

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO  
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, treinta (30) de Septiembre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JOSE MARÍA MOW HERRERA

EXPEDIENTE No.: 88-001-33-33-001-2013-00123-01  
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA  
DEMANDANTES: EVETH FORBES JAMES Y OTROS  
DEMANDADO: CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LAS  
COMUNICACIONES-CAPRECOM

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial el dieciocho (18) de octubre de dos mil trece (2013), dentro del proceso iniciado por EVETH FORBES JAMES, SUSANA FOX FORBES, DIANA FOX FORBES, SHEIGGY EVETH FOX FORBES y MAYCHELL MCLEAN FOX en contra de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

**PRIMERO: DECLÁRASE** administrativamente responsable a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL-CAPRECOM EPS - por los perjuicios morales causados a las señoras SUSANA FOX FORBES, SHEIGGY EVETH FOX y MAYCHELL MCLEAN FOX, por la muerte de Michelle Mc'lean Fox, por falla en el servicio, debido a la falta de pericia, omisión y tardanza en brindarle a la paciente un tratamiento médico oportuno y eficaz, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL - CAPRECOM EPS - al pago de los perjuicios morales de la parte actora así:

-Para SUSANA FOX FORBES, madre de la menor fallecida, deberá cancelar el equivalente de Setenta (70) Salarios Mínimos Legales Vigentes, los cuales equivalen a cuarenta y un millones doscientos sesenta y cinco mil pesos (\$41.265.000.00), cifra que será actualizada a la fecha que se verifique el correspondiente pago.

-Para MAYCHELL MC'LEAN FOX, Hermana gemela de la menor fallecida, deberá pagar el equivalente de Cincuenta (50) Salarios Mínimos Legales Vigentes, equivalente a veintinueve millones cuatrocientos setenta y cinco mil pesos (\$29.475.000.00), cifra que será actualizada a la fecha que se verifique el correspondiente pago.

-Para SHEIGGY EVETH FOX, Hermana de la menor fallecida, deberá pagar el equivalente de Cincuenta (50) Salarios Mínimos Legales Vigentes, equivalente a veintinueve millones cuatrocientos setenta y cinco mil pesos (\$29.475.000.00), cifra que será actualizada a la fecha que se verifique el correspondiente pago.

Por Secretaría, a petición de las demandantes, expídanse copias auténticas (Art. 115 CPC).

**TERCERO:** Condénase en costas a la parte demandada, y la liquidación de las mismas se debe cumplir por Secretaría. Para esos efectos se fijan las agencias en derecho en dos millones cuatro mil trescientos pesos (\$2.004.300.00).

**CUARTO:** Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, líquidense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (2) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente"

## 1. PRETENSIONES

EVETH FORBES JAMES, SUSANA FOX FORBES, DIANA FOX FORBES, SHEIGGY EVETH FOX FORBES y MAYCHELL MCLEAN FOX, actuando a través de apoderado judicial, instauró el medio de control de reparación directa en contra de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM, para que se le declare administrativa responsable por la falla en el servicio que presuntamente "provocó" la muerte de MICHELLE MCLEAN FOX, así:

**"PRIMERO:** se declare administrativamente responsable a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM, de los perjuicios materiales y morales causados a las demandantes EVETH FORBES JAMES, SUSANA FOX FORBES, DIANA FOX FORBES, SHEIGGY EVETH FOX FORBES y MAYCHELL MCLEAN FOX, por falla en el servicio, que provocó de forma directa, inmediata y causal la muerte de MICHELLE MCLEAN FOX

**SEGUNDO:** Condenar a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM-, como reparación directa del daño ocasionado, a favor de las Demandantes a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden

material y moral, objetivados y subjetivos, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo de la forma siguiente

#### **A. PERJUICIOS MORALES**

-A favor de su Abuela EVETH FORBES JAMES, en virtud de la relación parental con la occisa, CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, vigentes para la fecha de pago.

-A favor de su Señora Madre, SUSANA FOX FORBES, en virtud de la relación parental con la occisa, CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, vigentes para la fecha de pago.

-A favor de su Tía DIANA FOX FORBES, en virtud de la relación parental con la occisa, CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, vigentes para la fecha de pago.

-A favor de su Hermana SHEIGGY E. FOX FORBES en virtud de la relación parental con la occisa, CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, vigentes para la fecha de pago.

-A favor de su Hermana, MAYCHELL MCLEAN FOX, en virtud de la relación parental con la occisa, CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, vigentes para la fecha de pago.

-Por concepto de daño a la vida de relación, la suma de CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, para cada uno de los demandantes.

Administrativo y que se condene en costas a la Entidad demandada.

#### **B. DAÑOS MATERIALES**

-A favor de su Señora Madre SUSANA FOX, en la modalidad de lucro cesante, la suma que resulte de la aplicación de las fórmulas utilizadas por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el salario proyectado, indexado y ajustado, año por año, que debería percibir a futuro y en vida MICHELLE FOX FORBES, teniendo en cuenta su vida probable, liquidados con referencia en salarios mínimos, proyectados, indexados y ajustados año por año.

-TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.00), por concepto de gastos de transporte, ruta San Andrés Barranquilla, manutención y estadía en la ciudad de Barranquilla.

**TERCERO:** actualizar las sumas de dinero por concepto de las condenas impuestas a cargo de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y reconocer los intereses legales y la indexación a que haya lugar, causados desde

*la fecha de ocurrencia de los hechos, hasta cuando se dé estricto cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.*

**CUARTO:** Ordenar a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES-CAPRECOM-, para que dé cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 189 (Efectos) y Art. 192 (Cumplimiento) del C.C.A.  
*Las Demandantes se reservan el derecho para solicitar el reconocimiento y pago de otras sumas de dinero por concepto de indemnización, que se probaran en su momento."*

## 2. HECHOS

Los hechos señalados por el apoderado judicial de las demandantes se sintetizan de la siguiente manera:

1. El día 12 de junio de 2011 ocurrió un accidente en la vía circunvalar kilómetro 22+650 Barrio San Luís en frente de la Universidad Nacional, en el que colisionaron dos motocicletas donde resultó gravemente herida la menor MICHELLE MC'LEAN FOX.
2. La mencionada víctima, fue trasladada al Hospital Departamental "Amor de Patria", atendida en la unidad de urgencias se le diagnosticó: contusión pulmonar, lesión L5, trauma abdominal y Tec. Severo.
3. El 19 de junio de 2011, neurología expide la autorización para remitir a la menor a una UCI de tercer nivel, con carácter de urgente y en avión ambulancia.
4. El 22 de junio de 2011, la paciente viaja acompañada de su tía DIANA FOX FORBES a la ciudad de Barranquilla, donde es ingresada a la Clínica Vida IPS con el siguiente diagnóstico: "estado de choque séptico Vs distributivo, falla respiratoria en AVM, POP de laparoscopia exploratoria+drenaje de hemoperitoneo, POP de toracostoma derecha cerrada por hemoneuritorax derecho+contusión pulmonar, sepsis de tejidos blandos Vs urinaria, fractura del peñasco X TEC severo, politraumatismo y hemorragia de vías digestivas altas".
5. El 16 de julio de 2011 falleció en la Clínica Vida IPS, la menor MICHELLE MC'LEAN FOX.
6. Que la paciente tuvo un cuadro clínico complejo que comprometía su vida, por lo cual fue considerada de alto riesgo, lo que obligaba a que fuera atendida por el personal y con equipos de una UCI de tercer nivel, con lo cual no cuenta el Hospital Departamental, razón por lo cual, debía ser remitida a una institución con dicho nivel.

7. Teniendo en cuenta la situación antes descrita, la familia de la menor fallecida gestionó ante la entidad demandada de manera permanente y persistente, la remisión de la paciente a otra ciudad, lo cual no fue suficiente, debido a que la autorización fue expedida de manera tardía, pues, solo se efectuó hasta el 19 de junio de 2011 y el traslado el 22 del mismo mes y año, es decir, 10 días después del accidente.

8. Por la negligencia que se presentó, la menor MICHELLE MC'LEAN FOX no pudo recibir atención adecuada, lo que conllevó a su fallecimiento.

9. Las deficiencias, retardos y omisiones en la expedición de las autorizaciones a cargo de la entidad demandada, fueron la causa de la gravedad de su salud, y por ende las causas que desencadenaron su muerte.

10. La muerte de MICHELLE MC'LEAN FOX ha provocado un profundo dolor, pena y tristeza en su abuela, madre, tía y hermanas, que no han podido superar, dada la calidad humana como nieta, hija, sobrina y hermana, y además, de su clara proyección y futuro como persona, "nutrida de optimismo, inconformidad, empuje, emprendimiento y resolución, que la convertían en una mujer que seguramente alcanzaría el éxito y sin duda alguna, sería el sustento de la familia".

### **3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES.**

- Artículos 2, 48 y 90 de la Constitución Política.
- Artículos 2341 y pertinentes del Código Civil
- Código Contencioso Administrativo, Ley 1637 de 2010, Arts. 140, 151, 152-6, 156-6, 157, 159, 161, 162, 164, 166, 172, 196, 205, 211, 215 y demás disposiciones legales y concordantes.

### **4. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

La entidad accionada contestó la demanda mediante escrito visible a folios 62-79 del cuaderno de primera instancia, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda.

Como razones de defensa sostuvo, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Luego de una breve exposición acerca del régimen de la falla del servicio con relación a la responsabilidad por la prestación del servicio de salud a cargo de

la administración pública, sostuvo, que tal como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, la adopción del régimen de la falta presunta en la prestación del servicio médico asistencial ha debido ser moderado mediante el llamado principio de las cargas dinámicas, el cual encuentra su fundamento en las normas constitucionales que consagran el principio de equidad, toda vez que éste en algunas ocasiones puede verse vulnerado por la exigencia hecha a la parte actora de aportar determinadas pruebas al proceso dada su dificultad.

Afirma, que en este caso particular y en materia de responsabilidad estatal, el asunto no puede ser resuelto con la sola constatación de la intervención causal de la actuación médica, sino que esa actuación debe ser constitutiva de una falla del servicio y ser ésta su causa eficiente. Que por tanto, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y no lo será cuando su intervención no fue la causa eficiente del mismo, sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable de las enfermedades que padecía la paciente.

Concluye manifestando, que no se le puede imputar a CAPRECOM la muerte de la menor en razón a que de las pruebas aportadas se desprende una continua y oportuna prestación del servicio médico.

Como excepciones de fondo propone: "ausencia de responsabilidad por parte de Caprecom y ausencia de falla en el servicio y nexo causal".

## 5. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 18 de octubre de 2013, declaró administrativamente responsable a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM y la condenó al pago de perjuicios morales a las demandantes SUSANA FOX FORBES, SHEIGGY EVETH FOX y MAYCHELL MC'LEAN FOX, bajo las siguientes premisas:

Esbozó que el problema jurídico que se presenta, se centra en "establecer si asiste responsabilidad de la entidad estatal demandada en el daño sufrido por las demandantes como consecuencia del fallecimiento de la menor Michelle Mclean Fox, a causa de la presunta falla del servicio por la mora en ordenar su traslado a un hospital con UCI-nivel III, y de encontrarse la responsabilidad estatal, si el daño debe ser indemnizado en la forma solicitada en la demanda."

Previo al análisis de fondo, el Juez se refirió al daño antijurídico que la parte demandante le endilga a la Administración, la imputabilidad del mismo y el nexo causal; así como sobre la pérdida de la oportunidad.

Al descender al caso concreto sostuvo el *A quo* que, se encuentra probado que la muerte de la menor Michelle Mc'lean Fox, fue consecuencia de la negligente, ineficaz e inoportuna prestación del servicio de salud, puesto que fue atendida en urgencia del Hospital Departamental "Amor de Patria", al presentar politraumatismo a causa de accidente de tránsito, de tal manera que por la gravedad de sus lesiones, la anestesióloga de turno recomienda de manera urgente remitirla a una UCI de III nivel, pero que sin embargo, deciden ingresarla a la Unidad de Cuidados Intermedios.

El *a quo* al valorar las pruebas obrantes en el proceso, consideró que en el presente caso se configura la falla en el servicio, por la omisión, tardanza y negligencia de CAPRECOM, en tramitar de manera urgente la remisión de Michelle Mc'lean Fox, teniendo en cuenta el grave estado de salud y que podía sin mayor esfuerzo remitirla a un centro de atención hospitalaria con mayores calidades, como lo es la unidad de cuidados intensivos de III nivel, ya que no debe ser una carga para la paciente y sus familiares "rogar" para que la entidad cumpla con su deber de prestar un excelente servicio de salud.

## 6. LA APELACIÓN

Al sustentar el recurso de alzada, el apoderado de la parte demandada, adujo que es sólo el médico tratante y no otro, quien toma la determinación de remitir o no al paciente, y en el presente caso, el galeno tratante fue el médico especialista en neurocirugía y no el anestesiólogo, como se indica en la sentencia.

Indica, que no es viable contar los días desde la solicitud que hiciera el anestesiólogo, sin que se tenga en cuenta que el galeno tratante sólo hizo la recomendación hasta el 19 de junio de 2011, día en que se diligenció el formato de solicitud de servicios del sistema integral de referencia y contrareferencia, recomendando el uso del avión ambulancia, por lo que al haberse realizado la remisión hasta el 22 de junio, sólo transcurrieron tres (3) días desde la recomendación del médico tratante hasta su traslado a la ciudad de Barranquilla.

Insiste, que la remisión no es un acto de voluntad de la EPS, sino que en todos los casos debe ir acompañada de la recomendación del médico encargado del paciente, para así autorizar el servicio, y aunque otro médico pueda emitir su concepto, como en efecto se hizo, no quiere decir que la EPS deba acceder a ello,

pues para eso existen mecanismos internos donde los médicos pueden discutir los mejores procedimientos para el paciente y tomar una decisión de manera conjunta, pero siempre a través del galeno encargado del mismo.

Alega, que debe tenerse en cuenta que fueron varios los profesionales de la medicina que atendieron y valoraron a la señorita Mc'lean, y que recomendaron seguir con el manejo que se le venía dando, desconociendo lo mencionado por estos profesionales en la historia clínica, y dando solo validez al decir del anesthesiologo.

Insiste, que la paciente estuvo durante 24 días en la unidad de cuidados intensivos en la ciudad de Barranquilla, y sólo durante 10 días en el Hospital "Amor de Patria", por lo que imputar la responsabilidad de la muerte sólo a la IPS Caprecom, resulta desproporcionado, y además, porque no se demostró que la supuesta demora fuera determinante de la causa de la muerte de la menor en mención.

Asevera, que la pérdida de la oportunidad no es aplicable al presente caso, por cuanto la paciente efectivamente se remitió, y aunque tres (3) días después de la recomendación del galeno tratante, éste hecho no implica negligencia u omisión de la entidad y mucho menos que éste hecho acarrearla la muerte o se constituyere en el nexo causal del daño.

Por lo expuesto, concluye, que no existe responsabilidad atribuible a Caprecom bien sea como IPS o como EPS que permita derivar una falla, negligencia o descuido en este caso específico, y que muy por el contrario, a pesar de tenerse como falla del servicio la que se denominó en la sentencia como dilación injustificada por 10 días, lo cierto es que sólo hasta que el galeno lo solicita, la EPS lo autoriza o la IPS lo gestiona, y que la remisión se llevara 3 días no consideran que alcance a ser tildado como negligencia, y mucho menos cuando ésta no es la causa que determinó la muerte, porque las pruebas y los testimonios rendidos no lo demuestran, por tanto no se puede imputar responsabilidad y más aún, que cuando ocurrió la muerte la paciente se encontraba bajo responsabilidad de la IPS a la que fue remitida.

#### **TRÁMITE DE INSTANCIA DEL MEDIO DE CONTROL**

El Tribunal Contencioso Administrativo, mediante auto del 06 de Mayo de 2014, admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demanda y rechazó por extemporáneo el recurso de la parte demandante, asimismo se dispuso correr traslado a las partes con el fin de presentar sus alegatos. (Fls. 270-271 del cdno. de apelación).

---

La parte demandante, arrió sus alegatos radicado el 20 de Mayo de 2014 de 2014. (fls. 277-278 del cdno. de apelación).

Durante el término de traslado, la parte demandada y el Ministerio Público guardó silencio.

Se registra proyecto de fallo el 22 de septiembre de 2014. (fl. 284 cdno. apelación).

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 18 de octubre de 2013 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual se declaró responsable administrativamente a Caprecom y se le condenó al pago de perjuicios morales.

#### **Competencia, caducidad y procedibilidad de la acción**

Este Tribunal es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en proceso de doble instancia, seguido en contra de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom, en el cual se accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del C.P.A.C.A.

En cuanto a la oportunidad del medio de control, de conformidad con el literal *i* del numeral 2º del artículo 164 del C. P. A.C. A. la presente acción no ha caducado, toda vez que los hechos que originaron el ejercicio de la acción ocurrieron el 16 de julio de 2011, el término para presentar la demanda se interrumpió desde el 7 de febrero de 2012 hasta el 7 de mayo de 2012, con ocasión del trámite del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, finalmente, la demanda se presentó el 23 de agosto de 2012, es decir, dentro del término de dos años previstos para el efecto.

Así mismo, la conciliación extrajudicial consagrada en numeral 1º del artículo 164 del C. P. A.C. A., como requisito de procedibilidad de la acción de reparación se agotó conforme se corrobora de la certificación de no acuerdo conciliatorio de fecha 10 de mayo de 2012, expedida por la Procuraduría 54 Judicial II de Familia de San Andrés, Isla, con funciones asignadas para intervenir ante el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, visible a folios 39-40 del cuaderno principal.

## **Legitimación en la causa**

### **1. Por Activa**

La legitimación material por activa, constituye un presupuesto de la sentencia favorable, referido a la relación sustancial que debe existir entre los demandantes y el demandado, y el interés perseguido en el juicio. La falta de dicho presupuesto conduce obligatoriamente a una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, la Sala procede a dilucidar si las demandantes han demostrado interés para actuar. El artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, otorga el derecho de acción a la persona interesada y no condiciona su ejercicio a la demostración de su real interés, porque éste es objeto de probanza en juicio. Luego, en el *sub lite*, Eveth Forbes James, Susana Fox Forbes, Diana Fox Forbes, Sheiggy Eveth fox Forbes y Maychell Mc'lean Fox, se encuentran legitimadas por activa en tanto, se consideran lesionadas por una presunta omisión del Estado.

### **2. Por Pasiva**

En segundo lugar, se citó como demandado a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM, que como extremo procesal pasivo, se encuentra legitimado materialmente en la causa, dado que se le hacen imputaciones de responsabilidad por la presunta actuación omisiva en el traslado de la menor Michelle Mc'lean Fox a una IPS con UCI de III nivel.

## **EL ASUNTO DE FONDO**

La parte demandante solicita el reconocimiento de perjuicios materiales y morales, derivados del fallecimiento de la menor MICHELLE MC'LEAN FOX, por no haber sido trasladada a tiempo a una Unidad de Cuidados Intensivos de III nivel.

El *A quo* consideró que el Estado es responsable por la muerte de la menor Michelle Mc'lean Fox, debido a que se encuentra probado que fue a consecuencia de la negligente, ineficaz e inoportuna prestación del servicio de salud, puesto que fue atendida en urgencia del Hospital Departamental "Amor de Patria", al presentar politraumatismo a causa de accidente de tránsito, de tal manera que por la gravedad de sus lesiones, la anesthesióloga de turno recomendó de manera urgente remitirla a una UCI de III nivel, pero sin embargo, decidieron ingresarla a la Unidad de Cuidados Intermedios.

Aduce el recurrente, que no es viable contar los días desde la solicitud que hiciera el anesthesiólogo, sin que se tenga en cuenta que el galeno tratante sólo lo recomendó hasta el 19 de junio de 2011, día en que se diligenció el formato de solicitud de servicios del sistema integral de referencia y contra referencia, recomendando el uso del avión ambulancia, por lo que al haberse realizado la remisión hasta el 22 de junio, sólo transcurrieron tres (3) días desde la recomendación del médico tratante hasta su traslado a la ciudad de Barranquilla.

### **Problema Jurídico**

Corresponde a la Sala de este Tribunal, analizar si en el asunto de la referencia la responsabilidad por el daño sufrido por la parte actora a causa de la muerte de Michelle Mc'lean Fox, le es imputable a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom.

Para resolver el problema jurídico, la Corporación procederá a determinar si el daño alegado es imputable a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom, por la falta de diligencia y oportuna prestación del servicio de salud, o si por el contrario, no se encuentra acreditada la responsabilidad de la parte demandada.

### **Régimen de Responsabilidad que se imputa**

La parte demandante estructuró su argumentación hacia la configuración de una falla del servicio, tal como lo señala en el libelo de la demanda; régimen que supone para la prosperidad de aquellas la acreditación del daño, así como de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración pública. Se parte entonces, del mandato constitucional contenido en el artículo 2 inciso 2° de la Carta Política, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sobre este principio el H. Consejo de Estado ha sostenido que: *"debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"*<sup>1</sup>; así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su transgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

<sup>2</sup> Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

Al respecto señala que "Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad".

La falla del servicio es un régimen de responsabilidad subjetiva, habida consideración que se sustenta en un error cometido por la administración; de esta manera, la falla en el servicio se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia de la prestación del servicio. "El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía, en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como es lo esperado o lo normal, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se configura cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar ese servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía."<sup>3</sup>

Sin embargo, en relación con el régimen de responsabilidad en materia de prestación del servicio de salud, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha evolucionado desde el régimen inicial de la falla probada, el cambio hacia la falla presunta, y las teorías de la carga dinámica de la prueba y de la probabilidad determinante, para regresar al régimen probatorio de la exigencia de la prueba de la falla médica, siendo de precisar que este Tribunal se acoge a la posición que finalmente ha asumido la alta corporación, en cuanto a la aplicación del régimen de la falla probada en materia de servicio médico, conforme a lo cual señala que a la parte demandante corresponde la carga de probar cada uno de los elementos de responsabilidad que pretende imputar a las entidades demandadas.

Lo anterior fue planteado en varios pronunciamientos de esa alta Corporación, dentro de los cuales resulta ilustrativo citar el proferido el día 20 de febrero de 2008, en el que se consignó:

*"El régimen de responsabilidad patrimonial estatal cuando ésta proviene de daños imputables al Estado y sus entidades con ocasión de la prestación del servicio de salud –médico asistencial-, ha sido objeto de elaboración jurisprudencial a lo largo de los años por parte de esta Sección del Consejo de Estado, que partió de la aplicación general del régimen común de la falla probada del servicio, pasó luego por el de la falla presunta, que relevaba al demandante de la prueba de la falla propiamente dicha en los eventos de responsabilidad médica, siempre y cuando se acreditaran tanto el daño antijurídico como su nexa causal con el servicio, y*

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia de Septiembre catorce (14) de dos mil once (2011). Rad.: 66001-23-31-000-1998-00496-01 (22745).-

*"De manera más reciente se precisó que la exigencia de "un grado suficiente de probabilidad", no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios<sup>9</sup>.*

*"Vale señalar que en materia de responsabilidad estatal, el asunto no puede ser resuelto con la sola constatación de la intervención causal de la actuación médica, sino que esa actuación debe ser constitutiva de una falla del servicio y ser ésta su causa eficiente. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración, y no lo será cuando su intervención aunque vinculada causalmente al daño no fue la causa eficiente del mismo sino que éste constituyó un efecto no previsible o evitable, de la misma enfermedad que sufría el paciente"<sup>10</sup> (subrayado fuera del texto)*

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado evolucionó del régimen inicial de la falla probada hacia la falla presunta<sup>11</sup>, y las teorías de la carga dinámica de la prueba<sup>12,13</sup> y de la probabilidad determinante<sup>14</sup>, para regresar nuevamente al régimen a la exigencia de la prueba de la falla<sup>15</sup>, en el tema de la responsabilidad médica.

Ante lo anterior, la Sala considera que en el presente caso, **el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla probada** por la presunta omisión de la administración, alegadas en relación con la prestación del servicio de salud brindado a la paciente Michelle Mc'lean Fox. Argumento que se sustenta exclusivamente en la supuesta tardanza, negligencia e ineficiencia de la entidad demandada en los trámites administrativos que debían adelantarse para la prestación del servicio-*remisión a unidad de cuidados intensivos*-, quedando a cargo de la parte demandante la acreditación de cada uno de los elementos de la responsabilidad estatal en el caso demandado.

#### Análisis probatorio:

Con el fin de establecer el daño que se imputa a la Administración, obran en el proceso, entre otras, las siguientes pruebas:

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps: 15.276 y 15.332.

<sup>10</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2006, Expediente 15772.

<sup>11</sup> Expediente 6897. De esta evolución da cuenta el fallo expedido por la misma Corporación el 24 de agosto de 1992. Expediente 6754. Actor: Henry Enrique Saltaín Monroy.

<sup>12</sup> Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284.

<sup>13</sup> H. Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente 12.706. Sentencia de enero 24 de 2.002.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Decisión reiterada recientemente, que tiene su origen en la sentencia de mayo 3 de 1.999.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de agosto 31 de 2.006. Radicación número 68001-23-31-2000-09610-01 [15772]. Actor: María Olga Sepúlveda Ramírez. Demandado: Hospital Ramón González Valencia.

-Copia auténtica del Registro Civil de Defunción de MICHELLE MCLEAN FOX, que da cuenta de que ésta falleció el día 16 de julio de 2011 en la ciudad de Barranquilla. (fl. 11 cdno. ppal.)

-Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento de Michelle Mc'lean Fox. (fl. 12 cdno. ppal.)

-copia simple de Valoración inicial por médico especialista de Mc'lean Fox Michelle de fecha junio 12 de 2011, donde se observa nota médica anestesiología de junio 12 de 2011: "...Pte. quien por TEC severo con FX peñasco Der (fosa cerebral media) debe permanecer en sedación profunda -VM + IOT. Además Pte. con contusión pulmonar con riesgo de SDRA y pulmón de shock. Por lo cual Pte. debe ser remitida a UCI-A- III nivel de complejidad prioritariamente-urgente" y de junio 12 de 2011a las 01:30 horas: "...Pte. se traslada a UCI-intermedia temporalmente mientras trámites aceptan remisión a UCI-A. se pasa pte. en bloque y protección cervical se deja en cuidado intermedio para monitoreo clínico y hemodinámico no invasivo continuo con sedación...Plan: 1. Traslado a UCI-A..." (fl. 28 y reverso cdno. ppal. y reverso fl. 18 cdno. anexo parte demandada #2)

-Copia simple Evolución de Mc'lean Fox Michelle de junio 14 de 2011, en la cual se señala interconsulta anestesiología a las 15:30 horas: "servicio tratante-neurología solicita valorar y evaluar posible extubación. Servicio de anestesiología fue claro-conciso en la historia clínica-con médico tratante y directivas de hospital de la clara indicación de remisión de Pte. a UCI-A-III nivel, consignada en la HC y record anestesiología el 13 de junio de 2011 a las 0045 horas. Servicio de anestesiología no es responsable ni será responsable del Pte. en el hospital San Andrés no hay intensivista. Servicio de anestesiología sólo es responsable de salas de cirugía para destete de sedación y extubación de Pte. se requiere intensivista 24 horas que evalúe...Anestesiología se mantiene en remisión de Pte. a III nivel-UCI-A" (fl. 29 cdno. ppal. y fl. 49 cdno. anexo parte demandada #2)

-Copia simple Evolución de Michelle Mc'lean Fox de junio 20 y 21 de 2011 por Medicina General (fls. 31-33 cdno. ppal.)

-Copia simple certificado de aptitud para viaje por vía aérea de fecha junio 22 de 2011 de la paciente Michelle Mc'lean Fox. (fl. 35 cdno. ppal.)

-Transcripción historia clínica de Michelle Mc'lean Fox, realizada por el Médico Auditor del Hospital Departamental "Amor de Patria" el 10 de marzo de 2012 (fls. 1-3 cdno. pruebas parte demandada)

-Copia simple constancia informe de accidente de tránsito de junio 12 de 2011, que da cuenta que el 12 de junio de 2011 Michelle Mc'lean Fox sufrió accidente de tránsito cuando se transportaba en una motocicleta de tripulante, presentando "trauma craneoencefálico moderado" (fl. 1 cdno. anexo parte demandada #2)

-Historia Clínica No. 93091821638 de Michelle Mc'lean Fox desde junio 12 de 2011 hasta el 22 de junio de 2011, donde al ingreso por urgencias del Hospital "Amor de Patria" se le hizo la siguiente valoración: "paciente quien presentó al parecer accidente en moto, con traumatismo múltiple, en cráneo toax (sic), abdomen y extremidades. Antecedentes se desconocen. Al examen físico, paciente estuporosa, no responde al llamado, cabeza...IDX: 1. Tec severo, 2. Contusión pulmonar, 3. Lesión L, trauma abdominal cerrado..."; el 13 de junio de 2011 medicina general realiza el siguiente análisis: "paciente quien colisionó en motocicleta en calidad de parrillera hace unas 5 horas con poli trauma. Se realizó laparotomía exploratoria y no se encontró lesión de órganos abdominales. En este momento con trauma craneoencefálico contusión pulmonar derecho, con fractura estable L5. Anestesiología me comenta que paciente amerita remisión. No encuentro remisión en la historia entregada al ingreso. Neurocirugía realizara manejo expectante. En este momento paciente con signos vitales estables aunque continua en estado crítico..."; análisis de medicina general de junio 19 de 2011: "paciente quien el día de hoy se encuentra en muy malas condiciones generales, con fiebre y taquipnea progreiva (sic). Leucocitosis ha disminuido pero aún no se ha logrado encontrar foco. Desde la extubación han pasado poco más de dos días y no se había presentado signos de distres respiratorio. Neurocirugía decide reintubar a la paciente por inminencia de falla ventilatoria, por lo que solicita interconsulta por anestesiología...Enfermería hace uso de midazolam del carro de paro con aprobación mía a pesar del riesgo de quedarse sin este medicamento dado lo imperioso de la situación. Neurocirugía decide remitir a paciente a nivel superior puesto que el caso necesita de procedimientos y estudios superiores. Paciente debe ser remita a una unidad de cuidado intensivo adecuada para el manejo de su estado general. Plan de manejo: 1. Traslado urgente a unidad de cuidado intensivo..." (fls. 4-109 cdno. anexos parte demandada #2)

-Copia historia clínica de la Clínica Vida IPS de la ciudad de Barranquilla, de Michelle Mc'lean Fox, quien ingresó a la UCI el 22 de junio de 2011 por remisión del Hospital "Amor de Patria" de San Andrés, donde se observa: "EEA: ...la paciente sufrió politraumatismo el pasado 12 de junio de 2011, cuando sefrio (sic) se accidentó mientras iba (sic) de parrillera en una motocicleta, ingreso al servicio de urgencias, con deterioro de su estado de conciencia, Glasgow 8/15, evidenciando TEC severo, trauma cerrado toracoabdominal, cerrado, recibiendo manejo en unidad de cuidados intermedio, con ventilación mecánica, laparatomía exploratoria para drenaje de hemoperitoneo, toracotomía cerrada derecha, paciente que no toleró extubación, es remitida por presentar estado de choque de origen a determinar, requiere manejo en UCI, ingresa bajo sedoanalgesia, ventilación mecánica, soporte inotrópico tipo dopamina"; evolución UCI de junio 23 a julio 16 de 2011 "...continua bajo monitoreo hemodinámico y neurológico continuo. Pronostico muy reservado"; evolución médica UCI/medicina interna de julio 11 de 2011: "paciente fue llevada a cirugía de traqueotomía en el día de hoy con buena tolerancia sin cambios durante el día, persiste en estado crítico, en asistencia ventilatoria mecánica bajo sedoanlagesia midazolam fentanil, tensiones arteriales en metas con soporte vasopresor con norepinefrina, ritmo de taquicardia sinusal, febril después del procedimiento, buen ritmo diurético, afebril, con signos de respuesta inflamatoria sistemática, ...se mantendrá bajo monitoreo hemodtnámico continuo. Pronóstico reservado a evolución"; anotación terapia respiratoria el 16 de julio de 2011: "paciente con muy mal estado general conectada a ventilación mecánica, desaturada, hipotensa, se decide recolocar traqueotomía, durante todo el procedimiento..., posterior entra en parada cardíaca. Se realizan maniobras de... durante 40 minutos sin

conseguir éxito. Se declara fallida a las 12:50". (fls. 53-447 cdno. anexo parte demandada #3)

-Finalmente, se encuentran al interior del proceso tres (3) testimonios, quienes manifestaron:

Dr. RONALD EDUARDO VALENCIA JIMENEZ (fl. 153 cdno. ppal.)

"...Lo que recuerdo en estos momentos es que era una paciente con politraumatismo, en unas condiciones bastantes precarias de salud y que en el momento en que yo empecé a atenderla, tenía una orden de remisión para atención en la unidad de cuidados intensivos. Las condiciones como tales de como ingresó ella al hospital, no las recuerdo en el momento porque yo no era el médico de urgencia en ese instante.

Preguntado: Si sabe quién fue el médico que atendió primeramente a la menor accidentada y según la historia clínica que usted pudo observar, si la leyó. Contestó: En estos momentos no lo recuerdo.

Preguntado: Explique al Despacho en que consiste la condición de politraumatismo. Contestó: Lo que recuerdo es que la paciente se encontraba con un trauma craneoencefálico y tórax-abdominal, que era lo que le estaba comprometiendo su salud en ese momento.

Preguntado: la orden de remisión que usted indicó quién la emitió. Contestó: La fecha y hora exacta en que inicie la atención no la recuerdo, no he vuelto a leer la historia ni a tener conocimiento de esa historia clínica posterior a lo ocurrido. La orden de remisión, tengo entendido que ya estaba hecha según lo que recuerdo y si no me equivoco la había hecho el neurocirujano..

Preguntado: la orden de remisión se hizo desde el mismo momento que ingresó la accidentada o posteriormente. Contestó: Posteriormente, no fue en el momento cuando estaba en urgencia sino cuando estaba en la unidad de cuidados intermedios o cuidados especiales.

Preguntado: Sírvase informar cual es la razón desde el punto de vista médico que se hubiere ordenado la remisión de la accidentada a un nivel superior que el del "Amor de Patria". Contestó: El hospital "Amor de Patria" nunca ha contado con una unidad de cuidados intensivos y por lo tanto con médico intensivista y todo paciente politraumatizado severo con ventilación mecánica como era el caso de Michelle, necesita de una unidad de cuidados intensivos, eso es de tercero o cuarto nivel de atención y el hospital es sólo segundo nivel de atención, no cuenta con unidad de cuidados intensivos.

Preguntado: la orden de remisión de la menor que aparece en esta causa, se debió al accidente, politraumatismo sufrido, o a otra circunstancia médica que se pudo dar en ese interregno. Contestó: Hasta donde recuerdo, la paciente fue intubada por el politraumatismo y los pacientes intubados o politraumatizados deben estar en una unidad de cuidados intensivos, entonces fue por el politrauma y la posterior intubación que tuvo que ser remitida.

Preguntado: El Despacho le entrega al testigo la historia clínica de la paciente fallecida para que sirva leerla, y luego de leerla, le pregunta: cuál fue la evolución de la paciente en esos momentos. Contestó: Luego de leer la transcripción y los fragmentos de historia clínica que habían allí, la paciente Michelle Mc'lean luego de haber sido intervenida quirúrgicamente, de haber sido intubada, ella fue intubada antes del acto operatorio como tal para poder hacer la cirugía, y la anestesióloga decidió por las condiciones neurológicas de la paciente y las condiciones generales por el politraumatismo, lo ideal era mantenerla intubada y recomendaba en ese momento que debía remitirla ya que

aquí no hay unidad de cuidados intensivos. El médico tratante en el momento, que era el neurocirujano, debido al trauma craneoencefálico que ella tenía, decidió continuar con la paciente aquí, según lo que dice la historia la paciente evolucionó favorablemente al inicio sin presentar déficit neurológico ni problemas de tipo cerebral, por lo que se decidió iniciar el destete del ventilador mecánico por orden del neurocirujano, es decir disminuir los parámetros poco a poco para que ella respirara por sí sola para ver si podía tolerar o no la ventilación, el procedimiento, por lo que dice allí, se hizo con éxito, se logró colocar el tubo en T, que es dejar a la paciente con el tubo respirando sola sin el ventilador, según lo que dice, lo toleró y se procedió a la extubación, poco después de la extubación la paciente toleraba la respiración normal, toleraba respirar sin el ventilador pero posteriormente empezó a presentar signos de posible infección pulmonar, al parecer la radiografía de tórax mostraba una infección pulmonar a los cuales a los pacientes con ventilación mecánica tienen el riesgo de padecer..., empezó a empeorarse el patrón respiratorio, a respirar peor y por lo tanto, se decidió intubar y llamar al servicio de anestesia que son los que mayor experiencia tienen al momento de intubar, durante la segunda intubación presentó una regurgitación, ella regurgitó y probablemente bronco aspiró, eso significa, que llegó contenido del estómago hacia los pulmones, lo que complicaba aún más la parte respiratoria de la paciente, se intubo pero estaba desacoplada al ventilador, el ventilador intentaba que ella respirara adecuadamente pero debida a la injuria pulmonar era muy difícil, se intentó sedarla por completo para que el ventilador fuera el único que hiciera el trabajo y ella no tuviera que hacer nada y así se pudiera acoplar y respirara mejor y con el paso del día siguiente la paciente presenta mejor saturación de oxígeno, debido a eso el neurocirujano posteriormente decide la remisión, porque como lo he mencionado, aquí actualmente no hay unidad de cuidados intensivos en ninguna de las instituciones de salud, a una unidad de cuidados intensivos como había sido la recomendación inicial de la anesthesióloga...

Preguntado de haberse remitido la paciente una vez los médicos tratantes ordenaron la remisión, las condiciones de salud de la menor de haberse remitido a un centro de mejores condiciones o mayor complejidad se hubiere podido recuperar. Respondió: pues las evoluciones de cada paciente son diferentes, es prácticamente imposible definir si se hubiere podido recuperar o no, pero entre más rápido sea una remisión a un nivel de complejidad y sea atendida por profesionales de mayor complejidad como un intensivista, pues hay mayor oportunidad de que puedan atenderla en condiciones óptimas que ella ameritaba.

Preguntado: a su juicio que tiempo debió transcurrir entre la orden impartida por los médicos, me refiero a junio 12 que aparece en la historia clínica, reiterado el día 14 de junio, que tiempo debía trascurrir entre la orden impartida y la remisión para lograr la atención en mejores condiciones de la paciente. Respondió: lo ideal es que una vez hecha la remisión la paciente pueda trasladarse en estas condiciones en las siguientes 24 horas.

(...)

Preguntado: en el presente caso según usted leyó hay una disparidad de criterios entre profesionales, podría aclararnos en este caso, en primer lugar quién es el médico tratante y quién debe autorizar la remisión. Respondió: en este caso en particular el médico tratante era el neurocirujano debido a que la paciente tenía un trauma craneoencefálico severo y es quien decide la remisión es el médico tratante y no los demás médicos. (...)"

Dr. RICHARD PALACIO GUETE (fl. 158 cdno. ppal.)

"Preguntado: Sírvase informar al Despacho si usted recibió en el Hospital "Amor de Patria" a la joven Michelle Mc'lean Fox quien ingresó a ese centro de salud con unas heridas y contusiones producto de un accidente de tránsito ocurrido en la vía circunvalar barrio san luis el día 12 de junio de 2011 y cuáles fueron las circunstancias que rodearon ese hechos desde su punto de vista. Respondió: no recuerdo las circunstancias por el tiempo transcurrido no tengo presente dicha situación de la paciente que me menciona, yo quisiera tener acceso a la historia clínica para poder revisar las circunstancias porque yo en mi práctica como cirujano general a diario atiendo casos de traumatismos y es imposible retener todos los detalles de cada caso en particular por lo cual no puedo dar ninguna opinión sino tengo acceso a la historia clínica porque no recuerdo los hechos.

Quiero dejar claridad de que la historia clínica no está completa, no hay anotaciones del informe quirúrgico y no tengo acceso a las notas posteriores más que se deben haber realizado, en lo que pude revisar del expediente de que atendí a la paciente el 12 a las 9:38 de la noche con una situación de politraumatismo, trauma craneoencefálico, trauma de tórax y trauma abdominal, motivo por el cual a raíz de los hallazgos de los estudios paraclínicos, radiológicos y de tomografía, se consideró que esta paciente debía ser llevada a cirugía para una laparotomía exploratoria y en la cual se aborda la cavidad abdominal para ver si hay alguna lesión de órganos, y además, adicionalmente tenía una contusión pulmonar en la cual hay sangrado del pulmón y un neumotórax que es la acumulación de aire en la cavidad torácica, eso motiva a colocar un tubo de tórax, pero como anoté al principio no hay anotaciones del informe quirúrgico de lo cual no puedo dar detalles al respecto...esta paciente por lo que se describe estaba en muy malas condiciones desde el punto de vista neurológico y requería de forma urgente una unidad de cuidados intensivos, lo cual no contamos en la institución, motivo por el cual esta paciente se colocó en remisión desde el mismo momento en que se determinó la gravedad de las lesiones, por las complicaciones pulmonares, por el traumatismo el sangrado presentado y por las lesiones craneoencefálicas, del detalle de las lesiones craneoencefálicas no es de mi competencia sino de las notas que haya hecho el neurocirujano, pero en estas situaciones de politraumatismo una de las prioridades es la parte cerebral, debido a que si el paciente se le compromete su parte cerebral realmente fallece, si porque queda en órgano vegetativa y esa es la prioridad que uno debe darle por eso es que hay que tener esa parte ventilatoria y todo lo que se le realizó en su momento inicial.

Preguntado: usted vio a la paciente el mismo día que sufrió el accidente, es decir el 12 de junio de 2011, cuando exactamente consideró desde el punto de vista médico se determinó que la paciente debía ser remitida a un centro de un grado mayor. Respondió: no hay notas de esa, no se exactamente la remisión quien la generó, si fue por parte del servicio de cirugía, yo pienso que fue por parte del servicio de neurocirugía por las complicaciones neurológicas que la paciente presentaba, pero realmente no está en la historia y no recuerdo en detalle el hecho, lo que si aparece en las anotaciones es la de los médicos de cuidados especiales que la paciente se colocó en remisión en forma urgente, de hecho en las condiciones en que ingresa la paciente y en las condiciones de las que sale de cirugía, la paciente estaba muy crítica, en unas condiciones bastante graves que hacían prever una complicación que podía tener un desenlace fatal por lo cual se colocó en remisión, normalmente la conducta en esos casos es generar la remisión en forma inmediata y esa remisión se genera en un trámite administrativo pues que ya corresponde a la institución.

Preguntado: informe al Despacho según su respuesta anterior usted había determinado hacer un procedimiento quirúrgico, ese procedimiento quirúrgico era acá en el centro de salud donde estaba internada la paciente, entonces cuando debió hacerse. Respondió: de acuerdo a la notas, el procedimiento se hizo en el hospital departamental y se realizó en forma inmediata porque las condiciones de la paciente lo ameritaban. Como le digo, no están las notas del informe quirúrgico, por lo cual no puedo dar detalles, de exactamente la hora y en qué momento la paciente fue llevada a cirugía, pero por las notas que están del anestesiólogo y de cuidados especiales, se menciona que la paciente fue trasladada de forma inmediata y de hecho yo hago salvedad en eso de que necesito sala de cirugía inmediatamente por lo que hay una ecografía que reporta líquido libre en el abdomen y eso es sugestivo de sangrado hasta que no se demuestre lo contrario y la única forma de demostrarlo es operando al paciente.

Preguntado: lo cual quiere decir según su respuesta que la cirugía se practicó esa misma noche o al día siguiente. Respondió: tocaría precisarlo con las notas del anestesiólogo porque como no aparece el informe quirúrgico en la historia, no puedo precisar exactamente en qué momento o a qué hora se trasladó a la paciente, usualmente en el paciente crítico primero se tiene que estabilizar al paciente y después se pasa al quirófano de acuerdo a las condiciones en que esté, entonces tiene que hacerse un manejo inicial y después se hace el traslado.

Preguntado: aparece en el expediente de que la paciente fue intubada y después extubada, usted me puede explicar en qué consiste esos procedimientos, cuando se dieron, en que espacio, por qué se tuvo que recurrir a ellos y cuestiones análogas desde el punto de vista de la ciencia médica. Respondió: cuando un paciente tiene un politraumatismo y un trauma craneoencefálico lo principal es asegurar la vía aérea es el primer manejo, y la vía aérea se asegura colocando un tubo especial en la tráquea y se empieza a dar una respiración asistida, las condiciones de la paciente en su estado de inconsciencia ameritaba que fuera intubada. En qué momento se realizó la intubación, pues no era de mi competencia la intubación sino de los médicos de urgencia y en el momento del traslado cuando se llevó a cirugía pues ya había tenido una evaluación por neurocirugía que es el que tiene que intervenir en la parte neurológica, ya el manejo de la vía aérea ya el paciente entra a cirugía le corresponde al anestesiólogo y el manejo en el post operatorio de la vía aérea lo hacen en conjunto el anestesiólogo o en este caso neurocirugía, esa decisión no la tomo yo como especialista, sino el de anestesia o el que este encargado de la unidad de cuidados especiales, hay unos parámetros para decidir si se retira o no ese soporte ventilatorio, yo en eso no intervino y usualmente no tomo parte en ese aspecto...

Preguntado: informe al Despacho en qué fecha se dio cuenta de que se había ordenado la remisión de la paciente. Respondió: a raíz de que la historia clínica está incompleta, no puedo contestar esa pregunta porque no hay claridad en las fechas, no aparecen las notas de remisión, no está la hoja remisoría, no está la hoja de interconsulta, no están las notas de evolución del paciente en su post operatorio, así es muy difícil poder contestar esa pregunta.

Preguntado: de todas maneras como usted sabía que se le había ordenado la remisión en los días que pasaron y usted volvió a atender a la paciente sin ser remitida. Respondió: por las lesiones que tenía, el hecho de tener un tubo de tórax, el hecho de que tenía una cirugía abdominal, deben haber unas notas de evolución del paciente, y uno en esas notas de evolución es donde anota la evolución, la prioridad o necesidad de dar una remisión a un tercer nivel, si vemos las notas de la paciente desde el ingreso, vemos que es una paciente que está muy crítica y de entrada es muy obvio que esa paciente va a necesitar una unidad de cuidados intensivos...las remisiones se hacen a especialidades específicas, unidad de cuidados intensivos, neurocirugía, alguna

especialidad en particular que tiene que hacer el seguimiento del paciente, entonces por eso es importante obtener o mirar ese documento en mi opinión.

Preguntado: infórmele al Despacho de acuerdo a las condiciones en que llegó la paciente, si era necesario que fuera atendida en un nivel mayor de acuerdo a esa complejidad del hospital. Respondió: si era necesario, las condiciones críticas de la paciente ameritaba una remisión a una institución de tercer nivel, como lo dije anteriormente, nuestro hospital departamental es de segundo nivel y no cuenta con todos los elementos para el soporte en el largo plazo del paciente, motivo por el cual se hizo una remisión como aparece en ciertas anotaciones de la historia clínica, ese paciente requería por la gravedad de lesiones un manejo en la unidad de cuidados intensivos.

Preguntado: infórmele al Despacho si lo sabe, cual es la actitud que debe asumir el centro de atención específicamente el amor de patria que tuvo que hacer en el momento en que se entera o recibe la orden del médico donde establece que es necesario brindarle una atención más especializada a un nivel superior, que es lo que debe hacer la EPS para atender esa orden médica. Respondió: ...normalmente el trámite administrativo que se lleva cuando un paciente está crítico, se elabora una remisión explicando los motivos de la remisión, las condiciones en las cuales debe ser trasladado ese paciente y se activa un mecanismo de remisión de institución a institución y de acuerdo a la EPS a que se encuentra afiliado el paciente se hacen los contactos respectivos con las clínicas con que tenga contrato y una vez se organice una cama en una unidad de cuidados intensivos, entonces se hacen las anotaciones para el traslado en un avión ambulancia, o sea ese es el trámite general, que se hizo en el caso específico de esta paciente lo desconozco porque no aparece en las anotaciones de la historia clínica."

Dr. GERMAN TEODORO PRENCKE (fls. 32-33 y reverso cdno. despacho comisorio)

"...Preguntado: puede usted explicar al Despacho las condiciones de salud que presentaba la paciente al momento de ingresa a la Clínica Vida para ser atendida. Contestó: la paciente ingresa en estado crítico con alta probabilidad de muerte, por un politraumatismo y compromiso de órganos blanco múltiple: cerebro, pulmón y cardiovascular.

Preguntado: cual considera usted que debe ser el nivel de atención que debe ofrecer un centro hospitalario para atender a una paciente en las condiciones de salud como las que presentaba la menor Michelle Mc'lean, dada su condición de salud. Contestó: nivel III, mínimo. (...) Preguntado: el Hospital Amor de Patria de la ciudad de San Andrés al momento del ingreso de la paciente contaba con un nivel de atención II como lo afirman los médicos tratantes que la atendieron, considera usted que la menor mencionada pudo haber sido atendida allí con ese nivel de atención y haberle salvado la vida teniendo en cuenta las condiciones de la paciente. Contestó: si el término de la atención no supera las 24 horas podría atenderse en un segundo nivel, superado este término el riesgo de muerte del paciente se acrecienta con el transcurrir de las horas, no hablemos de días sino de horas. Preguntado: cual considera usted que debe ser el término de que dispone un centro hospitalario que carece de UCI y de médico especialista para remitir a una paciente que ingresa y que presenta unas condiciones de salud tan precarias como las que presentaba la menor Michelle Mc'lean. Contestó: la literatura habla de que los traumas complejos se deben resolver entre las 6 a 12 horas subsiguientes del trauma y lo máximo que pueden demorar sin atención de un nivel de alta complejidad haciendo medidas heroicas de 18 a 24 horas. (...) Contestó: hay una orden de remisión y

un paciente que está en ventilación mecánica, dado el traumatismo que tiene el paciente el riesgo de SDRA es alto e inminente y ventilador mecánico es la piedra angular del tratamiento, sino dispone la institución del recurso humano y técnico, la remisión debe tramitarse de inmediato y hacerse efectiva, porque la mortalidad de esta patología es de casi del 80%. (...) Manifestó: podría adicionar que la paciente requirió además de lo manifestado por el traumatismo soporte vasoactivo múltiple por un estado de choque refractario que no respondió a reanimación con cristaloides desde su ingreso a la unidad de cuidados intensivos. No se puede determinar durante todo ese tiempo que se perdió en su atención a cuidados intensivos, el estado de perfusión de órganos vitales que sumando a toda la condición mórbida, documentada anteriormente acrecentaba el riesgo de desenlace fatal de la paciente."

Ahora bien, probado el daño y de acuerdo a los medios de convicción allegados al proceso, se procede al análisis de su imputabilidad a la demandada así: se encuentra plenamente acreditado que el día 12 de junio de 2011, la menor Michelle Mc'lean Fox, sufrió un accidente de tránsito cuando se transportaba en una motocicleta de tripulante, por lo cual fue atendida en urgencias del Hospital Departamental "Amor de Patria", donde le fue diagnosticado: politraumatismo, trauma craneoencefálico severo, trauma de tórax, de abdomen, entre otras patologías, ante lo cual tuvo que ser intubada para ser asistida por ventilador mecánico.

Asimismo, se encuentra demostrado en el expediente, que la paciente al momento de su ingreso al centro hospitalario, fue valorada por diferentes especialidades, requeridas por las patologías que presentaba, tales como, cirugía general, neurocirugía y anestesiología, ésta última desde el mismo instante que atendió a la menor manifestó que la misma debía ser remitida a una UCI de III nivel por las complicaciones que presentaba y así lo señaló en la historia clínica, además de ello, lo reiteró en valoración posterior, dejando claro que el servicio de anestesiología no se haría responsable del paciente y así se lo hizo saber a las directivas del hospital.

Por otro lado, se encuentra demostrado que un paciente en las condiciones de Michelle Mc'lean Fox, debe ser atendida en una Unidad de Cuidados Intensivos de manera inmediata, por lo que si el centro hospitalario de San Andrés hubiese contado con una UCI al momento de los hechos, de tal manera se hubiere procedido, por lo que al no contar con tal unidad, debió remitir a la paciente tal como de manera oportuna, diligente y eficaz lo recomendó la anestesióloga que valoró a la paciente desde el mismo instante que ingresó a urgencias, y no 10 días después.

El apelante trata de justificar la demora de la remisión, en el hecho de que corresponde de acuerdo a los protocolos internos de la entidad- al médico tratante emitir dicha orden, sin embargo, se ve a lo largo de la historia clínica, anotaciones que en forma clara, protuberante, diáfana y contundente pedían la

atención de la paciente en una UCI de acuerdo a su delicado estado de salud. Lo anterior, inclusive se hizo en presencia de directivos de la I.P.S., quienes-no se sabe por qué razón-no lo hicieron y prefirieron agotar hasta la saciedad los recursos absolutamente insuficientes e ineficaces con que contaban en este nosocomio para atender semejante situación.

De lo anterior, se puede inferir que existe responsabilidad de la IPS Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom en el fallecimiento de la menor Michelle Mc'lean Fox, por la tardanza en la atención médica requerida por éste, ya que si se le hubiera prestado la atención médica-UCI III Nivel-que necesitaba, hubiese podido salvar su vida o mejorar su angustiosa agonía.

Lo anterior encaja en aquello que la jurisprudencia ha denominado como la "pérdida de oportunidad" concepto que el máximo Tribunal en materia Contenciosa Administrativa ha definido en los siguientes términos<sup>16</sup>:

*"Si bien la situación que se ha advertido no puede catalogarse como constitutiva de la causa eficiente del daño, toda vez que no existe certeza de que a través de la remisión oportuna al centro hospitalario se hubiese logrado salvar su vida, lo cierto es que no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, dado que su responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la denominada "pérdida de oportunidad", frente a la cual la Corporación en providencia de 27 de abril de 2011<sup>17</sup> precisó lo siguiente:*

*"En ese sentido, la probabilidad, la oportunidad, la chance, tendrían sustancia o entidad propia.*

*La oportunidad está constituida por el beneficio que no se sabe si se produciría, precisamente por la interferencia que se produjo en el curso de los acontecimientos determinada por la conducta que se endilga al demandado. El beneficio no sólo reviste el carácter de ganancia o la posibilidad de conseguir algo que, en veces, puede estar constituido por la atenuación o la prevención de un mal. "...La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación de un sujeto....".<sup>18</sup>*

*De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro<sup>19</sup> es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; allí se estructura la relación de causalidad.*

*Lo anterior significa que el perjuicio cierto, indemnizable, consiste en la pérdida o frustración de la oportunidad de obtener el beneficio o evitar la mengua, el cual sin duda es distinto al perjuicio que se desprende del daño final padecido por el paciente. Como lo dice el profesor Francois Chabas "...cuando el paciente pierde, por ejemplo un chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte; es la eliminación del simple potencial de chances, la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca del perjuicio...".*

<sup>16</sup> Sentencia de 8 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, radicado número: 22943, actor: Silvia Inés Morales Rojas y Otros.

<sup>17</sup> Radicado número 760012331000199400776 01 (18714)

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibidem.

*Esa probabilidad que se frustró debe ser relativamente cierta, real. No se presenta la pérdida de oportunidad cuando existen probabilidades elevadas de que el beneficio no se obtendría, porque en esas condiciones ninguna oportunidad se habría perdido.*

*Todo lo expuesto ha generado reflexiones en torno a la responsabilidad que se genera por la falla en la prestación de servicios médico - asistenciales, porque generalmente<sup>20</sup> el paciente cuando consulta al médico, lleva una patología de base que lo afecta y su esperanza al concurrir al servicio es obtener una cura o mejoría de su enfermedad, de manera que cuando se produce una mala praxis que agrava su estado de salud, no podría analizarse el contexto de responsabilidad como si el paciente estuviera en excelentes condiciones, lo único que se produce en esos casos es una pérdida de oportunidad cuyo perjuicio sólo puede hacerse consistir en la frustración de la esperanza de curación - esperanza que debe ser relativamente cierta y real-, pero no podría afirmarse que la patología se agravó o desencadenó en el daño final por el hecho del médico, porque causalmente el resultado final es consecuencia de un proceso natural.*

*Afirma con acierto Tanzi Silva<sup>21</sup>:*

*"... [E]n cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad la pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir y sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente....". (Destaca la Sala)*

Y en otro pronunciamiento, el Consejo de Estado<sup>22</sup> sostuvo:

*"La pérdida de la oportunidad, en materia médica establece la responsabilidad de los prestadores de servicios médicos y hospitalarios en aquellos casos en los cuales no se brindan al paciente todos los tratamientos y cuidados adecuados y oportunos, aun cuando estos no garanticen totalmente que el daño se hubiera evitado.*

*En consecuencia, la pérdida de la oportunidad hace referencia, como su nombre lo indica, a la disminución en la probabilidad de haberse evitado el daño que finalmente se causó, planteamiento que pese a la facilidad en su formulación, ha presentado desde antaño una gran dificultad en su aplicabilidad. En esta línea de pensamiento, en sentencia de veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), la Sección Tercera expresó:*

*"Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que realmente se presentan son dificultades al establecer el nexo causal. Pero, si bien se requiere que se encuentre demostrado que la prestación del servicio médico constituía una oportunidad real y no meramente hipotética para el paciente de recuperar su salud o prolongar*

<sup>20</sup> Salvo en el caso de las cirugías estéticas, donde el paciente no tiene patología precedente que amenace su salud.

<sup>21</sup> La reparabilidad de la pérdida de chance p. 333.

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. 26 de enero de 2012. Radicación número: 19001-23-31-003-1958-01005-01(21726).

*su vida, también debe quedar claro que esa ventaja debe ser una posibilidad, cuya materialización dependa también de otros factores, como las propias condiciones del paciente, porque en aquellos eventos en los cuales no se trate de una oportunidad sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia de nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por falla del servicio médico”<sup>23</sup>*

*En similar sentido esta Subsección ha precisado que la pérdida de la oportunidad se traduce en un perjuicio autónomo, diferente del daño final al que realmente se vio sometido el paciente.*

*“Precisamente, la jurisprudencia de esta Corporación, ha sido enfática en señalar que la pérdida de oportunidad no puede servir de fundamento para los casos en los cuales existe duda sobre el vínculo causal entre el hecho y el daño final padecido por el paciente. Como se dijo en párrafos anteriores, si bien en los asuntos de responsabilidad por servicios médico – asistenciales, el nexo causal es, en veces, difícil de establecer, a éste se puede llegar por la vía indiciaria, e incluso, la jurisprudencia ha señalado que puede estructurarse con menor rigor, cuando los conocimientos científicos propios de la ciencia médica impiden conocer con relativa certeza la causa del daño.*

*“Por esta razón 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”<sup>24</sup>.*

Los presupuestos referidos en la jurisprudencia transcrita, respecto de la estructuración de la falla en la prestación del servicio médico por pérdida de oportunidad de supervivencia, se encuentran plenamente establecidos con las pruebas que quedaron referidas atrás, así como la relación de causalidad existente entre la omisión en que incurrió la entidad demandada y la posibilidad de sobrevivencia que representaba para la paciente la remisión inmediata a una Unidad de Cuidados Intensivos de III Nivel, requerido para la patología que tenía, y que la entidad demandada teniendo de presente esto, “difirió” o “dilató” injustificadamente la remisión, por lo que el daño sufrido por los actores es imputable a la demandada Caprecom.

Por consiguiente, tal omisión compromete la responsabilidad de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-Caprecom, comoquiera que era esta entidad la encargada del Hospital Departamental “Amor de Patria”, y por consiguiente la que debía tramitar la remisión en avión ambulancia a una UCI de III nivel de Michelle Mc’lean Fox.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Isla, el 18 de octubre de 2013.

<sup>23</sup> Exp. 17.725, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

<sup>24</sup> Exp 21726. Sección Tercera. Subsección A Cons Ponente. Gladys Agudelo Ordoñez. Sentencia del 16 de septiembre de 2011.

**Condena en Costas**

La Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia a la parte vencida, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 188 del C.P.A.C.A, concordante con el artículo 392 del C.P.C., no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia de fecha dieciocho (18) de octubre de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

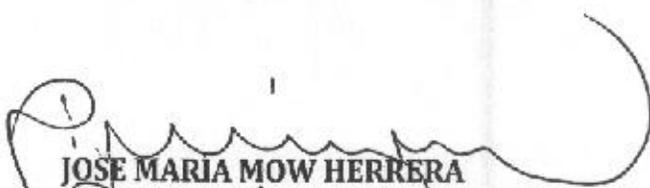
**SEGUNDO:** No hay lugar a condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme este fallo **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

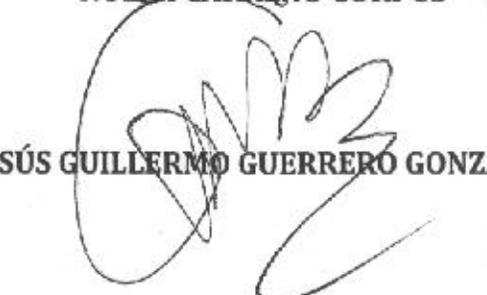
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

  
**JOSE MARIA MOW HERRERA**

  
**NOEMI CARREÑO CORPUS**

  
**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**