



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

Arauca, cinco (5) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Reparación directa

Radicación: 81001-3333-002-2014-00172-01

Demandante: Jairo Peña Peña y otros

Demandado: E.S.E. Moreno y Clavijo – Hospital del Sarare – Fundación Avanzar Fos – Fiduciaria La Previsora S.A.

Tema: Recurso de apelación contra decisión que negó el decreto de una prueba

Decisión: Revoca decisión

Decide este Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la decisión adoptada en audiencia inicial de fecha diez (10) de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, por medio del cual se negó el decreto de una prueba.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de reparación directa, el señor Jairo Peña Peña y otros, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de la E.S.E. Moreno y Clavijo, el Hospital del Sarare, la Fundación Avanzar Fos y Fiduciaria La Previsora S.A., cuyas pretensiones consisten en que se les declare administrativamente responsable a las entidades demandadas, con ocasión al daño sufrido por la menor Karol Dayana Peña Pérez, debido a la falla del servicio en la prestación del servicio de salud.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que las demandadas reconozcan y paguen los perjuicios materiales, morales, de vida en relación y daño a la salud ocasionados a la menor Karol Dayana Peña Pérez y sus familiares, de acuerdo a lo montos señalados en la demanda¹.

El día diez (10) de marzo de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, llevó a cabo la audiencia inicial dentro del asunto de la referencia², en la cual el *A quo* decidió no decretar una de las pruebas solicitadas con la demanda, y ante lo cual el apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de reposición.

No obstante, la Juez de Primera Instancia precisó que la decisión controvertida era pasible de ser apelada, según lo refiere el numeral 9º del artículo 243 del C.P.A.C.A., por lo tanto, negó la reposición interpuesta, y, en su lugar, concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación.

¹ Fls. 16-20.

² Fls. 1-5 y 33.

Medio de Control: Reparación directa
Radicación: 81001-3333-002-2014-00172-01
Demandante: Jairo Peña Peña y otros
Demandados: E.S.E. Moreno y Clavijo – Hospital del Sarare E.S.E. - Otros
Magistrada Ponente: Patricia Rocío Ceballos Rodríguez

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, en audiencia inicial celebrada el diez (10) de marzo de 2016, decidió no decretar una de las pruebas pedida por la parte demandante, argumentando lo siguiente:

Una de las pruebas solicitadas por la parte actora consistía en oficiar a la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., para determinar el grado de invalidez laboral de la menor Karol Dayana Peña Pérez, respecto de la cual el *A quo* indicó que la negaba, debido a que se trata de una menor de edad, mientras que la calificación de invalidez laboral se realiza solo respecto de personas que están en capacidad y en edad de laborar.

En ese sentido, advierte que la menor nació en el año 2012, por lo que resulta palmario que no tiene la capacidad jurídica para ejercer un trabajo, en todo caso tampoco cuenta con una autorización de sus padres para este propósito; así las cosas concluye, que la prueba deviene en ineficaz y no es idónea, además que no se acompasa con el objeto de la *litis*.

RECURSO DE APELACIÓN

Sea lo primero indicar que, si bien es cierto fueron siete (7) las pruebas documentales solicitadas por la parte actora, como se constata a folio 30 del expediente, y que de éstas varias fueron negadas por el *A quo*, entre ellas la de oficiar a la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., para determinar el grado de invalidez laboral de la menor Karol Dayana Peña Pérez, fue solo en relación a ésta que el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación que hoy se desata, señalando:

Aunque se trata de una menor, indica que es posible que a partir del 22 de abril de 2023 cumpla su mayoría de edad y pueda realizar una actividad productiva; teniendo en cuenta lo anterior, explica que la prueba solicitada tiene por fin determinar si las secuelas producto de la falla del servicio médico acaecida son continuas y/o permanentes, y que dificultades le reportaría al momento de desempeñarse laboralmente.

TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las entidades demandadas, E.S.E. Moreno y Clavijo, el Hospital del Sarare, y la apoderada del llamado en garantía Previsora Compañía de Seguros S.A., indicaron estar conformes con la decisión adoptada por la Juez de Primera Instancia, por cuanto se trata de una menor que no se encuentra en edad productiva, lo que impide llevar a cabo tal valoración, en ese sentido, solicitaron confirmar la misma.

Medio de Control: Reparación directa
Radicación: 81001-3333-002-2014-00172-01
Demandante: Jairo Peña Peña y otros
Demandados: E.S.E. Moreno y Clavijo – Hospital del Sarare E.S.E. - Otros
Magistrada Ponente: Patricia Rocío Ceballos Rodríguez

Por su parte el Agente Delegado del Ministerio Público, expresó que compartía los argumentos esgrimidos por el *A quo* para negar la prueba solicitada por la parte demandante, reiterando que se trata de una menor.

CONSIDERACIONES

Competencia.

El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver el recurso de apelación planteado, pues se trata de un auto susceptible de este medio de impugnación, de acuerdo a lo contenido en los artículos 153 y 243 numeral 9º del C.P.A.C.A. y se resuelve por el Magistrado Ponente conforme lo determina el artículo 125 ibídem.

Problema jurídico.

El problema jurídico que corresponde resolver a este Despacho se circunscribe a establecer si:

¿La menor Karol Dayana Peña Pérez es susceptible de ser valorada por la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., para que ésta determine su grado de invalidez laboral a pesar de que aún no tiene capacidad para ello?

Caso en concreto.

La dinámica de todo proceso contencioso implica principalmente la exposición de unos hechos y unas pretensiones a través de la demanda incoada, siendo que tales supuestos facticos se predicen de la acción u omisión de otra persona o entidad, por lo que lo solicitado debe ser también exigible a éstos, todo lo anterior respaldado en los medios probatorios que se estimen pertinentes.

En ese orden, del libelo genitor se advierte que los demandantes pretenden que se declare administrativamente responsables a las entidades demandadas con fundamento en la falla médica, que presuntamente tuviera lugar por la tardía e ineficiente prestación de los servicios médicos a la menor Karol Dayana Peña Pérez³. Ahora bien, más exactamente, puede observar este Despacho que una de las pretensiones incoadas con la presentación de la demanda, está dirigida a obtener el pago de los perjuicios causados a la menor aludida por concepto de lucro cesante futuro⁴.

De tal manera, es pertinente traer a colación lo explicado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁵, sobre la posibilidad de reconocimiento de este tipo de perjuicios, en un caso similar al que es objeto de estudio en esta instancia:

³ Fls. 16-20.
⁴ Fls. 17-18.
⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. SC9193-2017. Radicación nº 11001-31-03-039-2011-00108-01. Bogotá D.C., veintiocho de junio de dos mil diecisiete.

'En lo que respecta al lucro cesante futuro por la privación de los beneficios económicos que el menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió, no tiene razón la parte demandada cuando afirma que tal rubro es infundado; pues lo único cierto según el estado psicofísico actual del menor es que es absolutamente incapaz de valerse por sí mismo; y que con un alto grado de probabilidad científica no tendrá en un futuro el mismo desarrollo y desenvolvimiento de una persona que goza de buena salud, por lo que no podrá recibir una educación básica formal ni podrá desempeñarse en el mercado laboral, debiendo depender siempre de sus padres o, a falta de éstos, de personas caritativas; toda vez que las lesiones que sufrió al momento de su nacimiento son irreparables y lo mantendrán sumido en estado de cuadriplejía y absoluta incapacidad por el resto de su vida.

La anterior observación se ha hecho con total respeto hacia el sentimiento de los padres y abuelos del menor, para efectos de cuantificar el perjuicio reclamado y sin ánimo de frustrar las esperanzas que aquéllos y esta misma Corte guardan en la plena recuperación de su integridad psicofísica.

No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad, por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de ocurrencia del hecho dañoso; pues –se reitera– la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que 'se hallaba' antes del daño, sino en la posición en que 'habría estado' de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico.

Aunque a simple vista parezca una sutil e inocua distinción, lo cierto es que la precisión gramatical no es de ninguna manera irrelevante, pues el modo condicional compuesto (perfecto o antepospretérito) no se refiere a un pasado necesario ni a un futuro completamente incierto, sino a un correlato del futuro a partir de una acción que se dio en el pasado o, lo que es lo mismo, a una acción futura en relación con un pasado que se considera punto de partida de la acción. Es decir que el juicio presente tiene en cuenta la acción pasada para realizar un juicio hipotético sobre la situación futura más probable.

La sentencia del año 1943, en la que esta Sala se apoyó en ocasiones pretéritas para negar este rubro a los menores damnificados sostuvo que «toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en que el porvenir, de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio». (G.J. t. LVII, pp. 234-242)

Es posible que en la primera mitad del siglo anterior el futuro de las personas estuviera "envuelto por la densa niebla del misterio", pero según la experiencia de hoy en día no hay nada de misterioso en anticipar con un alto grado de probabilidad que una persona a la que se le han cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no podrá desempeñar ninguna actividad económica y no tendrá ninguna posibilidad de obtener por sí misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia.

El único misterio que quedará latente en este caso si no se concede la reparación de este perjuicio consistirá en saber cómo va a hacer la víctima directa del daño para solventar su subsistencia si llega a su adultez; pues no existe ninguna razón para que los padres, familiares o terceras personas deban asumir una obligación dineraria que no están jurídicamente llamados a soportar, como sí lo está la entidad generadora de las lesiones graves que sufrió el menor. Y aún en caso de que los padres sufraguen los gastos que causó la conducta antijurídica de la demandada, no es posible dejar el futuro del menor librado a la azarosa circunstancia de que los progenitores continúen con vida muchos años más y le sobrevivan.

Las anteriores razones, junto con la obligación que tiene el Estado y la sociedad de proteger el interés superior del menor según la Constitución Política y los instrumentos internacionales que consagran los derechos de los niños, hacen necesaria la concesión de la indemnización que se viene comentando.

Una vez demostrado este detrimento patrimonial, sólo resta calcular su cuantía con el fin de proferir la condena en concreto, para lo cual se tomará como base el salario mínimo mensual legal vigente, pues ante la imposibilidad material de establecer otro parámetro, ha de adoptarse el estipendio que reconoce la ley para solventar los gastos básicos de una persona en nuestro medio.
(Subrayado del Despacho)

En el mismo sentido, el Honorable Consejo de Estado⁶ ha admitido que es posible el reconocimiento del lucro cesante futuro respecto de menores, pero se ha ocupado también del análisis de los elementos probatorios que permiten demostrar tal detrimento patrimonial, expresando:

"11.3. Así mismo, con base en los hechos probados se tiene por cierta la pérdida del lucro que Emilio Arias Vargas percibía por el desarrollo de las actividades agropecuarias que llevaba a cabo en varias fincas del área rural en donde vivía, en cercanías al municipio de San Vicente del Caguán; daño éste que se encuentra evidenciado en la medida en que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó dentro del proceso que, por causa de las heridas de arma de fuego recibidas, la persona mencionada quedó con pérdida total de su capacidad para trabajar, así como también con una permanente deformación –párr. 9.4.2, hechos probados–. (...)" (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo a lo que se acaba de citar, actualmente es posible reconocer perjuicios por concepto de lucro cesante futuro en relación a menores de edad, sin embargo, no puede pasarse por alto que tal afirmación está supeditada a lo que se encuentre demostrado en el proceso judicial, en la medida en que tendrá que determinarse el porcentaje en que se vería afectado tal menor de desempeñarse laboralmente.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA - SUBSECCION B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D. C. ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00005-01(48404). Actor: JOSÉ ELEVIDT ARIAS AMAYA Y OTROS. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que la parte demandante está dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., en el entendido de *"probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*; puesto que según lo refirió el apoderado de la parte actora al sustentar el recurso de apelación, la prueba solicitada consistente en oficiar a la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., para determinar el grado de invalidez laboral de la menor Karol Dayana Peña Pérez, tiene como objeto determinar si las secuelas producto de la falla de servicio médico acaecida son continuas y/o permanentes, y que dificultades le reportaría al momento de desempeñarse laboralmente.

Así las cosas, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional⁷, constata el Despacho que:

5.2. En cuanto a la naturaleza de las juntas de calificación de invalidez el decreto en mención establece que son "organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica (...)", cuyos integrantes, designados por el Ministerio de Protección Social, "no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el presente decreto". Al respecto, la Sala Plena ha precisado, en sede de constitucionalidad, que las juntas de calificación de invalidez "(...) son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares"[29]."

Precisado lo anterior, se estima que le asiste razón al apoderado de la parte demandante, por cuanto son las Juntas de Calificación de Invalidez, los organismos encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral de las personas, es decir, a través de éstos podría demostrarse el perjuicio reclamado, en ese orden, no puede alegarse que la menor Karol Dayana Peña Pérez no es susceptible de ser valorada por la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., para que ésta determine su grado de invalidez laboral, como lo argumentó el *A quo*, puesto que, se evidencia que la prueba solicitada guarda relación estrecha con el objeto de la *litis*.

Ahora bien, contrario a lo indicado por la Juez de Primera Instancia, en relación a que la calificación de invalidez laboral se realiza solo respecto de personas que están en capacidad y en edad de laborar, el Decreto 1352 de 2013, refiere indistintamente que pueden ser objeto del dictamen:

"ARTÍCULO 1. Campo de aplicación. El presente decreto se aplicará a las siguientes personas y entidades:

(...)

3. De conformidad con las personas que requieran dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en

⁷ T-093 del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO. Referencia: expedientes T-5.190.898 y T-5.205.266.

Medio de Control: Reparación directa
Radicación: 81001-3333-002-2014-00172-01
Demandante: Jairo Peña Peña y otros
Demandados: E.S.E. Moreno y Clavijo – Hospital del Sarare E.S.E. - Otros
Magistrada Ponente: Patricia Rocío Ceballos Rodríguez

procesos judiciales o administrativos, deben demostrar el interés jurídico e indicar puntualmente la finalidad del dictamen, manifestando de igual forma cuáles son las demás partes interesadas, caso en el cual, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como peritos, y contra dichos conceptos no procederán recursos, en los siguientes casos:

- a) Personas que requieren el dictamen para los fines establecidos en este numeral.*
- b) Entidades bancarias o compañía de seguros.*
- c) Personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en la Ley 418 de 1997. (...)"*

Según se indica en la normativa citada, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como peritos en aquellos eventos en los que cualquier persona, sin distinción de edad, requiera que se califique la pérdida de su capacidad laboral, para aportar tal dictamen como prueba en un proceso judicial, en consecuencia tendrá que revocarse la decisión adoptada en primera instancia, para proceder a decretar la misma.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

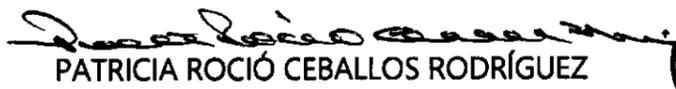
DISPONE

Primero: REVOCAR la decisión dictada en audiencia inicial de fecha diez (10) de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, que resolvió negar el decretó de una prueba solicitada por la parte demandante; en consecuencia se dispone:

ÚNICO: Oficiar a la Junta Médica de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., para determinar el grado de invalidez laboral de la menor Karol Dayana Peña Pérez, por lo anterior, se le ordena al apoderado de la parte demandante, que coloque a disposición de la Junta, todos los documentos que ésta requiera para rendir su concepto, y una vez cuente con éstos, se le concede el término de 15 días hábiles para allegar el respectivo concepto.

Segundo: Una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PATRICIA ROCÍO CEBALLOS RODRÍGUEZ
MAGISTRADA

05:15PM
05 MAR 2018
Ruyf

Medio de Control: Reparación directa
Radicación: 81001-3333-002-2014-00172-01
Demandante: Jairo Peña Peña y otros
Demandados: E.S.E. Moreno y Clavijo – Hospital del Sarare E.S.E. - Otros
Magistrada Ponente: Patricia Rocío Ceballos Rodríguez

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SECRETARÍA GENERAL

Por anotación en el estado N° 33
notifico a las partes la presente providencia,
hoy 6 marzo de 2018 a las 8
AM.

MARÍA ELIZABETH MOGOLLÓN MENDEZ
Secretaria General

[Faint circular stamp and illegible text]