complicación, posteriormente se trasladó a sala de</i> |

<sup>58</sup>Ídem 58.

<sup>59</sup>Folio 30 C.Ppal.

<sup>60</sup>Folio 70 y ss, cuaderno de anexos # 4.

|  |            |                          |   |
|--|------------|--------------------------|---|
|  |            |                          | recuperación donde presentó paro cardiorrespiratorio, se asistió por anestesiólogo trasladándose a sala de cirugía donde se estabilizó, se le administró adrenalina, atropina, bicarbonato, se desfibró, en 3 oportunidades ayudado por masaje cardiaco del jefe de enfermería de UCI, el paciente responde con signos vitales SaO2 99%, FC, 154 * min TA: 120/80 mmhg, el paciente necesita ser trasladado a UCI, para sus cuidados postparo secundario, edema pulmonar, (causa desconocida) |
| Valoración por Neurología solicitada por el Dr. Marulanda (28-01-2010) | 29-01-2010 | Dr. Julio González Silva | Se debe garantizar su proceso de rehabilitación cerebral.   |
| Valoración por Neurología-   | 05-02-2010 | Dr. Coneo                | Se solicita revalorar por Neurología para definir estado neurológico y descartar estado vegetativo.   |
| Remisión a rehabilitación  | 05-02-2010 | Dr. Crsito Borja         | En vista de paciente joven con secuelas neurológicas <b>se remite a centro de rehabilitación especializado en estos casos para tratar de mejorar pronóstico</b>   |
| Plan de rehabilitación por Fisiatría                                   | 18-02-2010 | Dr. Arrieta              | se decide remitira centro de rehabilitación... se ordena rehabilitación   |
| Valoración por Otorrinolaringología                                    | 13-03-2010 | Dr Marulanda             | "Por el actual estado neurológico no es posible iniciar proceso de descanulación se solicitan electrolitos séricos, para descartar Hipocalcemia   |
| Rehabilitación   | 23-03-2010 | Dr. Cristo Borja         | "En vista de paciente joven con secuelas neurológicas es valorado por fisiatría, médicos neurólogos e internistas <b>tratan quienes sugieren manejo en centro de rehabilitación para mejorar pronóstico, por lo cual se remite a centro de rehabilitación especializado</b> "   |

También reposa en el expediente el oficio No. DPRS-6009 **fechado 09 de marzo de 2010**, suscrito por el Defensor del Pueblo, dirigido a la EPS SALUDVIDA, solicitando la remisión urgente e inmediata de menor, atendiendo a su cuadro clínico, a un centro médico para rehabilitación integral de IV NIVEL (folio 57, Popal).

En conjunto con la anterior documental, se aprecia en el expediente, el cronograma de las evoluciones médicas del menor, el cual es reiterativo en la consigna de, “**la remisión a un cuarto nivel de asistencia médica**”<sup>61</sup> (folios 18, 21, 24, 29, 38 y 40).

En lo que respecta **al informe rendido por la EPS SALUDVIDA**, decretado como prueba por el Juzgado Noveno, se extrae de éste, que dicha entidad se limitó hacer un recuento normativo sobre el marco funcional de las Entidades Promotoras de Salud, sin absolver los requerimientos del despacho judicial, tendiente al esclarecimiento de las circunstancias en que fue prestado el servicio médico asistencial al menor (QEPD), pues de las autorizaciones que anexan, no se puede colegir con certeza cuales fueron las actuaciones ejecutadas tendientes a la recuperación del menor, desde el mismo momento en que los galenos del Hospital Universitario de Sincelejo, solicitaron las remisiones a un centro especializado de IV NIVEL DE COMPLEJIDAD (informe y anexos, folio 263 a 283).

Con relación al **dictamen pericial decretado**, el Instituto de Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, informó al despacho de conocimiento, “que, para el caso consultado se necesitaba la intervención de peritos externos a esa institución, como quiera que no contaban con peritos médicos anesthesiólogos, neurocirujanos, internistas, y fisiatras, que pudieren resolver los interrogantes planteados en el informe técnico a rendir (folio 287).

En virtud de esto, el Juzgado Noveno procedió a oficiar a la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, y posteriormente al Departamento de Anestesiología y Neurología de la Universidad Nacional de Colombia, sin poder recaudar la prueba consistente informe técnico de especialistas, sobre el estado clínico y la prestación del servicio médico asistencial del menor ÓSCAR DAVID BUELVAS RUEDA<sup>62,63</sup>(QEPD).

Una vez advertidos los medios probatorios obrantes en el proceso, pasa la Sala determinar la existencia del daño y el análisis de la imputabilidad del daño de pérdida de oportunidad atribuido a cada una de las entidades.

- **DE LA EXISTENCIA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN EL CASO CONCRETO**

En el proceso está demostrado el padecimiento de salud presentado por el menor BUELVAS RUEDA, así como el tratamiento, atención y manejo hospitalario que le fue

---

<sup>61</sup>Recomendaciones y solicitudes de los médicos tratantes del menor (QEPD), sobre la remisión del paciente a un centro asistencia especializado, debido al cuadro clínico y deterioro del estado de salud.

<sup>62</sup> Folios 246 y 334 C.Ppal.

<sup>63</sup> Especificaciones del informe técnico, pie de página 58.

dado al mismo por parte del cuerpo médico del Hospital Universitario de Sincelejo, desde su ingreso a la Institución, el día 8 de diciembre de 2009.

Asimismo, esta demostrado en el proceso las ordenes emitidas por los especialistas tratantes del menor, **desde el día 29 de enero de 2010**, en donde consideran de vital importancia la remisión del mismo, a un centro de rehabilitación especializado, como quiera que ello, escapaba de la órbita de atención en salud que podría brindarse en el Hospital Universitario de Sincelejo; orden de la cual, la EPS a la cual se encontraba afiliado el menor tuvo pleno conocimiento.

La remisión nunca se dio, falleciendo el menor, el **12 de agosto de 2010** de conformidad con el registro civil de defunción obrante a folio 60.

Para la Sala, la pérdida de oportunidad del menor BUELVAS RUEDA, se concreta en el quebrantamiento de su expectativa legítima de recuperar su estado de salud, luego del episodio crítico que lo condujo a un paro cardio-respiratorio y a ser internado en UCI, en el hospital universitario de Sincelejo, siendo privado por espacio de 8 meses de los procesos de rehabilitación necesarios para salir o intentar salir del estado clínico en que quedó luego de las maniobras de reanimación que le fueron realizadas por el cuerpo médico del HUS.

En efecto, estima la Sala que si bien en este caso el paciente presentó una desmejora sustancial en su salud, posterior a una intervención quirúrgica de apendicectomía realizada en el HUS, el 8 de diciembre de 2009 y con posterioridad a la intervención presentó paro cardio-respiratorio, siendo internado en UCI, conforme las notas médicas de la historia clínica, el galeno especializado (neurólogos e internistas) ordena la remisión a centro de asistencia de mayor complejidad con el objeto de iniciar proceso de neurorehabilitación y precaver y dar tratamiento adecuado al padecimiento crítico que afectada la salud del menor, el cual si bien, y conforme los testimonios técnicos que obran en el proceso no le hubiesen garantizado el resultado pleno de la recuperación de su salud o evitar el deceso, si es claro conforme dicha prueba testimonial técnica, que hubiese mejorado sus expectativas razonables y legítimas de prolongar su existencia y mejorado sus posibilidades de recuperación.

En apoyo de su inferencia, la Sala resalta el testimonio del galeno JULIO RAFAEL GONZALEZ<sup>64,65</sup>, quien en su atestación, la cual se advierte desprovista de parcialidad o rasgos que afecten su espontaneidad y neutralidad, ilustrando al respecto, lo siguiente:

---

<sup>64</sup> A partir del min. 8:23 audiencia realizada el día 09 de abril de 2015 (acta escrita y CD-ROM folios 333 a 334).

<sup>65</sup> De profesión médico neurólogo, labora con el HUS.

**“PREGUNTA.** *Relato espontaneo de los hechos, importancia de la remisión a un centro de alta complejidad y el tiempo en que debía realizarse.* **Contestó.** *e/ tratamiento después de UCI es fundamentalmente de neurorehabilitación y la neurorehabilitación comienza desde el primer momento en que se le hace diagnóstico a la persona, la neurorehabilitación no solamente consiste en tratar de recuperar las funciones neurológicas tanto mentales, motoras y sensitivas, sino evitar la aparición de complicaciones, evitar las escaras, darle una buena nutrición a la persona, y eso se hace en centros especializados, centros donde hay ese tipo de asistencia.*

*La neurorehabilitación requiere de un grupo interdisciplinario en el que haya neurólogo, rehabilitadores, fisioterapeutas, fisiatra, neurorehabilitadores, enfermeros, y es un sitio en el que las condiciones físicas>logísticas deben ser adecuadas, tiene que ser una cama adecuada con monitoreo permanente y la cama tiene que ser con unas especificaciones tendientes a evitar las complicaciones relacionadas con la escara.* **PREGUNTA.** *Considera usted que si el niño no hubiese demorado esos 8 meses en el hospital y se le hubiese dado ese tratamiento, el niño se hubiese podido recuperar.* **Contestó:** *No sabría decirle, la situación neurológica del niño era bastante delicada, pero lo que podemos decir es lo siguiente, en un centro de rehabilitación especial, donde se evitan las complicaciones, se evita que la persona presente procesos infecciosos, muy probablemente el niño hubiese podido durar más tiempo, el niño perdió mucho peso durante su estancia hospitalaria, seguramente que en un centro de rehabilitación de pronto la rehabilitación cognitiva o de pronto la rehabilitación neurológica es probable que no hubiera dado muestra de mejoría en ese tiempo, pero había que hacerla, precisamente porque el cerebro consta de muchas cualidades, anteriormente se decía que era una estructura estática y que cuando se perdía una función, esa función se perdía de por vida, sin embargo, el cerebro tiene una cualidad que se llama plasticidad neuronal, la cual consiste, en que precisamente las estructuras que están viables del cerebro pueden aprender las funciones de las áreas dañadas... entonces bajo ese precepto siempre hay que trabajar y rehabilitar a la persona hasta que se pueda permanentemente y si es necesario de por vida...porque no vamos a saber si la persona se va o no a recuperar sino se le hace la rehabilitación... y entre más temprano se comience, pues obviamente se van a ver mejores resultados, porque entre más temprano se comience se evitan las deformidades, se evitan las posturas anormales y se evitan vicios que la persona adquiere precisamente por su limitación, entonces entre más temprano se comience la rehabilitación seguramente que se van a ver más beneficios....”*

Ese mismo criterio indicativo se logra extraer de la siguiente prueba testimonial, los cuales se muestra unívocos en exponer de forma clara la necesidad de la remisión del menor a un centro de rehabilitación especializado y los beneficios que ello podría generar en la expectativa de vida del mismo. Véase, entonces

- Declaración del Dr. **SILFREDO ARRIETA GONZÁLEZ**<sup>66-67</sup>

**“PREGUNTA.** *Relato espontaneo de los hechos, importancia de la remisión a un centro de alta complejidad y el tiempo en que debía realizarse.* **Contestó.** *Desde el principio, desde que vimos al paciente, solicitamos que el paciente fuera remitido a un tercer nivel, donde se le brindaran toda la rehabilitación para procesos cognitivos, para el proceso de aprendizaje que él tenía que volver a hacer de nuevo, para la rehabilitación física que necesitaba, nosotros en el hospital no contamos con esos medios y por eso la parte de medicina interna con neurología solicitó insistentemente que el paciente fuera remitido a un tercer nivel donde se le podía brindar esos medios que nosotros no podíamos hacer, nosotros lo teníamos en una*

<sup>66</sup> Declaración a partir del min. 19:03 a 27:24 CD-ROM (folio 294).

<sup>67</sup> Médico internista con especialidad en Cardiología, labora en el HUS.

*cama y se le hacía terapia física de rehabilitación que se hace en el hospital por una terapeuta física pero hasta ahí. (..)*

*Desde el día que hicimos la orden, era porque él la necesitaba... desde el punto de vista de medicina interna, de las escaras que podía tener, eso se podía rehabilitar, las escaras se podían limpiar y hacer un tratamiento mucho más profundo e integral en otro sitio donde hay personas dedicadas única y exclusivamente a eso, el tiempo era ese que nosotros dijimos, desde el momento que lo dijimos era porque teníamos los elementos científicos para decir que el paciente debía remitirse. **PREGUNTA:** Usted considera, que haber hecho la remisión del menor, las probabilidades de vida hubiesen sido mayores. **CONTESTÓ:** De todas maneras la valoración neurológica posterior a todas las series de cosas que se le hubieran hecho en otro sitio, de pronto nos permitirían que se prolongara la vida o por lo menos tuviera mejores condiciones de vida en un futuro, hay una cantidad de aparatos que existen que nosotros no disponemos... pero si hubiéramos hecho el esfuerzo el pronóstico hubiera cambiado realmente."*

- Declaración del Dr. **CRISTO DE JESÚS BORJA GONZÁLEZ**<sup>68,69</sup>

*"**PREGUNTA.** Relato espontaneo de los hechos, importancia de la remisión a un centro de alta complejidad y el tiempo en que debía realizarse. **Contestó.** La solicité como en una o dos ocasiones y la última vez que lo vi, no se había hecho la remisión, uno solicita la remisión, y de la parte logística se encarga la EPS"*

- Declaración del Dr. **JUAN DE DIOS GARCÍA MONTALVO**<sup>70,71</sup>

*"**PREGUNTA.** Relato espontaneo de los hechos, importancia de la remisión a un centro de alta complejidad y el tiempo en que debía realizarse. **Contestó.** Conozco de esa situación, porque yo estaba muy atento, ellos (familiares del menor) tuvieron muchos tropiezos porque el joven permaneció en espera, después que salió de UCI que estuvo en habitación, había que entrar en un programa totalmente de sostenibilidad de todo su ser y organismo. **PREGUNTA.** **Cuales las condiciones del menor. Contestó.** Eso es un gran interrogante que tenemos en el caso que nos ocupa, puesto de que Óscar quedó en esa condición y teníamos que darle la oportunidad para que el pudiera entrar en ese programa de neuro-rehabilitación para salir de su estado y ayudarlo a tener por lo menos una vida aceptable"*

En tal sentido, denota este Tribunal que evidentemente existió una pérdida de la ventaja que con la remisión al centro médico especializado de rehabilitación, se le pudo brindar al menor en sus probabilidades legítimas de recuperar su salud, de la cual, por la ausencia de la misma, se vio absolutamente privado. Y si bien con ello, no es posible concluir que se evitaría su muerte, si es claro que se le despojó de una expectativa seria y real, según el criterio médico antes reseñado, lo que de contera destruyó o frustró su oportunidad.

---

<sup>68</sup> Declaración a partir del min. 19:03 a 27:24 CD-ROM (folio 294).

<sup>69</sup> Médico internista HUS.

<sup>70</sup> A partir del min. 03:55, audiencia realizada el día 09 de abril de 2015 (acta escrita y CD-ROM folios 333 a 334).

<sup>71</sup> Anestesiólogo que intervino en la cirugía de "apendicetomía"

## **- DE LA IMPUTABILIDAD DEL DAÑO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD ATRIBUIDO AL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.**

Estudiadas como se encuentran las circunstancias fácticas en que se desarrolló el procedimiento médico dado al menor Buelvas Rueda (QEPD), encuentra esta Magistratura, por un lado, que la atención Hospitalaria brindada por el Hospital Universitario de Sincelejo, fue adecuada y oportuna, dado que, es personal médico y clínico lo atendió y le realizó los procedimientos recomendados por la ciencia médica para mantenerlo con vida, demostrando en todo momento diligencia y cuidado durante su estancia en el Hospital, aunado a esto, fueron reiterativas y precisas las declaraciones de los galenos, al manifestar, que desde el principio, cuando el menor empezó a tener complicaciones en su salud, requirieron de la EPS, su traslado inmediato a un centro de atención especializada de IV Nivel.

Por lo anterior, para este cuerpo colegiado, no se advierte una acción u omisión entre la actuación desplegada por el HUS, y el daño reclamado en reparación por los demandantes, ante el fallecimiento del menor, pues, tal como lo apreció el A quo, el episodio sufrido por el menor, se dio en la sala de recuperación y no en el procedimiento quirúrgico, lo que lleva a pensar que no fue por causa de la anestesia o de la cirugía practicada que se produjo el evento inexplicable como lo relató el anestesiólogo arriba referenciado<sup>72</sup>, hecho que dicho sea de paso no está probado.

En ese orden, no se sugiere una actuación del Hospital Universitario de Sincelejo que permita atribuirle material y jurídicamente el daño, de cara a la atención médico-clínica y hospitalaria que se le prestó al menor OSCAR BUELVAS RUEDA, y por consiguiente, permita hacerle un juicio de imputación por el daño cuya reparación se pretende, porque no se determina probatoriamente, de que de forma la atención realizada por el HUS le restó la posibilidad real para el paciente de recuperar su salud o preservar su vida.

En virtud de esto, se despachan de manera negativa los argumentos de la EPS SALUDVIDA, en el recurso de apelación, relacionada con la responsabilidad conjunta entre ambas entidades por el daño ocasionado a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del menor OSCAR BUELVAS RUEDA

---

<sup>72</sup> Al respecto, la doctrina contenciosa administrativa ha dicho, “ *la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la ex artis, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho*” CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 18947, C.P. Hernán Andrade Rincón.

## **- . DE LA IMPUTABILIDAD DEL DAÑO PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD A SALUDVIDA EPS.**

Como se advirtió de la lectura misma de la Historia Clínica del menor OSCAR BUELVAS RUEDA, la ficha de evolución médica del paciente, posterior a las cirugías practicadas, los distintos conceptos señalados en interconsulta, pero en mayor medida de las declaraciones rendidas por los galenos tratantes del menor, SALUDVIDA EPS, es responsable por el daño causado a los demandantes por la pérdida de la oportunidad del menor para una recuperación o mejorar sus legítimas expectativas de recuperar su salud.

Y es que, en cada una de las intervenciones de los médicos, se pudo extraer, con suficiente claridad, que éstos, solicitaron la remisión a un centro de alta complejidad a fin de que pudiera comenzar con prontitud el proceso de recuperación y rehabilitación, pues en el Hospital Universitario de Sincelejo no se contaban con los aparatos y los profesionales para ello, siendo negligente la EPS, en autorizar su traslado.

Ahora, la EPS SALUDVIDA, esgrime como argumento en la alzada, el servicio prestado en referencia desde el día 12 de febrero de 2010, señalando un cronograma de clínicas e IPS, a las cuales presuntamente solicitaron la prestación del servicio del paciente sin obtener respuesta positiva al respecto, exponiendo además, que el traslado de los pacientes es responsabilidad de las IPS, y en el momento en que esta no cuente con capacidad técnico científica, o avances tecnológicos para atenderlo o remitirlo, tendrá que, lograr su contra referencia directamente o a través del centro regulador de urgencias.

Indicó también, que las entidades públicas o privadas del sector salud, que hayan prestado la atención inicial de urgencias, deben garantizar la remisión adecuada hacia una institución de grado de complejidad requerida, y la institución referente, será responsable de la atención del usuario o del elemento objeto de remisión hasta que ingrese a la entidad receptora.

En ese orden, para determinar si existe el elemento falla del servicio, es necesario partir de las normas que regulan el tema de la atención en salud y en términos concretos, el tema de la referencia y contra-referencia, en los casos en donde los pacientes requieren de un nivel superior de atención por la complejidad de su estado de salud.

Como marco normativo del tema, encontramos las siguientes regulaciones de obligatorio cumplimiento para los integrantes del sector salud del país (EPS'S e IPS'S):

1. RESOLUCIÓN 5261 DE 1994 DEL MINISTERIO DE SALUD *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*<sup>73</sup>: Este compendio normativo, determina los contenidos de los servicios a cargo del sistema de seguridad social en salud, especificando los diferentes niveles de complejidad, clasificados en IV, encontrándose en el superior, nivel IV o catastróficas, la atención en UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS, y definiendo la remisión como la transferencia del cuidado del paciente a un nivel superior<sup>74</sup>. Se resalta que la paciente fallecida fue diagnosticada con A.C.V Isquémico<sup>75</sup> y por tanto conforme a esta normativa, esta precedente su remisión a la UCI.
2. DECRETO 412 DE 1992 *“Por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones.”*<sup>76</sup>: Como se puede observar, en especial

---

<sup>73</sup> “ARTICULO 28. La Unidad de Cuidados Intensivos es un servicio para la atención de pacientes, adultos o niños, críticamente enfermos, recuperables, con disponibilidad permanente de personal médico especializado en cuidados intensivos, medicina interna y cardiología; personal paramédico con adiestramiento en cuidados intensivos; equipos de ayuda diagnóstica y de complementación terapéutica: electrocardiografía, monitoría cardioscópica y de presión arterial, respiradores de presión y de volumen, gasometría, oximetría, estimulación eléctrica intracardiaca (marcapasos temporales y definitivos) y equipos de desfibrilación, nebulizadores y otros.

ARTICULO 29. . En la Unidad de Cuidados Intensivos se admitirán los siguientes tipos de pacientes:

...

b. DE ORDEN NEUROLOGICO:

...

Accidentes cerebro vascular hemorrágico y oclusivo con signos de hipertensión endocraneana, edema cerebral y que a juicio del médico de la U.C.I., en relación con la historia clínica, edad, estado cardiovascular, complicaciones y patologías concomitantes del paciente, ofrezca posibilidades para su recuperación.

...

ARTICULO 93. REMISION. Es el procedimiento administrativo asistencial mediante el cual se transfiere el cuidado de un paciente de un profesional del área de la salud a otro profesional, un especialista o nivel superior de atención, **con la consiguiente transferencia de responsabilidad por la salud del usuario.**

...

ARTICULO 117. PATOLOGIAS DE TIPO CATASTROFICO. Son patologías CATASTROFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguiente procedimientos:

...

- MANEJO DE PACIENTES EN UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS.

...” (Negrillas para resaltar)

<sup>74</sup> “ARTICULO 93. REMISION. Es el procedimiento administrativo asistencial mediante el cual se transfiere el cuidado de un paciente de un profesional del área de la salud a otro profesional, un especialista o nivel superior de atención, con la consiguiente transferencia de responsabilidad por la salud del usuario.”

<sup>75</sup><https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000726.htm> “A.C.V Isquémico: Un accidente cerebrovascular sucede cuando el flujo de sangre a una parte del cerebro se detiene. Algunas veces, se denomina "ataque cerebral". Si el flujo sanguíneo se detiene por más de pocos segundos, el cerebro no puede recibir nutrientes y oxígeno. Las células cerebrales pueden morir, lo que causa daño permanente. El accidente cerebrovascular isquémico ocurre cuando un vaso sanguíneo que irriga sangre al cerebro resulta bloqueado por un coágulo de sangre”.

<sup>76</sup> “Artículo 2° DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ATENCIÓN INICIAL DE LAS URGENCIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 10 de 1990, todas las instituciones que ofrezcan servicios de salud están obligadas a prestar atención inicial de urgencia independientemente de la capacidad socioeconómica de los solicitantes de este servicio.

Artículo 3° DEFINICIONES. Para los efectos del presente Decreto, adoptanse las siguientes definiciones:

del párrafo del artículo 4, esta norma consagra la obligación de la entidad que atiende la urgencia inicial, hasta que efectivamente sea remitido el paciente y recibido en la entidad del nivel siguiente a la que se remite.

3. DECRETO 1011 DE 2006 *“Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*<sup>77</sup>: Resalta la Sala esta normativa, en donde se garantiza la

---

1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denomínese como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.

4. SERVICIO DE URGENCIA. Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad.

5. RED DE URGENCIAS. Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud.

La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios.

Artículo 4° DE LAS RESPONSABILIDADES DE LAS ENTIDADES DE SALUD CON RESPECTO A LA ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Las responsabilidades institucionales derivadas de la prestación de atención inicial de urgencia estarán enmarcadas por los servicios que se presten, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad que a cada entidad le determine el Ministerio de salud.

Parágrafo. La entidad que haya prestado la atención inicial de urgencia tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento en que el mismo haya sido dado de alta, si no ha sido objeto de una remisión. **Si el paciente ha sido remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que el mismo ingrese a la entidad receptora.** (Negrillas para destacar)

<sup>77</sup> “Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, las Empresas de Medicina Prepagada y a las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud.

...

Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente decreto se establecen las siguientes definiciones:

Atención de salud. Se define como el conjunto de servicios que se prestan al usuario en el marco de los procesos propios del aseguramiento, así como de las actividades, procedimientos e intervenciones asistenciales en las fases de promoción y prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se prestan a toda la población.

Auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención de salud. Es el mecanismo sistemático y continuo de evaluación y mejoramiento de la calidad observada respecto de la calidad esperada de la atención de salud que reciben los usuarios.

Calidad de la atención de salud. Se entiende como la provisión de servicios de salud a los usuarios individuales y colectivos de manera accesible y equitativa, a través de un nivel profesional óptimo, teniendo en cuenta el balance entre beneficios, riesgos y costos, con el propósito de lograr la adhesión y satisfacción de dichos usuarios.

Condiciones de capacidad tecnológica y científica. Son los requisitos básicos de estructura y de procesos que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud por cada uno de los servicios que prestan y que se consideran suficientes y necesarios para reducir los principales riesgos que amenazan la vida o la salud de los usuarios en el marco de la prestación del servicio de salud

Empresas Administradoras de Planes de Beneficios, EAPB. Se consideran como tales, las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado (Administradoras del Régimen Subsidiado), Entidades Adaptadas y Empresas de Medicina Prepagada.

calidad del servicio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y se le impone una serie de obligaciones a sus actores (EPS'S e IPS'S) a fin de que el mismo se preste en las condiciones consagradas en el artículo 3 (Accesibilidad,

---

Prestadores de Servicios de Salud. Se consideran como tales, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los Profesionales Independientes de Salud y los Servicios de Transporte Especial de Pacientes.

Para los efectos del presente decreto se consideran como instituciones prestadoras de servicios de salud a los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud.

Profesional independiente. Es toda persona natural egresada de un programa de educación superior de ciencias de la salud de conformidad con la Ley 30 de 1992 o las normas que la modifiquen, adicione o sustituyan, con facultades para actuar de manera autónoma en la prestación del servicio de salud para lo cual podrá contar con personal de apoyo de los niveles de formación técnico y/o auxiliar.

Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, SOGCS. Es el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos deliberados y sistemáticos que desarrolla el sector salud para generar, mantener y mejorar la calidad de los servicios de salud en el país.

Unidad sectorial de normalización en salud. Es una instancia técnica para la investigación, definición, análisis y concertación de normas técnicas y estándares de calidad de la atención de salud, autorizada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Los estándares de calidad propuestos por esta Unidad se considerarán recomendaciones técnicas de voluntaria aplicación por los actores del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los cuales podrán ser adoptados mediante acto administrativo por el Ministerio de la Protección Social, en cuyo caso tendrán el grado de obligatoriedad que este defina.

Artículo 3°. Características del SOGCS. Las acciones que desarrolle el SOGCS se orientarán a la mejora de los resultados de la atención en salud, centrados en el usuario, que van más allá de la verificación de la existencia de estructura o de la documentación de procesos los cuales solo constituyen prerrequisito para alcanzar los mencionados resultados.

Para efectos de evaluar y mejorar la Calidad de la Atención de Salud, el SOGCS deberá cumplir con las siguientes características:

1. Accesibilidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
2. Oportunidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, **sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud**. Esta característica se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios.
3. Seguridad. Es el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias.
4. Pertinencia. Es el grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, con la mejor utilización de los recursos de acuerdo con la evidencia científica y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales.
5. Continuidad. Es el grado en el cual los usuarios **reciben las intervenciones requeridas**, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada en el conocimiento científico.

...

Artículo 36. Procesos de auditoría en las EAPB. Las EAPB establecerán un Programa de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad de la Atención de Salud que comprenda como mínimo, los siguientes procesos:

1. Autoevaluación de la Red de Prestadores de Servicios de Salud. La entidad evaluará sistemáticamente la suficiencia de su red, el desempeño del sistema de referencia y contrarreferencia, garantizará que todos los prestadores de su red de servicios estén habilitados y que la atención brindada se dé con las características establecidas en el artículo 3° de este decreto.

...

Artículo 37. Procesos de auditoría en las instituciones prestadoras de servicios de salud. Estas entidades deberán establecer un Programa de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad de la Atención de Salud, que comprenda como mínimo, los siguientes procesos:

1. Autoevaluación del Proceso de Atención de Salud. La entidad establecerá prioridades para evaluar sistemáticamente los procesos de atención a los usuarios desde el punto de vista del cumplimiento de las características de calidad a que hace referencia el artículo 3° del presente decreto.

..." (Negritas para destacar)

Oportunidad, Seguridad, Pertinencia y Continuidad) poniendo en cabeza de los actores del sistema la obligación de evaluar de forma permanente el servicio, para que cumpla de manera efectiva y no teóricamente por los anteriores estándares de calidad.

4. DECRETO 4747 DE 2007 *“Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”*<sup>78</sup>:

---

<sup>78</sup> ARTÍCULO 1°. OBJETO. El presente decreto tiene por objeto regular algunos aspectos de la relación entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo.

ARTÍCULO 2°. CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto aplica a los prestadores de servicios de salud y a toda entidad responsable del pago de los servicios de salud. Cuando las entidades que administran regímenes especiales y de excepción suscriban acuerdos de voluntades con prestadores de servicios de salud a quienes les sea aplicable el presente decreto, deberán cumplir con los términos aquí establecidos.

ARTÍCULO 3°. DEFINICIONES. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

a). Prestadores de servicios de salud. Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados;

b). Entidades responsables del pago de servicios de salud. Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales.

c). Red de prestación de servicios. Es el conjunto articulado de prestadores de servicios de salud, ubicados en un espacio geográfico, que trabajan de manera organizada y coordinada en un proceso de integración funcional orientado por los principios de complementariedad, subsidiariedad y los lineamientos del proceso de referencia y contrarreferencia establecidos por la entidad responsable del pago, que busca garantizar la calidad de la atención en salud y ofrecer una respuesta adecuada a las necesidades de la población en condiciones de accesibilidad, continuidad, oportunidad, integralidad y eficiencia en el uso de los recursos.

d). Modelo de atención. Comprende el enfoque aplicado en la organización de la prestación del servicio, la integralidad de las acciones, y la consiguiente orientación de las actividades de salud. De él se deriva la forma como se organizan los establecimientos y recursos para la atención de la salud desde la perspectiva del servicio a las personas, e incluye las funciones asistenciales y logísticas, como la puerta de entrada al sistema, su capacidad resolutoria, la responsabilidad sobre las personas que demandan servicios, así como el proceso de referencia y contrarreferencia.

e). Referencia y contrarreferencia. Conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicos y administrativos que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, **garantizando** la calidad, accesibilidad, oportunidad, **continuidad e integralidad de los servicios**, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago. La referencia es el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, dé respuesta a las necesidades de salud.

La contrarreferencia es la respuesta que el prestador de servicios de salud receptor de la referencia, da al prestador que remitió. La respuesta puede ser la contrarremisión del paciente con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención prestada al paciente en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica.

f). Acuerdo de voluntades. Es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o varias personas naturales o jurídicas. El acuerdo de voluntades estará sujeto a las normas que le sean aplicables, a la naturaleza jurídica de las partes que lo suscriben y cumplirá con las solemnidades, que las normas pertinentes determinen.

ARTÍCULO 17. PROCESO DE REFERENCIA Y CONTRARREFERENCIA. El diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contrarreferencia y la operación del sistema de referencia y contrarreferencia **es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud**, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que **garanticen la disponibilidad y suficiencia** de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones.

Con el fin de **garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención**, es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes.

Así las cosas, el sistema de referencia y contra-referencia, regulado por la normativa antes transcrita y analizada, tiene como fin esencial, lograr una eficiente prestación del servicio entre las diferentes entidades que brindan los distintos niveles de complejidad, a fin de que estas articulen su actuar en pro de que el paciente reciba la atención adecuada al nivel requerido y posea un verdadero acceso a la tecnología, con las características de oportunidad, eficacia, suficiencia, calidad, continuidad e integralidad.

En conjunto con lo anterior, cobra bastante relevancia el tema del **acto médico complejo**, el cual, según la jurisprudencia, involucra no solo el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintitos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, sino que también se refiere a todas aquellas actuaciones previas y concomitantes y posteriores a la intervención profesional que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmine su demanda del servicio actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo<sup>79</sup>.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha expuesto:

*“También debe preverse que el acto y el servicio médico son complejos, como también se anotó, esto implica, que no puede analizarse una parte de la prestación del servicio de manera aislada, **pues el acto médico y el servicio médico son uno sólo, complejo, es decir, compuesto del conjunto de deberes y obligaciones que conllevan la satisfacción de los derechos del paciente.***

*De manera que, se itera, el análisis de los actos y servicios prestados se efectúa como una actividad compleja que no se agota en un solo momento, sino que se desarrolla con un iter en el que se encuentra involucrada tanto la atención previa (o preventiva), el diagnóstico, el tratamiento, como la atención pre y quirúrgica, **la atención post-quirúrgica y el seguimiento, los controles concomitantes y posteriores al tratamiento e intervención, con relación a los cuales la Sala encontró en el sub iudice las falencias anotadas a lo largo de estas consideraciones.***

*Ahora bien, asimismo debe verse que el acto médico complejo abarca también las obligaciones consagradas en la Ley 23 de 1981, especialmente aquellas referidas a la apertura, manejo, custodia, archivo y conservación de la historia clínica, como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso concreto”<sup>80</sup>*

---

**La responsabilidad del manejo y cuidado del paciente es del prestador remitido hasta que ingrese en la institución receptora.** Cuando el transporte se realice en una ambulancia debidamente habilitada, que no dependa de la IPS remitora, la entidad que tiene habilitado el servicio de transporte será responsable de la atención durante el mismo, con la tecnología disponible de acuerdo con el servicio de ambulancia habilitado, hasta la entrega del paciente en la entidad receptora definida por la entidad responsable del pago.

PARÁGRAFO. Las entidades responsables del pago de servicios de salud podrán apoyarse para la operación del proceso de referencia y contrarreferencia a su cargo, en los centros reguladores de urgencias y emergencias, para lo cual deberán suscribir contratos o convenios según sea el caso.” (Negrillas y subrayas para destacar).

<sup>79</sup> PINZÓN MUÑOZ Carlos Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Imputación, Causalidad y Daños”. Tomo I, Editorial Sánchez R. Ltda. Año 2017. Pág. 194 y ss. Citando, Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 1901, 25 de mayo de 2006, exp. 15836 y 28 de septiembre de 2000. Exp. 11405.

<sup>80</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 12 de junio de 2014. C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Radicación número: 68001231500020010273001(29.501). Actor: Alonso Duarte Martínez.. Demandados: Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM.

Pues bien, se puede decir entonces, que el servicio a la Salud, encarna un procedimiento integral, de donde se deduce, que en cualquiera de sus espacios (etapas de asistencia) puede producirse un error y con ello la falla de la administración (la cual puede ser asistencial o administrativa).

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, no puede dejarse de lado, que en tratándose de la atención en salud de una persona, nos encontramos en presencia de un derecho fundamental consagrado en nuestra carta política a través del artículo 46, manifestando de manera concreta, en ser un servicio que se presta a toda persona, garantizando el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud, y como deber primordial del Estado de dirigir y reglamentar la prestación de servicios a los habitantes de todo el territorio colombiano, de conformidad a los postulados y principios constitucionales.

Derecho que toma especial relevancia, si se tiene en cuenta los casos donde se encuentra involucrado un menor de edad, tal como acontece en esta oportunidad, pues el artículo 44<sup>81</sup> superior, establece claramente que el derecho a la salud de los niños es un derecho de carácter fundamental así como la vida, la integridad física, la seguridad social y el derecho a recibir cuidado y amor. Dispone que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. También señala que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Esta norma también dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; igualmente señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, la Convención Americana sobre derechos humanos en su artículo 19 establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Y a su vez, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 8°, señala también lo que se

---

<sup>81</sup> “**ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños:** la vida, la integridad física, **la salud y la seguridad social**, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás

entiende por “*interés superior del niño, niña y adolescente*” y en el 9º la “*prevalencia de los derechos del niño, niña y adolescente*”. En el artículo 27 desarrolla “el derecho a la salud”, haciendo un análisis especial sobre la salud integral; en el 36 se habla sobre “*los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad*” y finalmente en el 46 se precisan las “obligaciones especiales del sistema de Seguridad Social en Salud” para los niños, niñas y adolescentes con anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad.

Así las cosas, y como ha sido reiterada en jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, se puede apreciar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, lo que quiere decir que tratándose de menores no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental. Igualmente que requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados. Sobre este punto se ha expresado la H. Corte Constitucional en Sentencia T-439 de 2007, señalando que:

*“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”.*

La jurisprudencia también ha señalado que los servicios de salud que requieran los niños, en la sentencia SU-225 de 1998, se realizó un análisis sobre la protección especial de los derechos de los niños en especial en lo que hace a la salud, estableciendo que el artículo 44 Superior dispuso:

*“Que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”.*

En extenso precedente jurisprudencial, la Corte Constitucional ha indicado que dentro del marco de protección constitucional privilegiada, se encuentran los derechos fundamentales de los niños, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho dada la situación de debilidad, vulnerabilidad e indefensión en que está inmersa la población infantil, a la cual se debe otorgar amparo especial en garantía de su desarrollo armónico integral. Ello a su vez encuentra fundamento, en el deber del Estado porque ese crecimiento y desarrollo integral desde los distintos aspectos

existenciales, como físicos, psicológicos, afectivos, intelectuales y éticos sean protegidos de cualquier arbitrariedad, propiciando un ambiente favorable para el desarrollo de su personalidad que permita la formación de seres libres, en lo posible felices y útiles a la sociedad.

A su turno, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-325 de 2008, entendió que el derecho a la salud, al estar consagrado constitucionalmente como un servicio público y un derecho asistencial, era uno de aquellos que para ser objeto de protección a través del mecanismo de tutela era necesario que su desconocimiento conllevara a su vez, a la amenaza o violación de un derecho fundamental, para así ser protegido o amparado en uso propio de la figura de la conexidad, posición esta que a su vez ha evolucionado y que en la actualidad a la luz de la sentencia T-760 de 2008 de la misma corporación, hace que la salud sea, en ciertas condiciones, **un derecho fundamental de forma directa**, aplicando para ello el principio de progresividad de los derechos sociales, y los propios principios del sistema general de seguridad social en salud, como lo es la integralidad de la atención en salud.

Frente a lo anterior, es de recalcar que la misma Corte Constitucional en sus múltiples fallos de revisión, ha sostenido que una de las manifestaciones del derecho fundamental a la salud es el recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como el definido en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. De allí, que cada vez que se niegue un servicio, tratamiento o un medicamento señalado o no en el POS esté frente a una presunta violación del derecho fundamental a la salud, su verificación y posterior resolución corresponde al juez de tutela.

Además, la protección del derecho a la salud consagrada en el ordenamiento constitucional, se complementa con la normativa internacional adoptada por Colombia, como lo es dentro del sistema universal de derechos humanos el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su párrafo 1 que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; ...”*

De igual manera, en el sistema interamericano de derechos humanos, encontramos una norma que consagra y reglamenta el derecho en estudio, como lo es el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que contiene una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud, en donde se establece las obligaciones de los Estados partes sobre el tema, así:

*“Artículo 12*

- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*
- 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*
  - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
  - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*
  - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”*

A lo anterior, se suma que el derecho a la seguridad social hace referencia a los medios de protección institucional para amparar a la persona y a su familia frente a los riesgos que atenten contra la capacidad de estos para generar los ingresos suficientes a fin de gozar de una existencia digna y enfrentar contingencias como la enfermedad, la invalidez o la vejez, frente a lo cual la Constitución Política establece que es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como la salud se convierte en un derecho no solo de rango constitucional, sino que toma amplitud en el amparo de normas de carácter internacional, por sus características especiales e importancia que tiene su eficaz cubrimiento.

Por ello, los servicios de salud deben propender por la materialización del principio de atención integral, en el entendido de que no solo se atiende a lo preceptuado por la norma superior sino que se ha regulado en conjunto con las normas de la seguridad social, tales como el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, la que enuncia el principio en estudio, de la siguiente manera:

*“El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.*

De igual forma, el literal c del artículo 156 de la misma ley dispone:

*“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud.”.*

Así las cosas, se concluye de este análisis que las normas ya estudiadas sobre el tema concreto de la referencia y contrareferencia, y las normas generales de la atención en

salud como derecho fundamental, **establecen que se debe GARANTIZAR**<sup>82</sup> una atención adecuada al nivel de complejidad requerido.

Por lo anterior, no es solo hacer lo posible para que se materialice la remisión a un nivel superior, cuando se requiere, sino **asegurarlos, tener certeza y seguridad** de que va a ocurrir, en otras palabras, **materializar la referencia a la atención adecuada en salud**, pues nos encontramos en casos como el estudiado, frente a una persona de especial protección constitucional (menor de edad) que padecía una grave afrenta en su estado de salud, y por este hecho y por su edad poseía una garantía reforzada al encontrarse en estado de debilidad manifiesta.

En tal sentido, es claro que, existe una omisión de la EPS SALUDVIDA, a la hora autorizar con prontitud el traslado del menor Óscar David Buelvas Rueda a un centro especializado de alta complejidad, pues a pesar de las diferentes solicitudes de remisión por parte de los médicos tratantes, se hizo caso omiso en el tiempo durante el cual según las mismas declaraciones, si se hubiesen realizado las remisiones con la agilidad que requería el caso, el paciente podía salir de su estado y podría tener por lo menos una vida aceptable, luego entonces la tardanza, le ocasionó, la pérdida de un evento favorable respecto de las probabilidades legítimas de recuperación de su estado de salud.

Así las cosas, comparte este Tribunal las apreciaciones del *a quo*, respecto a la responsabilidad de la EPS SALUDVIDA, por la pérdida de la oportunidad que se le destruyó al menor de recuperarse, habida cuenta, que la víctima duró interna en el hospital por más de 8 meses, sin recibir la rehabilitación, la cual se reitera “fue solicitada en varias oportunidades por los médicos tratantes” sin recibir respuesta alguna, lo cual muestra que el generador del daño es la omisión directa de la entidad, lo cual permite desde el punto de vista material o fáctico imputarle el daño.

Ahora desde el punto de vista jurídico, es evidente como se citó líneas anteriores, que se desconocieron claros mandatos o contenidos normativos obligacionales relacionados con la adecuada, oportuna y eficiente prestación del servicio público del salud, por parte de la EPS, los cuales conducen a que deba responder por el daño irrogado, consistente en la pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento de rehabilitación acorde con la afección presentada por el menor BUELVAS RUEDA.

---

<sup>82</sup> El Diccionario de la Real Academia Española nos define este término como “Dar garantía”. Ver <http://lema.rae.es/drae/?val=garantizar>

A su vez garantía como “Efecto de afianzar lo estipulado.” “Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.” “Seguridad o certeza que se tiene sobre algo.” “Derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos.” “Que ofrece confianza.”

Como corolario de lo anterior, resulta claro para esta Sala que el daño es imputable a la EPS SALUD VIDA, al no materializar de manera oportuna la remisión del paciente, en este caso el menor de edad OSCAR DAVID BUELVAS RUEDA, por obviar la ejecución de órdenes médicas como se dejó dicho en líneas precedentes, lo que constituyó claramente la causa jurídica del daño causado, dado que se privó al mencionado paciente de recibir un tratamiento oportuno, continuo, integral, accesible, disponible y suficiente, tal como lo regulan las normas de referencia ya estudiadas.

Por lo expuesto, se confirmará en este punto, la responsabilidad patrimonial de la EPS SALUDVIDA.

- **ANÁLISIS DE PERJUICIOS RECURRIDOS EN LA ALZADA DE LA PARTE ACTORA. PERJUICIOS DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE LA VÍCTIMA DIRECTA.**

Entrando a la revisión de la indemnización de los perjuicios recurridos por la parte demandante en la alzada, es menester precisar en primera medida que, cuanto este tipo de eventos se presenta (daño autónomo por pérdida de la oportunidad) el daño está representado en la pérdida de la posibilidad u oportunidad misma, y no en la frustración de la ventaja o beneficio esperado o en la reparación del sufrimiento finalmente acaecido, luego entonces, lo que buscaba obtener o evitar la víctima a pesar no poder ya conseguirse como consecuencia de la falta del agresor, no representa el perjuicio a indemnizar. Puesto que lo pedido en estos casos, es la posibilidad de obtener esa ventaja o beneficio o evitar la pérdida que será lo que se deba tener en cuenta al momento de fijar el valor de la reparación.

En ese orden, la medida del resarcimiento no estará dada por el valor de la situación final presentada (fallecimiento) sino por la mayor o menor probabilidad que tenía la víctima de que se evitara el sufrimiento padecido<sup>83</sup>.

Por lo anterior y tal como lo apreció el Juez de primera instancia, el juez deberá acudir al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998— y proceder a imponer la condena, teniendo en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños.

---

<sup>83</sup> GIRALDO GÓMEZ Luis Felipe “La Perdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil”. Universidad Externado. Primera Edición. Año 2011. Pág. 244 y ss.

En ese caso, le asiste razón al A quo, al establecer la condena en 50 S.M.L.M.V., por concepto del daño consistente en la pérdida de oportunidad, para sus padres, y para sus hermanos y abuelo por ese mismo concepto, la suma de 25 S.M.L.M.V. pues como se advirtió, el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del menor, sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y tratar de sobrevivir, motivo por el cual se confirmará en este punto el numeral tercero y cuarto de la sentencia venida en alzada, pues el Juez de primera instancia aplicó de manera debida la línea jurisprudencial existente sobre el caso particular<sup>84</sup>.

- **Del análisis de los Perjuicios morales reconocidos.**

En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, es clara la jurisprudencia contencioso administrativa al tasar su valor, de conformidad al el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad, luego entonces, lo que se indemniza, es la probabilidad de recuperación de su padecimiento. Lo que se traduce en la congoja producida por haber perdido la oportunidad de que el tratamiento le conservara o mejorara sus condiciones de vida.

Por lo anterior, no existe razón para revocar en algún punto la codena establecida por el A quo respecto a este tipo de indemnización, por lo tanto se confirmará el numeral QUINTO de la sentencia apelada.

Misma suerte correrá el punto de la indemnización de perjuicios por daño a la vida en relación<sup>85</sup>, pues, este perjuicio se deriva de un derecho subjetivo, luego entonces no puede estudiarse en el caso de marras, pues la víctima directa se encuentra fallecida, amen que no existe prueba para reconocer perjuicio diferente al moral, como lo será para las víctimas de rebote un daño a un bien jurídico constitucional y convencionalmente protegido. Por lo tanto se confirmará su negativa

**CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad de los recursos interpuestos se abstendrá la Sala de imponer condena en constas en esta instancia.

---

<sup>84</sup> CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia del 11 de agosto de 2010. C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ.

<sup>85</sup> Sin considerar, además que dicho concepto fue remplazado por el perjuicio de daño a la salud y que solo sería posible bajo dicho título, el reconocimiento a la víctima directa. Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Asimismo, CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Sentencia del 25 de febrero de 2016. Expediente No. 680012331000200601051-01839347).

### 3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia del 31 de octubre de 2016, proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, por las consideraciones realizadas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI". Las copias que se soliciten de los fallos de primera y segunda instancia, se tramitarán por la secretaría del Juzgado de primer grado.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala conforme consta en el acta No. 044

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**

Con impedimento