

13001-33-33-012-2014-00116-01

Cartagena de Indias D. T. y C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-33-012-2014-00116-01
Demandante:	REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS benri1980@hotmail.com beilo7@hotmail.com
Demandado:	EPS MUTUAL SER ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Actuación:	SENTENCIA DE SEGUNDA INTANCIA
Magistrado Ponente:	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Tema:	FALLA MÉDICA/RETARDO/PÉRDIDA OPORTUNIDAD

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 001 de esta Corporación, a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el veintinueve (29) de abril del dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; luego de ser derrotada la Ponencia del Dr. ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS, Magistrado Sustanciador del Despacho N° 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar.

III. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

Pretenden los actores lo siguiente (se transcribe):

“Primera.- Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la EPS MUTUAL SER, ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLÍVAR, ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE BOLÍVAR, CENTRO DE REGULACIÓN Y URGENCIA DE BOLÍVAR (CRU), SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR Y AL DEPARTAMENTO



13001-33-33-012-2014-00116-01

DE BOLÍVAR, los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte del niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA, ocurrida con fecha 18 de febrero de 2013, en el Municipio de San Jacinto, Departamento de Bolívar, como consecuencia de la negligencia médica y defectuoso funcionamiento en la prestación de los servicios médicos.

Segunda.- Condenar a la EPS MUTUAL SER, ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLÍVAR, ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, EL CENTRO DE REGULACIÓN Y URGENCIA DE BOLÍVAR (CRU) Y AL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a pagar a cada uno de los demandantes, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades:

* En la modalidad de daño emergente en cuantía de dos millones ochocientos mil pesos (\$2.800.000).

* En la modalidad de lucro cesante el valor que resultare de la multiplicación del salario mínimo del año en que el finado cumplía la mayoría de edad por el tiempo determinado como promedio de vida.

* Que se reparen íntegramente de forma patrimonial los perjuicios morales a los demandantes a raíz de la muerte del niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA en cuantía de quinientos ochenta y nueve millones quinientos mil pesos (\$589.500.000), equivalentes hoy día a mil smmlmv.

* Que se reparen íntegramente de forma patrimonial los perjuicios por el daño en la vida de relación de los demandantes a raíz de la muerte del niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA, hijo, hermano y nieto de los demandantes en cuantía de CIENTO ONCE MILLONES NOVECIENTO MIL PESOS (\$111.900.000)

1.2. Hechos.

Fueron narrados los siguientes (se transcribe):

"1- El día 18 de febrero de 2013, siendo las 8:30 p.m. el niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA, se cae de un árbol de aproximadamente dos metros de altura y es llevado por sus padres al hospital local de San Jacinto Bolívar, el cual fue ingresado por urgencia y atendido por el cuerpo médico del hospital en mención.

2 – El niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA estaba solo en la habitación y sin recibir valoración médica.

3 – En la ESE Hospital Local de San Jacinto Bolívar no había ambulancia.

4 – La ESE Hospital Local de San Jacinto Bolívar no llamó a la EPS MUTAL SER para solicitar una ambulancia.

5 – En el Departamento de Bolívar no había cama disponible para recibir al niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA.

6 – La ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno se negaba a prestar la ambulancia.

7 – El niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA requería de remisión vital.

8 – El niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA muere por falta de atención médica.

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9





13001-33-33-012-2014-00116-01

9 – El niño *CRISTIAN CARO PEÑALZOA* era afiliado al régimen subsidiado en salud, a través de la *EPS MUTUAL SER*.

10. Se me ha conferido poder para iniciar la presente acción.
(....)”

2. CONTESTACIÓN.

2.1. Asociación MutuaL SER EPS.

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto invocó la excepción denominada “carencia de legitimidad por pasiva”, basada en que el Hospital Local de San Jacinto y el Hospital Local de San Juan Nepomuceno (contratistas), se encuentran habilitados para la prestación de servicios de salud; por lo que se afirmó en la defensa que la entidad, la Asociación MutuaL, no es la persona jurídica llamada a responder por la presunta negligencia médica o falla en el servicio dentro del presente asunto, toda vez que las personas jurídicas asistenciales enlistadas en la demanda son autónomas en la prestación del servicio de salud contratados y en contratar a sus profesionales de la salud.

Formula la “carencia de fundamentación de las pretensiones económicas” toda vez que no tienen fundamento, no existe estimación razonada de la cuantía, pues no se demuestran o motivan las consideraciones que resuelvan o conlleven a establecer que las cuantías establecidas en la demanda, corresponden a la realidad.

2.2. Departamento de Bolívar.

Se opuso a las suplicas de la demanda.

Formula la “falta de legitimación en la causa por pasiva” por cuanto si bien puede afirmarse que la Nación, los departamentos, los municipios y los servicios seccionales de salud hacen parte del Sistema Nacional de Salud, que fue reorganizado por la Ley 100 de 1993 y 643 de 2001, para los efectos de la responsabilidad patrimonial que puede derivarse de la prestación del servicio médico, se requiere que el daño por el cual se reclama sea imputado a una acción u omisión de la entidad demandada; es decir, que esta ha debido tener una relación directa con el hecho que sirve de sustento a las pretensiones; no obstante, la parte actora, no atribuye conducta alguna al Departamento de Bolívar, puesto que la falla del servicio que

13001-33-33-012-2014-00116-01

predica, se refiere exclusivamente a la atención médica que recibió el menor en la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO.

Asegura que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO es una entidad con categoría especial de entidad pública descentralizada del orden municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y fue la entidad que prestó el servicio y por ende la llamada a responder en el evento de lograrse probar la falla del servicio.

Propone la inexistencia del nexo causal basándose en que, para el caso de marras, el daño antijurídico es la muerte del menor y ese no se produjo a causa de la actuación u omisión del Departamento de Bolívar.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia del veintinueve (29) de abril del dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones de mérito planteadas por la demanda ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS.

SEGUNDO: Declarase patrimonial, administrativa y solidariamente responsables a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLÍVAR, a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO y a la ASOCIACIÓN MUTAL SER ESS EPSS, por la pérdida de oportunidad del niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA, ocurrida el día 18 de febrero de 2013, de acuerdo a lo expuesto en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénese a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO y a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPS, a pagar de manera solidaria a los demandantes los siguientes conceptos:

A título de pérdida de oportunidad, a favor de los señores REGULO MIGUEL CARO VIANA e INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES, la suma equivalente en pesos a 50 SMLMV, para cada uno de ellos, y en favor de YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA, MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA, OLGA MARINA REYES DE PEÑALOZA y REGULO MIGUEL CARO CARO, la suma equivalente en pesos a 25 SMLMV, para cada uno de ellos.

A título de perjuicios morales, a favor de los señores REGULO MIGUEL CARO VIANA e INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES, la suma equivalente en pesos a 30 SMLMV para cada uno de ellos, y a favor de YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA, MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA, OLGA MARINA REYES DE PEÑALOZA y

13001-33-33-012-2014-00116-01

REGULO MIGUEL CARO CARO, la suma equivalente en pesos a 15 SMLMV para cada uno de ellos.

CUARTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda. (...)"

En el caso concreto se encontró demostrado el daño antijurídico materializado en la muerte del menor CRISTIAN CARO PEÑALOZA.

Dentro del análisis de imputación consideró que las circunstancias que rodean el caso permiten la aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada pues si bien, en el asunto no se puede afirmar con total certeza que el hecho de no haber trasladado oportunamente al paciente antes de su deceso, habría tenido la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de las entidades demandadas erigiéndose como causa eficiente de la muerte del niño CRISTIAN CARO.

Asegura que lo que sí resulta claro, es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público, y aunque tampoco existe certeza de que aun si la administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado la salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es, con la diligencia y oportunidad necesaria, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse y sobrevivir.

Concluyó que el retardo de la entidad (ESE HOSPITAL DE SAN JACINTO) le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, destacando que la víctima permaneció en las instalaciones por lo menos 10 horas, sin que existiera prueba de la aplicación de las valoraciones neurológicas adecuadas y sin que se hubiese producido el traslado a un centro asistencial de mayor complejidad ante la imposibilidad de contar con equipos y medios para aplicar con total precisión los controles neurológicos.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Asociación Mutual SER ESS EPS – S

13001-33-33-012-2014-00116-01

Acusa la sentencia por error en la valoración probatoria, en tanto no tuvo en cuenta las pruebas que aportó y el mismo juzgado ordenó en la audiencia inicial.

Aduce que el juzgado se refirió tangencialmente a los contratos de prestación de servicios de salud que suscribió con los centros asistenciales para endilgarle responsabilidad, pero ignoró el Sistema de Referencia y Contrareferencia y la Red de Prestadores de Servicios de Salud que Mutual SER presentaba en el Departamento de Bolívar para la fecha del deceso del menor Cristian Caro, amén de las habilitaciones que los centros asistenciales de San Juan Nepomuceno y San Jacinto ostentaban en el año 2013; omisión que no resulta casual, pues evidentemente le lleva a silogismos errados.

Asegura que se equivoca el *a quo* al exonerar al centro regulador de urgencias (CRUE) del Departamento de Bolívar y condenar a la Asociación Mutual SER, pues a aquel le hicieron varios llamados telefónicos, tanto el 18 como el 19 de febrero del 2013 y dichos requerimientos están en la histórica clínica, mientras que a la Mutual SSER no se le informó la necesidad de la remisión a un centro de mayor complejidad.

Achaca error a la sentencia por haber concluido que la Asociación Mutual SER debe responder por las actuaciones de los centros asistenciales demandados, a lo que agrega que se debe tener en cuenta que ni el Hospital de San Jacinto, ni el de San Juan Nepomuceno activaron el sistema de Referencia y Contrareferencia implementado por la Mutual SER.

Informa que la MUTAL SER si cuenta con procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y que los contratos de prestación de servicios de salud que sirvieron al juzgado para enrostrar responsabilidad a MUTAL SER suscritos con el Hospital de San Juan y con el Hospital de San Jacinto no fueron revisados integralmente pues ellos consagran unas obligaciones taxativas para los centros asistenciales, que obedecen a lineamientos legales en materia de salud; de donde emerge que era obligación del contratista disponer e implementar el manual o protocolo de referencia y contrareferencia.

Que aun cuando la MUTUAL SER contaba con una amplia red de prestadores de servicios que permitían garantizar la remisión del afiliado CRISTIAN CARO a un centro asistencial de mayor complejidad, según lo aceptan los propios demandantes, el cuerpo médico no fue capaz de

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



13001-33-33-012-2014-00116-01

llamar a la EPS MUTUAL SER donde se encontraba afiliado el menor ni al Hospital de el Carmen de Bolívar, que era administrado por Mutual SER.

Sostiene que Mutual SER si tenía implementados los procedimientos eficaces para el manejo de la urgencia, tanto así que el servicio de ambulancia se encontraba incluido en el Sistema de Referencia y Contrareferencia. Que no hayan sido activados por los centros asistenciales es otro asunto.

Aclara que al no tener noticia alguna de lo que acontecía con su afiliado, MUTAL SER nada podía hacer para gestionar la ambulancia y el traslado de urgencias a un sitio de mayor complejidad.

Finalmente insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva en tanto no existe reproche alguno que hacer a la Asociación Mutual SER, tanto así que es la propia parte actora la que informo que a Mutual SER no se le informó del requerimiento de ambulancia.

4.2. Hospital Local de San Juan Nepomuceno.

Acusa que la relación de causalidad determinada por el *a quo* no es del todo clara y evidente ya que la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO no fue la institución prestadora del servicio a la cual llegó el menor accidentado; no le correspondió prestarle el servicio; no llegó a sus instalaciones necesitando atención; a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO solo se le solicitó él envió de una ambulancia para trasladar al menor a un centro de mayor complejidad.

Aclaró que la entidad obligada a cumplir los protocolos médicos establecidos para este tipo de casos era la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, entidad que según consta en el expediente, en virtud del reporte médico aportado, incumplió a lo estipulado, ya que se menciona un aumento en la cefalea a pesar del analgésico, lo cual es signo de hematoma y requiere remisión a un centro asistencial de mayor complejidad, sin embargo, según se constata en el expediente omitieron dicha actuación.

Por otro lado, destaca que la historia clínica deja consignado que se solicitó la ambulancia a las 4:50 a.m., la cual llegó a las 6:00 a.m., lo cual demuestra que efectivamente la ambulancia le fue enviada.

4.3. Hospital Local de San Jacinto Bolívar.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020

13001-33-33-012-2014-00116-01

Se cuestiona que se haya despachado la condena “única y exclusivamente” con base en el informe presentado por la jefatura de la Unidad Básica El Carmen de Bolívar del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que está conformado solo por dos folios (353 al 354 del expediente) provenientes de una prueba trasladada que sirve de investigación en un proceso penal.

Se desconocieron en el proceso de valoración probatoria los criterios de la sana crítica, conllevando a un error de hecho por falso juicio de raciocinio, al declarar judicial una verdad teniendo en cuenta una prueba que no es idónea. Sugiere que la prueba idónea era la prueba pericial y no la prueba por informe.

Critica el informe en tanto no se identifican las personas que lo realizan, no es claro y preciso y tampoco se presentan los documentos que le sirven de fundamento, con los que se acredita la idoneidad y la experiencia de ellos, su profesión u oficio.

Aduce que el informe es arbitrario porque excedió los límites de su objeto, ya que se extralimitaron al expresar que la atención médica brindada no fue oportuna, adecuada ni esperada para el tipo de caso, y cuando lo firmaron sentenciaron que era clara la dilación de la remisión con compromiso de la responsabilidad administrativa hospitalaria y del CRU “(ellos no son jueces)”.

También arguye que no existiendo prueba que demuestre a ciencia cierta que hubo negligencia por parte de la demandada (ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLIVAR) en lo referente a la pérdida de la oportunidad de recuperar la salud y sobrevivir, se debe absolver de responsabilidad.

Finalmente, señala que existe una nulidad por falta de integración del contradictorio al no vincular a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, dado el estado de inconstitucionalidad de cosas del sector salud a nivel nacional.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



13001-33-33-012-2014-00116-01

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada propuestas.

V. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

Es menester precisar, que el proceso fue recibido del Despacho No. 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, por haber sido sometido a Sala de Decisión No. 001 el 18 de agosto de 2020 con ponencia del Magistrado Dr. Roberto Mario Chavarro Colpas, en la cual fue derrotada la ponencia por parte del resto de integrantes de la Sala, esto es los Magistrados José Rafael Guerrero Leal y Luis Miguel Villalobos Álvarez.

Correspondiéndole entonces este asunto, al Magistrado José Rafael Guerrero Leal, se percata de una situación constitutiva de impedimento, señalada en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P., aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 130 del CPACA; y es por haber desplegado actuaciones cuando fungía como Juez Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, pues admitió la demanda. No obstante, el impedimento referido se declarará infundado, puesto que con dicha decisión no puede considerarse afectada la autonomía e imparcialidad que le concierne al Magistrado, dado a que no ha emitido un pronunciamiento de fondo.

2. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3. ASUNTO DE FONDO

3.1. Problema jurídico.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Con fundamento en los argumentos expuestos por las entidades demandadas en sus recursos, corresponde a esta Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Si la muerte de la menor CRISTIAN CARO PEÑALOZA resulta o no imputable a negligencia médica hospitalaria y quien debe responder, o si le asiste razón al a quo en el sentido de decantar la pérdida de la oportunidad?

Como problema jurídico asociado, será necesario determinar lo siguiente:

¿Dentro de las relaciones existentes entre las EPS'S y las IPS'S, a cuál de las dos entidades le corresponde velar por la materialización del Sistema de referencia que garantice una atención adecuada a un nivel superior, cuando es requerida por un paciente?

3.2. Tesis

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que consideró que al menor CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA se le truncó una expectativa legítima de sobrevivida; de modo que no es posible imputar responsabilidad por su muerte, sino por la pérdida de oportunidad de sobrevivir; no obstante, se REVOCARÁ el numeral primero del fallo apelado, y en su lugar se declarará probada la falta de legitimación en la causa por pasiva desde el punto de vista material de la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPS'S y de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, pues la falla del servicio consistente en la deficiente atención de urgencia que despojó al menor de un chance, según lo probado, le es imputable a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y AL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE SALUD – CRUE; lo cual impone modificar los numerales dos y tres del fallo de primera instancia.

Adicionalmente, la condena se limitará al reconocimiento del perjuicio inmaterial, esto es el perjuicio moral, el cual se efectuará conforme al 50% del monto de lo reconocido en los casos que para la muerte ha tasado la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Elementos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9

13001-33-33-012-2014-00116-01

El Régimen constitucional vigente establece una cláusula general de Responsabilidad Patrimonial del Estado, consagrada en el inciso 1º del artículo 90 Superior, que a la letra dice:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.”

De la norma en cita, se concluye que son dos los elementos que estructuran la responsabilidad administrativa: (i) La existencia de un daño antijurídico; (ii) La imputabilidad de ese daño a una acción u omisión de una autoridad pública.

Sobre los elementos de la Responsabilidad Estatal, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

“Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.”¹

En este orden de ideas, la responsabilidad del Estado procederá única y exclusivamente cuando concurren los dos elementos antes citados.

Ahora bien, en la decisión antes citada, la jurisprudencia define el elemento Daño de la siguiente forma:

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura - , y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.”

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Magistrado Ponente Enrique Gil Botero. Expediente No. 22163.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Por su parte, la jurisprudencia ha definido la imputabilidad de la siguiente manera:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).”²

De igual forma, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo ha dicho:

“Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”.³

En consonancia con lo expuesto por la Jurisprudencia Nacional, la imputabilidad se debe analizar desde dos orbitas, la primera desde un ámbito de imputación material (imputación fáctica), entendida como la atribución del resultado dañoso a una acción u omisión del Estado, y la segunda desde un ámbito jurídico (imputación jurídica), en el sentido de que la imputación abarca el título jurídico en el que encuentra fundamento la responsabilidad Administrativa endilgada, esto es la falla en el servicio, el riesgo excepcional o el daño especial.

Así las cosas, y de acuerdo al mandato establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponde a la víctima demostrar, para obtener la declaratoria de responsabilidad estatal, lo siguiente: (i) La existencia de un daño antijurídico, esto es aquel que no se está en el deber de soportar; (ii) Que la ocurrencia de ese daño sea atribuible o imputable a la acción u omisión de una autoridad pública; en este aspecto, el demandante deberá demostrar que materialmente el daño ocurrió por la acción u omisión del Estado, siendo deber del juez analizar, en virtud del principio *iura novit curia*, cuál es el título de imputación aplicable al caso concreto.

4.2 De las reglas probatorias aplicables en responsabilidad médica y su estado actual a la luz de la jurisprudencia.

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de mayo de 2011. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Expediente No. 20097.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 2020.

13001-33-33-012-2014-00116-01

La construcción primigenia de la jurisprudencia estuvo orientada por el estudio de la responsabilidad estatal bajo un régimen subjetivo de falla probada del servicio. En este primer estadio, correspondía al demandante aportar la prueba de la falla del servicio para la prosperidad de sus pretensiones, pues, al comportar la actividad médica una obligación de medio, no bastaba la sola existencia del daño para presumir la falla del servicio de la administración⁴

A partir del segundo semestre de 1992, la Sala acogió el criterio, ya esbozado en 1990⁵, según el cual los casos de responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgarían de manera general bajo un régimen subjetivo, pero con presunción de falla en el servicio. En ese segundo momento jurisprudencial se consideró que el artículo 1604 del Código Civil⁶ debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica⁷. Esta postura se fundamentó en la capacidad en que se encuentran los profesionales de la medicina, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos⁸.

Seguidamente, en una sentencia del año 2000, se cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla en el servicio y se postuló la teoría de la carga dinámica de las pruebas, según la cual el juez debe establecer en cada caso concreto cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia, pues no todos los debates sobre la prestación del servicio médico tienen implicaciones de carácter técnico o científico. En estos términos se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, rad. 6253, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 14 de febrero de 1992, rad. 6477, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6255, M.P. Julio César Uribe Acosta; sentencia de 26 de marzo de 1992, rad. 6654, M.P. Daniel Suárez Hernández, entre otras.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1990, rad. 5902, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo

⁶ Código Civil. “Artículo 1604. (...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 1992, rad. 6897, M.P. Daniel Suárez Hernández.



13001-33-33-012-2014-00116-01

*mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio*⁹.

El abandono de la presunción de falla como régimen general de responsabilidad y la aceptación de la carga dinámica de la prueba, al demandar de la parte actora un esfuerzo probatorio significativo, exige la aplicación de criterios jurisprudenciales tendientes a morigerar dicha carga. Por ejemplo, frente a la relación de causalidad entre la falla y el daño antijurídico, se ha señalado que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el nexo de causalidad queda acreditado “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”¹⁰ que permita tenerlo por establecido.

En ese entendimiento, también se han precisado ciertos criterios sobre la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica: (i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales “resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero del 2000, rad. 11878. M.P. Alíer Hernández Enríquez. Esta línea se reiteró, entre otras, en sentencia de 7 de diciembre de 2004, rad. 14421, M.P. Alíer Hernández Enríquez; sentencia del 11 de mayo del 2006, rad. 14400, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, rad. 11169, M.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

13001-33-33-012-2014-00116-01

sobre personas con alteraciones en su salud; (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio¹¹.

En el año 2006 se abandonó definitivamente la presunción de falla en el servicio para volver al régimen general de falla probada¹². Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel¹³, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria:

“De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, 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 puede 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.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 14786, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de noviembre de 2006, rad. 15201-25063, M.P. Alier Hernández Enríquez; sentencia de 30 de julio de 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. El consejero Enrique Gil Botero aclaró el voto en el sentido de señalar que no debe plantearse de forma definitiva el abandono de la aplicación del régimen de falla presunta del servicio.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto del 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 30 de julio del 2008, rad. 15726, M.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 21 de febrero del 2011, rad. 19125, M.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.



13001-33-33-012-2014-00116-01

relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. (...)

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes¹⁴.

En efecto, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la *lex artis* o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra¹⁵.

Así las cosas, como lo recordó la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 29 de julio del 2013¹⁶, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que **corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios.** En palabras del alto tribunal¹⁷:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que *"la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar"*. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: *"la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente "pertusis" de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba"*.

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157. MP. Ramiro Pazos Guerrero

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, rad. 23132, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, citada por la sentencia del 29 de julio del 2013, rad. 20157.



13001-33-33-012-2014-00116-01

*“La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.*”

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio¹⁸

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

*Así, se ha acudido a reglas como *res ipsa loquitur*, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba *prima facie* o probabilidad estadística¹⁹, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.*

Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que

¹⁸ “Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

¹⁹ Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.



13001-33-33-012-2014-00116-01

antecedan la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata²⁰. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.

En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía "contentarse con la probabilidad de su existencia"²¹, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a "un grado suficiente de probabilidad"²², que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de "un grado suficiente de probabilidad", no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios²³.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso."

Finalmente debe ponerse de relieve que la línea decantada desde el 2006, (responsabilidad subjetiva) se ha consolidado, según se puede ver del fallo del 5 de marzo del 2015, de la Sección Tercera, Sub sección B del Consejo

²⁰ "Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112".

²¹ Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42".

²² "Ibidem, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza "en el sentido de que la parapleja sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia", debía tenerse en cuenta que "aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar". Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque".

²³ Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, rad. 15276 y 15332, [M.P. Ruth Stella Correa Palacio].

13001-33-33-012-2014-00116-01

de Estado²⁴, en el que se ha advertido 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, precisando que para que pueda predicarse la existencia de una falla, *“es necesario que se demuestre que la atención 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. 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.”*

No obstante, ante la dificultad para el demandante de probar el nexo causal como quiera que se trata de conocimientos técnicos, se ha permitido que el Juez acuda a diferentes medios probatorios, dentro de los cuales cabe destacar los indicios²⁵.

4.3. El derecho fundamental a la salud bajo la Ley 1751 de 2015

La categorización de la salud como derecho fundamental autónomo fue finalmente consagrada en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho fueron su principal sustento jurídico²⁶, los cuales sirvieron para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas el acceso integral al servicio de salud.²⁷

Los artículos 1 y 2 de la ley estatutaria en mención establecieron la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y reconocieron, explícitamente, su doble connotación: primero, como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud; segundo, como servicio público

²⁴ Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00375-01 (30102) MP. Danilo Rojas Betancourth

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de octubre de 2019.

²⁶ La exposición de motivos señala expresamente: “2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: (...) la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003”. Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

13001-33-33-012-2014-00116-01

esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la indelegable responsabilidad del Estado.²⁸

Por su parte, el artículo 6 de la mencionada ley es el que mejor determina y estructura jurídicamente del contenido del derecho fundamental a la salud. En él se condensan las características que debe cumplir, así como los principios que estructuran su prestación como servicio público. Este artículo puntualiza los principios de universalidad, equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, como definitorios del sistema de salud y agrega que éstos deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás.

4.4. El diagnóstico médico como elemento esencial del derecho fundamental a la salud – Especial protección del derecho a la salud en los menores de edad.

Dentro de la construcción y aceptación de la salud como derecho fundamental autónomo, el derecho al diagnóstico también fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 como uno de sus elementos principales. En efecto, la posibilidad de un paciente de obtener por parte de un profesional médico una valoración integral que determine los servicios de salud necesarios para el tratamiento de su patología, es un presupuesto elemental en la protección del derecho a la salud.²⁹

El artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 establece los derechos y deberes de las personas en relación con el servicio de salud. El derecho al diagnóstico, además de ser reconocido por la jurisprudencia como elemento integrante del derecho a la salud, también encuentra un reconocimiento normativo en los literales a), c) y d) del mencionado artículo. En ellos se estipula el derecho a obtener una atención en salud integral, oportuna y de alta calidad; a

²⁸ El artículo 1 de la ley en cita establece que: "La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección". Por su parte, el artículo 2 dispone: "El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado".

²⁹ La misma sentencia que declaró el acceso a la salud como derecho fundamental y autónomo, señaló lo siguiente: "En la medida que la Constitución garantiza a toda persona el acceso a los servicios de salud que requiera, toda persona también tiene derecho a acceder a los exámenes y pruebas diagnósticas necesarias para establecer, precisamente, si la persona sufre de alguna afección a su salud que le conlleve requerir un determinado servicio de salud". Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

13001-33-33-012-2014-00116-01

mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante y, a su vez, a obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud sobre el tratamiento y los procedimientos a seguir.

Estos literales integran el concepto de derecho al diagnóstico que ha sido precisado por la jurisprudencia como “una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere”³⁰.

En este sentido, la Corte ha venido desarrollando el contenido del diagnóstico médico y lo ha dividido en tres momentos principales: identificación, valoración y prescripción, a saber:

*“La **etapa de identificación** comprende la práctica de los exámenes previos que se ordenaron con fundamento en los síntomas del paciente. Una vez se obtengan los resultados de los exámenes previos, se requiere una **valoración oportuna y completa** por parte de los especialistas que amerite el caso, quienes, **prescribirán** los procedimientos médicos que se requieran para atender el cuadro clínico del paciente”. (Destacado fuera del texto)*

El diagnóstico efectivo es entonces el derecho a que el profesional médico adelante una apreciación de la patología del paciente con fundamento en su conocimiento científico y los hallazgos particulares del caso, y ordene las conductas a seguir y la decisión terapéutica. De esta manera, es claro que el criterio científico cobra absoluta trascendencia para el sistema de salud en concordancia con los principios de integralidad, sostenibilidad y eficiencia, entre otros.

La opinión del profesional médico supera cualquier otra apreciación sobre las necesidades del paciente respecto a su condición. En ese sentido, garantizar el derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud hace parte del procedimiento idóneo para asegurar la efectiva recuperación del paciente.

Es entonces a partir del diagnóstico que se pueden trazar los límites y racionalizar la prestación integral del servicio de salud. El criterio del médico cobra plena trascendencia para el sistema, pues es el fundamento científico

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2016, M.P. María Victoria Calle.

13001-33-33-012-2014-00116-01

de los servicios y tecnologías que deben ser suministrados al paciente para lograr su efectivo restablecimiento.

El tratamiento idóneo y eficaz en materia de salud se da en el marco de la relación entre el médico y el paciente. Es el profesional de la salud, por su conocimiento científico y contacto directo con el caso, el llamado en primer lugar a establecer el tratamiento más eficaz de la enfermedad, así como los servicios y tecnologías necesarios para garantizar el bienestar del paciente.³¹ De esta forma, lo que configura la principal fuente de vulneración del derecho a la salud de una persona es la ausencia de un diagnóstico clínico efectivo e integral.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991, en el artículo 44, se menciona el derecho a la salud como parte del derecho fundamental de los niños; en el artículo 48, se le hace alusión dentro de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; y en el artículo 49, se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud³².

En relación con la protección de los derechos de los menores de edad, la Corte Constitucional en sentencia T-282 de 2008, se pronunció de la siguiente manera:

“Los menores son sujetos de especial protección constitucional por expreso mandato constitucional. Debido a que tal condición implica el reconocimiento de su situación de extrema vulnerabilidad, el Estado tiene la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos”.

En igual sentido, respecto de la garantía dada a los menores de edad, la Corte Constitucional Colombiana³³ también ha resaltado:

“Cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: “En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos

³¹ Corte Constitucional, sentencias: SU-480 de 1997, SU-819 de 1999, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002 y T-760 de 2008.

³² Ver sentencias T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz; y T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³³ Ver sentencia T-196 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



13001-33-33-012-2014-00116-01

instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud".

En consecuencia, es innegable la protección reforzada que debe brindar el Estado a los menores de edad, que como población en circunstancias de debilidad manifiesta merecen todas las garantías constitucionales; puesto que en ellos, el derecho a la salud reviste una mayor importancia, por la misma situación de indefensión en las que se encuentran.

4.5. La organización del Sistema General en Salud en la Ley 100 de 1993.

Son parte del Sistema General de la Salud en Colombia, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios en Salud y las Empresas Sociales del Estado.

4.5.1. De las Entidades Promotoras en Salud. - EPS.

El artículo 77 de la Ley 100 de 1993 las define así:

"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."

Entre sus funciones más destacadas están:

- 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.
- Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.

13001-33-33-012-2014-00116-01

4.5.2. De las Instituciones Prestadoras de Servicios en Salud - IPS

Son entidades especializadas en prestar servicios en salud y que son contratadas por las entidades promotoras de salud – EPS, para que cumplan con los planes y servicios que estas ofrecen y promueven a sus usuarios.

Bajo esta figura, son las EPS, las encargadas de cancelar todos los gastos médicos que sus pacientes generen a las IPS.

El artículo 185 de la Ley 100 de 1993, se refiere a las funciones de la IPS, así:

“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. (...)”

4.5.3. De las Empresas Sociales del Estado.

El artículo 194 de la Ley 100 de 1993, define su naturaleza de entidades públicas así:

“La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

El Decreto 1876 de 1994, en su artículo 2 establece que la Empresas Sociales del Estado tendrán por finalidad: *“la prestación de servicio de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud.”*

El artículo 3 ibídem, en concordancia con el artículo 73 del Decreto Ley 1298 de 1994, define como principios básicos de las ESE(s), los siguientes:

“1. La eficacia, definida como la mejor utilización de los recursos, técnicos, materiales, humanos y financieros con el fin de mejorar las condiciones de salud de la población atendida.

2. La calidad, relacionada con la atención efectiva, oportuna, personalizada, humanizada, continua, de acuerdo con estándares aceptados sobre procedimientos científico-técnicos y administrativos y mediante la utilización



13001-33-33-012-2014-00116-01

de la tecnología apropiada, de acuerdo con los requerimientos de los servicios de salud que ofrecen y de las normas vigentes sobre la metería."

El artículo 4 del Decreto 1876 de 1994, define los objetivos de las Empresas Sociales del Estado, así:

"a. Producir servicios de salud eficientes y efectivos que cumplan con las normas de calidad establecidas, de acuerdo con la reglamentación que se expida para tal propósito;

b. Prestar los servicios de salud que la población requiera y que la Empresa Social, de acuerdo con su desarrollo y recursos disponibles pueda ofrecer,

c. Garantizar mediante un manejo gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera de la Empresa Social;

d. Ofrecer a las Entidades Promotoras de Salud y demás personas naturales o jurídicas que los demanden, servicios y paquetes de servicios a tarifas competitivas en el mercado;

e. Satisfacer los requerimientos del entorno, adecuando continuamente sus servicios y funcionamiento;

f. Garantizar los mecanismos de la participación ciudadana y comunitaria establecidos por la ley y los reglamentos."

4.6. De las normas que regulan el tema de la atención en salud en los términos de la referencia y contrarreferencia.

Ahora, con relación a las EPS'S, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, consagra como función básica de estas entidades, la de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados, y posee como obligación específica en el numeral 6 del artículo 178 ibídem, la de *"Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud"*.

Por lo anterior, existe una obligación clara en cabeza de este tipo de entidades, no solo de garantizar los servicios de salud a su cargo, sino de controlar a sus IPS'S para que estas presten un servicio en las condiciones ya indicadas, es decir, existe un deber claro en sus hombros, por lo que las fallas que se prediquen de estas, recaen también en las EPS'S.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Pues bien, cuando los pacientes son atendidos por una IPS dentro de la atención inicial de urgencias, pero requieren de un nivel superior de atención por la complejidad por su estado de salud, encontramos las siguientes regulaciones de obligatorio cumplimiento para los integrantes del sector salud (EPS'S e IPS'S), a saber:

- **Resolución No. 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.*” Esta normatividad establece los contenidos de los servicios a cargo del Sistema de Seguridad Social en Salud, especificando los diferentes niveles de complejidad, clasificados en IV niveles.

- **Decreto 412 de 1992** “*Por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones*”. Al respecto, esta normativa en su artículo 4 hace referencia a la responsabilidad de las entidades de salud con respecto a la atención inicial de urgencia, y 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, así:

“Artículo 4º. De las responsabilidades de las entidades de salud con respecto a la atención 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.*”

- **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*”. Resalta esta norma, en donde se garantiza la 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 3º (accesibilidad, oportunidad, pertinencia y continuidad), poniendo en cabeza de los actores del sistema, la obligación de evaluar de forma

13001-33-33-012-2014-00116-01

permanente el servicio, para que cumpla de manera efectiva y no teóricamente por los anteriores estándares de calidad.

- **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.”*³⁴. Frente a esta disposición, es preciso señalar, que la EPS deben responder por garantizar la continuidad e integridad de la atención, y la IPS responde por la atención hasta tanto sea recibido por el paciente por la IPS del nivel superior a la que es referido el paciente.

Al respecto, el artículo segundo del mencionado decreto en su literal e define la referencia y contrarreferencia así:

*“(…) 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, de 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.”*
(Destacado es de la Sala)

De otra parte, el artículo 17 de dicha normativa consagra el proceso de referencia y contrarreferencia así:

***“Artículo 17.** 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*

³⁴ 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.



13001-33-33-012-2014-00116-01

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 remitir 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.” (Destacado es de la Sala).*

- **CIRCULAR EXTERNA 047 DE 2007, SUPERSALUD** “Circular Única”. Señala que las EPS’S deben garantizar disponibilidad y suficiencia en los diferentes niveles de complejidad, garantizando estándares internacionales de calidad.

- **Resolución 1220 de 2010** del Ministerio de Salud y Protección Social, “Por la cual se establecen las condiciones y requisitos para la organización, operación y funcionamiento de los Centros Reguladores de Urgencias, Emergencias y Desastres, CRUE”. A través de esta reglamentación, se busca que en las entidades territoriales exista coordinación para la atención de emergencias y desastres, estandarización de procesos de referencia y contrarreferencia, a través del fomento de la cooperación y articulación con los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema Nacional de Prevención y Atención de Desastres.

Dentro de sus funciones, se destacan:

- a. *De manera conjunta con los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben contribuir en la atención adecuada y oportuna de los pacientes que requieren atención de situaciones de urgencia.*

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9

13001-33-33-012-2014-00116-01

- b. *En situaciones de emergencia o desastre, deben procurar dar una respuesta eficiente y coordinada, con las entidades del sector salud que hacen parte del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres (SNPAD), incluidos los organismos de socorro.*

- **Ley 1438 de 2011**, “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, tuvo como objeto el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.³⁵

Esta normativa, consagró en su artículo 63, los criterios determinantes para la conformación de las redes integradas de servicios de salud; entre los que consagró:

*“(...) 63.6 Mecanismos efectivos de referencia y contrarreferencia para garantizar la integralidad y continuidad de la atención del usuario en los diferentes niveles de atención y escenarios intramurales y extramurales.
63.7 Red de transporte y comunicaciones. (...)”*

- **Resolución 5521 de 2013** del Ministerio de Salud y Protección Social; “*Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS); el cual también definió el tema de la referencia y contrarreferencia reproduciendo lo descrito en el Decreto 4747 de 2007 transcrito en líneas atrás.*

De este modo, el sistema de referencia y contrarreferencia, regulado por la normativa antes transcrita y analizada, tiene como fin esencial, lograr una eficiente prestación del servicio entre las diferentes entidades que prestan 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 la oportunidad, eficacia, suficiencia, calidad, continuidad e integralidad.

³⁵ Art. 1 ibidem.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Igualmente, se resalta que dicha atención, en las condiciones ya indicadas, recae sobre la IPS en donde se atiende el paciente, hasta tanto entregue el mismo a la nueva IPS del nivel superior que se responsabilice de su atención.

4.7. Las obligaciones de las entidades que prestan el servicio de urgencias.

La definición de urgencia ha sido contemplada por el Decreto 412 de 1992, reglamentario de la Ley 10 de 1990³⁶, que en su artículo 3º la puntualizó como *“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”*. (Subrayas fuera del texto)

Y la atención inicial de urgencias, es entendida por el mismo artículo como *“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”*. (Se destaca).

A propósito de la organización del servicio de urgencia, el Decreto 412 de 1992 estableció que se trataba de *“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”*.

Si bien las unidades de urgencias se constituyen en función del nivel de atención y el grado de complejidad clínica, no quiere decir que están desarticuladas y que su acción llega hasta donde su estructura orgánica lo determine, ya que, según lo previsto por el mencionado Decreto (artículo 3º), su modo de ejecución y operación está organizado a través de un

³⁶ El artículo 2º de esta ley estableció: “Todas las instituciones o entidades que presten servicios de salud están obligadas a prestar la atención inicial de urgencias, con independencia de la capacidad socio-económica de los demandantes de estos servicios, en los términos que determine el Ministerio de Salud”. Cabe anotar que dichas obligaciones fueron reiteradas por el artículo 168 de la Ley 100 de 1993.

13001-33-33-012-2014-00116-01

sistema de red³⁷ que garantiza la coordinación de todas las unidades prestatarias de atención de urgencias, con capacidad de resolución para la atención de las personas con diversas patologías de urgencias, de tal suerte que la red hospitalaria debe actuar de manera coordinada bajo una estructura armónica conformada por subsistemas de información, comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios, es decir, se trata de un sistema de atención integral en la organización del servicio de salud.

Además, en cuanto a las responsabilidades de las entidades de salud con respecto a la atención inicial de urgencia, el artículo 5° del Decreto 2759 de 1991, dispuso en cuanto a la remisión en urgencias que: *“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 del grado de complejidad requerida, que se responsabilice de su atención**”* (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En similar sentido, el artículo 4° del Decreto 412 de 1992, reglamentario de la Ley 10 de 1990³⁸, precisó que *“La entidad que haya prestado la atención inicial de urgencias 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”*.

Por otra parte, la Ley 23 de 1981 en su artículo 10° prescribe: *“El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”*. Asimismo, el artículo 12 de esta misma ley establece que *“el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”*. (Se destaca).

³⁷ Según el artículo 3° de esta norma la 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”.

³⁸ El artículo 2 de la Ley 10 de 1990 prescribe: “todas las instituciones o entidades que presten servicios de salud están obligadas a prestar la atención inicial de urgencias, con independencia de la capacidad socio-económica de los demandantes de estos servicios, en los términos que determine el Ministerio de Salud”. Estas obligaciones fueron también incorporadas en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Así las cosas, se concluye de este análisis, que las normas ya estudiadas sobre el tema de la referencia y contrarreferencia, y las normas generales de la atención en salud como derecho fundamental, establecen que se debe **garantizar** una atención adecuada al nivel de complejidad requerido.

4.7. De la pérdida de la oportunidad como daño autónomo – elementos que la configuran según la jurisprudencia Colombiana.

La Sección Tercera del Consejo de Estado³⁹ se ha inclinado a declarar, 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.

Existe una postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado que 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.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴⁰ consideró la pérdida de la 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.

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

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, Rad. 24464, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, Rad. 22637, reiterado en sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706. Ponencias de RAMIRO PAZOS GUERRERO.



13001-33-33-012-2014-00116-01

condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

Así pues, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴¹ considera 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. Aquí 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. (...)”

Por lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴² ha considerado que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de **certeza** y otro de **incertidumbre**: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño, sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado⁴³ le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características:

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, Rad. 11605, M.P. RAMIRO PAZOS GUERRERO.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, Rad. 22637, reiterado en sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706. Ponencias de RAMIRO PAZOS GUERRERO.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, Rad. 29720, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.



13001-33-33-012-2014-00116-01

“i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; iv) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.”

Pues bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁴ precisó que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son tres a saber: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

Para referirse a dichos elementos, expuso la referida Corporación lo siguiente:

“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

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706. Ponencia de RAMIRO PAZOS GUERRERO.



13001-33-33-012-2014-00116-01

requisito de la "aleatoriedad" del 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 correspondiente⁴⁵.

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." (Subrayas fuera del texto).

Conforme con el anterior marco normativo, esta Sala de Decisión, analizará los hechos que resultaron probados, a fin de verificar, si se configuraron los elementos de la pérdida de la oportunidad estudiados.

⁴⁵ Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

13001-33-33-012-2014-00116-01

5. CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

- Según Certificado de Defunción No. 80573554-9, en el que consta el deceso de CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA el día 19 de febrero de 2013.⁴⁶

- Que el menor CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA falleció con la edad de 11 años, según se verifica del Registro Civil de Nacimiento No. 33397458, en el que indica que sus padres eran los señores INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES y REGULO MIGUEL CARO VIANA.⁴⁷

- Está probado que era hermano de YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA, según Registro de Nacimiento de ésta, identificado con el No. 27165419.⁴⁸

- Se acreditó que los abuelos maternos de la víctima eran los señores MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA y OLGA MARINA REYES PEÑALOZA, según Registro Civil de Nacimiento No. 20317325 de INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES (MADRE).⁴⁹

- También se demostró que el Señor REGULO MIGUEL CARO CARO, era abuelo paterno de la víctima, según se verifica del Libro 10 Folio 207 de los archivos de la Notaría Única del Círculo de San Jacinto Bolívar.⁵⁰

- De acuerdo con la Historia Clínicas (Admisiones y Hoja de Gastos), la entidad administradora a cargo del servicio de salud del menor era MUTUAL SER EPS.⁵¹

- Reposo toda la documentación concerniente a la relación contractual que vincula a la ASOCIACIÓN MUTAL SER (Contratante) con el HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLÍVAR (Contratista), de donde emerge su asocio para la prestación del servicio de salud, cuyo objeto principal es el siguiente:

⁴⁶ Folio 21 Cdr. 1

⁴⁷ Folio 15 Cdr. 1

⁴⁸ Folio 14 Cdr. 1

⁴⁹ Folio 3 Cdr. 1

⁵⁰ Folio 12 Cdr. 1.

⁵¹ Folio 23 Cdr. 1



13001-33-33-012-2014-00116-01

“CLÁUSULA 1. OBJETO: Prestar los servicios de salud incluidos en el numeral 5 de la página uno y contenidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiario POS-S vigente al momento de la prestación de servicios de salud a los afiliados incluidos en la base de datos validados en BDUA (...)” (Se destaca).

Entre las obligaciones principales del Contratista, se encuentran las de “1º Prestar los servicios de salud con calidad y diligencia en los términos establecidos en la ley (...)”⁵²

- Está probado además dentro del plenario, que el menor CARO PEÑALOZA CRISTIAN JOSÉ, ingresó el 18 de febrero del año 2013 a las instalaciones de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JACINTO, a las 21:00 horas, es decir, a las 09:00 de la noche, por el servicio de urgencias con el siguiente cuadro clínico:

“Se cayó

Cuadro clínico con 20 minutos de evolución asociado a caída de **aproximadamente 2 mts de altura** asociado trauma en cara y cabeza con pérdida del conocimiento aproximadamente de 3 minutos.

(...)”⁵³ (Se destaca)

De dicho documento también se desprende que la atención brindada se contrajo al examen físico, del cual se concluyó como diagnóstico un “trauma craneoencefálico leve”.

- Las notas de enfermería⁵⁴, revelan lo que ocurrió desde el momento del ingreso del paciente por urgencias hasta que fue remitido, lo que se detalla a continuación:

El menor cuando ingresó a la ESE Hospital Local San Jacinto -(21:00 hrs – 9:00 PM)-, lo hizo en compañía de un familiar y se encontraba “(...) *despierto, conciente, orientado, deambulando por sus propios medios*”⁵⁵; y fue valorado por el Dr. JAIRO VELEZ quien ordenó acetaminofén y observación por 6 horas. No obstante, fue revalorado el menor a las 00:00 horas por presentar vómito. A las 00:30 horas el mismo galeno se comunica con el CRUE y allí le informan que no hay camas disponibles en la casa del niño, sin

⁵² Entre los folios 119 del cuaderno principal No. 1 y 267 del cuaderno principal No. 2.

⁵³ Así se desprende del documento (historia clínica aportada) visto a folio 321 del cuaderno principal No. 2.

⁵⁴ Vistas a folio 325 y 326 ídem

⁵⁵ Ver folio 325 Notas de enfermería de la Historia Clínica de la ESE Hospital Local de San Jacinto.

13001-33-33-012-2014-00116-01

que se pueda ubicar al paciente en una institución de mayor cobertura. Luego se advierte en las notas de enfermería que se realizó otro llamado a las 03:00 horas, obteniendo la misma respuesta (ausencia de camas).

- Igualmente se observa, según Reporte de servicio⁵⁶ que en dos ocasiones (00:00 y 01:00 horas) se realizó reporte a la "casa del niño" y se anotó en las observaciones "NO HAY AMBULANCIA".

- A las 4:30, el paciente presenta convulsión y el médico ordena DIASEPAN en 1,4 cc, el cual es suministrado y el médico se comunica con "SAN JUAN" (sic) para "prestar ambulancia", igualmente hace un nuevo llamado al CRUE, quien le informa que el paciente es aceptado en el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja.

- Se anota a las 5:50 que el paciente no ha sido trasladado porque no ha llegado la ambulancia, viéndose abocado el médico a comunicarse nuevamente con el Hospital de San Juan, -en tres (3) ocasiones-, a lo que se responde que el conductor ya salió para San Jacinto. A las 6:00 horas se anota que la ambulancia llegó y se trasladó al paciente en compañía de auxiliar y médico disponible.

Quiere decir lo anterior que, desde el ingreso, el 18 de marzo del 2013, a las 21:00 horas, hasta que efectivamente se dio su remisión, el 19 de marzo del 2013, a las 6:00 horas, **corrieron 9 horas, según se detalla en las notas de enfermería transcritas.**

- La historia clínica no da cuenta de los pormenores de la muerte; se sabe solamente a partir de ella que el menor salió en remisión en la ambulancia aproximadamente a las 6:00 de la mañana del día 19 de febrero del 2013, después de haber ingresado en la noche anterior por el servicio de urgencia por un trauma "cráneo encefálico leve" según la impresión diagnóstica dada en su momento por el médico que lo valoró.

- Ahora bien, la investigación penal de la que fue objeto el Dr. JAIRO RAFAEL VÉLEZ LAZCANO, es decir, el médico tratante de urgencias, incorporado a los autos legal y oportunamente, contiene una serie de piezas que dan cuenta de la ocurrencia de los hechos y que son valoradas por la Sala a saber:

⁵⁶ Ver folio 22 cuaderno No. 1.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Se observa en el plenario, Informe ejecutivo signado por el funcionario de Policía Judicial⁵⁷ del que se extrae la siguiente narración cronológica de hechos:

*“El día de hoy siendo las nueve de la mañana esta unidad de policía fue informada mediante radio de comunicación que en Hospital Local del Municipio de SAN JACINTO, en la Sala de morgue se encontraba un menor de edad quien la noche anterior había sufrido una caída de un árbol y la mañana de hoy cuando fue remitido para la ciudad de Cartagena **había fallecido en la ambulancia**. Inmediatamente nos desplazamos para dicho lugar para realizar inspección técnica a cadáver al llegar al hospital local municipal de San Jacinto encontrando en la morgue el cuerpo sin vida de un menor quien identificamos como CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA, Identificado con numero (sic) de tarjeta de identidad 1002468182, de doce años de edad, quien según versiones de los familiares sufrió una caída de un árbol y fue trasladado al hospital a esos de las nueve de la noche, pero el día de hoy 19-02-2013 a esos (sic) de las seis y media de la mañana falleció cuando iba siendo trasladado hasta la ciudad de Cartagena manifestando los familiares que por negligencia medica fue que el menor falleció.”*

También reposa la inspección técnica del cadáver de CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA⁵⁸, signada por el investigador criminalística adscrito a la SIJIN, en donde se identifica como padres del menor a REGULO MIGUEL CARO VIANA y ESTHER PEÑALOZA REYES, es decir los actores.

Igualmente se solicitó al Instituto de Medicina Legal examen de necropsia al cuerpo del menor rotulado y embalado sometido a cadena de custodia.

En la inspección técnica de cadáver, yace el cuerpo sin vida del menor CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA identificado con tarjeta de identidad No. 1002468182, en posición de cubito dorsal⁵⁹. De su identidad no hay duda porque se pudo corroborar con la fotocopia de su tarjeta de identidad⁶⁰ que se trata de la misma persona.

Así pues, deviene claro que la muerte del menor se dio en la ambulancia y cuando era trasladado hacia la ciudad de Cartagena por remisión ordenada por el centro asistencial que en su momento lo atendió y a donde regresó el cuerpo sin vida para el levantamiento del cadáver y demás diligencias legales correspondientes. Las diligencias de policía dan cuenta que la hora probable del deceso fue las 6:30 de la mañana.

⁵⁷ Fl. 303 cuaderno No. 2

⁵⁸ Folios 311 a 317 ídem

⁵⁹ Fls. 331 a 334 ídem

⁶⁰ Fl. 335 ídem



13001-33-33-012-2014-00116-01

Según Informe Pericial de Necropsia No. 20130101113244000005 de fecha 20 de febrero de 2013 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁶¹, anotó sobre la causa de la muerte, lo siguiente:

*“CONCLUSIÓN PERICIAL: Se trata de un paciente de sexo masculino de 11 años de edad quien fallece a causa de una Hipertensión Endocraneana secundaria a un hematoma epidural, ocasionado por un **trauma craneoencefálico severo** de mecanismo contundente por caída de un árbol de aproximadamente 2 metros de altura.*

Causa básica de la muerte: Caída de altura.

Manera de muerte: accidental

(.....)”

La Fiscalía General de la Nación (Fiscal Seccional 54), indagó sobre la atención prestada al menor en el Hospital de San Jacinto, los procedimientos y protocolos utilizados en función de la *lex artis* de cara al resultado fatal y con base en la interpretación de la historia clínica y el informe de necropsia médico legal. Para ello, oficio al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el que contestó a través del oficio UBCBL-DSBL 086-2013 del 29 de abril del año 2013⁶², así:

*“En reunión sostenida con los Doctores Heydi García, Jonaris Olmos y María Isabel Cardona, antropología. En nuestra opinión forense de consenso se trata de un trauma craneoencefálico contundente severo, soportado por una fractura a nuestro juicio, con la documentación fotográfica es fronto-temporal izquierda que produce hematoma epidural y subdural agudo que lo lleva a la muerte en hipertensión endocraneana. Correlacionando los hallazgos de necropsia con los registros de la historia clínica nos parece **que a pesar de que se pensó en un trauma craneoencefalilco categorizándose en ese momento como leve no hubo seguimiento clínico con hoja neurológica o similares que pudieran alertar sobre el deterioro neurológico. Adicionalmente no se aplicaron los protocolos de trauma estandarizados en las guías de manejo para esta patología. No hay consistencia entre el registro de convulsiones las notas de enfermería y la aplicación del diazepam. No se aseguró vía aérea ni vía endovenosa a pesar que el paciente dio muestras clínicas de deterioro neurológico (vómitos y convulsiones, no hay descrito el estado de conciencia ni puntaje individualizado de la escala de Glasgow).***

En conclusión: LA ATENCIÓN MÉDICA BRINDADA NO FUE OPORTUNA, ADECUADA NI ESPERADA PARA EL TIPO DE CASO.

⁶¹ Folio 32 Cdr. 1 – Folio 343-347 Cdr 2.

⁶² Folios 353-354 cdr.3.



13001-33-33-012-2014-00116-01

ES CLARA LA DILACIÓN DE LA REMISIÓN CON COMPROMISO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA HOSPITALARIA Y DEL CRU. (sic) (...)"(Se destaca)⁶³

Que fue citado dentro del proceso penal investigativo a interrogatorio al Médico JAIRO RAFAEL VÉLEZ LASCANO, quien fuera sindicado de HOMICIDIO⁶⁴, del cual se destaca lo siguiente:

"(...) **CONTESTO.** Cuando el paciente llega manejamos dos protocolos uno nacional que está avalado por el ministerio de protección social y el otro que el el (sic) protocolo internacional porque el hospital no contaba con un protocolo propio, para el caso que nos compete se utilizaron los dos protocolos porque el mismo, el protocolo se basa dependiendo de la clasificación Glasgow entiéndase que el Glasgow evalúa el pronóstico neuronal y cerebral del paciente, evaluando reflejo ocular, respuesta verbal y respuesta motora, al realizarle el examen a Cristian, el Glasgow arrojo (sic) como resultado 15 sobre 15 que es la puntuación más alta y normal la cual fue registrada en la historia clínica y según el protocolo lo clasifica en leve cuyo manejo es una observación de 6 horas del paciente, para esperar posibles complicaciones y ser atendidos. **PREGUNTADO.** De acuerdo a la historia clínica no se hizo seguimiento neurológico al paciente para poder alertar sobre el deterioro neurológico que presenta dicho paciente que tiene que decir con respecto a esto. **CONTESTO.** Como nosotros no contábamos con la parte instrumental para la realización (sic) los exámenes para ejercer un control, me baso en evaluaciones clínicas del paciente las cuales son anotadas en las evoluciones donde se evaluaba respuestas pupilares, estado de conciencia del paciente, respuesta motora y sensitiva, lo que podía darme un control del paciente. **PREGUNTADO.** Diga el interrogado desde el momento en que ingreso (sic) el paciente hasta cuando se remitió qué tiempo transcurrió **CONTESTO.** Pasaron 3 horas. **PREGUNTADO.** Diga el interrogado porqué se demoró para remitir al paciente a un hospital de tercer nivel o de mayor complejidad. **CONTESTO.** La demora de la remisión fue porque al ingreso como el niño tenía un Glasgow 15 habría que esperar la presencia de un signo de alarma para tramitar remisión, el niño lo presenta a las 12 de la noche que fue dos vómitos, inmediatamente me comuniqué con el CRU, para pedirle cama en Cartagena y estos me dicen que no hay cama en Cartagena, me comuniqué posteriormente a la 01 de la mañana y no había cama disponible intente (sic) nuevamente a las 3 y me respondieron que como no había cama en Cartagena, estaban buscando cama en la clínica Niño Jesús en barranquilla (sic) y a las 4:30 que el niño convulsiona tomo la

⁶³ Folios 348-354 Cdr. 2.

⁶⁴ Folios 400-403 Cdr. 2 y 3.



13001-33-33-012-2014-00116-01

decisión como médico de turno de sacarlo de urgencia vital de la institución momento en donde me informan que las dos ambulancias de la institución estaban varadas, inmediatamente me comunico con el hospital de san Juan Nepomuceno desde mi celular personal me comunico con la médico de turno de ese día y le solicito la ambulancia al cual me fue prestada, esperamos a la ambulancia de san Juan desde las 4:30 hasta las 6:10 de la mañana que fue la hora que llego a san Jacinto, por esa razón fue imposible sacar al niño antes. **PREGUNTADO** diga el interrogado que tiene que decir con respecto a lo plasmado en el informe de medicina legal de fecha 2013-04-29 en donde manifiestan lo siguiente << En reunión sostenida con los Doctores Heydi García, Jonaris Olmos y María Isabel Cardona, antropología. En nuestra opinión forense de consenso se trata de un trauma craneoencefálico contundente severo, soportado por una fractura a nuestro juicio, con la documentación fotográfica es fronto-temporal izquierda que produce hematoma epidural y subdural agudo que lo lleva a la muerte en hipertensión endocraneana. Correlacionando los hallazgos de necropsia con los registros de la historia clínica nos parece que a pesar de que se pensó en un trauma craneoencefalilco categorizándose en ese momento como leve no hubo seguimiento clínico con hoja neurológica o similares que pudieran alertar sobre el deterioro neurológico. Adicionalmente no se aplicaron los protocolos de trauma estandarizados en las guías de manejo para esta patología. No hay consistencia entre el registro de convulsiones las notas de enfermería y la aplicación del diazepam. No se aseguró vía aérea ni vía endovenosa a pesar que el paciente dio muestras clínicas de deterioro neurológico (vómitos y convulsiones, no hay descrito el estado de conciencia ni puntaje individualizado de la escala de Glasgow)>> **CONTESTO.** Primero al ingresar se hace una evaluación neurológica inicial donde reporta un Glasgow 15/15, a las 12 de la noche hago un reporte al CRU y realizo evaluación neurológica con un Glasgow 5/15, antes de sacarlo como urgencia vital hago evaluación neurológica y es reportada en la historia ya que el hospital no cuenta como instrumento de trabajo una hoja neurológica, en cuanto a la aplicación del medicamento se ordena a las 4:30 de la mañana cuando presenta evento (sic) convulsivos como se reporta en la historia al igual que en la orden médica y en las notas de enfermería e inmediatamente intento sacarlo de urgencia vital, en cuanto asegurar una vía aérea me encontraba en un plantel de primer nivel y en la ese no contaban con el instrumental suficiente para realizar una entubación y la única evaluación neurológica que se podía realizar era la clínica del paciente que consistía en la presencia o no de un deterioro neurológico. **PREGUNTADO** diga el interrogado si tiene algo mas que decir a la presente diligencia **CONTESTO** Sí que al realizar una evaluación del paciente y al encontrar el primer signo de alarma, inmediatamente reporte esa situación al CRU para trasladar al paciente a un tercer nivel porque necesitaba exámenes con el cual no contábamos fui muy insistente en la búsqueda de la cama para que se lo llevaran para Cartagena uy (sic)



13001-33-33-012-2014-00116-01

cuando presenta la convulsión tomo la decisión de llevarlo inmediatamente lo cual no fue posible porque las dos ambulancias de las (sic) institución estaban varadas y aun así diligencia (sic) préstamo de ambulancia de san Juan Nepomuceno para que el niño fuera trasladado inmediatamente la cual tuvimos que esperar por espacio de dos horas hasta que llegara, situación que por ser médico y no estar dentro de mis obligaciones no pude controlar. **PREGUNTADO** diga el interrogado si ante los inconvenientes de las ambulancias por las razones que acaba de exponer los familiares del paciente o por iniciativa suya plantearon la posibilidad de transportar al paciente en un carro particular a un centro de tercer nivel que requería del diagnóstico del paciente **CONTESTO** Primero nunca se propuso eso sería una opción si el paciente no presentara una complicación que atentara contra su vida y segundo por la complejidad del niño no era recomendable trasladarlo en un carro particular sino en una ambulancia que garantizara la llegada oportuna y que contara con los insumos para atender cualquiera (sic) eventualidad. **PREGUNTADO** si durante el tiempo que atendió al joven CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA, había otro médico de turno y si simultáneamente al caso que nos ocupa tuvo que atender a otros pacientes **CONTESTO**. Era el único médico en el servicio de urgencias y adicional había otros pacientes que estaba atendiendo y una paciente femenina en trabajo de parto. (...)" (Subrayas son de la Sala)

Se encuentra además dentro del expediente penal Hoja de vida del Médico JAIRO RAFAEL VELEZ LASCANO, quien fue nombrado en el cargo de médico en servicio Social Obligatorio de la ESE Hospital Local San Jacinto a partir del 1º de marzo de 2012, según Resolución No. 011 de la misma fecha.⁶⁵

5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

La demanda fue impetrada con miras a que se declarare la responsabilidad de las demandadas por la muerte del menor CRISTIAN CARO PEÑALOZA, atribuida a la falla en la prestación del servicio médico asistencial con ocasión del retardo en el traslado hacia un centro de mayor nivel de atención y particularmente por carencia de ambulancia. La sentencia apelada encontró responsables a título de falla médica a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLÍVAR, ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO y a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS, pero no por la muerte sino por la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, y en

⁶⁵ Folio 403-416 Cdr. 2.

13001-33-33-012-2014-00116-01

tanto no se acreditó que la muerte, haya tenido causa en la negligencia galénica.

De otro lado, exoneró de responsabilidad al Departamento de Bolívar, pues afirmó que dicha entidad, en particular el Centro Regulador de Urgencias, Emergencias y Desastres, en adelante (CRUE), realizó gestiones de coordinación para la consecución de cama y traslado del paciente una vez recibió la solicitud, sumado a que no tuvo participación directa o indirecta en la atención médica del paciente.

La Asociación MutuaL SER, señaló en su recurso que se debe tener en cuenta que ni el Hospital de San Jacinto, ni el de San Juan Nepomuceno activaron el sistema de Referencia y Contrarreferencia implementado por la MutuaL SER, y por lo tanto, insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva en tanto, no existe reproche alguno, pues al no tener noticias de lo que acontecía con su afiliado, nada podía hacer para gestionar la ambulancia y el traslado de urgencias a un sitio de mayor complejidad.

Por su parte, la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno, señala que no fue la institución prestadora del servicio a la cual llegó el menor accidentado y que no le correspondió prestarle el servicio, sólo se le solicitó el envío de una ambulancia para trasladar al menor a un centro de mayor complejidad, lo cual realizó al enviar el respectivo vehículo.

En cuanto a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLIVAR, señala que no existe prueba que demuestre que existió negligencia de su parte en cuanto a la pérdida de la oportunidad de recuperar la salud y sobrevivir, y por tanto, se debe absolver de responsabilidad.

Conforme a los anteriores planteamientos, procede la Sala a resolver la alzada.

5.2.1. De la solicitud de nulidad incoada en el trámite del recurso de apelación.

La Sala se releva de resolver la supuesta nulidad procesal por “falta de integración del contradictorio” esbozada por el apoderado judicial de la ESE Hospital Local de San Jacinto Bolívar en el escrito de impugnación, dado que, según la regla 102 de la ley 1564 del 2012, todo hecho constitutivo de excepción previa, como lo es el invocado, no puede ser alegado como

13001-33-33-012-2014-00116-01

nulidad por el demandado que tuvo la oportunidad de proponer dicha excepción y no lo hizo. Como se sabe, el Hospital de San Jacinto Bolívar no contestó la demanda, y en ese caso, le precluyó la oportunidad para invocar hechos constitutivos de excepción previa por la vía de la nulidad.

Con todo, es desatinado proponer la integración del litisconsorcio necesario en el proceso de reparación directa puesto que, habida consideración de la solidaridad entre los causantes del daño es optativo del extremo activo definir o escoger a quien demanda, además de que la cuestión litigiosa planteada no comprende una relación jurídica única entre los demandados. Así lo ha precisado el Consejo de Estado en reiteradas decisiones⁶⁶.

5.2.2. De la legitimación en la causa por pasiva

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la parte demandante hace al

⁶⁶ "De conformidad con el artículo 2344 del Código Civil, la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario dentro del proceso judicial, porque es atribución del demandante formular su demanda contra todos los causantes del daño en forma conjunta o contra cualquiera de ellos. En estos casos, el juez no tiene competencia para conformar la relación procesal litisconsorcional y el demandado tampoco tiene la posibilidad jurídica de solicitarla. (...) Como el presente proceso es de responsabilidad extracontractual y persigue la indemnización de perjuicios originados en hechos imputados a varios sujetos, incluida la Nación, es atribución de la parte demandante formular su demanda contra todos o contra cualquiera de ellos por considerarlos causantes del daño sin que la solidaridad por pasiva que pueda determinarse entre ellos obligue a la conformación de un litisconsorcio necesario, pues la cuestión litigiosa planteada no comprende una relación jurídica única entre los demandados ni con la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y, por ello, se confirmará la decisión de primera instancia." Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01956-01 (55299).

13001-33-33-012-2014-00116-01

extremo demandado; y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

Bajo ese contexto, luego de la valoración probatoria se decidirá la implicación o no de las entidades demandadas dentro del presente asunto, para efectos de definir su responsabilidad.

5.2.3. Sobre el daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad – Elementos.

5.2.3.1. Análisis del primer elemento del daño de pérdida de oportunidad - Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.

Como quedó estudiado, este presupuesto consiste en el carácter aleatorio del daño final, esto es, que se desconozca a ciencia cierta si el paciente, CRISTIAN CARO PEÑALOZA de 11 años de edad, no habría fallecido de haber mediado una correcta y oportuna intervención del servicio médico.

Se encuentra probado con el Oficio UBCBL-DSBL 086-2013 del 29 de abril del año 2013 expedido por el grupo médico vinculado al Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses de la Unidad Básica de El Carmen de Bolívar, que existió una *“clara dilación de la remisión del menor”* hacia una clínica de mayor complejidad y la inadecuada atención brindada.

Lo anterior, se constata además con la revisión de las anotaciones realizadas en la historia clínica (notas de enfermería) adelantada por la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, en las que se describe, que el menor pese a que llegó en un aparente estado de consciencia, -pues lo hizo por sus propios medios-; lo cierto es que este había sufrido un accidente ocasionado por una caída de un árbol de aproximadamente 2 metros de altura, y que según se vislumbra del examen físico practicado inicialmente a la víctima, en el área de cabeza, cara y cuello presentó: *“Escoriacion (sic) y hematoma de 3x2 cms en región temporal izquierda.”*

Lo anterior, coincide en gran medida con el informe pericial de necropsia realizado al cadáver, que aun cuando se encuentra más detallado consignó lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN LESIONES



13001-33-33-012-2014-00116-01

1. Escoriación de 1x0.5 cms, en región frontal derecha. 2. Escoriación de 1x1 cms, en región ciliar derecha. 3. Escoriación de 1.5x0.5 cms, en angulo temporal del parpado superior derecho, con una pequeña escoriación por debajo de la misma. 4. Escoriación de 2.5x2 cms, en región fronto parieto-temporal izquierda. 5. Escoriación de 6x5 cms, en región parietal izquierda, con un hematoma perilesional, que compromete casi toda la región parietal izquierda. 6. Hematoma subgaleal severo que compromete todo el hemicraneo izquierdo. 7. Fractura lineal en región fronto parieto temporal izquierda, que compromete hacia la fosa media. 8. Severo hematoma epidural fronto-parieto temporal izquierda, con un grosor aproximado de 1.5 cm, que hace efecto de masa y comprímia el lóbulo frontal desplazándolo hacia la línea media. 9. Aplanamiento de las circunvoluciones cerebrales por edema cerebral. (sic)"⁶⁷

La anterior descripción, hace inferir que el golpe que se produjo la víctima requería de una valoración neurológica más completa, por las circunstancias en las que habían ocurrido los hechos; y que de no poder ser suministrada tal valoración por el médico tratante en la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, imponían la remisión del paciente de forma inmediata a un centro de mayor complejidad.

Al respecto, debe decir la Sala que de acuerdo con lo hasta aquí consignado, y desconociendo la real afectación del paciente luego del accidente producto de una caída desde una altura de aproximadamente 2 metros, únicamente le fue prescrito "Acetaminofen 17cc (sic)" y observación por seis (6) horas, según se describe de las notas de enfermería; no obstante, por presentar vómitos a las tres (3) horas siguientes (12:00 AM) es que se comienzan a tomar medidas de urgencia a efectos de reportar al CRUE para efectuar la remisión a un centro de mayor complejidad, dejando de considerar el llamado a su EPS'S (Asociación Mutual Ser), a fin de que ésta pusiera también en marcha el sistema de contrarreferencia que le es de obligatorio.

Ahora, se precisa que el llamado que se hace al CRUE, es repetido en dos ocasiones más (12:30 y 3:00 AM – 19/02/2013), sin obtener una gestión efectiva, pues dicho organismo indicó que no había camas disponibles para recibir al menor en la "casa del niño"; cuestión ésta que retardó a un más la expectativa legítima del menor de obtener su beneficio o ventaja esperada, o de evitar un perjuicio irremediable.

⁶⁷ Ver folio 31-34 Cdr. 1.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Posteriormente, y hasta las 4:30 am cuando el niño presenta un evento convulsivo, es que el médico según su propia declaración rendida en el proceso penal y de la revisión de la historia clínica que coincide su dicho, se advierte, que decide sacarlo por urgencia vital, y el CRUE informa que en ese momento el paciente es aceptado en la "Casa del Niño"; por lo que solicita a la ESE HOSPITAL SAN JUAN NEPOMUCENO, el préstamo de la ambulancia, pues tal como se evidenció del referido interrogatorio, las dos con que contaban se encontraban ese día averiadas o sin funcionar. Este último centro asistencial, remitió el vehículo a las 6:00 a.m. y a las 6:30 fallece la víctima en el traslado.

Ahora bien, es preciso indicar, que si bien el informe de necropsia no se asimila a una pericia científica, ello no obsta para que este Tribunal lo valore, pues aun cuando evidentemente no se trata de un medio de ese linaje, nada impide que pueda valorarse como indicio, o incluso como documento declarativo.

No se pierda de vista que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 165 del Código General del Proceso⁶⁸ consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción. Con mayor razón tiene esto sentido, siendo que se ha estimado a la luz de la jurisprudencia del Honorable Tribunal de Cierre (citada ampliamente supra) que es procedente que los sujetos procesales, en juicios en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por razón del despliegue de actividades médicas, procuren la demostración de los hechos incluso a través de la prueba indiciaria.

Hasta este momento, la Sala encuentra que, valoradas las pruebas que obran en el expediente, no es posible determinar con certeza que de haber mediado una correcta valoración y una oportuna remisión del paciente el

⁶⁸ **ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA.** *Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.*

13001-33-33-012-2014-00116-01

día 18 de febrero de 2013 por parte del médico tratante de la Urgencia de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, se habría superado el daño final, esto es, el fallecimiento del paciente.

A pesar de lo anterior, dados los elementos acreditados en el expediente, aparece que el daño imputable a la falla en la prestación del servicio médico no es necesariamente la muerte, sino el que resulta de la pérdida de oportunidad de sobrevivir, por no haber recibido una atención oportuna, que en este caso se concretaba a una remisión de forma inmediata a un centro de mayor complejidad a fin de que se realizara la valoración neurológica requerida por el paciente, y no hasta las siete horas y media de haber llegado a la clínica, que se procedió con los trámites de remisión a raíz de los signos de alarma presentados; pues recordemos, que el reporte al CRUE se realizó hasta las tres horas del ingreso (00:00 hrs - 12:00 a.m.), y la solicitud de préstamo de ambulancia a la ESE DEL HOSPITAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, se realizó hasta las siete horas y media, esto es a las 4:30 am.; y tan solo a las 6:00 am es que efectivamente se realiza el traslado del paciente, completando en total nueve horas desde su ingreso al centro asistencial.

De modo que, en este caso no existe certeza de que al haber remitido de forma inmediata al paciente desde su ingreso, el resultado habría sido distinto, pero sí lo situaba en una incertidumbre de recibir su beneficio, que era una verdadera valoración neurológica.

Así las cosas, corresponde al juez, en ejercicio del deber que le asiste de interpretar armónicamente la demanda que le es sometida a su juicio y teniendo en cuenta los límites que le impone la prohibición de alterar su causa petendi y la garantía del derecho de defensa de la contraparte, precisar el daño que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad.⁶⁹

⁶⁹ En ese sentido, en la sentencia de la Sección Tercera de 31 de agosto de 2006, Rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa, se afirmó: “Reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte”. (Subrayas fuera del texto).

13001-33-33-012-2014-00116-01

En la demanda siempre se esgrimió o se sostuvo, que las demandadas incurrieron en una falla o inadecuada atención inicial de urgencias, lo cual derivó en los daños alegados, de manera que sobre ese tópico y sobre el cual se fundamenta la pérdida de oportunidad, las entidades demandadas han hecho uso de su derecho de defensa; por lo que es dable a la Sala abordar ese daño antijurídico.

De acuerdo con el anterior razonamiento, y teniendo en cuenta las circunstancias que envuelven el presente caso, para que pueda configurarse la existencia del daño de pérdida de oportunidad, es menester proseguir con los otros dos elementos del daño de pérdida de oportunidad planteados; por lo que de llegar a demostrarse que por las irregularidades en la prestación del servicio médico se truncó la oportunidad de sobrevivir al menor, la entidad demandada será llamada a responder.

5.2.3.2. Estudio del segundo elemento del daño de pérdida de oportunidad - certeza de la existencia de una oportunidad.

Al respecto, debe decirse que los demandados ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - Centro Regulador de Urgencias, Emergencias y Desastres, CRUE, adscrito a la Secretaría de Salud, contribuyeron directa y eficientemente en el despojo de la expectativa legítima de una atención especializada o de la complejidad requerida por la víctima, el menor CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO (lugar al que llegó la víctima a recibir atención de urgencia luego del accidente), es un prestador de servicios de salud de baja complejidad (nivel I)⁷⁰; es decir, que las actividades, procedimientos e intervenciones que puede realizar, son las establecidas en el artículo 96 de la Resolución No. 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud⁷¹, a saber:

“ARTÍCULO 96. POS, PARA EL NIVEL I DE COMPLEJIDAD. Se incluyen entre otras las siguientes actividades, intervenciones y procedimientos, listado general:

Atención Ambulatoria:

Consulta Médica General,

Atención Inicial, estabilización, resolución o remisión del paciente en urgencias.

⁷⁰ Tal como se verifica en su portal web: [HOSPITAL LOCAL SAN JACINTO \[sesanjacinto.gov.co\]](http://sesanjacinto.gov.co)

⁷¹ Consultada por la Sala en el siguiente enlace:

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%205261%20DE%201994.pdf



13001-33-33-012-2014-00116-01

Atención Odontológica.
Laboratorio Clínico.
Radiología.
Medicamentos Esenciales.
Citología.
Acciones Intra y extramurales de Promoción, Prevención y Control.
Atención quirúrgica:
Servicios con internación:
Atención Obstétrica.
Atención no quirúrgica u obstétrica.
Laboratorio Clínico.
Radiología.
Medicamentos esenciales.
Valoración Diagnóstica y manejo médico." (Subrayas fuera del texto).

De la normatividad antes transcrita, se advierte que estaba dentro de las actividades de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, las de "Atención Inicial, estabilización, resolución o remisión del paciente en urgencias, y la de Valoración Diagnóstica y manejo médico."

De otro lado, conforme con el Oficio UBCBL-DSBL- 086-2013 DEL 29-04-2013⁷², emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Carmen de Bolívar (al cual la Sala le otorgó valor probatorio), se precisó que "no hubo un seguimiento clínico con hoja neurológica o similares que pudieran alertar sobre el deterioro neurológico. Adicionalmente no se aplicaron los protocolos de trauma estandarizados en las guías de manejo para esta patología. (...)"

Lo anterior, permite evidenciar que, si no se contaban con los elementos suficientes para hacer el seguimiento clínico con la referida hoja neurológica, lo que correspondía era aplicar los protocolos de trauma estandarizados, -como lo refiere el informe en comentario-; lo cual no se evidencia en la historia clínica en ese sentido, pues el mismo informe precisa que: "No hay consistencia entre el registro de convulsiones las notas de enfermería y la aplicación del diazepam. No se aseguró vía aérea ni vía endovenosa a pesar que el paciente dio muestras clínicas de deterioro neurológico (vómitos y convulsiones, no hay descrito el estado de conciencia ni puntaje individualizado de la escala de Glasgow)."

⁷² Folios 353-354 cdr.3.



13001-33-33-012-2014-00116-01

Destaca además esta Colegiatura, que en el interrogatorio realizado al médico tratante JAIRO RAFAEL VELEZ LASCANO dentro de la investigación penal realizada por la Fiscalía⁷³, el galeno indicó lo siguiente:

"(...) Cuando el paciente llega manejamos dos protocolos uno nacional que está avalado por el ministerio de protección social y el otro que el el (sic) protocolo internacional porque el hospital no contaba con un protocolo propio, para el caso que nos compete se utilizaron los dos protocolos porque el mismo, el protocolo se basa dependiendo de la clasificación Glasgow entiéndase que el Glasgow evalúa el pronóstico neuronal y cerebral del paciente, evaluando reflejo ocular, respuesta verbal y respuesta motora, al realizarle el examen a Cristian, el Glasgow arrojo (sic) como resultado 15 sobre 15 que es la puntuación más alta y normal la cual fue registrada en la historia clínica y según el protocolo lo clasifica en leve cuyo manejo es una observación de 6 horas del paciente, para esperar posibles complicaciones y ser atendidos (...)" (Se destaca)

Al revisar la historia clínica, se observa que ante el examen físico se consingló "FC: 80 FR:15 T:37 G 15/15"; no obstante, se dejó de mencionar en dicho documento qué protocolo se implementó, y qué consideraciones tuvo, pues el plan a seguir consistió en la prescripción de un analgésico y la observación por seis (6) horas, como se describe en las notas de enfermería. De lo anterior se concluye por parte de esta Sala, que si el médico tratante decide esperar posibles complicaciones en dicho centro asistencial, debía contar con los elementos necesarios para actuar de inmediato en caso de que éstas ocurrieran; no obstante ello no fue así, pues deja de considerarse que en primer lugar, que tal institución es de primer nivel y sus servicios son limitados, y sumado a ello, no contaba con una ambulancia disponible.

De modo que, siguiendo ese orden, al ocurrir el primer evento (Vómitos) - luego de tres horas-, es que decide el galeno hacer el reporte al CRUE entidad ésta que no garantizó de forma inmediata el traslado sino hasta que se decidiera sacar al paciente como urgencia vital, luego de presentar las convulsiones, lo cual ocurrió tres horas y media después del primer llamado (4:30 am), completando en total siete horas y media desde el ingreso al centro asistencial; cuestión que se retardó aún más para efectos de realizar el efectivo traslado, dado que era necesario esperar la disponibilidad de ambulancia que fuera requerida de otro centro asistencial ubicado en otro municipio, que en este caso fue a la ESE Hospital San Juan Nepomuceno.

⁷³ Folios 400-402 cdr.2 y 3.

13001-33-33-012-2014-00116-01

De lo dicho hasta aquí se tiene que las anteriores situaciones, pusieron en riesgo la salud del menor CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA de 11 años de edad, y con ello, se vulneró su derecho a la salud, específicamente a tener una correcta valoración neurológica, existiendo con ello una oportunidad que se perdió; que, de no lograr sus efectos, pudiera haber sido atendido en una institución de un nivel superior.

Por el contrario, se observa, que en principio el galeno que atendió al niño, inicialmente optó por asumir una actitud pasiva, pues decide esperar seis horas, que se interrumpieron luego de tres -como lo hemos repetido-, al presentarse una primera situación de alarma por los vómitos; y es allí cuando decide reportar al CRUE, sin percatarse que no existía ambulancia disponible, en caso de haberse aceptado por aquella entidad, la remisión que se solicitara de forma inmediata; y es con un segundo evento reportado (convulsiones), cuando se decide sacar al menor por urgencia vital, y el CRUE resuelve gestionar el cupo en otro centro asistencial de mayor complejidad, que finalmente resultó ser la "casa del niño"; no obstante, por no tener disponibilidad de ambulancia, en este momento es que el galeno solicita el préstamo de un vehículo a otra institución hospitalaria, lo que lógicamente retardó más la situación.

Del informe de medicina legal, -al que se ha hecho referencia-, concluyó entonces que:

"LA ATENCIÓN MÉDICA BRINDADA NO FUE OPORTUNA, ADECUADA NI ESPERADA PARA EL TIPO DE CASO.

ES CLARA LA DILACIÓN DE LA REMISIÓN CON COMPROMISO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA HOSPITALARIA Y DEL CRU."

Es oportuno precisar que de la revisión detalla que se hace de la historia clínica, no se advierte que la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, haya activado el sistema de referencia ante la EPS'S, esto es la Asociación Mutual Ser, de modo que en ese aspecto, también se truncó la oportunidad de que el menor recibiera el beneficio de la misma al ser su asociado.

De lo anterior, sumado a todos los hechos que se probaron y que reconstruyen el caso, no le queda duda a esta Sala, de la **certeza de la existencia de una oportunidad que se perdió**, materializada en de una parte la retardada reacción del galeno de reportar el accidente no solo al CRUE, también a la EPS'S, para efectos de una remisión que garantizara una completa y adecuada valoración neurológica del paciente; sino también

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020

13001-33-33-012-2014-00116-01

en la dilación por parte del CRUE, quien no procuró por gestionar la aceptación del paciente en un centro de mayor complejidad oportunamente, tratándose de un menor de edad en condición de especial protección. A todo lo anterior, se suma que el centro asistencial ESE Hospital Local de San Jacinto Bolívar, no contaba con una ambulancia, lo cual implicó realizar el préstamo a otro centro asistencial, que lógicamente tenía que verificar la disponibilidad para el servicio.

Ahora bien, debido a la falta de convicción en cuanto a la espera del beneficio obtenido en busca de evitar un perjuicio al menor, es claro que la indebida atención suministrada por parte de la ESE Hospital Local de San Jacinto y del CRUE, pudo no ser la causa adecuada del daño, resumido en su muerte; pero sí la causante de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de ser atendido el menor en una entidad de nivel superior y haberle permitido sobrevivir.

5.2.3.3. Estudio del tercer elemento: pérdida definitiva de una oportunidad.

La probabilidad que tenía el menor CRISTIAN CARO PEÑALOZA de sobrevivir se tornó en inexistente cuando la entidad demandada no le ofreció la adecuada valoración neurológica, al no reportar de inmediato el caso a su EPS'S, para que ésta también pusiera en acción su sistema de contrarreferencia, y de este modo se le practicaran los exámenes necesarios; y de manera oportuna tomar las medidas de estabilización del niño, con el fin de remitirle a un centro asistencial especializado del nivel que requería para su atención incluso desde el primer momento que se acudió al servicio de urgencia.

Al respecto, frente a la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, la Corte Suprema de Justicia así se ha pronunciado:

“La pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica,

13001-33-33-012-2014-00116-01

legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción”⁷⁴.

De conformidad con la anterior postura, la cual es similar a la asumida por el Consejo de Estado, esta Sala de Decisión advierte que si bien, en el caso *sub examine*, no existe una absoluta certeza acerca de si una atención adecuada y una remisión oportuna que le fuera sido realizada al menor CRISTIAN CARO PEÑALOZA por parte de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y el CRUE le hubieran permitido evitar su muerte; sin embargo, no es menos cierto que el retardo prolongado del menor en el centro asistencial desde su ingreso deja en entre dicho la diligencia y cuidado con que, se dice, actuaron las demandadas; pues si éstas hubieran obrado a tiempo y de manera diligente, no se le hubiera quitado al menor la oportunidad de seguir con vida. Máxime si se tiene en cuenta, que la primera atención prestada debió comportar un trato diferenciado, habida cuenta de la calidad especial del sujeto (menor de edad), lo que implicaba, a juicio de la Sala, el mayor celo en el diagnóstico, y mayor previsión dado a la ausencia del vehículo para el traslado, cuestiones éstas que se encontraban dentro de sus obligaciones de acuerdo a la categoría en la que se encuentra el centro asistencial.

Sobre la pérdida de la oportunidad, el Consejo de Estado también ha dicho:

“(…) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”⁷⁵

Comparte entonces la Sala la misma opinión del *a quo*, cuando decantó en el *sub lite* la responsabilidad no por la muerte, sino por la pérdida de la oportunidad como daño autónomo y en tanto entendió que el retardo en la remisión le restó al menor un chance u oportunidad de tratamiento con el cual probablemente no hubiese fallecido.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. M.P: William Namén Vargas. Bogotá, 9 de septiembre de 2010. Expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación número: 19001-23- 31-000-2001-01429-01(35116), en ese mismo sentido, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y sentencia del 8 de junio de 2017, exp. 19.360.

13001-33-33-012-2014-00116-01

No obstante, consideramos oportuno analizar el comportamiento de cada una de las entidades accionadas en los hechos materia de análisis, a efectos de resolver los recursos de alzada incoados.

5.2.4. La imputación

La doctrina define la imputación como “(...) la atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, atribuido o aplicable a una o varias personas que, por tanto deberán en principio repararlo”.⁷⁶

De acuerdo con la anterior definición, será necesario, conforme a la normatividad estudiada en el acápite del marco normativo, analizar la obligación funcional de las entidades accionadas frente a los hechos concretos, a fin de determinar si existió o no una violación a dichos deberes funcionales.

Así según la legislación aplicable al caso, que define una serie de obligaciones funcionales para las instituciones prestadoras del servicio de salud, las cuales imponen entre otros asuntos, a quien atiende un paciente en estado de urgencia, la obligación de realizar una referencia adecuada al nivel de complejidad superior que requiera, de forma oportuna y eficaz, con el fin de garantizar el acceso a la tecnología adecuada a su estado de salud. De modo que, se les impone a las entidades aquí demandadas, contar además con un sistema adecuado de referencia y contrarreferencia, que garantice la atención continua, permanente, integral y de calidad del servicio de salud.

En primer lugar, encontramos que el menor CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA, fue atendido inicialmente en la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, entidad a la que ingresó por urgencias el día 18 de febrero de 2013 cuando sufrió una caída de altura de aproximadamente dos metros. Dicha institución, conforme al despliegue probatorio, no solo no realizó una completa y adecuada valoración neurológica al paciente, sino que tampoco, realizó una remisión en tiempos de oportunidad; y cuando efectivamente lo hizo, no contaba con una ambulancia en óptimas condiciones, por lo que requirió una en préstamo a la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno, en la que efectivamente se efectuó el traslado del menor.

⁷⁶ HENAO PEREZ, Juan Carlos. Responsabilidad por daños al medio ambiente, Editorial universidad Externado de Colombia, pág. 160.

13001-33-33-012-2014-00116-01

En este punto, es preciso señalar, que contrario a lo que señaló el juez A-quo, la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno, remitió el vehículo en mención, que aun cuando no fue de forma oportuna, lo cierto es que dicha institución también es de aquellas de baja complejidad⁷⁷, por lo que también requiere de una ambulancia en casos de urgencia y remisión. De otro lado, desconoce la Sala la distancia entre uno y otro centro asistencial, pero atendiendo a que correspondía a otro municipio, la misma arribó en un tiempo razonable; por lo que para esta Sala no le asiste responsabilidad en este asunto y se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva desde el punto de vista material, sobre la entidad demandada.

En el presente asunto, no le queda duda a esta Sala de una actuación culposa, derivada de la abierta negligencia por parte de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, pues, le quitó la oportunidad de salvar la vida del menor CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA, por la pérdida de oportunidad que fue consecuencia de una falla en la prestación del servicio de urgencias, al recaer en ella una obligación jurídica de garantizar una completa atención al paciente realizando por ello la remisión al nivel de complejidad requerido de forma inmediata.

Por lo anterior, se tiene que su responsabilidad está claramente advertida, ya que conforme a la normatividad estudiada, no solo le correspondía hacer lo posible para que se materializara la remisión a un nivel superior de atención en salud, sino que además debía asegurarlo, tener certeza de que eso iba a ocurrir; y ello era posible, ejecutando la referencia a la atención adecuada en salud; pues insistimos, que nos encontramos ante un caso de un sujeto de especial protección constitucional.

Así, se advierte, de lo descrito en la Historia Clínica que el médico tratante realizó el reporte al CRUE, más no hizo lo propio frente a la EPS'S Mutual Ser, en los términos indicados en la normatividad en comento, de modo que le asiste razón al recurrente, en el sentido de que no se activó correctamente el sistema de referencia y contrarreferencia, el cual se encontraba pactado en su acuerdo contractual, pues de las cláusulas del referido documento se evidenció lo siguiente:

⁷⁷ Tal como se verificó al consultar su funcionamiento [Misión y Visión - ESE Hospital San Juan Nepomuceno \(esehospitalsanjuanepomuceno.gov.co\)](http://Misión_y_Visión_-_ESE_Hospital_San_Juan_Nepomuceno_(esehospitalsanjuanepomuceno.gov.co))



13001-33-33-012-2014-00116-01

CLÁUSULA 2. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: (...) 14º **Disponer e implementar un manual o protocolo de referencia y contrarreferencia, en concordancia con el del contratante. (...)**"

CLÁUSULA 10. CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO: Para la prestación de los servicios de salud objeto del presente contrato, El Contratista tomará en consideración las siguientes condiciones: (...) 4º Garantizar el **acceso inmediato** a los servicios de salud de **los sujetos de especial protección como lo son los niños, niñas, adolescentes, tercera edad, mujeres embarazadas, discapacitados, enfermos mentales, de alto costo y demás que sean determinados en la constitución y la ley.** (...) 7º Para la remisión de afiliados desde o hacia niveles de complejidad diferentes o interconsultas, El Contratista se compromete a cumplir con lo especificado en el Sistema de Referencia y Contra – referencia del Contratante, según lo definido en el anexo técnico (Anexo No. 3) que hace parte integral del presente contrato y a consultar la red de servicios suministrada por el Contratante (Anexo No. 2) o la que este tenga disponible en la página web www.mutualser.org para garantizar la oportunidad, integralidad, continuidad y accesibilidad en la prestación de servicios de los afiliados"⁷⁸ (Se destaca)

Lo anteriormente descrito, da certeza de que las partes contratantes (EPS Mutual Ser y ESE Hospital Local de San Jacinto), habían pactado dentro de su contrato, la obligatoriedad de implementar el sistema de referencia y contrarreferencia que le imponía en primer lugar, al contratista, realizar el reporte a la EPS'S demandada, a fin de que ésta realizara las gestiones que le correspondían para garantizar la salud de sus afiliados; pero ello no fue posible, por cuanto se evidenció que dicho reporte no le fue realizado a Mutual Ser, de modo que se declarará probada la excepción formulada de falta de legitimación en la causa por pasiva desde el punto de vista material, lo cual se dirá en la parte resolutive de este fallo.

Ahora, no ocurre lo mismo con relación al CRUE, pues, se evidenció que se le realizó llamado en varias oportunidades, sin que se mostrara una mínima gestión ante el reporte realizado, pues la respuesta en su mayoría de veces fue la no disponibilidad de cama en la "casa del niño".

Recordemos que el CRUE o Centro de Regulador de Urgencia, Emergencias y Desastres, como se dijo en el marco normativo, son responsables de coordinar, regular en sus jurisdicciones, el acceso a los servicios de urgencias y la atención en salud de la población afectada en situaciones de emergencia o desastre. Dicha unidad, le corresponde de manera conjunta

⁷⁸ Ver contrato. Folios 119 a 267 Cdrs 1 y 2.

13001-33-33-012-2014-00116-01

con los actores del Sistema General de Seguridad Social en salud, contribuir en la atención adecuada y oportuna de los pacientes que requieren atención de urgencia.

En ese sentido, se tiene que la ESE Hospital Local de San Jacinto, activó el sistema de referencia ante el CRUE, encontrando una respuesta evasiva ante sus compromisos reglamentados -como se evidenció en los hechos probados -; por lo que, a juicio de esta Sala, le corresponde responder de forma solidaria al Departamento de Bolívar, como quiera que dicho organismo depende en este caso particular, de la Secretaría Departamental de Salud.

5.2.5. Indemnización y liquidación de perjuicios.

Al respecto, el Juez A-quo, condenó al pago de manera solidaria de las entidades demandadas, de los perjuicios a título de pérdida de la oportunidad en 50 SMLMV a favor de los padres de la víctima; y 25 SMLMV a favor de la hermana y abuelos. Y a título de perjuicios morales, la suma de 30 SMLMV a los primeros, y 15 SMLMV a los segundos.

Sobre el particular, será necesario referirnos a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁹, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad, y en atención a que la solución asumida por dicha Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, -en los que se ha señalado que como esta figura constituye un perjuicio autónomo-, no deviene directamente del daño, en este caso, de la muerte del menor CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA, sino de la pérdida de la oportunidad de salvar su vida; por lo tanto, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁸⁰.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸¹ ha fijado unos parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permiten

⁷⁹ Ver sentencia del 1º de marzo de 2018 - Consejo de Estado Sección Tercera radicación 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269)

⁸⁰ **ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS.** *Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706. Ponencia de RAMIRO PAZOS GUERRERO.



13001-33-33-012-2014-00116-01

orientar al juez en la fijación de su cuantía, lo que, sin duda, no solo creará un ambiente de igualdad y seguridad jurídica, sino que redundará en beneficio de las partes que concurren al proceso. Al respecto dijo lo siguiente:

“En efecto, el alcance restrictivo de las indemnizaciones por pérdida de oportunidad al estar circunscrita a un rubro diferente de los perjuicios materiales e inmateriales o clasificada en un tipo único de perjuicio, encierra en algunas ocasiones, el desconocimiento del principio de la reparación integral y, en otras, el de enriquecimiento sin causa, lo cual lleva a la Sala al convencimiento de que es preciso elaborar un baremo para poder cuantificar de forma equitativa y justa los casos de pérdida de oportunidad en materia de salud.

Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica:

i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.

ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.

*iii) **No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales —daño emergente y lucro cesante—, inmateriales —daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales— y daño a la salud, reconocidos por la Corporación,** puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este*



13001-33-33-012-2014-00116-01

critorio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial.

iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso —regla general—. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad —perspectiva cuantitativa—, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal —perspectiva cualitativa—, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, —artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998—, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.

*vi) **Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción.** Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.” (Se destaca)*

Pues bien, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía el paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivir -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de

13001-33-33-012-2014-00116-01

certeza cuantitativa-; no obstante, como lo ha dicho la jurisprudencia⁸², sería *inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.*

En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivir que sufrió el menor CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario.

En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, de que existió una pérdida de oportunidad de sobrevivir del menor; lo cual da cuenta que si la atención de urgencias se hubiera prestado con integralidad, se habrían brindado opciones terapéuticas mejores al paciente que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre en el actuar del galeno en el servicio de urgencias, el retardo en la remisión que se efectuó y en la falta de compromiso de parte del CRUE atendiendo las circunstancias puntuales del caso.

Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivir que tenía el menor Cristian Caro Peñaloza Castro de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades conforme se precisa de los pronunciamientos que al respecto han citado del Tribunal de Cierre.

No obstante, el índice anterior se debe aplicar a la liquidación de los perjuicios, y no como un perjuicio independiente como lo hizo el juez de primera instancia, ya que como quedó estudiado, hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial.⁸³

⁸² Ver sentencia del 5 de abril de 2017 - Consejo de Estado Sección Tercera radicación 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706).

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706. Ponencia de RAMIRO PAZOS GUERRERO.

13001-33-33-012-2014-00116-01

De conformidad con lo señalado en la jurisprudencia citada y en atención a lo probado en este asunto, la Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que consideró que al menor CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA se le truncó una expectativa legítima de sobrevivida; de modo que no es posible imputar responsabilidad por su muerte, sino por la pérdida de oportunidad de sobrevivir; no obstante, se REVOCARÁ el numeral primero del fallo apelado, y en su lugar se declarará probada la falta de legitimación en la causa por pasiva desde el punto de vista material de la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPS'S y de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, pues la falla del servicio consistente en la deficiente atención de urgencia que despojó al menor de un chance, le es imputable a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y AL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE SALUD – CRUE; lo cual impone modificar los numerales dos y tres del fallo de primera instancia.

Ahora bien, en este caso particular, fueron decantados por el juez de primera instancia, los perjuicios de orden inmaterial, esto es los morales, los cuales se analizarán a continuación.

5.2.5.1. Perjuicios Morales

En cuanto a este perjuicio, el *A-quo*, condenó al pago de manera solidaria de las entidades demandadas, la suma de 30 SMLMV a los padres de la víctima, y 15 SMLMV a la hermana y abuelos.

Este concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En efecto, el nexo de parentesco que existe entre el occiso y los accionantes (padres, hermana, y abuelos), permite a la Sala inferir los perjuicios morales que para ellos surgieron como consecuencia de la muerte del menor Cristian José Caro Peñaloza.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con la prueba de la existencia de perjuicios morales, el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero

13001-33-33-012-2014-00116-01

civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente.⁸⁴

En este caso particular, se aportaron los registros civiles de nacimiento de los padres y la hermana, y por tanto se acreditó el parentesco con los abuelos.

Así, para la reparación del daño moral, en caso de muerte, la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación⁸⁵ diseñó cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto, así:

⁸⁴ (sentencias de 10 de abril de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente 13834; del 12 de febrero de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente 14955; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 14335; del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 15459; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 16186; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 16186; del 26 de enero de 2011, expediente 18617, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo)

⁸⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.



13001-33-33-012-2014-00116-01

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Consecuente con lo anterior y acorde con el material probatorio que reposa en el expediente, se encontró establecida la relación paterno- filial existente entre CRISTIAN JOSÉ CARO PEÑALOZA (víctima fallecida) y los señores INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES y REGULO MIGUEL CARO VIANA (padres de la víctima).⁸⁶

Se acreditó además la relación existente entre la víctima y su hermana YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA, según el Registro de Nacimiento de ésta.⁸⁷

También se acreditó la relación entre la víctima y sus abuelos maternos señores MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA y OLGA MARINA REYES PEÑALOZA, según el Registro Civil de Nacimiento de INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES (MADRE).⁸⁸ Y que el Señor REGULO MIGUEL CARO CARO, era abuelo paterno de la víctima, según se verifica del Libro 10 Folio 207 de los archivos de la Notaría Única del Círculo de San Jacinto Bolívar.⁸⁹

De esta manera, la condena se limitará al reconocimiento del perjuicio inmaterial, esto es el perjuicio moral, el cual se efectuará conforme al 50% del monto de lo reconocido en los casos que para la muerte ha tasado la

⁸⁶ Folio 15 Cdr. 1

⁸⁷ Folio 14 Cdr. 1

⁸⁸ Folio 3 Cdr. 1

⁸⁹ Folio 12 Cdr. 1.



13001-33-33-012-2014-00116-01

Jurisprudencia del Consejo de Estado. En tal virtud, se ordenará el pago de los perjuicios morales causados a los demandantes y de forma solidaria a cargo de las demandas ESE HOSPITAL LOCAL SAN JACINTO y GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, así:

Nivel	Demandante	SMLMV
Nivel I	INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES (Madre)	50
Nivel I	REGULO MIGUEL CARO VIANA (Padre)	50
Nivel II	YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA (Hermana)	25
Nivel II	MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA (Abuelo)	25
Nivel II	OLGA MARINA REYES PEÑALOZA (Abuela)	25
Nivel II	REGULO MIGUEL CARO CARO (Abuelo)	25

5.2.5.2. Otros perjuicios - Daño a bienes o derechos constitucionalmente amparados

Por último, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 (expediente 32.988), el Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones en torno a los perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados:

“i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. “ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

“iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

“iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al (sic) grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

“15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



13001-33-33-012-2014-00116-01

“i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

“ii) La **reparación del daño es dispositiva**: si bien las **medidas de reparación** de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también **operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia**.

“iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º (sic) de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas 'de crianza', en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

“iv) Es un daño que **se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV**, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado”. (Negritas son del texto).

Según esta última sentencia, entonces, el reconocimiento de este daño solo procede si está acreditada su existencia, y que su reparación es principalmente con medidas de carácter no pecuniario.

De acuerdo a lo analizado hasta este punto, para la Sala es evidente la vulneración del derecho fundamental a la Salud de la que fuera víctima el niño CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA, en la faceta de una inadecuada atención inicial de urgencia. Conforme a lo anterior, dispondrá la Sala que en este caso particular, se reconozcan medidas no patrimoniales a los demandantes y a cargo de las entidades accionadas así:



13001-33-33-012-2014-00116-01

1. Ordenar a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y a la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE SALUD, a ofrecer excusas a los demandantes, siempre que los mismos así lo consientan, en una ceremonia que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo con presencia de los Directivos de dichas entidades y del médico tratante del caso adscritos a esa ESE si aún se encuentra vinculado.
2. Ordenar a las accionadas a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de la providencia.
3. Ordenar a las accionadas, que en el término de un mes elabore y apruebe guías y protocolos sobre la relevancia e importancia de diagnóstico en el servicio de urgencias y la detención de signos de alarma y remisión en casos de atención de sujetos de especial protección, como es el caso de los menores de edad, así como la importancia de los registros en la historia clínica de los pacientes.

6. CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.



13001-33-33-012-2014-00116-01

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandada** que resultó condenada, al pago de las costas que efectivamente se hayan causado como parte vencida, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

7. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V.- FALLA

PRIMERO: DECLARAR infundado el impedimento formulado por el Magistrado José Rafael Guerrero Leal, por las razones indicadas en esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral primero y **MODIFICAR** los numerales dos y tres del fallo apelado del veintinueve (29) de abril de dos mil dieciséis (2016), el cual quedará así:

*“**PRIMERO: DECLARAR** probada la falta de legitimación en la causa desde el punto de vista material, de las demandadas ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS y la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, por las razones descritas en la parte considerativa de este fallo.*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 256/2020
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13001-33-33-012-2014-00116-01

SEGUNDO: DECLARAR patrimonial, administrativa y solidariamente responsable a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE SALUD, por la pérdida de oportunidad de sobrevivida del niño CRISTIAN JOSE CARO PEÑALOZA, ocurrida el día 19 de febrero de 2013, por las razones expuestas en este proveído.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENAR** solidariamente a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE SALUD, a pagar a los demandantes por los perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero, especificadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, así:

Nivel	Demandante	SMLMV
Nivel I	INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES (Madre)	50
Nivel I	REGULO MIGUEL CARO VIANA (Padre)	50
Nivel II	YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA (Hermana)	25
Nivel II	MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA (Abuelo)	25
Nivel II	OLGA MARINA REYES PEÑALOZA (Abuela)	25
Nivel II	REGULO MIGUEL CARO CARO (Abuelo)	25

CUARTO: ORDENAR a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DE SALUD, a reconocer a la parte demandante, las siguientes medidas no patrimoniales así:

1. Ofrecer excusas a los demandantes, siempre que los mismos así lo consientan, en una ceremonia que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo con presencia de los Directivos de dichas entidades y del médico tratante del caso adscritos a esa ESE si aún se encuentra vinculado.
2. Establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de la providencia.
3. Que en el término de un mes elabore y apruebe guías y protocolos sobre la relevancia e importancia de diagnóstico en el servicio de urgencias y la detención de signos de alarma y remisión en casos de atención de sujetos de especial protección, como es el caso de los menores de edad, así como la importancia de los registros en la historia clínica de los pacientes."

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo apelado.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte **demandada** conforme a los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

13001-33-33-012-2014-00116-01

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Salvamento de voto

Cartagena de Indias, cuatro (04) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado:	13-001-33-33-012-2014-00116-01
Demandante:	REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS
Demandado:	E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO BOLÍVAR Y OTROS
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Por medio del presente conducto y de manera respetuosa me permito salvar mi voto respecto de la decisión mayoritaria, en los siguientes términos:

No obstante aceptar que pueden ser evidentes los yerros en cuanto a obligaciones inherentes al acto médico, particularmente lo relacionado con un posible retardo en el traslado del paciente, en el *sub lite* (a juicio del suscrito) se echa de menos la prueba del nexo casual, siendo preciso agregar que la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica, no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal, aun en presencia de negligencia médica.

En la jurisprudencia, ni siquiera en tratándose del acto obstétrico⁹⁰ (donde se flexibiliza el deber probatorio), se admite la presunción de nexo causal, pues en estos casos, le corresponde al actor acreditar que el embarazo se desarrolló en circunstancias normales para derivar de allí el indicio del nexo causal (también de falla).

Para el suscrito, las pruebas que conforman el expediente no son suficientes para imputar la muerte del menor CRISTIAN CARO PEÑALOZA a las demandadas, particularmente a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACITO (BOLÍVAR) que fue la entidad encargada de brindar la atención, ya que, aun cuando se encuentra acreditada la mala praxis, lo que equivaldría a la falla del servicio, no está probado que esa muerte haya sido el producto de dicha falla.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 17.512. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

13001-33-33-012-2014-00116-01

En otras palabras, se extraña el nexo causal puesto que no hay pruebas que determinen que el resultado fatal fue el efecto o la consecuencia de la mala atención o incluso del retardo en la remisión.

El suscrito comulga en que existen elementos suasorios de un error en el diagnóstico inicial atribuido al galeno que atendió al menor por el servicio de urgencias de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACITO y de la dilación en la remisión, la cual se concluye a partir de lo expresado en el oficio UBCBL-DSBL 086-2013 del 29 de abril del año 2013, suscrito por el grupo médico vinculado al Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses de la Unidad Básica de El Carmen de Bolívar.

No obstante, en el *sub lite* se echa de menos el nexo causal pues, contrario sensu, las pruebas permiten determinar con claridad que la causa básica de la muerte del menor CARO PEÑALOZA, estuvo asociada a un trauma craneoencefálico cebero ocasionado por una caída de un árbol de aproximadamente 2 metros de altura que la conclusión pericial definió como una **muerte accidental**, luego al no haber prueba de la incidencia causal o posible colaboración en la producción del daño del retardo en la remisión endilgado y la inadecuada atención, definitivamente no es posible atribuir responsabilidad a los entes demandados por la muerte.

De la misma opinión fue el *a quo*, sin embargo, terminó decantándose por achacar responsabilidad no por la muerte, sino por la pérdida de la oportunidad como daño autónomo y en tanto entendió que el retardo en la remisión le restó al menor una chance u oportunidad de tratamiento con el cual probablemente no hubiese fallecido. El suscrito disiente de esa conclusión.

A mi juicio, pareciera equivocarse desde su noción básica la figura de la pérdida de la oportunidad, por ello sostengo que tampoco está clara la posibilidad de imputarla (siendo que el análisis debe ser más riguroso en materia de prueba técnica), pues debe tenerse en cuenta que, si el análisis se hace desde la postura de que esta constituye un daño autónomo, ora si se inclina el intérprete por entenderla como una herramienta para definir el nexo causal (esta última de menos aceptación en la actualidad por el Consejo de Estado), en cualquiera de los dos casos es menester tener la prueba de cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud (es decir el elemento de "*certeza de la oportunidad que se pierde*" esbozado con amplitud en fallo) y además, que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020

13001-33-33-012-2014-00116-01

En el *sub lite*, lo que se observa es que la ponencia concluye la pérdida de la oportunidad como daño autónomo, proveniente de la violación de una expectativa legítima, no a partir de pruebas, sino sobre la base de una presunción construida por la Sala en según como se ilustra:

*“De conformidad con la anterior postura, la cual es similar a la asumida por el Consejo de Estado, esta Sala de Decisión advierte que si bien, en el caso sub examine, no existe una absoluta certeza acerca de si una atención adecuada y una remisión oportuna que le fuera sido realizada al menor CRISTIAN CARO PEÑALOZA por parte de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO y el CRUE le hubieran permitido evitar su muerte; sin embargo, no es menos cierto que el retardo prolongado del menor en el centro asistencial desde su ingreso deja en entre dicho la diligencia y cuidado con que, se dice, actuaron las demandadas; pues **si éstas hubieran obrado a tiempo y de manera diligente, no se le hubiera quitado al menor la oportunidad de seguir con vida.** Máxime si se tiene en cuenta, que la primera atención prestada debió comportar un trato diferenciado, habida cuenta de la calidad especial del sujeto (menor de edad), lo que implicaba, a juicio de la Sala, el mayor celo en el diagnóstico, y mayor previsión dado a la ausencia del vehículo para el traslado, cuestiones éstas que se encontraban dentro de sus obligaciones de acuerdo a la categoría en la que se encuentra el centro asistencial.*

(...)

*Comparte entonces la Sala la misma opinión del a quo, cuando decantó en el sub lite la responsabilidad no por la muerte, sino por la pérdida de la oportunidad como daño autónomo **y en tanto entendió que el retardo en la remisión le restó al menor un chance u oportunidad de tratamiento con el cual probablemente no hubiese fallecido.**”*

Como puede observarse, la ponencia determina la pérdida de la oportunidad, no a partir de la certeza comprobada sobre la oportunidad perdida, sino a partir de una inferencia o deducción surgida de la posible negligencia o retardo.

Es decir, por subsumir el caso concreto a la teoría de la pérdida de la oportunidad, se degeneró el régimen de imputación, habida cuenta que el mismo debe construirse, en este tipo de juicios, sobre la base de la responsabilidad subjetiva y la falla probada, y no como se ha hecho, acuñando un régimen objetivo, según el cual basta acreditar la negligencia para decantar la responsabilidad.

Y es que, no hay evidencia y por ello no es posible asegurar que si se hubiere obrado a tiempo y de manera diligente, la menor hubiese seguido con vida o mejor, no se le hubiese restado la oportunidad de seguir con vida.

13001-33-33-012-2014-00116-01

Como bien lo expone el precedente jurisprudencial⁹¹, los presupuestos que estructuran la pérdida de la oportunidad como daño autónomo y que se acogen en la actualidad por el Consejo de estado son: (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.**

De lo que se desprende el deber ineludible de demostración a cargo de la parte activa - se itera - de la posibilidad real de recuperación del paciente, lo que se debe traducir en el porcentaje de probabilidad respecto de esa oportunidad perdida.

Como bien lo preciso el Consejo de Estado, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; pero ello no implica que se instrumentalice la figura para exonerar a la demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, porque de ser así se rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente⁹².

Así pues, a juicio del suscrito, en el *sub lite* no es posible atribuir ni la muerte, ni la pérdida de la oportunidad como daño autónomo y por ello, disiento de la decisión adoptada.

Dejo así sentado mi salvamento de voto.

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, Exp. 25706. Ponencia de RAMIRO PAZOS GUERRERO.

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: "Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos."

"Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a "un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante" respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión": Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Magistrado.