

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cofuentes Ortiz

Tunja, octubre veinticinco (25) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Reparación Directa

Demandante: **Félix Antonio Cadena y otros**

Demandado: ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano" y otros

Expediente: 15001-33-33-004-2016-00042-00

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano" del Municipio de Pauna, contra la sentencia de primera instancia proferida el **17 de noviembre de 2017** por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 5-18 c.1):

En ejercicio de la acción de reparación directa, Félix Antonio Cadena Peña actuando en nombre propio y en representación de la menor Laura Natalia Cadena Parra; María Ana Silva Cruz de Cadena; Miriam Janneth Cadena Cruz, actuando en nombre propio y en representación del menor Samuel Esteban Ruiz Cadena; Jhon Fredy Silva Rincón; María Cenaida Cadena Cruz, actuando en nombre propio y en representación de los menores Melisa Vanesa y Jerónimo Eduardo Cañón Cadena; Néstor Eduardo Cañón Rojas; Nikool Daniela Cañón; Sandra Milena Cadena Cruz actuando en nombre propio y en representación de Laura Gabriela Núñez Cadena y Julián David y Juan Camilo Peralta Cadena; Germán Zamir Peralta Monroy; Willian Alexander Cadena Peña y Ana Florinda Ritiva, actuando en nombre propio y en representación de Luis Alejandro Cadena Peña, por intermedio de apoderado judicial, solicitaron:

- Se declare responsables al Ministerio de Defensa – Policía Nacional; Municipio de Pauna; Departamento de Boyacá y Centro de Salud de Pauna ESE "Edgar Alonso Pulido Solano" por los daños y perjuicios materiales y

subjetivados causados a los demandantes por la muerte del señor Félix Joannes Cadena Cruz ocasionada por el atentado terrorista acaecido el 9 de noviembre de 2013 en el Municipio de Pauna que se traducen en una falla en el servicio por no adoptar las medidas de seguridad adecuadas por indebida aplicación del plan integral de convivencia y seguridad ciudadana a las personas que se encontraban disfrutando del XXII Festival Campesino Paunense.

- Se declare responsables al Ministerio de Defensa – Policía Nacional; Municipio de Pauna; Departamento de Boyacá y Centro de Salud de Pauna ESE Edgar Alonso Pulido Solano, por los hechos derivados del atentado terrorista ocurrido el 9 de noviembre de 2013, con ocasión a la falla en la prestación del servicio médico, por no adoptar las medidas de seguridad adecuadas, los protocolos médicos y por no contar con los insumos médicos ni personal calificado.

Como consecuencia de la anterior declaración, se solicitó el pago de los perjuicios morales y materiales así:

- **Perjuicios morales:**
 - María Ana Silvia Cruz y Félix Antonio Cadena Peña, en calidad de padres de la víctima, 500 SMLMV.
 - Janneth, María Cenaida, Sandra Milena y Laura Natalia Cadena, hermanos del señor Félix Joannes Cadena Cruz, la suma de 100 SMLMV.
 - Jhon Fredy Silva, Néstor Cañón; Germán Peralta y Florinda Peña, cuñados de la víctima, 50 SMLMV.
 - Samuel Ruiz Cadena, Daniela, Jerónimo y Melisa Cañón Cadena, Laura Gabriela Núñez Cadena, Julián David y Juan Camilo Peralta Cadena; Willian Alexander y Luis Alejandro Cadena, sobrinos de la víctima, la suma de 50 SMLMV.
- **Daño Emergente:** \$20.000.000 por concepto de gastos funerarios.
- **Lucro Cesante:** Calculado desde el 9 de noviembre de 2013 hasta la vida probable de Félix Joannes Cadena Cruz, 65 años (10 de noviembre de 2045), **\$420.000.000.**

- *Se paguen los intereses moratorios que se causen hasta el pago de lo debido.*
- *Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del Código Contencioso Administrativo.*

El supuesto fáctico que respalda el petitum de la demanda es el siguiente:

- *El 9 de noviembre de 2013 el señor Félix Joannes Cadena Cruz (q.e.p.d.) departía con otras personas del municipio en una esquina frente al Coliseo Deportivo del Municipio de Pauna, celebrando las festividades que se realizan anualmente.*
- *Aproximadamente a las 6:30 p.m., personas desconocidas arrojaron un artefacto generando una explosión y causando la muerte a algunas personas y heridas a otras. El señor Félix Joannes Cadena Cruz fue herido.*
- *Las personas heridas, mediante distintos medios "(como atención de primeros auxilios de la defensa civil y bomberos – puesto que la alcaldía de Pauna no pidió apoyo a la Gobernación)", fueron trasladadas de manera urgente y en el término de la distancia al Centro de Salud de Pauna E.S.E. "Edgar Alonso Pulido Solano"*
- *Al llegar a la ESE con el señor Félix Joannes Cadena Cruz, las puertas estaban cerradas. Los familiares de la víctima se vieron obligados a forzar la puerta para acceder al establecimiento de salud y lograr la atención primaria frente a sus heridas.*
- *Pasados algunos minutos, ingresaron muchos heridos, médicos, enfermeros y auxiliares del centro de salud. Los insumos médicos estaban bajo llave y una vez se accedió a estos, eran insuficientes e inapropiados para atender los heridos.*
- *Conforme pasaban las horas el señor Félix Joannes Cadena se agravaba y el centro médico del Municipio de Pauna no contaba con una ambulancia disponible para trasladarlo a un hospital que le brindara atención médica adecuada.*
- *El señor Félix Joannes Cadena tuvo que esperar por más de dos horas a que una ambulancia de un municipio vecino llegara a recogerlo para llevarlo al Hospital Regional de Chiquinquirá aproximadamente a las 8:30 p.m., no*

obstante, llegó sin signos vitales. Falleció como consecuencia de las múltiples heridas que se le originaron la explosión.

La parte demandante considera que existió falla en el servicio por parte de la Alcaldía de Pauna, el Departamento de Boyacá y la Policía Nacional por no adoptar las medidas de seguridad adecuadas a las personas que se encontraban disfrutando del XXII Festival Campesino Paunense en el perímetro urbano del Municipio de Pauna.

También manifestó que existió falla en la prestación del servicio médico por parte de la Alcaldía de Pauna y la E.S.E. Centro de Salud de Pauna, por indebida aplicación del Plan Integral de Convivencia y Seguridad Ciudadana para el periodo que ocurrieron los hechos.

1.2. Contestación de la demanda:

Las entidades demandadas, dentro de la oportunidad legal, contestaron la demanda en los siguientes términos:

1.2.1. E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano de Pauna (f. 226 y ss. c.1):

Sostuvo que no es cierto que **1.** la ESE no haya prestado el servicio médico a quienes ingresaron el día de los hechos al servicios de urgencias, por el contrario, fueron estabilizados y remitidos oportunamente a la ESE Hospital Regional de Chiquinquirá; **2.** que las puertas de la ESE estuvieran cerradas al momento en que se generó el hecho explosivo; **3.** que el señor Félix Joannes Cadena no haya sido atendido pues, según la historia clínica, se le brindó atención el 9 de noviembre de 2013 a las 19:20 horas y fue remitido al Hospital Regional de Chiquinquirá a las 19:50 horas; **4.** que el personal médico no se encontrada en la ESE ni que los elementos requeridos para prestar la atención médica hayan estado bajo llave, la prueba de la atención se encuentra en la historia clínica.

Indicó que a la ESE llegaron muchos heridos que requerían estabilización y remisión urgente, por tanto, era necesario pedir apoyo y colaboración a otros centros de salud que enviaron ambulancias y personal de apoyo para el traslado de los pacientes que resultaron lesionados por la onda explosiva. Preciso que la ESE sólo cuenta con una Ambulancia Transporte Asistencial Básico, en la que fueron inicialmente trasladados otros pacientes.

Manifestó que el paciente Félix Joannes Cadena entró en paro cardiorrespiratorio, por tanto, iniciaron maniobras de reanimación avanzadas; que, pese a la complejidad de las heridas, se agotaron los recursos disponibles para la atención médica del paciente.

Dijo que la situación de alteración del orden público es imprevisible por parte de los funcionarios de la ESE y que escapa a la órbita de los mismos, no obstante, el personal médico y paramédico brindó la atención oportuna estabilizándolo y remitiéndolo al Hospital Regional de Chiquinquirá que se encuentra a más de 50 kilómetros de distancia.

Advirtió que en el mismo lapso en que llegó el señor Félix Cadena, ingresaron otras personas también afectadas por el artefacto explosivo que debieron ser atendidas simultáneamente con un intervalo no mayor a 5 minutos. A su juicio, se trata de un caso fortuito y fuerza mayor.

Agregó que, ni siquiera con un principio de asomo indiciario se demuestra que la entidad haya incurrido en fallas en el curso de la prestación de servicios médicos y hospitalarios al señor Félix Cadena, pues según la historia clínica se procedió inmediatamente a canalizarlo, brindarle primeros auxilios y remitirlo a un hospital de mayor nivel.

Trajo en cita la sentencia proferida el 8 de mayo de 1998 por el Consejo de Estado, radicación 11220 y afirmó que la actividad de los hospitales es de medio y no de resultado y que, si se logra demostrar mediana diligencia para la atención del paciente, se exonera de cualquier responsabilidad administrativa. Resaltó que no se probó el nexo de causalidad entre la atención médica y las posibles causas del fallecimiento del señor Félix Cadena.

1.2.2. Departamento de Boyacá (fl. 258 a 267):

En síntesis, manifestó que el Municipio de Pauna en ningún momento le solicitó acompañamiento de seguridad al Departamento para la realización del XXII Festival Campesino Paunense y que el Plan Integral de Convivencia y Seguridad Ciudadana fue adoptado por el Alcalde del Municipio de Pauna mediante Decreto No. 020 de 2013, sin que la Gobernación de Boyacá fuera llamada a participar en su formulación.

Dijo que se busca atribuir responsabilidad por la atención médica prestada al señor Félix Joannes Cadena Cruz por la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano de Pauna, entidad con personería jurídica propia que no tiene relación operativa o administrativa con la Gobernación de Boyacá.

Que no tiene injerencia en las actuaciones asistenciales de la E.S.E. en tanto dentro del marco de sus competencias no se encuentran las asistenciales o la prestación directa del servicio de salud, pues según lo dispone el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, ello corresponde a los entes hospitalarios y a las empresas sociales del Estado. Que no hay prueba alguna que permita establecer la existencia de un nexo causal, pues no desplegó actuación alguna respecto de la víctima.

Explicó que la parte actora pretende responsabilizar al Departamento de Boyacá por la supuesta ausencia de garantías de seguridad en el marco de la celebración del XXII Festival Campesino Paunense, cuando es evidente que el hecho generador del daño, es decir, la muerte del señor Cadena Cruz, fue el hecho de un tercero como causa ajena a la voluntad de la administración, circunstancia que exonera de responsabilidad al ente demandado. Agregó que la primera autoridad policiva en un municipio es el alcalde, quien de manera conjunta con la Policía Nacional tiene a su cargo la coordinación, seguridad y orden público de los eventos que tienen lugar en su municipio.

Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva para ser demandado el Departamento de Boyacá¹ y falta de nexo causal entre el hecho y la conducta desplegada por parte de la Gobernación de Boyacá.

1.2.3. Municipio de Pauna (fl. 275 a 283):

Dijo que la causa adecuada en la producción de la muerte del señor Félix Joannes Cadena Cruz no es otra diferente al atentado perpetrado por terceros, en el cual no tuvo que ver que la administración municipal.

¹ *Sobre el particular, citó las sentencias proferidas por el Consejo de Estado: el 14 de marzo de 2012 dentro del proceso radicado No. 76001-23-25-000-1997-03056-01 (22.032) con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; el 30 de enero de 2013 dentro del proceso con número de radicado interno 458610 con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourth; el 17 de junio de 2014 dentro del proceso con número de radicado interno 14452 con ponencia de la Dra. María Elena Giraldo Gómez.*

Que, en las actas del Consejo de Seguridad y Convivencia Ciudadana, se puede apreciar que tanto la Gobernación de Boyacá, representada por el Secretario General doctor Fabio Tadeo Bustos Ballesteros, como la Policía Nacional y el Ejército Nacional fueron informados de la realización del XXII Festival Campesino Paunense.

Indicó que no existió indebida aplicación al Plan Integral de Convivencia y Seguridad Ciudadana del Municipio de Pauna, pues en el Consejo Extraordinario de Seguridad y Convivencia Ciudadana celebrado el 7 de noviembre 2013, se dispuso la prohibición del porte de armas y se trató el tema de “-Alerta con la seguridad”, y en donde era un hecho notorio, ampliamente conocido la enemistad existente entre el bando de Pedro Rincón y Maximiliabo (Sic) Cañón” (fl. 277).

Que, en esa oportunidad, se sugirió por parte de la administración municipal la intervención de policías encubiertos y en actividades de inteligencia, frente a lo cual, el comandante de la policía, encargado de la seguridad del municipio, informó que había solicitado apoyo con unidades de carabineros, unidades de investigación criminal SIJIN, personal civil y unidades de tránsito para el desarrollo del evento.

Consideró que el argumento según el cual se incurrió en una falla en la prestación del servicio por la indebida aplicación del Plan Integral de Convivencia y Seguridad Ciudadana para el periodo en el que ocurrieron los hechos ante la ausencia de acompañamiento de los bomberos, la defensa civil y la fuerza pública, carece de fundamento, pues los hechos se catalogan como irresistibles y hubiesen ocurrido en todo caso.

Afirmó que, en el Consejo Extraordinario de Seguridad realizado el 10 de noviembre de 2013, el Coronel Carlos Gutiérrez, comandante del Departamento de Policía de Boyacá, dispuso el traslado de 24 policías al municipio para la realización de las festividades.

Propuso como excepciones: “Ausencia de análisis o valoración alguna en el contenido fáctico y jurídico de la demanda para que procedan las pretensiones condenatorias en contra del Municipio de Pauna” e “Inexistencia de las obligaciones a indemnizar”

1.2.4. Policía Nacional (fl. 319 a 336):

Dijo que la totalidad de las pretensiones de la demanda resultan infundadas e improcedentes ante la ausencia de nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y el perjuicio reclamado.

En su criterio, no obran en el proceso pruebas suficientes para dilucidar de manera clara y concreta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos planteados por la parte actora, ni para acreditar la configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, situación que no permite imputar responsabilidad alguna a la institución.

Resaltó que no se advierten la presencia de criterios como: 1. el conocimiento de amenaza que revestía a la persona en relación con la grave alteración del orden público; 2. el conocimiento concreto de las circunstancias particulares de un grupo vulnerable y 3. la existencia constante o conocimiento de un inminente peligro al que estuviere sometida la víctima.

Aseveró que no se acreditó que la víctima y/o su familia contaran con circunstancias excepcionales que requirieran una protección especial por parte de la institución, pues no existió petición formal o trámite interno que permitiese establecer amenazas o situaciones que pusieran en riesgo su vida.

Que la prestación de servicios por parte del personal de la estación del municipio fue oportuna de conformidad con los protocolos y las órdenes de servicios dadas en relación con el cubrimiento de la seguridad y protección de sus habitantes en el marco del XXII Festival Campesino Paunense.

Resaltó que actuó en cumplimiento de su deber legal, pero que en el caso concreto se presentó el hecho exclusivo y determinante de un tercero, imprevisible, irresistible e insuperable como eximente de responsabilidad, el cual fue totalmente ajeno al festival que se estaba desarrollando en el municipio y al conocimiento de la institución. Manifestó que la obligación del Estado de proveer seguridad a sus habitantes no es absoluta, pues se relativiza de acuerdo con las condiciones particulares de cada caso.

Que el hecho no se suscitó como consecuencia de un atentado terrorista, sino que se trató de una actuación delincinencial ocurrida fuera del perímetro señalado por el Municipio de Pauna para la realización del festival campesino que sólo tenía la

finalidad de generar pánico entre la población civil. Consideró que no se identifica la creación de un riesgo excepcional que genere el desequilibrio de las cargas públicas.

Dijo que no se puede establecer si en el momento de ocurrencia de los hechos el señor Cadena Cruz se encontraba celebrando el festival o si por el contrario estaba ajeno a éste. Insistió que el nexo causal no se encuentra acreditado² y que no puede imputarse responsabilidad al Estado ante la ausencia de causa eficiente en la producción del daño.

1.3. Reforma de la demanda (fl. 468 a 495)

De las excepciones propuestas por las demandadas, por Secretaría se corrió traslado a la parte actora, en los términos del parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA (fl. 466).

Sin embargo, encontrándose el proceso pendiente de realizar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibidem, el Despacho consideró que en el referido término de traslado de las excepciones, el apoderado de la parte actora no presentó oposición a las mismas, sino que formuló una reforma de la demanda (fl. 501).

Lo anterior, por cuanto agregó fundamentos fácticos tendientes a describir de manera más detallada las circunstancias que, en su criterio, dieron lugar a la ocurrencia del daño reclamado, esto, sin variar sustancialmente lo expuesto en el libelo introductorio.

Explicó que el señor Félix Joannes Cadena Cruz fue auxiliado en primera medida por su hermano, quien lo condujo a la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna, en donde fue atendido por el médico Arley Fabián Parra Ramírez, quien no era funcionario de la entidad y debió improvisar en la atención del paciente, en tanto los suministros médicos eran insuficientes y la persona encargada de la farmacia en el Centro de Salud el día de ocurrencia de los hechos no concurrió al establecimiento.

Además, agregó los siguientes hechos: **1.** que el padre del señor Cadena Cruz debió asumir los gastos funerarios correspondientes, pues la víctima no contaba con

² Citó las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 21 de octubre de 1999 dentro del expediente No. 10948-11643 con ponencia del doctor Alier Hernández Enríquez y, el 25 de julio de 2002 con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque

un seguro funerario y 2. que los demandantes sufrieron una fuerte aflicción por la muerte de la víctima pues se trataba de un núcleo familiar muy unido.

La reforma de la demanda fue admitida mediante auto de 25 de octubre de 2016 y se ordenó correr traslado a las demandadas (fl. 501 a 504).

1.4. Contestación de la reforma de la demanda:

Dentro del término legal, las demandadas a través de apoderado judicial se pronunciaron respecto a la reforma de la demanda, en los siguientes términos:

1.4.1. Policía Nacional (fl. 533 y 534):

Ratificó lo manifestado en el escrito de contestación de la demanda. Agregó que de las anotaciones del informe de novedad y del libro de población de la Estación de Policía se colige que la Policía Nacional hizo presencia en las festividades del Municipio de Pauna y, que una vez ocurridos los hechos se siguieron los protocolos dispuestos por la institución para el efecto.

1.4.2. Departamento de Boyacá (fl. 535 a 546):

Citó el Decreto 399 de 2011³ y las Leyes 1551 de 2012 y 136 de 1994. Precisó que el Estado está llamado a responder a título de falla en el servicio en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando existe una solicitud de protección especial con justificación en las especiales condiciones de riesgo en que se encuentra; o cuando si bien no se deprecia expresamente la protección, es evidente su necesidad en consideración a las pruebas de que la persona se encuentra amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida; circunstancia que no se encontró acreditada en el caso concreto. En lo demás, replicó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.4.3. E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano de Pauna (fl. 548 a 569).

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Añadió que se atiene a lo que se pruebe en el proceso pues la víctima fue atendida por el personal

³ Artículos 16, 17, y 18.

médico de la E.S.E. y, en su historia clínica no se encuentra registrada la atención del médico Arley Parra.

Que, en todo caso, la presencia de médicos externos confirmaría que la cantidad de heridos hizo necesario el apoyo de centros médicos cercanos al municipio y eventualmente de algún médico que allí se encontrara.

1.4.4. Municipio de Pauna (fl. 571 a 580).

Insistió en lo manifestado en el escrito de contestación de demanda y, afirmó que corresponde al gerente de la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna emitir una respuesta de fondo sobre las circunstancias particulares de atención y prestación del servicio médico a la víctima.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 901 a 926)

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia con sentencia proferida el 17 de noviembre de 2017, concediendo parcialmente las pretensiones de la demanda.

Contrajo el problema jurídico a determinar si se configuró la falla en el servicio presunta y/o probada o daño especial respecto de la Policía Nacional, Municipio de Pauna, Departamento de Boyacá y/o la falla en la prestación del servicio médico o en la actividad médica, por parte del Municipio de Pauna y el Centro de Salud E.S.E. Edgar Alonso Pulido Solano por la muerte del señor Félix Joannes Cadena Cruz (q.e.p.d.) en el marco del XXII Festival Campesino Paunense en el perímetro urbano del Municipio de Pauna. Y, si los demandantes tienen derecho al pago de los perjuicios reclamados.

En primer término, realizó un análisis del marco constitucional y legal de la responsabilidad del Estado y sus presupuestos; se pronunció sobre el principio *iura novit curia* y examinó la responsabilidad del Estado por la ocurrencia de actos violentos perpetrados por terceros⁴.

Citó la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso con número de radicado interno 30102, el 5 de marzo de 2015, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, para señalar que cuando se trata del

⁴ Refirió la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 20 de junio de 2017 con ponencia del doctor Ramiro Pazos Guerrero, número interno 8860.

En tercer lugar, en relación con el Plan Integral de Convivencia y Seguridad Ciudadana, adujo que se trata de un documento programático proferido por el municipio en desarrollo de la política pública nacional de seguridad ciudadana, que no contiene disposiciones jurídicas concretas, sino una proyección del municipio en materia de seguridad para la vigencia 2012 a 2015, además, que no advierte obligaciones en materia de organización logística de eventos o de medidas de seguridad que hayan podido ser desconocidas por el Municipio de Pauna, la Policía Nacional o el Departamento de Boyacá.

Precisó que, comoquiera que el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es el subjetivo por falla probada del servicio por omisión de las entidades accionadas, la parte actora tenía la carga de demostrar que el hecho generador del daño se produjo porque las accionadas no intervinieron respecto de un hecho previsible y resistible que ocasionó un daño, sin embargo, consideró que no se precisó la falla que atribuye a las demandadas a partir de la cual se generó el daño.

Adicionalmente, que se logró probar en el proceso que la Policía Nacional y el Municipio de Pauna, no solo previnieron contingencias para eventuales incidentes derivados del XXII Festival Campesino Paunense, sino que tomaron medidas como el incremento del pie de fuerza policial, prohibición del porte de armas y controles en las vías de la zona por parte del Ejército Nacional, las cuales resultaron coherentes con el análisis del riesgo realizado en los Consejos de Seguridad previos al evento. Concluyó entonces, que no se encontró probada la falla en el servicio en materia de seguridad respecto de los demandados Municipio de Pauna, Departamento de Boyacá y Policía Nacional.

En cuarto lugar, estudió la existencia o no de responsabilidad de la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano y el Municipio de Pauna por la supuesta falla en el servicio en la prestación del servicio médico a Félix Joannes Cadena Cruz.

Explicó que el Municipio de Pauna no presta servicios de salud, atención de urgencias o servicio de transporte en ambulancia y que sus funciones dentro del sistema de salud se circunscriben a la dirección, coordinación, promoción, vigilancia y control del sistema de salud en el ámbito territorial, sin que ello implique en cualquiera de los casos la prestación directa de los servicios de salud.

Que el municipio no es el llamado a responder por las fallas que se hayan originado en la prestación misma del servicio de salud, salvo que éstas obedezcan al

incumplimiento de las obligaciones legales referidas, circunstancia que no se acreditó en el caso concreto.

En ese entendido, la a quo declaró de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Pauna, pues en su criterio, comoquiera que las actuaciones invocadas como dañosas en el sub-lite se circunscriben al ámbito de la prestación del servicio médico, en caso de que resulten demostradas serán responsabilidad de la empresa prestadora del servicio de salud.

En quinto lugar, en cuanto a la gestión adelantada por la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano de Pauna, manifestó que la parte demandante no probó la ocurrencia de una falla médica por la falta de atención médica al paciente o a la prestación de manera deficiente ni que la atención en materia de salud haya sido la causa eficiente de la muerte del señor Félix Joannes Cadena Cruz. Y, que incluso el dictamen pericial decretado en el proceso concluye que la atención inicial de urgencias fue adecuada en tanto se cumplió el protocolo correspondiente.

Consideró que no se encontró acreditada falla en la prestación del servicio médico por la praxis médica de los galenos, pero sí la demora en la remisión del paciente a un centro de atención de mayor complejidad, al tardar una hora y cinco minutos después de su ingreso a la atención de urgencias.

Dijo que la E.S.E. no desplegó los procedimientos administrativos que hubiesen permitido la remisión del paciente en un tiempo menor, máxime cuando según el Plan Hospitalario de Emergencias contaba con dos ambulancias.

Anotó que no se explica la falta de disponibilidad del segundo vehículo ambulancia para la fecha de los hechos y que, si bien, dicha falta de disponibilidad podría configurar una falla en el servicio, lo cierto es que no puede estimarse como la causa eficiente de la muerte de la víctima, pues por la gravedad de su estado de salud no podría afirmarse que de haberse realizado la remisión con mayor inmediatez indefectiblemente se hubiera salvado. No obstante, consideró que sí pudo configurarse una pérdida de oportunidad del señor Cadena Cruz para recuperar su salud o salvar su vida, como una tipología autónoma del daño.

Examinó la figura de la pérdida de oportunidad a partir de los pronunciamiento del Consejo de Estado, y concluyó que la demora en la remisión del paciente, a causa de la inexplicable falta de disponibilidad el segundo vehículo ambulancia con que contaba la E.S.E. según el Plan Hospitalario de Emergencias, conllevó la pérdida

de oportunidad de acceder a una atención médica en un hospital o centro de atención de mayor complejidad de manera oportuna, donde se le hubiera prestado atención adecuada ante la gravedad de sus lesiones.

Así mismo, afirmó que se generó una pérdida de oportunidad a los familiares de la víctima de verlo con vida luego del 9 de noviembre de 2013. En consecuencia, la a quo encontró configurada la pérdida de oportunidad en el sub judice.

En materia de liquidación de perjuicios, analizó el daño indemnizable en los eventos en que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad y estableció que toda vez que no es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente, en este caso la indemnización no procede por la muerte de Félix Joannes Cadena, sino por la pérdida de oportunidad de sus familiares y allegados de haberlo visto con vida con posterioridad al incidente.

En esa línea de pensamiento, citó la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 5 de abril de 2017 dentro del proceso con radicado No. 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706) y argumentó que toda vez que no obran en el expediente elementos de juicio que permitan establecer el porcentaje de probabilidad que representaría para el paciente el haber sido trasladado con prontitud a la E.S.E Hospital Regional de Chiquinquirá, por la gravosa situación de salud en que se encontraba, se infiere que eran reducidas sus posibilidades de sobrevivencia. Por tanto, que sus familiares tenían alrededor de un 10% de posibilidades de volver a verlo, porcentaje que se aplicó a la liquidación de perjuicios materiales e inmateriales.

Respecto a los perjuicios morales, la a quo reconoció a quienes acreditaron las condiciones de cercanía afectiva con la víctima (padres y hermanos), el 10% de lo establecido como reparación del perjuicio moral en caso de muerte en sentencia de unificación proferida el 24 de agosto de 2014 por el Consejo de Estado, en concordancia con el porcentaje de probabilidad de supervivencia determinado. Además, negó el reconocimiento del daño emergente por no haberse probado y ordenó el pago de lucro cesante consolidado y futuro a favor de los padres de Félix Joannes Cadena.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la sentencia de primera instancia, los apoderados judiciales de la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna y de la parte demandante, interpusieron recurso de apelación.

3.1. E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna (fl. 929 a 948):

Difiere de lo expuesto por la a quo, pues en su criterio, en el caso concreto no se presentó una pérdida de oportunidad comoquiera que, una vez ingresó el paciente al Centro de Salud, fue atendido de manera inmediata y estabilizado por los médicos que se encontraban en el establecimiento.

Dijo que, como lo señaló la juez de conocimiento, la remisión a un centro de mayor complejidad se realizó en un periodo de dos horas, sin embargo, que no fue objeto análisis el tipo de estabilización que requirió el paciente el cual, como consta en la historia clínica, no duro más de una hora y se realizó con los procedimientos debidos.

Que tanto el paciente como la señora Blanca Herlinda Ramírez Murcia, quien igualmente llegó al servicio de urgencias de la E.S.E. el día de los hechos, fueron sometidos a una valoración a partir de la cual se estableció que ella se encontraba en condiciones más críticas, razón por la cual su traslado se dio de manera previa al del señor Cadena Cruz, quien una vez llegó la ambulancia solicitada al Municipio de Briceño, fue trasladado a la E.S.E. Hospital Regional de Chiquinquirá, donde llegó con vida.

Precisó que el dictamen pericial obrante en el expediente da mayor relevancia al procedimiento administrativo que al procedimiento asistencial y, que es imposible pretender que masivamente se trasladara a todos los heridos que llegaron a la E.S.E. luego de la contingencia; insistió que la cantidad de heridos y la capacidad del centro de salud de primer nivel, no lo permitía.

Argumentó que en la E.S.E. Hospital Regional de Chiquinquirá se determinó que el paciente falleció por un choque hipovolémico en grandes vasos, debido a un sangrado interno profundo, hemorragia que resultaba imposible de detectar y detener en el Centro de Salud de Pauna a partir de los exámenes de médicos tratantes y procedimientos básicos.

Insistió que no puede predicarse una pérdida de oportunidad en el caso de marras, pues la E.S.E. no tenía permitido realizar procedimientos quirúrgicos para los que no se encontraba habilitada y que, de acuerdo con la literatura médica, los procedimientos de carácter vascular como el que requería el paciente, deben realizarse en una entidad de II nivel de atención con profesionales especialistas. Por tanto, sostuvo, no se puede pretender que el Centro de Salud hubiese hecho algo que resultaba imposible.

Expresó que el tiempo de traslado del paciente se encuentra plenamente justificado, pues la E.S.E. solo contaba con una ambulancia y por ello debió pedir ayuda a los municipios vecinos para atender la emergencia, quienes se desplazaron al municipio con prontitud; a su juicio, esa circunstancia desestima la configuración de pérdida de oportunidad en el sub-lite, pues reitera, la remisión del paciente se dio a la mayor brevedad posible.

Que, según el testimonio del médico Johan Rodrigo Álvarez, quien atendió al paciente en la E.S.E., la atención al paciente fue oportuna, pues una vez ocurrida la contingencia, llegaron al establecimiento aproximadamente 6 ambulancias, habiéndose remitido al señor Cadena Cruz en compañía de un jefe enfermero en la primera de ellas que se encontró disponible. Que no se puede pretender que inmediatamente ingresa un paciente, sea remitido a un centro asistencial de mayor complejidad, sin valoración previa.

En su criterio, el fallo impugnado incurre en una flagrante contradicción al declarar una pérdida de oportunidad, cuando quedó demostrado en el proceso que la atención al paciente por parte de la E.S.E. fue la más pronta y oportuna, en el marco de la contingencia y de las competencias del establecimiento.

Indicó que aun cuando existió una amenaza por parte de personal armado al cuerpo médico que atendió a los heridos, ello no impidió en forma alguna que la remisión se hiciera sin dilaciones injustificadas y, que el personal asistencial fue incluso más allá de lo que le correspondía y puso en riesgo su propia vida, con el fin de garantizar la atención al paciente, circunstancia que no fue objeto de análisis por la a quo.

Que la sentencia va en contravía de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 5 de marzo de 2005 con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourth en el proceso radicado No. 50001-23-31-000-2002-00375-01, pues advierte una pérdida de oportunidad en la recuperación del paciente, cuando las

pruebas testimoniales y del dictamen pericial demuestran que por las condiciones críticas en las que se encontraba, no tenía la oportunidad para recuperar su salud.

Aseveró que como lo reconoció la a quo en la sentencia recurrida, no existió falla en el servicio, la atención ni la remisión del paciente, pues el hecho de que no se contara con las dos ambulancias de la E.S.E. no puede estimarse como causa eficiente de la muerte del señor Félix Joannes Cadena Cruz.

Que la decisión del Despacho al condenar a la E.S.E. por pérdida de oportunidad, son contrarios a los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de la sentencia.

Afirmó que el fallo recurrido estableció una condena por un hecho no probado, pues nunca fue objeto de verificación por parte del Despacho si las dos ambulancias con que contaba la E.S.E. Centro de Salud de Pauna se encontraban dentro de la norma de habilitación establecida por el Ministerio de Salud para el transporte de pacientes. Y, que la a quo desconoció lo establecido en el artículo 169 del Código General del Proceso, al no solicitar el certificado de habilitación o no del vehículo de placas OQF151 Marca Toyota Land Cruiser Modelo 1998, el cual resultaba absolutamente necesario para esclarecer los hechos objeto de controversia.

Que el vehículo referido si bien prestó servicio de ambulancia, por razones técnicas y mecánicas paso a ser utilizado únicamente para el traslado de personal médico de la E.S.E. a las veredas del municipio con el objeto de llevar a cabo brigadas de salud, razón por la cual, trasladar al paciente en una ambulancia no habilitada para ello, hubiese puesto en mayor peligro su vida. Manifestó que la ESE únicamente tiene habilitado un vehículo para transporte asistencial básico y no dos como lo sostiene la jueza a quo.

Agregó que en la ambulancia de la E.S.E. fue trasladada la señora Blanca Herlinda Ramírez Murcia, cuyos familiares también presentaron demandada contra el Centro de Salud con fundamentos fácticos similares, la cual correspondió al Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en cuyo fallo de primera instancia⁵ se determinó que la entidad pese a su nivel básico de atención adoptó un plan de emergencia previo al suceso, y le realizó todos los procedimientos a que

⁵ Proferido el 17 de enero de 2017 dentro del proceso No. 15001-3333-015-2016-00154-00, demandante: Julieth Camila Cañón Ramírez y otros, y demandada la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna y otros.

había lugar para la estabilización y remisión de la paciente de acuerdo con el nivel de atención de la E.S.E.

En consecuencia, solicitó se revoquen los numerales 5, 6, 8 y 9 de la sentencia recurrida y se absuelva de toda responsabilidad por no haberse probado el nexo causal entre la atención brindada y el perjuicio.

3.2. Parte demandante (fl. 950 a 953):

Se encuentra en desacuerdo con el fallo de primera instancia, pues a su juicio, las entidades demandadas debieron ser condenadas a pagar a María Ana Silvia Cruz de Cadena y Félix Antonio Cadena Peña a título de indemnización de perjuicios inmateriales por daño moral la suma equivalente a 100 SMLMV y, a Myrian Janneth Cadena Cruz, María Cenaida Cadena Cruz y Sandra Milena Cadena Cruz por ese mismo concepto, la suma equivalente a 50 SMLMV, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 24 de agosto de 2014, en tanto, tratándose de familiares dentro del primer y segundo grado de consanguinidad debía presumirse la aflicción y el sufrimiento padecido por el daño antijurídico causado a un ser querido.

Citó la sentencia de 29 de enero de 2014 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón dentro del proceso con número de radicado 18001-23-31-000-1999-00419-01(30366) para señalar que ante la imposibilidad de cuantificar el daño moral, la jurisprudencia ha establecido un tope monetario para la indemnización de dicho perjuicio, que por regla general corresponde a 100 SMLMV cuando el daño cobra mayor intensidad, como ocurre en el caso concreto de quienes acreditan relaciones afectivas propias de las relaciones conyugales y paterno-filiales con la víctima que ha perdido la vida o la capacidad laboral en más de un 50% y, la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 del Consejo de Estado con ponencia del doctor Carlos Alberto Zambrano para referir los niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

Precisó que de acuerdo con la línea más reciente de jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la pérdida de oportunidad como daño antijurídico tiene un carácter autónomo, "no reducido a técnica o a título de imputación, permite establecer la tendencia a separar, para acumularlas con restricciones muy rigurosas, la reparación por la pérdida de oportunidad y la indemnización de perjuicios morales, como dos categorías diferentes de daño inmaterial, pero sin exceder el tope que usualmente se

acoge para los eventos de mayor intensidad (muerte y reconocimiento para primera línea de afectación = 100 SMLMV); esto es, en rigor, aun sumados los montos que se reconocen para las dos categorías de daños, la reparación integral queda por debajo del aludido rango de 100 SMLMV.)⁶, razón por la cual, la indemnización por tal concepto deberá reconocerse de manera independiente y autónoma, a la correspondiente por daño moral.

Que la indemnización por daño emergente corresponde a la suma de veinte millones de pesos (\$ 20.000.000) y el lucro cesante se materializa en los ingresos dejados de percibir desde el 9 de noviembre de 2013 y hasta la vida probable de la víctima, por lo cual, de conformidad con la formula actualmente acogida para el cálculo por tal concepto, correspondería a cuatrocientos veinte millones de pesos (\$ 420.000.000).

Señaló que teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y gestión realizada por el apoderado de la parte actora, como agencias en derecho deben fijarse el 20% de las pretensiones reconocidas en la sentencia, por tanto, el Acuerdo No. 1887 de 2003 establece que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los procesos con cuantía, en asuntos de primera instancia, se condena en costas a la parte vencida en juicio en hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Concluyó que, comoquiera que el derecho no es un instrumento frio de poder ni un marco normativo despiadado para administrar justicia, se deben declarar administrativamente responsables a las entidades demandadas y condenarlas a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales, el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, la condena en costas, los daños materiales y la perdida de la oportunidad.

Solicitó que al liquidar la sentencia se tenga en cuenta a los hijos⁷ del señor Luis Efraín Cadena Cruz⁸ (q.e.p.d.), como llamados a reclamar lo que correspondería a su padre.

⁶ Sobre el particular, citó la sentencia de 11 de agosto de 2010 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez dentro del proceso con número de radicado 50001-23-26-000-1995-00082-01(18593).

⁷ William Cadena Peña y Alejandro Cadena Peña

⁸ Quien era hermano del señor Félix Joannes Cadena Cruz

IV. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión recurso apelación (f. 979):

Mediante auto de 12 de febrero de 2018, se resolvió admitir los recursos de apelación presentados por las partes contra sentencia de 17 de noviembre de 2017.

4.2. Solicitud de pruebas en segunda instancia (f. 982):

Mediante auto de 12 de marzo de 2018, este Despacho negó la solicitud de pruebas formulada en segunda instancia por la E.S.E. Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna, parte demandada, en el escrito contentivo del recurso de apelación, por no cumplir las reglas exigidas para su decreto.

4.3. Traslado alegatos de conclusión (fl. 986): En firme el proveído que negó la solicitud de pruebas en segunda instancia, mediante auto de 02 de abril de 2018, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y, correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.3.1. Policía Nacional (fl. 988 a 997): Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda. Insistió que la parte demandante no logró demostrar la ausencia de actividades de despliegue del servicio de policía en sus diferentes especialidades ni el daño antijurídico alegado.

Indicó que mal haría la Nación, en responder por circunstancias que no se encuentran probadas, y que no podría llegar a controlar. Que no puede exigírseles a las autoridades lo imposible, ni pretender que para cada ciudadano se disponga de un agente policial o una vigilancia especial con el objeto de contrarrestar los atentados de la delincuencia organizada, so pena de resultar comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado.

4.3.2. E.S.E. Edgar Alonso Pulido Solano de Pauna (fl. 998 a 1013): Con fundamento en los mismos argumentos esbozados en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, solicitó se revoque el fallo de primera instancia, o en su defecto se profiera fallo inhibitorio.

4.3.3. Departamento de Boyacá (fl. 1014 a 1020). Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

4.3.4. Ministerio Público (fl. 1021 a 1027). El agente del Ministerio Público rindió concepto y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

Afirmó que según el dictamen pericial que obra en el proceso, la remisión del paciente debió hacerse dentro de los 20 minutos siguientes a su ingreso al servicio de urgencias, no obstante, que según se lee de las pruebas documentales allegadas al expediente, el del día 9 de noviembre de 2013 el señor Félix Joannes Cadena Cruz (q.e.p.d.) ingresó al Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano a las 18 horas y 45 minutos (f. 249), y su traslado en ambulancia a la E.S.E. Hospital de Chiquinquirá se ordenó a las 19 horas y 50 minutos (f. 250), esto es, una hora y cinco minutos después de su ingreso.

Señaló que obra en el expediente el Plan Hospitalario de Emergencias (fls. 118-166), desarrollado por la gerente de la época (2013), donde en el acápite de equipos, insumos y elementos asistenciales y operativos figura la disponibilidad de dos ambulancias, circunstancia que permite inferir que la E.S.E. para la fecha de los hechos contaba con dos ambulancias, tal como lo señaló el señor Fabián Arley Parra Ramírez en su testimonio. Que, la E.S.E. no realizó gestión alguna en materia probatoria para soportar que no contaba con los dos vehículos ambulancias.

Aseveró que quedó demostrado que existió una demora en el traslado del señor Félix Cadena Cruz (q.e.p.d.) a un centro de atención de mayor complejidad, no sólo a causa del incumplimiento de los protocolos de referencia y contrareferencia, sino por la falta de disponibilidad de la segunda ambulancia, circunstancia que, si bien no deriva en una falla del servicio, sí lo hace en una pérdida de oportunidad de recibir atención médica adecuada para el paciente.

Que, si bien es cierto que el hecho de haber recibido atención médica en un Centro de II nivel no garantizaba su supervivencia, no lo es menos que existía la posibilidad científica de salvar su vida al ser sometido a los procedimientos especializados necesarios tal como lo expuso el perito en la audiencia de pruebas.

Respecto a los motivos de inconformidad de las partes en lo relativo al monto de la indemnización, citó la sentencia de 3 de abril de 2013, proferida por el Consejo de Estado en el proceso con radicado interno 26.437, para indicar que la pérdida de oportunidad comporta la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística, razón por la cual este tipo de eventualidades son difícilmente tasables con métodos objetivos, siendo la vía más recurrente acudir a la equidad.

Manifestó que es cierto, como lo señala la parte actora, que el perjuicio por pérdida de oportunidad es autónomo y no es igual al reconocimiento de perjuicios morales, pero que más allá de manifestar su inconformidad con el monto, no señaló planteamiento alguno que demuestre el error de la decisión.

Que, en su criterio, la a-quo acudió a la equidad para fijar el monto de la indemnización, conforme lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, razón por la cual su tasación resulta razonable.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Tunja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

5.1. Cuestión previa: de las nuevas pretensiones en el recurso de apelación:

En el recurso de apelación, la parte demandante, solicita que se pague a William y Alejandro Cadena Peña la indemnización que le correspondería a su padre, Luis Efraín Cadena Cruz (q.e.p.d), hermano de Félix Joannes Cadena Cruz.

Examinado de forma cuidadosa el libelo introductorio, encuentra la Sala que pretensión **no fue formulada en la demanda** (f. 9 y ss. c.1); por el contrario, a título de perjuicios morales, solicitó el pago de 100 y 50 SMLMV a cada uno de los actores según el caso, no obstante, **no incluyó al padre de los hermanos Cadena Peña, señor Luis Efraín Cadena Cruz.** Según se lee a folio 12, deprecó:

“(…)

- **WILIAN ALEXANDER CADENA**, en calidad de sobrino de la víctima una suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V.
- **LUIS ALEJANDRO CADENA** en calidad de sobrino de la víctima una suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V

Es decir, que los accionantes mencionados **no acudieron en calidad de herederos de su padre Efraín Cadena Cruz**, ni solicitaron la indemnización que le hubiere podido corresponder a éste, contrario sensu, acudieron a la jurisdicción en calidad de **sobrinos de la víctima** lo que, en otros términos, se contrae a la reclamación de sus derechos y no los de su padre.

Atender en este estadio procesal, una pretensión que no fue plasmada en la demanda ni tampoco objeto de discusión en la primera instancia, violaría el derecho al debido proceso, la contradicción, así como a la igualdad del demandado, a quien se sorprendería con una sentencia que en modo alguno atendió los parámetros del debate de la primera instancia. Y, es que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 281 del CGP, no es posible condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta.

En este estado de las cosas, es imprescindible destacar que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la **cuestión decidida**, con unidad temática y consecuente entre las pretensiones de la demanda, los fundamentos de hecho, las razones fácticas, la contestación y la sentencia⁹. "(...) Así, queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El recurso que desconozca esta restricción, **viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora**¹⁰." (Resaltado fuera de texto original).

La Subsección "B" del Consejo de Estado en auto proferido el 8 de julio de 2016 dentro del proceso con radicación 68001-23-31-000-2012-00552-02(56321) y ponencia del Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, indicó:

*"Para la Sala, en el escrito de apelación se evidencia la conciencia del demandante sobre los daños invocados y su relación directa con el proceso en el que supuestamente actuó como abogado, y sobre todo, la falta de precisión sobre el universo fáctico que fundamentó los presuntos menoscabos causados, tanto así que señaló que no se le dio la oportunidad para reformular la demanda (supra, párr. 5.1), frente a lo cual pretende en el escrito de apelación, en vista del riesgo de la declaratoria de caducidad, **modificar las pretensiones del libelo introductorio para ampliar el escenario fáctico que dio lugar al sub examine. Por este motivo, mal haría el operador jurídico en adoptar las acotaciones adicionales del escrito impugnatorio como parte de los fines buscados con el medio de control de reparación directa, comoquiera que eso implicaría una alteración inaceptable de la causa petendi.**"* (Resaltado fuera de texto)

Y en sentencia proferida el 26 de noviembre de 2015 dentro del proceso con radicación número 23001-23-31-002-1998-10190-01(32626) y ponencia del Consejero Doctor Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, la misma subsección señaló:

⁹ Artículo 320 del CGP

¹⁰ Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. 14403

5.1. De la competencia:

Contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Tunja el 17 de noviembre de 2017, tanto la parte actora como la ESE Centro de Salud "Edgar Antonio Pulido Solano" de Pauna presentaron oportunamente recursos de apelación.

El artículo 328 del Código General del Proceso prevé que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio; sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones, **pero sin desplazar el principio de congruencia respecto de los argumentos de impugnación expuestos por las partes.**

Sobre el particular, en auto de 22 de febrero de 2017¹³ proferido por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Doctora Marta Nubia Velásquez Rico, se señaló:

*"Ahora, para la Sala **no resulta admisible el argumento de la parte demandante, según el cual, la apelación formulada por las dos partes confiere a la Sala una "libertad absoluta" para dirimir la controversia, puesto que, aunque ambos extremos del litigio hubieren expresado inconformidad con la sentencia de primera instancia, esta circunstancia por sí sola no faculta al ad quem para decidir sin limitaciones, toda vez que el objeto de estudio, en sede de segunda instancia, está delimitado por las solicitudes esbozadas por los recurrentes.**"* (Negrilla fuera de texto)

¹³ Radicación número: 68001-23-31-000-2001-02637-01(37683)

*"Al estudiar el recurso de apelación, determinador de la controversia que debe resolver el fallador de segunda instancia, se observa que la parte actora pretende que la Sala se pronuncie **sobre asuntos que no fueron sometidos a consideración del a quo y que no hacen parte de la causa petendi.***

(...)

Confrontando los argumentos expuestos y las peticiones formuladas en el recurso de alzada con las pretensiones de la demanda, se observa claramente que el actor está modificando estas últimas.

En efecto, mientras que en la demanda solicita le sean pagados los servicios prestados dentro del periodo comprendido entre el primero de enero de 1996 al 31 de mayo de 1998, en la apelación solicita le sean reconocidos y cancelados los servicios prestados en otras fechas en virtud de la suscripción del convenio 456 de mayo de 1998, es decir, el actor pretende que le sean reconocidos los servicios que aparentemente prestó a partir del mes de mayo de 1998.

*Así las cosas, **la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre estas nuevas pretensiones puesto que en el recurso de apelación no puede modificarse la demanda.** En otras palabras, la Sala no puede estatuir en la presente sentencia sobre supuestos motivos de inconformidad frente la sentencia apelada, motivos que jamás podrían ser de inconformidad pues no podían ser discutidos en ella, sencillamente porque estos nunca hicieron parte de la controversia." (Negrilla fuera de texto)*

En consecuencia, de conformidad con los argumentos expuestos, debe la Sala despachar desfavorablemente el presente cargo, en la medida que la pretensión en relación con William y Alejandro Cadena Peña en calidad de herederos de Luis Efraín Cadena Cruz (q.e.p.d)¹¹ **no se formuló en el libelo introductorio de la demanda.**

Como se dijo, estudiar este cargo implicaría, entonces, la trasgresión de la garantía de la doble instancia y el derecho a la igualdad procesal de la parte demandada pues, en la medida en que el demandante controvierta en sede de apelación puntos no ventilados en el debate de la primera instancia, resulta improcedente cualquier pronunciamiento al respecto, en tanto excede el objeto y finalidad de la alzada en donde resulta extemporáneo e inapropiado alegar nuevos argumentos y presentar nuevas peticiones¹².

¹¹ Hermano de Félix Joannes Cadena Cruz (víctima)

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección. Sentencia de 24 de mayo de 2012, Rad.: 70001233100019980070201, Actor: Alfonso Alejandro Redondo Pineda, M.P. Gustavo E. Gómez Aranguren

En suma, no hay duda que la competencia de esta Sala es plena, en consecuencia, el análisis del caso concreto se realizará sin limitación, pero siendo respetuoso del principio de congruencia que se concreta, básicamente, en los argumentos expuestos por las partes apelantes.

5.2. De los recursos:

Lo primero que debe precisarse es que la parte actora atribuye una falla en el servicio a las entidades demandadas por dos razones: i) no adoptar las medidas de seguridad adecuadas a las personas que se encontraban disfrutando del XXII Festival Campesino Paunense y ii) falla en la prestación del servicio médico.

En segundo lugar, observa la Sala que el recurso de la ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido se inclina a manifestar que no se presentó una pérdida de oportunidad, en la medida que el servicio médico prestado fue oportuno, rápido y adecuado, por consecuencia, no procede la condena contra esta.

A su turno, la parte demandante, en la alzada, se limita a manifestar su inconformismo frente a la tasación de los perjuicios (materiales y subjetivos) y a pedir que se condene por la pérdida de oportunidad.

De los recursos de apelación, se extrae que no existe inconformidad alguna frente al análisis realizado por la jueza a quo respecto de la falla en el servicio frente a la seguridad desplegada por la Policía Nacional y el Municipio de Pauna en el XXII Festival Campesino Paunense, así como la falta de legitimación en la causa material por pasiva del Departamento de Boyacá. En consecuencia, estos aspectos no serán abordados en esta instancia.

Así las cosas, la Sala analizará el caso concreto bajo los parámetros de la falla del servicio en la prestación del servicio médico, específicamente, con base en la pérdida de oportunidad.

5.3. Del título de imputación jurídica:

La Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia proferida el 19 de abril de 2012, dentro del expediente con número interno 21515 y ponencia del Consejero Doctor Hernán Andrade Rincón, unificó su criterio al indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución Política de 1991, no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones fácticas y jurídicas que den sustento a la decisión.

Dado lo anterior, la jurisdicción contencioso administrativa ha usado diversos títulos de imputación, sin que esta circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación del juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

Es por esto que el juzgador, en virtud del principio *iura novit curia*, puede analizar el caso bajo la égida del régimen de responsabilidad aplicable a los hechos probados dentro del proceso, **sin que esto modifique la causa petendi** ni responda a una tesis alejada de la realidad procesal. En efecto, la situación fáctica narrada en el libelo introductorio es la que da lugar a la imputación jurídica de responsabilidad, a condición que se advierta que el daño fue consecuencia de la falla en el servicio de las entidades demandadas.

5.4. De la pérdida de oportunidad:

La Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-00645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, sobre la pérdida de oportunidad indicó que se ha tratado conforme a dos variantes jurisprudenciales, la primera, con fundamento en la causalidad probabilística y la segunda, que considera que ésta representa un fundamento de daño cuya

reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre hecho dañoso y el daño final, sino **en función de la frustración de la expectativa legítima** (teoría relacionada con el daño); sin embargo, dijo, los casos en que se comprenda este tema, debe abordarse desde la segunda variante. Así, consideró que son requisitos para su estructuración:

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

*14.5. Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como **fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima**; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la **relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final**, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente¹⁴.*

*14.6. Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un **fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo**¹⁵, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será **proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió**. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la*

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos.”

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

¹⁵ Para Foulquier “un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir -reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública -lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito”: FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Paris, 2003, p. 689.

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

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

5.5. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado:

Conforme lo establece la jurisprudencia *ut supra* citada¹⁶, para determinar si el caso concierne a un daño de pérdida de oportunidad, se debe establecer lo siguiente:

“...el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción¹⁷.

¹⁶ Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero

¹⁷ A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: “El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento *sine qua non* frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real

15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad."(Resaltado fuera de texto)

Entonces, se debe determinar el carácter aleatorio del daño final.

En el plenario se encuentra probado que el 9 de noviembre de 2013, ocurrió una detonación de un artefacto explosivo producto de un atentado contra el señor Pedro Nel Rincón, reconocido esmeraldero del Municipio de Pauna (f. 755 c.3). En el formato único de noticia criminal diligenciado el 9 de noviembre de 2013, se lee:

"EL DÍA 09 DE NOVIEMBRE DE 2013 UNA VEZ SE TIENE CONOCIMIENTO POR PARTE DE LA POLICÍA JUDICIAL SJIN CHIQUINQUIRÁ QUE EN EL MUNICIPIO DE PAUNA HACIA LAS 18:40 HORAS SE HABÍA PRESENTADO UNA TRAGEDIA POR LA DETONACIÓN A (SIC) DE UN ARTEFACTO EXPLOSIVO, SE PROCEDE A REALIZAR LAS RESPECTIVAS COORDINACIONES PARA EL DESPLAZAMIENTO (...)

(...)

SE REALIZAN INDAGACIONES CON EL PERSONAL UNIFORMADO DE LA POLICÍA NACIONAL DE LA ESTACIÓN DE POLICÍA DE PAUNA QUIENES MANIFIESTAN QUE SE TRATÓ DE UN ATENTADO CON ARTEFACTO EXPLOSIVO EN CONTRA DEL SEÑOR PEDRO NEL RINCÓN QUIEN ES UN RECONOCIDO COMERCIANTE DE ESMERALDAS; RESULTANDO HERIDO EN ESTOS HECHOS EN MOMENTOS QUE DEPARTÍAN CON VARIAS PERSONAS SENTADOS EN LAS SILLAS PLATICAS (sic) Y EN EL ANDEN FRENTE AL BILLAR SOBRE LA CALLE, CON OCASIÓN DE LAS FIESTAS TRADICIONALES EN EL MUNICIPIO DE PAUNA BOYACÁ Y CONMEMORACIÓN DE LA FIESTA DEL CAMPESINO QUE SE ESTABAN CELEBRANDO, DONDE TAMBIÉN

Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad": GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

RESULTARON VARIAS PERSONAS MÁS HERIDAS Y CON RESULTADOS LAMENTABLES (...). (f. 755 c.3)

(...)
TRAS LA GRAVEDAD DE LAS LESIONES FUERON TRASLADADOS UN CIUDADANO PARA LA CIUDAD DE BOGOTÁ, DOS PARA EL HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, ENTRE ELLOS EL PATRULLERO HENRY ARÉVALO AGUILAR, LOS DEMÁS QUEDARON EN CHIQUINQUIRÁ, DONDE FALLECIERON LOS SEÑORES FÉLIX JOANNES CADENA CRUZ IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA (...). A QUIENES SIENDO LAS 00:40 HORAS DEL DÍA 10 DE NOVIEMBRE DE 2013 SE INICIA LA RESPECTIVA INSPECCIÓN TÉCNICA A LOS CADÁVERES LOS CUALES SE ENCONTRABAN EN LAS INSTALACIONES DE LA MORGUE DEL HOSPITAL REGIONAL DE CHIQUINQUIRÁ. (f. 758 c.3)”

Así mismo, obra Nota de enfermería que indica que el señor Félix Cadena Cruz ingresó a la ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano a las **18+45**; a las **19+50** sufrió un paro cardio respiratorio y a las **20+10** fue remitido en ambulancia y a las **20+50** se entregó al paciente en el Hospital Regional de Chiquinquirá (f. 726 c.3).

Además, obran **1.** La Historia Clínica del Hospital Regional de Chiquinquirá, en la que se registró el ingreso de la víctima **sin signos vitales** (f. 718 c.3); **2.** El Registro Civil de Defunción del señor Félix Joannes Cadena Cruz el 9 de noviembre de 2013 (f. 745 c.3).

A su vez, en el **Dictamen pericial** presentado por José Yamid Bolaños Cardozo, Médico especialista en Gerencia de Instituciones de Salud, se indicó:

*“...Se determina que el cumplimiento del protocolo de atención inicial del Paciente politraumatizado en la ESE “EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO” se cumple en cuanto a acciones, pero con el agravante de **no realizar el seguimiento adecuado del paciente en el transcurso del tiempo** con lo cual el paciente presenta una inestabilidad hemodinámica, que lo conlleva a la muerte en el Hospital de segundo nivel del Chiquinquirá por un shock hipovolémico severo, que se hubiera podido manejar de haber ido el paciente en la ambulancia con un Médico a cargo de su traslado y haber sido efectivo el traslado **en los siguientes veinte minutos** de ingreso del paciente a la ESE “EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO”; lo cual no ocurre en este caso particular por la falla en el proceso de referencia y contrareferencia a un nivel de mayor complejidad, para garantizar la vida del paciente a nivel administrativo,”* (f. 673 c.3)

De esta suerte, considera la Sala que se encuentra satisfecho el primer elemento, en la medida que no es posible determinar con certeza si de haber trasladado al señor Félix Cadena dentro de los veinte minutos siguientes a su ingreso en la ESE, hubiese evitado su muerte. Es decir, no puede afirmarse que la muerte haya obedecido única y exclusivamente a la demora en el traslado de la víctima a un

hospital de mayor nivel pues, quizá, así se hubiera cumplido el plazo indicado por el médico perito, el señor Félix Joannes Cadena hubiese fallecido.

5.6. Certeza de la existencia de una oportunidad:

Sobre este elemento, el Consejo de Estado indicó¹⁸:

“En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”¹⁹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes²⁰.”

En el dictamen pericial referido en precedencia, el médico José Yamid Bolaños explicó que, según las notas de enfermería, si bien se cumplió con el protocolo de la AHA, **no se realizó el seguimiento adecuado ni el traslado del paciente en el transcurso del tiempo** y, por ello, presentó una inestabilidad hemodinámica que lo conllevó a un shock hipovolémico que pudo evitarse si se hubiese remitido el paciente oportunamente con un médico a cargo.

Así las cosas, se encuentra probado el segundo elemento, comoquiera que el señor Félix Cadena Cruz y su núcleo familiar tenían la expectativa razonable de ser atendidos oportunamente, sin embargo, la tardanza en remitirlo al Hospital Regional de Chiquinquirá, truncó la posibilidad de recuperarse.

5.7. Pérdida definitiva de la oportunidad:

¹⁸ Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero

¹⁹ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ “[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”: MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

El Consejo de Estado, sobre la pérdida definitiva de la oportunidad²¹, expresó:

“En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual²²; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.”²³

²¹ Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero

²² A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: “La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

²³ Adicionalmente, el Consejo de Estado indicó:

15.6. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010²³, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que “la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

15.7. El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la

A folio 745 del cuaderno 3, reposa el Registro Civil de Defunción del señor Félix Joannes Cadena Cruz el 9 de noviembre de 2013 (f. 745 c.3). En consecuencia, se encuentra acreditado el tercer elemento.

5.8. De la imputación del daño de pérdida de oportunidad – análisis de la falla en el servicio:

Insiste la Sala que en los escenarios en los que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe dar aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que, frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable, potestad que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi²⁴.

5.8.1. De las pruebas que reposan en el expediente:

5.8.1.1. Testimoniales:

En la audiencia de pruebas desarrollada el 29 de marzo de 2017 (f. 684-693 y CD f. 694), se practicaron los testimonios de las personas que se nombran a continuación:

- **José Oswaldo Chaparro León:** Se pronunció sobre la actividad económica del señor Félix Cadena y la situación a la que se vio sometida su familia (CD f. 694, parte 1, archivo 1)
- **Iber Uriel Olmos Carrillo:** Manifestó que Félix Cadena Cruz brindaba apoyo económico a sus padres.
- **Esperanza Ruiz Lara:** Indicó que mantuvo una relación laboral con Félix Cadena cuando trabajaba como Celador; se pronunció sobre el dolor que padeció la familia de la víctima (CD f. 694, parte 1, archivo 2).
- **Joan Rodrigo Álvarez González:** Médico tratante, se encontraba en disponibilidad al momento de los hechos; laboraba en la ESE Centro de

imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

²⁴ Sentencia proferida por la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 20 de octubre de 2014, radicación 54001-23-31-000-1999-00827-01 (27029) y ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Salud de Pauna; relató las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de la atención brindada a Félix Cadena Cruz (CD f. 694, parte 1, archivo 3).

- **Fabian Arley Parra Ramírez:** Médico, no se encontraba vinculado a la ESE al momento de los hechos; indicó que acudió a la ESE como apoyo (CD f. 694, parte 2, archivo 4).

También se practicó el interrogatorio de parte de:

- **María Cenaida Cadena Cruz:** Enfermera y hermana de Félix Cadena Cruz, se pronunció sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le conciernen frente a la prestación del servicio de salud (CD f. 694, parte 2, archivo 5).
- **Myrian Janneth Cadena Cruz:** La declaración se limitó a señalar que la Gerente de la ESE no se presentó en las instalaciones al momento de los hechos, ni tampoco la fuerza pública ni la Defensa Civil. Que estas entidades habían dejado a las familias desprotegidas y cuando llegó la ambulancia del Municipio de Briceño remitieron al señor Félix Cadena al Hospital Regional de Chiquinquirá, porque en la única ambulancia de la ESE del Pauna remitieron a otra señora. Dijo que, cuando llegó a la ESE, el señor Félix se encontraba acostado en una camilla, entró un médico, lo revisó y se fue. Que le taparon la herida mientras le hacían el drenaje, que el doctor Arley y Lina lo atendieron. Se pronunció sobre la ayuda económica que percibían sus padres (CD f. 694, parte 2, archivo 5; Min. 22:17).

Los testimonios e interrogatorios de parte serán estudiados en el análisis probatorio. Desde ahora se dirá que las declaraciones fueron rendidas por personas que tuvieron conocimiento directo de los hechos relacionados con el objeto del litigio; se caracterizaron por ser responsivos, coherentes, espontáneos y exponer en detalle las razones de sus dichos.

Frente a los testimonios, es oportuno señalar que gozan de plena credibilidad, en la medida que resultan consecuentes y congruentes; además, no evidencian vicio alguno que afecte su imparcialidad, no fueron tachados de falsos o controvertidos por la contraparte y, tampoco, fueron desvirtuados por otro medio de prueba.

5.8.1.2. Dictamen pericial:

El dictamen pericial solicitado por la parte demandada, ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano y decretado en audiencia inicial (f. 620), fue presentado por el Médico José Yamid Bolaños Cardozo (F. 659 y ss.), quien rindió declaración en la audiencia de pruebas realizada el 19 de abril de 2017 (f. 695-697).

En la contradicción del dictamen pericial, ninguna de las partes solicitó aclaración, complementación o adición ni lo objetaron por error grave. Sin embargo, la jueza a quo solicitó la aclaración de algunos puntos y se allegaron los documentos que se tuvieron en cuenta en el dictamen.

El 11 de mayo de 2017 el perito allegó la complementación solicitada (f. 698 y ss.), la cual fue expuesta en la audiencia realizada el 18 de mayo siguiente (f. 704-707).

5.8.1.3. Documentales:

En el plenario, reposan los siguientes documentos relacionados con la atención médica brindada al señor Félix Cadena Cruz:

- Plan Hospitalario de Emergencias de la ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano realizado en 2013 (f. 118-157 c.1).
- Actas del Comité del Plan Hospitalario de Emergencias de la ESE Centro de Salud demandada (f. 188-161 c.1)
- Acta No. 05 de 14 de noviembre de 2013 de Reunión General de Personal realizada con ocasión de los hechos de 9 de noviembre de 2013 (f. 163-167 c.1).
- Certificación expedida el 14 de noviembre de 2013 por el Alcalde Municipal de Pauna, en el cual se indicaron los nombres de los pacientes remitidos, fallecidos y manejados en la institución, pero no remitidos (f. 173-174 c.1).
- Historia Clínica de Félix Cadena Cruz de la atención médica en la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano" (f. 249-257 c.1).

Los documentos no fueron tachados ni desconocidos por las partes, en consecuencia, serán analizados en su integridad.

5.8.2. Del caso concreto:

5.8.2.1. De la Historia Clínica y la atención prestada a Félix Cadena Cruz:

Según la certificación que reposa a folio 175 del expediente, se colige que los hechos sucedieron el 9 de noviembre de 2013, a las **seis y treinta de la tarde (6:30 p.m.)** en la esquina del Polideportivo Municipal de Pauna.

La historia clínica que reposa a folios 249 y siguientes del cuaderno 1, reporta que el mismo día, 9 de noviembre de 2018, a la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano" del Municipio de Pauna, **a las 18+45**, ingresó el señor Félix Joannes Cadena Cruz.

En el motivo de la consulta se indicó que se trataba de un "paciente quien es traído por familiares luego de presentarse una explosión" y en la enfermedad actual, se consignó: "de granada en la vía pública, con heridas en tórax y cuello" (f. 249); también en el examen físico; diagnóstico inicial; datos de evolución y resultado de procedimiento diagnóstico se señaló:

"Mucosa oral húmeda, herida de 1cm en cuello lado izq (sic) c/p: heridas #3 región paraesternal izq (sic) penetrantes a tórax de 1cm de diámetro, (ilegible) velados RsRs miv (sic) disminuido en base izq – hemitórax izquierdo (sic)

Diagnóstico inicial: Trauma penetrante tórax – hemotórax izq – heridas múltiples x onda explosiva.

(...)

III. DATOS DEL EVOLUCIÓN (sic)

Pte (sic) quien inicia con diaforesis marcada dificultad respiratoria y queda inconsciente. se coloca tubo a tórax a nivel de 5° espacio intercostal izq (sic) con línea anular anterior, obteniendo abundante sangrado.

Pte (sic) quien presenta paro cardio – respiratorio lo que se inician maniobras de reanimación cardio – pulmonar se colocan 5 ampollas de adrenalina 1.5 c/ 3 minutos.

RESULTADOS DE PROCEDIMIENTOS DIAGNÓSTICOS *Se continúan maniobras y se procede a traslado en ambulancia para Chiquinquirá" (f. 249 y vto.)*

Así mismo, en las notas de enfermería²⁵, se dejaron las siguientes constancias (f. 250 y vto.):

²⁵ El perito, en audiencia de pruebas realizada el 19 de abril de 2017, al respecto, manifestó: "A las 19:20 horas. Acceso venoso periférico, tubo a tórax en 5to espacio intercostal izquierdo. Importantísimo, esto que quiere decir, que si había un médico y que le dio tratamiento a la hemitórax, introdujo un catéter en 5 espacio intercostal izquierdo (...). A las 19:50 horas. paciente en sala de reanimación a quien se le practica protocolo de la RCP de la AHA (...), quiere decir que había un médico presente aunque no esté identificado si lo había, el médico aplicó la A, la B, la C, la D y con

"19+20 Recibo Masculino con heridas múltiples en tórax y cuello producto de granada en vía pública. (ilegible) asegurado con bolsa mascarilla, acceso (ilegible) periférico en miembro superior derecho pasando (ilegible) a chorro. Tubo a tórax en quinto espacio intercostal izquierdo en línea axilar anterior.

*19+50 Paciente en sala de reanimación en paro cardiorrespiratorio. se inicia maniobras de reanimación a una (ilegible) de 100 compresiones por minuto o ciclos por 30 por ventilaciones. **Se procede a trasladarlo en ambulancia en compañía de auxiliar de enfermería de la ESE Centro de Salud de Briceño.***

20+50 Se entrega paciente en hospital regional de Chiquinquirá con dispositivo bolsa mascara, acceso venoso periférico (ilegible).

20+50 Sonda (ilegible) en cardio – respiratorio en curso de maniobra de reanimación"

A su turno, en la Historia Clínica registrada por el Hospital Regional de Chiquinquirá, se lee lo siguiente:

"MOTIVO DE CONSULTA: Ingreso sin signos

ENFERMEDAD ACTUAL: *Ingresa paciente a sala de reanimación (...) al parecer viene de atentado terrorista con explosivos. Ingresa en (ilegible) con un (ilegible) venosa derecho en compañía de auxiliar de enfermería. Se realiza intubación (ilegible) por parte del médico internista en el primer intento, se inicia (ilegible)cardio cerebro pulmonar avanzada guiada por medio internista según protocolo de AHA y (ilegible) de hospital por espacios de 30 minutos sin obtener respuesta en ningún momento desde su ingreso hasta el final (ilegible).*

ANTECEDENTES 1. Patológicos: *Reanimación presento asistida se suspenden maniobras de reanimación a las 21+00*

(...)" (f. 20)

Y a folio 22, obra Registro de Evolución del 10 de noviembre de 2013, en el cual se consignó:

"Se recibe cuerpo (sin) en custodia embalado rotulado, sexo masculino, se realiza necropsia médico legal y se firma certificado de defunción (...) cuya causa de muerte se considera shock hipovolémico secundario de lesión de grandes vasos" (Resalta la Sala)

esto del control del hemotórax quiere decir que el médico tenía entrenamiento en TLS, (...), hasta ahí vamos bien. 20:10 horas; paciente en ambulancia de centro de salud de Briceño en paro cardiorrespiratorio a quien se le continúa protocolo RCP, que quiere decir eso, el paciente siguió en paro y en ambulancia alguien le estaba haciendo la maniobra, es decir el paciente está vivo aún. 20 y 50 horas: entrega paciente en hospital regional de Chiquinquirá, no registra nombre ni firma del enfermero quien realiza las notas." (Min. 30:00)"

Así mismo, a folios 659 y siguientes del cuaderno 3, reposa el Dictamen Pericial presentado por el Médico José Yamid Bolaños Cardozo, el cual tuvo por finalidad determinar el cumplimiento de protocolo de atención inicial del paciente politraumatizado y proceso de referencia y contrarreferencia a un nivel de mayor complejidad, para garantizar la vida del paciente. En el análisis de atención inicial en la ESE "Edgar Alonso Pulido Solano" indicó²⁶:

*"...Desde el ingreso del paciente a la ESE en mención, a las 18:45 horas hasta su egreso a las 20:10 horas, **no se registra seguimiento por parte del Médico (a) con escala de Glasgow²⁷ ni ninguna otra nota por parte de medicina general**; tanto en historia clínica relacionado con las notas médicas y de enfermería, en ningún caso se registra quien es el profesional de salud quien registra dichas anotaciones. Tampoco se evidencia la realización de una remisión escrita por parte del Médico (a) hacia el Hospital Regional de Chiquinquirá **ni tampoco se documenta el trámite de Referencia hacia la institución de segundo nivel (Hospital Regional de Chiquinquirá)***

(...)

II. Determinación de cumplimiento de protocolo AHA:

Se cumple en su totalidad el protocolo de la AHA²⁸ en la ESE "EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO" de primer nivel y en el Hospital de segundo nivel de Chiquinquirá.

²⁶ En la audiencia realizada el 19 de abril de 2017, el perito explicó "...se pasa a lo que es el examen físico en sí, con lo cual se utilizan las constantes vitales básicas que son la temperatura, la frecuencia cardiaca, la frecuencia respiratoria, la tensión arterial entre otras, (...), se revisa por sistemas, cabeza y cuello, se revisa tórax, se revisa abdomen, se revisan extremidades y el sistema neurológico, luego de eso se hace un diagnóstico y si hay lugar se solicitan los paraclínicos depende del paciente y si amerita el caso entonces se hace una remisión, eso también lo hago saber en el dictamen. Una remisión que es valorando al paciente entonces hay unos formatos de acuerdo a una resolución que más tarde voy a nombrar en la cual se hace un resumen del estado actual del paciente y se debe clasificar su Glasgow y se debe clasificar el Triage, se hace eso mediante un proceso que se llama de referencia y contrarreferencia, es decir, para esto, la institución se debe basar en el CRUB (...) entonces cuando hay una emergencia se debe notificar el CRUB, se debe pasar la remisión, se pasa por escáner o se pasa por fax (...) y ellos le dan prioridad, supongamos que no hay una ambulancia, ellos se encargan de conseguir una ambulancia inmediatamente. (Min. 18:02)

²⁷ En la audiencia realizada el 19 de abril de 2017, el perito indicó que la escala de Glasgow es una valoración especial de tipo neurológico que lo que hace es ver el estado de conciencia del paciente, valora tanto la fuerza, valora la parte motriz, la parte visual y de lenguaje (...), por qué es importante y hago relevancia a esta valoración tipo Glasgow, porque en las primeras 24 horas esta escala nos permite ver la evolución del paciente, nos permite hacer una clasificación muy específica del paciente en lo que se llama el Triage que es una clasificación de urgencias, existe Triage 1, Triage 2, Triage 3 y Triage 4, siendo cuando uno va a urgencias el Triage 1, implica que la vida está en riesgo, en una atención de urgencias lo que prima es la atención de niños, de los infantes, de las maternas, (...), el Glasgow nunca puede ser 0, el Glasgow mínimo es y el Glasgow máximo es de 15 y de 3 hacia abajo es de prestar bastante atención clínica al paciente" (Min. 15:48 y ss.)

²⁸ En la audiencia realizada el 18 de abril de 2017, el perito manifestó "En el dictamen me refiero a los criterios de la AHA, la AHA es la Asociación Americana del Corazón el cual nos rige a los de salud como a los médicos. Tanto los médicos como las enfermeras debemos hacer unos cursos que es el reanimación básica TLS soporte básico de vida y ASLS Soporte avanzado de vida, existe otra tarjeta que otorga la AHA que es la CLSP entre otros cursos de trauma que es el ATLS y el curso de trauma Fénix (...) Hay un punto en que se refieren en que si los médicos o la parte asistencial de la ESE cumple o no con la atención primaria del paciente (...), en reanimación básica existe un procedimiento que es el ABCD que consiste en mirar el paciente si está inconsciente se hace una

III. *Determinación de cumplimiento de protocolo de Referencia y Contrareferencia de la ESE "EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO" de primer nivel a un segundo nivel de atención:*

No se da cumplimiento por parte de la ESE "EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO", a lo documentado en cuanto formatos de referencia en la Resolución 4331 de 2012 (...).

IV. ***Conclusión:*** *Se determinar (sic) que el cumplimiento de atención inicial de Paciente politraumatizado en la ESE "EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO" se cumple en cuenta a acciones, pero con el agravante de no realizar el seguimiento adecuado del paciente en el transcurso del tiempo con lo cual el paciente presenta una inestabilidad hemodinámica, que lo conlleva a la muerte en el Hospital de segundo nivel de Chiquinquirá por un shock hipovolémico severo, que se hubiera podido manejar de haber ido el paciente en la ambulancia con un Médico a cargo de su traslado y haber sido efectivo el traslado en los veinte minutos de ingreso del paciente a la ESE "EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO"; lo cual no ocurre en este caso particular por la falla en el proceso de referencia y contrareferencia a un nivel de mayor complejidad, para garantizar la vida del paciente a nivel administrativo" (f. 672-673).*

En la audiencia de pruebas realizada el 19 de abril de 2017, a la cual compareció el Perito Médico José Yamid Bolaños, se explicó (f. 395-696 y CD. f. 697):

"Al examen físico hay unas constantes vitales, frecuencia cardiaca de 120 por minuto, lo normal de la frecuencia cardiaca para un adulto está aproximadamente entre 70 a 110, por lo tanto acá, se puede observar que el paciente está en taquicardia, que puede ser esa taquicardia, puede ser una compensación al sistema hemodinámico que está fallando, la frecuencia respiratoria acá nos la hacen anotar que es 18, por lo general la frecuencia respiratoria va de 18 a 20, como observamos ahí ya van dos constantes aumentadas; la tensión arterial están en 80/40 milímetros de mercurio, lo normal para un adulto es de 100 a 110 vía sistólica y la diastólica de 60 a 90, la sistólica es de 80 entonces acá hay una hipotensión y también en la diastólica hay un bastante detrimento de esta cifra. Con estas tres constantes, uno como médico piensa "el paciente está descompensado", entonces ahí nos refería que había recibido algunas heridas por lo tanto debe haber un posible shock hipovolémico en proceso; qué es un shock hipovolémico, (...) es aquella circunstancia en la cual se va perdiendo flujo sanguíneo (...)"²⁹; aquí las constantes vitales se observa sobre todo la tensión

valoración, se mira la vía aérea, se permeabiliza la vía aérea, (...) no es necesario dar respiración boca a boca, lo que si es necesario es dar compresiones cardiacas, esas compresiones cardiacas, la última norma de la AHA nos dice que debe estar entre 110 a 120 compresiones por minuto, (...). En cuanto a la reanimación avanzada se refiere al siguiente paso que es fijar un diagnóstico y de acuerdo a lo que tenga el paciente se le da un tratamiento farmacológico, de acuerdo con eso es desfibrarían ventricular, una arritmia de otro tipo, para eso en los diferentes hospitales existen los carritos de paro (...) es una mesa que tiene unos medicamentos, entre otros tiene atropina, tiene epinefrina y otros medicamentos que únicamente los debe manejar el médico (...). (Min. 13:12)

²⁹ El perito agregó: "Recordando y haciendo alusión a la sangre que debe estar circulando en un cuerpo adulto es aproximadamente de 5 a 7 litros, de los cuales hay de 1 a 1.5 circulantes, me explico, hay sangre que se guarda en los órganos metapoyeticos, es decir, en la médula espinal, en la médula

arterial está muy baja, la frecuencia respiratoria está aumentada, lo cual quiere decir que el paciente está tratando el cuerpo de compensarse y la frecuencia respiratoria quiere decir que el corazón está haciendo inotropía, está latiendo muy rápido para optimizar el flujo de sangre (...)."

Sobre el análisis inicial de la ESE, leyó el contenido del dictamen pericial y enseñó:

"De pronto por la premura se le olvidó al colega, pero si debieron hacer una remisión en la cual se documentara el seguimiento del paciente, la escala de Glasgow, haberlo comentado con el CRUB, (...) en la parte de referencia y contrareferencia si veo una posible falla." (Min. 32:58)

(...)

*Se resume lo mas relevante de la atención del **Hospital Regional de Chiquinquirá** (...) diagnóstico principal del ingreso al hospital trauma penetrante en tórax; trauma penetrante en abdomen, acá ya nos comentan otra cosa que no habían dicho en el hospital de Pauna, el paciente tiene un trauma toracoabdominal, en el tórax y penetrante en abdomen, lo cual implica que puede ser un **trauma toracoabdominal cerrado** y ese es un problema porque en el trauma toracoabdominal cerrado **tanto en tórax como en abdomen pudo haber mucha pérdida de sangre al interior de las cavidades que no se ve y puede ocasionar un choque hipovolémico muy severo si no se controla a tiempo.** (...) Motivo de consulta, importante y llamo la atención sobre esto, ingresa sin signos, (...) acá si nos colocan el Glasgow 3/15, si recordamos, lo mínimo del Glasgow es 3, **es decir, el paciente ingresó muerto** (...) Si recordamos, anteriormente mencioné que había una herida acá al lado izquierdo pero no nos documentaron si era de grandes vasos y acá el otro médico, muy juicioso, coloca que es una lesión de grandes vasos, que significa eso, que no habían signos de ingurgitación yugular, lo que implica que el gran vaso afectado no fue la yugular posiblemente fue la carótida (...) puede haber una lesión que no esté documentada." (Min. 33:44)*

Sobre el cumplimiento del protocolo de referencia y contrareferencia de la ESE, dijo que "No hay ningún registro que lo documente así, no hay epicrisis ni tampoco se colocan las notas de enfermería que documenten se hacen llamadas por radioteléfono, hasta ahí hay una especie de falla administrativa; no se da cumplimiento por parte de la ESE" (Min. 36:19). Y sobre las conclusiones, manifestó:

*"Acá noto que la competencia de los colegas, de los médicos de la parte asistencial impecable, pero hubo una falla en el proceso de referencia y contrareferencia **para garantizar la continuidad del servicio y en los tiempos, porque en medicina los tiempos son básicos, un minuto puede ser la diferencia entre la vida y la muerte** (Min. 38:34)*
(...)

*En la remisión debieron haber colocado **urgencia vital**, al colocar urgencia vital se le resuelve los médicos reguladores en **cinco a quince minutos***

ósea, el hígado el vaso y la sangre que generalmente la gente dice "es que me corté y me salió sangre" es circulante de litro a litro y medio, cuando baja de eso se produce un shock hipovolémico"

tenemos plazo para resolver esas urgencias vitales y sacar el paciente como sea (Min. 44:54)

(...)

Preguntado: De acuerdo con los protocolos de atención para urgencias como la presentada al señor Félix Cadena Cruz, cuál debe ser el tiempo máximo de respuesta para hacer efectivo la remisión para el siguiente nivel de atención, **Contestó:** Tiempos estandarizados por lo general la norma no lo dice, entonces los tiempos radican en la condición crítica del paciente, por eso, subrayo que **debió haberse tomado la escala de Glasgow, que nos permite una estandarización muy rápida, hacer un Triage, que el Triage es una clasificación de urgencias (...); acá por ejemplo hay una parte por ejemplo que cuando se coloca urgencia vital, al colocarse urgencia vital los tiempos son inmediatos, y masomenos una urgencia vital debe ser trasladada entre 1 minuto a más o menos 20 minutos, esto lo considero como una urgencia vital porque hay choque hipovolémico en curso, hay una hemodinámica muy importante, eso sería una urgencia vital**, por eso hago alusión que si hubiera estado de pronto la remisión en físico se le coloca grande urgencia vital y eso le corre todo el mundo (...). (Min. 01:01:52)

(...)

Preguntado: En el dictamen, señala que si se hubiese trasladado el paciente en una ambulancia acompañado por un médico en los siguientes 20 minutos al ingreso, se habría podido manejar la situación del mismo, qué eventos y consideraciones le permiten llegar a esa conclusión. **Contestó:** Pues básicamente **la inestabilidad del paciente, del shock hipovolémico y los recursos con los que contaba la ESE, es una ESE de primer nivel que como bien sabemos en Colombia son recursos limitados, tiene sus cristaloides pero no tiene banco de sangre, no tiene almacén y el paciente al haber salido en ese tiempo con los cristaloides perfectamente hubiera podido llegar al hospital de Chiquinquirá donde efectivamente deben contar con almacén y deben contar de pronto con reservas de sangre y se le puede dar continuidad al paciente y una estabilidad aerodinámica muy rápida.** (Min. 01:08:49)

Preguntado: En qué casos los pacientes deben ir acompañados de un médico y en cuáles otro profesional de la salud como enfermeros y demás. **Contestó:** acá hago alusión que en la ambulancia **preferiblemente con un médico** porque los médicos tenemos que tener los cursos aprobados de reanimación básica, reanimación avanzada (...) y como bien comentaba también podía ser un enfermero jefe pero ellos no necesariamente se les exige siempre estos cursos, si ellos cumplen con los cursos perfectamente puede ser un enfermero jefe porque está entrenado en trauma. (...) **Algunos casos que debe ir con médico, paciente que tenga en curso un choque hipovolémico, paciente que tenga en curso una inestabilidad hemodinámica, paciente que tenga medicamentos que estén pasando por bomba de infusión como dopamina, adrenalina que esto ya me estoy refiriendo a criterios de unidad de cuidados intensivos (...)** este paciente iba para una UCI seguramente; este paciente también nos refiere un hemotórax, eso es una estabilidad ventilatoria, entonces **este paciente así como va descrito iba con los dos criterios, ventilatorios, ventilación asistida, iba con la parte de inotropía y necesitaba un soporte cronotrópico, en estos casos debe ir con médico porque los enfermeros no manejan muy bien estos medicamentos que son de control, salvo que el enfermero jefe tenga el curso ACLS que ya se manejan medicamentos de control que se manejan con bomba de infusión precisamente porque la dosis nos da un efecto específico y si uno quiere más inotropía le sube o le baja el goteo, por eso debe ser manejado por alguien**

que tenga curso ACLS preferiblemente, y la parte ventilatoria, me imagino que en la ESE tienen el famoso AMBU que es la bolsa, entonces esa bolsa también tiene que hacerse las ventilaciones exactas entonces se prefiere un ventilados (...), mejor dicho sale en esos 20 de Pauna a Chiquinquirá, entonces si sumamos 20 minutos y una hora sería hora y veinte, 80 minutos, en ese momento el paciente está estable y llega y ahí inmediatamente se le coloca (...) un ventilador asistido y allá se hubiera mirado si se remitido a Tunja o a Bogotá (...) el tiempo en medicina es muy valioso, por un minuto de más o de menos puede una persona vivir o morir (...) (01:10:05)."

El Decreto 2757 de 1991 organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia para las entidades del subsector oficial en el artículo 5º, numeral 1º, literales a), b) y c) de la Ley 10 de 1990³⁰. Este decreto, define el régimen de referencia y contrarreferencia como el conjunto de normas técnicas y administrativas que permiten prestar adecuadamente al usuario en servicio de salud según el nivel de atención y grado de complejidad de los organismos de salud, con la debida oportunidad y eficacia. Al respecto, el párrafo segundo del artículo 2º, dispuso:

"PARÁGRAFO 2º. Se entiende por Referencia, el envío de usuarios o elementos de ayuda diagnóstica por parte de las unidades prestatarias de servicios de salud, a otras instituciones de salud para atención o complementación diagnóstica, que de acuerdo con el grado de complejidad den respuesta a las necesidades de salud "Se entiende por Contrarreferencia, la respuesta que las unidades prestatarias de servicios de salud receptoras de la referencia, dan al organismo o a la unidad familiar. La respuesta puede ser la contrarremisión del usuario con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención recibida por el usuario en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica".

En efecto, el objetivo es facilitar la atención oportuna e integral de los usuarios, estableciendo distintas modalidades, entre ellas, la remisión que se entiende como el procedimiento por el cual se transfiere la atención en salud de un usuario a otros profesional o institución, con la consiguiente transferencia de responsabilidad sobre el cuidado del mismo. A su vez, estableció la obligación, por parte de las entidades de salud **que hayan prestado la atención inicial de urgencias**, garantizar la remisión adecuada de estos usuarios hacia la institución del grado de complejidad requerida, que se responsabilice de su atención; así, la entidad remisora **será responsable del paciente hasta que ingrese a la institución receptora.**

³⁰ "ARTICULO 5o. SECTOR SALUD. El sector salud está integrado por:
1. El subsector oficial, al cual pertenecen todas las entidades públicas que dirijan o presten servicios de salud, y específicamente:
a) Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden nacional;
b) Las entidades descentralizadas directas o indirectas del orden departamental, municipal, distrital o metropolitano o las asociaciones de municipios;
c) Las dependencias directas de la Nación o de las entidades territoriales (...)"

En el mismo sentido, la Resolución No. 5261 de 1994, estableció:

“ARTICULO 2. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.

*PARÁGRAFO. El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo **deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos.** Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”*

En relación con los CRUE o Centros Reguladores de Urgencias, Emergencias y Desastres, de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 715 de 2001³¹, debe precisarse que se trata de unidades de carácter operativos no asistencial, responsables de coordinar y regular, en sus jurisdicciones, el acceso a los servicios de urgencias y la atención en salud de la población afectada en situaciones de emergencia o desastre, con los que se busca que en las entidades territoriales exista coordinación para la atención de emergencias o desastres.

En el caso concreto, se tiene que en el Acta No. 05 de la Reunión General de Personal realizada el 14 de noviembre de 2013, se señaló:

“...la doctora Milena da lectura al informe elaborado de acuerdo a la atención médica realizada el día 9 de noviembre de 2.013 como consecuencia de una explosión en la esquina frente al polideportivo San Roque, según narraciones del médico de turno Diego Rodríguez Pineda, la auxiliar de enfermería de turno Martha Cecilia Murcia y el médico Juan Rodrigo Álvarez para ese momento:

³¹ “El servicio de salud a nivel territorial, deberá prestarse mediante la integración de redes que permitan la articulación de las unidades prestadoras de servicios de salud, a utilización adecuada de la oferta en salud y la racionalización del costo de las atenciones en beneficio de la población, así como la optimización de la infraestructura que la soporta (...). La red de servicios de salud se organizará por grados de complejidad relacionados entre sí mediante un sistema de referencia y contrarreferencia que provea las normas técnicas y administrativas con el fin de prestar al usuario servicios de salud acordes con sus necesidades, atendiendo los requerimientos de eficiencia y oportunidad, de acuerdo con la reglamentación que para tales efectos expida el Ministerio de Salud”

"Siendo las 18+30 del día sábado 9 de noviembre de 2.013 se escucha una fuerte explosión en la esquina frente al polideportivo, pasados 10 minutos llega al servicio de urgencias el doctor Arley Parra, médico natural de Pauna quien informa que hay muchos heridos en el sitio de la explosión y que necesita la ambulancia para traerlos, toma las llaves y junto con el conductor de la ambulancia José Gonzales se dirigen al lugar de los hechos mientras tanto el doctor Joan Álvarez inicia la activación del plan Hospitalario de Emergencias, después de salir la ambulancia ingresan en brazos a un menor de edad (...), seguidamente ingresa caminando el señor José Antonio Benítez, ingresan a la señora Blanca Herlinda Ramírez, luego al joven Javier Alirio Murcia Salazar, **enseguida ingresan al Joven Félix Joannez (sic) Cadena Cruz, Henry Arévalo Aguilar, Juan Carlos Cercado Guerrero, Gerardo Benavides Olarte y Aleicer (sic) Téllez, quienes presentaron heridas muy graves por lo tanto fueron atendidos de inmediato y remitidos a un II nivel de atención, en este caso el Hospital Regional de Chiquinquirá tal como se evidencian en las historias clínicas, (...)**" (f. 164)

(...)

Por otra parte, la doctora Milena comenta que ella inmediatamente fue informada de lo sucedido solicitó el apoyo a la Policía del municipio, el centro regulador de urgencias de Boyacá CRUB, al igual que a la red de hospitales a quien les resalta el apoyo decidido y demás instituciones que atendieron el llamado y brindaron apoyo con las ambulancias y auxiliares de enfermería, ellos fueron:

- ESE del municipio de Briceño quienes enviaron la ambulancia con una auxiliar de enfermería.
- ESE municipio Tunungua quienes enviaron la ambulancia con una auxiliar de enfermería.
- ESE del municipio de San Pablo de Borbur quienes enviaron la ambulancia con una auxiliar de enfermería.
- ESE del municipio San Miguel de Sema quienes enviaron la ambulancia con un auxiliar de enfermería.
- Ejército Nacional quienes enviaron la ambulancia con una auxiliar de enfermería.
- ESE del municipio de Caldas quienes enviaron la ambulancia con una auxiliar de enfermería. (f. 165)

(...)"

Y en el Plan Hospitalario de Emergencias de la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano", se lee que:

- a. Presenta un Nivel de Atención I – Baja Complejidad (f. 128).
- b. En el servicio de urgencias (de baja complejidad) cuentan, durante las 24 horas con un médico de turno, un médico de disponibilidad, un auxiliar de enfermería y 3 auxiliares de enfermería de disponibilidad (f. 130).
- c. Estableció un procedimiento interno de respuesta, el cual contiene los siguientes pasos (f. 147-148):

1. Comunicar alarma, se da aviso vía telefónica a todo el personal disponible y dependencias.
2. Se activa el comité operativo de emergencias y el personal de apoyo, prepara la atención en el sitio del siniestro y el transporte asistencial masivo en conjunto con el personal del área crítica. Se prepara la atención masiva para la recepción de pacientes.
3. A continuación, las salas críticas para atender la demanda masiva. El médico coordinador interno: ordena despejar el patio de ambulancias junto con el personal de apoyo y auxiliar de enfermería disponible, preparar transporte y movilizar camillas al área de recepción de víctimas, de ser necesario, solicitar apoyo a las demás ESE de la red.
4. Establecer comunicación con la ESE(s) vecinas para apoyo de ambulancias y personal de ser necesario, foco de suministros y punto de referencia de víctimas, acondicionar salas de observación.
5. Clasificación de Triage: Clasificación de víctimas priorizando su atención por el nivel de gravedad al ingreso.
 - Triage Rojo: Víctimas de gravedad extrema de curso agudo. Pasan a sala de reanimación habilitadas, para estabilizarlos y **hacer remisión a instituciones hospitalarias de la región de otros niveles de atención** una vez activado el centro regulador de urgencias (Hospital San Rafael de Tunja – Hospital Regional de Chiquinquirá).
 - Triage amarillo: pacientes prioridad dos.
 - Triage verde: pasan a módulo de atención rápida.
6. Una vez realizado el Triage se procede a realizar el transporte de pacientes por nivel de gravedad, con su respectiva referencia previa al centro de salud (f. 149).

La información contenida en los documentos relacionados, encuentra respaldo en el testimonio del médico Fabian Arley Parra Ramírez³²; quien manifestó:

“Primero que todo, yo no estaba laborando en la ESE, simplemente acudí como apoyo a lo que había sucedido en ese momento, yo ya me encontraba disfrutando de las festividades de ese momento y estaba cerca de lo que sucedió, me dirigí hacia la ESE y pues ya habían muchos herido ahí y pues en vista de que y no era empleado de la institución en ese momento pues ahí le manifesté a los médicos que estaban de turno, a los que estaban en ese

³² CD f. 694, parte 2, archivo 4

momento, pues que en qué los podía apoyar y pues procedí a hacer las valoraciones de los pacientes que iban llegando y de la mano de uno de los médicos que estaban ahí que era la doctora Lina, pues estaba tomando decisiones en conjunto con ella, **uno de los pacientes era Joannes que pues en ese momento era uno de los más críticos y pues en ese momento pues seguían llegando pacientes y pues seguíamos haciendo las valoraciones y las atenciones pertinentes en ese caso (...).** Pues como él tenía dos heridas a nivel del tórax, pues lo siguiente que solicité pues fue colocación de tubo a tórax que era la medida en ese momento que consideramos que era lo más pertinente que se podía hacer mientras era llevado a otra institución de mayor complejidad; **no había disponible en ese momento esos insumos que se requerían para ese procedimiento, entonces lo que hicimos después de eso fue esperar a que se dispusiera de una ambulancia para que se pudiera trasladar a Chiquinquirá** que la institución de mayor complejidad más cercana y pues cuando llegó la ambulancia de la ESE de Pauna **se fue con otro paciente que también estaba delicado; ya cuando había pasado un buen rato,** habíamos atendido ya muchos pacientes, pues **Joannes desafortunadamente pues ya entró en paro cardiaco y se le realizaron algunas maniobras de reanimación y se dio traslado inmediatamente en ambulancia del Municipio de Briceño Hacia Chiquinquirá”** (Min. 3:48)

Y sobre el tiempo que duró la atención que le brindó al señor Félix Cadena Cruz dijo:

Preguntado: Usted nos puede decir un poco la hora en que usted atendió, si cuando usted llegó el señor Félix Joannes Cadena se encontraba ahí. **Contestó:** Inmediatamente sonó la bomba yo me dirigí a la ESE y no había llegado nada, entonces me dirigí hacia el sitio de los hechos pues ya estaban trasladando pacientes, cuando regresé ya estaba Joannes ahí; la hora si no tengo presente, era de noche pero no tengo presente la hora. **Preguntado:** Cuanto tiempo masomenos duró la atención que usted le brindó al señor Félix. **Contestó:** Cerca de una hora (...). **Preguntado:** Por qué fue trasladado el señor Félix Joannes Cadena al Hospital Regional de Chiquinquirá. **Contestó:** Primero porque ya había la ambulancia en la que él se podía trasladar y segundo pues porque él ya estaba muy mal. (...) Cuando yo llegue evidencié que estaba con dos heridas a nivel de tórax, un paciente con heridas en el tórax siempre es un paciente crítico, sin embargo, su estado clínico se fue deteriorando se le fue bajando la tensión, se le fueron empeorando los signos vitales hasta el momento en que, yo no estaba presente, cuando entró en paro, se detuvieron sus signos vitales, no estoy seguro si fue la doctora Lina o el Doctor Joan los que lo reanimaron en ese momento y pues ya lo trasladaron inmediatamente a la ambulancia y cuando se llevó a Chiquinquirá. **Preguntado:** Puede indicarnos el tiempo que estuvo el señor Félix en el centro de servicio. **Contestó:** Pues alrededor de una hora”

Declaración que coincide con la de la señora María Cenaida Cadena Cruz, enfermera que laboraba en la ESE y hermana del señor Félix Cadena³³ y con la de Joan Rodrigo Álvarez González³⁴, médico que laboraba en la ESE accionada:

³³ “...Encontré a mi hermano acostado, estaba canalizado una vena, yo le pregunté que como se sentía, él en todo momento me hablaba (...) en ese momento yo me encontraba sola porque los médicos en ese momento estaban al lado atendiendo más heridos; yo estuve ahí todo el tiempo con él y lo sondeé (...) ya después me dijo, hermanita, perdóneme por todo lo que le hice, cuide a mis papas, en ese momento él se desgonzó, yo salí corriendo hacia donde estaban los médicos, ellos vinieron y procedieron a la reanimación, en ese momento yo me salí, el médico pedía un tubo a tórax, no habían,

“Preguntado: Usted recuerda en qué turno fue trasladado el señor Félix de conformidad con lo que señala. **Contestó:** No estoy seguro pero creo que fue el segundo después de Herminda. **Preguntado:** Puede señalarnos el tiempo en que llegó a la ESE a que fuera trasladado. cuánto tiempo fue. **Contestó:** No sé porque yo no lo vi llegar, eso fue menos de 5 minutos, comenzaron la reanimación y ya estaba listo para salir, el paciente incluso se fue en estado de reanimación. **Preguntado:** Quién acompañó al paciente en la ambulancia **Contestó:** Sé que el Jefe Jair pero no sé qué otro personal. **Preguntado:** Usted sabe si existía un médico en la ambulancia **Contestó:** no, no había médico, el único era el jefe Jair. **Preguntado:** No tengo conocimiento de cuánto se demoraron, normalmente el trayecto es una hora a velocidad normal. (Min. 18:00)

Preguntado: Cuales fueron las razones por las cuales se decidió trasladar y quién fue el que dio la orden de trasladar al señor Félix Joannes Cadena al Hospital de Chiquinquirá. **Contestó:** Bueno pues las razones era porque (...) pues ese paciente requería salas de cirugía, transfusión y un manejo integral en un segundo nivel; la orden como tal pues el médico Parra que se quedó manejando ese paciente y pues la orden de traslado la de él (...) tenemos ambulancias disponibles y lo que hacemos es trasladar a los más graves primero y eso se hizo, se trasladó a una señora que estaba grave (...) y al paciente en mención pues también al ver esa gravedad salió trasladado en ambulancia (...) de forma inmediata porque no podíamos hacer gran cosa por él sino solo compresiones que fue el que se lo llevó el jefe Jair, la esposa que no tenía vínculo con la empresa también fue a ayudar en esa ocasión” (Min. 18:14)

Entonces, las primeras conclusiones a las que llega la Sala son las siguientes:

- a. Si bien se indicó en la reunión que fue solicitado el apoyo al Centro Regulador de Urgencias de Boyacá, lo cierto que de esta gestión no obra prueba en el expediente, así como tampoco del tiempo que tardaron las ambulancias de otras instituciones en arribar a la ESE Centro de Salud del Municipio de Pauna. Es decir que existió una falla administrativa frente al procedimiento de referencia y contrarreferencia.
- b. El señor Félix Joannes Cadena Cruz ingresó a la ESE demandada a las seis y cuarenta y cinco de la tarde (6:45 p.m.)
- c. No obstante, sólo hasta las siete y veinte de la noche (7:20 p.m.) se hizo la primera anotación de enfermería.

yo misma subí al segundo piso a buscarlo, en ningún momento apareció (...) cuando volví dijeron que habían roto la puerta para sacar el tubo a tórax, cuando yo llegué nuevamente donde lo tenían a él en sana de reanimación dijeron que habían improvisado un tubo, en ese momento salían con él en ambulancia de Briceño y se había ido el Jefe Jair con él y entré y pregunte que por qué no se había ido con un médico, me dijeron no sé, no me respondieron nada, eso fue todo. (Min. 9:40)”

³⁴ CD f. 694, parte 1, archivo 3

- d. *Media hora después, es decir, a las siete y cincuenta de la noche (7:50 p.m.) cuando el señor Cadena Cruz entró en paro cardiorrespiratorio, fue trasladado al Hospital Regional de Chiquinquirá.*
- e. *Entre el ingreso a la ESE y la remisión al hospital de segundo nivel, corrió un término de **una hora y cinco minutos**.*

Lo anterior, deja entrever que existió una mora por parte de la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano", comoquiera que pese a la urgencia vital del señor Félix Cadena, sólo hasta el momento fatídico del paro cardiorrespiratorio se trasladó a la institución de segundo nivel.

En ese orden de ideas, no es cierto que el paciente haya sido atendido inmediatamente como lo sostiene la ESE demandada en su escrito de apelación; la Sala no desconoce que ante un evento de tal magnitud prevalece la atención de los pacientes, empero, el diligenciamiento de la historia clínica garantiza la adecuada prestación del servicio pues, no se trata de una formalidad sino que de este depende la atención del paciente en la medida que se registran cronológicamente las condiciones de salud, los actos médicos y demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención.

*En efecto, en la Resolución No. 1995 de 8 de julio de 1999 expedida por el Ministro de Salud, en su artículo 4º, estableció que los profesionales, técnicos y auxiliares que intervienen directamente en la atención a un usuario, **tienen la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas**; así entonces, la historia clínica **debe** diligenciarse en forma clara, **legible**, sin tachones ni enmendaduras, así como debe llevar la fecha y hora en que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.*

*En la Historia Clínica que ya fue relacionada, se observa que el diligenciamiento **no fue claro ni legible**, además, de las anotaciones de enfermería, se extrae que el paciente duró **aproximadamente 30 minutos** sin atención médica pues, a las 7:20 p.m. se hizo la anotación del acceso periférico en miembro superior derecho y el tubo a tórax y hasta las **7:50 p.m.** cuando entró el paro cardiorrespiratorio se hicieron las maniobras de reanimación y el traslado al Hospital Regional de Chiquinquirá.*

Así las cosas, de las pruebas allegadas al plenario y el dictamen pericial que, se itera, no fue objetado por error grave, se colige que no se realizó el seguimiento adecuado del paciente en el transcurso del tiempo, lo que desencadenó una inestabilidad hemodinámica y un shock hipovolémico.

En este punto debe precisarse que en el caso bajo análisis ninguna parte cuestionó la pertinencia y pericia frente a los procedimientos médicos que se aplicaron al señor Félix Joannes Cadena (incluso el perito manifestó que los protocolos ejecutados fueron correctos), en este estadio procesal **se discute la falta de diligencia y prontitud primero, en el diligenciamiento de la historia clínica, segundo, en la prestación del servicio y, tercero, en el traslado del paciente.**

Y es que más allá de las actuaciones administrativas que hubiesen podido adelantar los integrantes de la ESE Centro de Salud de Pauna, lo cierto es que el **traslado inmediato o muy rápido** era fundamental para conservar la vida del señor Félix Cadena hasta su llegada a la institución de salud de segundo nivel; como lo sostuvo el perito, no sólo existieron fallas en el diligenciamiento de la historia clínica, sino que hubo mora en aquél -el traslado-.

Además, el Decreto 4747 de 2007 "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones", aplicable para la época de los hechos, en el artículo décimo estableció:

Artículo 10. Sistema de selección y clasificación de pacientes en urgencias "triage". El Ministerio de la Protección Social definirá un sistema de selección y clasificación de pacientes en urgencias, denominado "triage", el cual será de obligatorio cumplimiento por parte de los prestadores de servicios de salud que tengan habilitados servicios de urgencias y de las entidades responsables del pago de servicios de salud en el contexto de la organización de la red de prestación de servicios." (Resalta esta Sala)

No obstante la norma citada, la entidad **no realizó el procedimiento de clasificación según el Triage**, así lo sostuvo el perito experto. Además, el Plan Hospitalario de Emergencias de la ESE que tenía por objetivo "Generar un plan de contingencia para la continuidad en la prestación de los servicios, en el caso que se desborde la capacidad institucional" (f. 128) y como justificación **la posible ocurrencia de desastres** que podían afectar "de forma directa o indirecta a todas las personas y sistemas, al igual que pueden sobrepasar por la demanda de servicios de salud, la capacidad resolutoria de estos y la cogestión de servicios de urgencias" (f. 122), no fue desarrollado a cabalidad; obsérvese que el Paso No. 5 **se contrae a la clasificación del Triage** en

rojo, amarillo o verde, es decir, a la categorización de víctimas priorizando su atención por el nivel de gravedad de ingreso y el paso 6º indica que **una vez realizado del Triage**, se procederá a realizar el transporte de pacientes por nivel de gravedad, con su respectiva referencia previa; no obstante, estas etapas **no fueron cumplidas por los galenos**.

Insiste la Sala que no se encuentra demostrado que en la historia clínica o en la remisión del paciente se haya indicado que **se trataba de una urgencia vital ni que se haya realizado el Triage** que, como lo sostuvo el perito, era fundamental para determinar el estado en el que se encontraba el paciente.

De otra parte, el perito manifestó que era necesario realizar el traslado del paciente **en compañía de un médico o de un enfermero jefe** que contara con los cursos requeridos para realizar la reanimación; sin embargo, en las notas de enfermería antes referenciadas, se indicó que se procedió al traslado en ambulancia **en compañía de un auxiliar de enfermería de la ESE Centro de Salud de Briceño**.

No pasa por alto la Sala que todos los testigos y el perito coinciden en que las lesiones que sufrió el señor Félix Joannes Cadena a nivel de tórax contenían un nivel de complejidad alto y que reducía notoriamente sus probabilidades de vida; tampoco se desconoce que el ejercicio de la medicina comporta riesgos cuyo control escapa a la ciencia, haciendo ajena a la actividad la completa exactitud y a cualquier pretensión de infalibilidad; sin embargo, el paciente tenía derecho a recibir una atención adecuada y **diligente**, es decir, a acudir con prontitud a todos los medios posibles para la salvaguarda de su vida, verbigracia, el traslado inmediato a una institución de segundo nivel.

De manera que, la demora en el traslado y la atención, así como el acompañamiento del paciente, cercenaron el derecho de Félix Cadena Cruz a tener la oportunidad de salvar su vida pues, el interregno que estuvo el paciente en la ESE de Pauna hizo que su estado de salud empeorara y llegara al Hospital Regional de Chiquinquirá sin vida.

Debe resaltarse que, si bien la estabilización del paciente es necesaria, según la historia clínica, esta se ejecutó **treinta y cinco minutos después de su ingreso**; durante este tiempo el paciente en la ESE perdió minutos importantes en los cuales bien podía estabilizarlo y remitirlo dentro de los 20 minutos al hospital de segundo nivel en un medio adecuado **y en compañía de quien pudiera atenderlo en el traslado de manera igualmente adecuada**.

Llama la atención la Sala que la ESE demandada, en su posición de garante, debió garantizar el desplazamiento **oportuno** y seguro del paciente, más allá de haber intentado durante una hora su estabilización, pues su diagnóstico daba cuenta de la urgente y vital atención que debía brindársele, siendo necesaria la presencia en la ambulancia de un profesional de la salud que pudiera socorrerlo con pericia en el trayecto.

Por ello, la responsabilidad en este caso se fundamenta en la pérdida de oportunidad, dado que de haber sido trasladado dentro de los veinte minutos siguientes a su ingreso y remitido en compañía de un médico y no de un auxiliar de enfermería, pudo haber sobrevivido a las lesiones que padeció.

Como se dijo en precedencia, la ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna es responsable por la pérdida de oportunidad del señor Félix Joannes Cadena Cruz quien, de acuerdo con el caudal probatorio allegado, habría tenido la posibilidad de ser atendido y remitido de manera oportuna.

Si bien no existe una absoluta certeza acerca de si la atención y traslado oportuno le hubiera podido evitar la muerte al señor Félix Cadena, no es menos cierto que dicha omisión excluye la diligencia y cuidado con que, se dice, actuó la ESE accionada; además, resulta ajustado concluir que si la demandada hubiera obrado a tiempo, esto es, dentro de los veinte minutos siguientes al ingreso del paciente, no se le hubiera quitado al señor Félix Joannes Cadena la oportunidad de llegar al Hospital Regional de Chiquinquirá con vida.

Insiste la Sala que no se desconocen las circunstancias en las que ocurrió la prestación del servicio de salud; **lo que se reprocha en esta sentencia es la demora de aproximadamente treinta y cinco minutos para atender el paciente y de una hora para remitirlo a una institución de segundo nivel incluso en situación de paro cardiorrespiratorio.**

Esta consideración se encuentra acorde con la causa petendi, pues si bien en las pretensiones se solicitó la indemnización por la muerte del señor Cadena Cruz, al hacer una interpretación armónica en la demanda en conjunto con el material probatorio, la falla en el servicio se traduce en la pérdida de oportunidad del paciente, quien dejó de recibir la atención oportuna. A esta conclusión llega la Sala a partir de la potestad que le asiste para interpretarla, con base en el principio *iura novit curia* que ya fuere señalado *ut supra*.

5.8.2.2. De las ambulancias disponibles para el traslado de pacientes:

La ESE demandada, en el escrito de alzada, afirma que:

- i. El traslado del paciente se encuentra justificado, en la medida que la ESE contaba sólo con una ambulancia y por ello debió pedir ayuda a los municipios para atender la emergencia.*
- ii. El hecho de no contar con las dos ambulancias, no significa que esta sea la causa eficiente de la muerte del señor Félix Cadena.*
- iii. Nunca fue objeto de verificación por parte del juez a quo si las dos ambulancias con que contaba la ESE se encontraban dentro de la norma de habilitación establecida por el Ministerio de Salud para el transporte de pacientes. Por tanto, la jueza desconoció el artículo 169 del CGP, al no solicitar el certificado de habilitación del vehículo de placas OQF-151.*
- iv. Si bien el vehículo con placas OQF-151 prestó el servicio de ambulancia, por razones técnicas pasó a ser utilizado para el traslado de personal médico a veredas para las brigadas que se realizaban; en consecuencia, a su juicio, trasladar al paciente en una ambulancia no habilitada para ello, hubiese puesto en mayor peligro su vida.*

Lo primero que dirá la Sala es que el artículo 167 del Código General del Proceso establece que **incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.**

En la contestación de la demanda de la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano" de Pauna (f. 226 y ss. c.1), observa la Sala que, además de allegar copia de las historias clínicas, se limitó a solicitar el decreto de la prueba testimonial y pericial, pero **nada manifestó sobre el certificado de habilitación del vehículo que refiere en la alzada.**

Ahora, si bien el artículo 42 del CGP prevé que, entre otros, el deber del juez es emplear los poderes en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes, lo cierto es que existe un límite razonable en tanto a las partes les asiste la responsabilidad probatoria que los obliga, en igualdad de condiciones, a tomar la iniciativa de probar sus hechos; es así como en asuntos como el que ocupa ahora la atención de la Sala, **es carga del extremo pasivo de la litis demostrar las circunstancias que ahora alega frente a la ambulancia que**

no fue utilizada para prestar el servicio de traslado. Sólo la parte demandada está en la capacidad de conocer los pormenores de esta situación.

Así las cosas, no corresponde al juez, suplir las deficiencias probatorias de las partes y, en casos como el presente, reemplazarlas en la carga de la prueba, pues las normas traídas al debate lo que le imponen al operador judicial es la **obligación de esclarecer los hechos oscuros de la litis** pero no probar los supuestos de hecho que las partes alegan.

La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”³⁵. Sobre este tema se ha expresado el Consejo de Estado³⁶ en estos términos:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”³⁷. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir—incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta—la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

³⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. Pág. 406

³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 110010315000200601308 00.

³⁷Cita original del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00: “HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180.”

“Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—.”

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.³⁸ El tratadista DEVIS ECHANDÍA define la locución carga de la siguiente manera:

“[...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su

³⁸ *“La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas.” (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.)*

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961., pág. 60. Al respecto afirma: ‘La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma’.

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: ‘Aunque no se puede hablar de un deber de probar, sino sólo de una necesidad o carga, puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba.’ CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.

*observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.*³⁹

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.

La prueba que no fue allegada en primera instancia y solicitarla en la segunda, era de incumbencia de la demandada; adicionalmente resultaba necesaria para determinar si prosperaba su dicho.

*Respecto de la prueba de oficio que dice la recurrente debió ser decretada por la jueza a quo, debe insistirse que, si bien el juez goza de facultades especiales para decretarlas, la finalidad de esa atribución **no es subsanar o suplir la inactividad probatoria de las partes, así como el incumplimiento de sus deberes legales**, sino esclarecer los hechos o asuntos oscuros que subsistan al momento de la decisión, a pesar de la actividad probatoria desplegada por los intervinientes en el proceso. Así lo precisó la Sección Tercera del Consejo de Estado, dijo en reciente sentencia:*

“...Finalmente, en cuanto a la solicitud de la actora para que se decretaran las pruebas de oficio, señala la Sala que la facultad consagrada en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, que le permite al juez de manera oficiosa decretar las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, no comporta la sustitución por el juez de la carga que le corresponde a la parte demandante de probar las afirmaciones que efectúa en la demanda. Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la causación de un daño incumbe al actor. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sala, en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. En el sub exámine, la actora debía acreditar el perjuicio material alegado y no lo hizo, luego incumplió la carga probatoria que le correspondía, lo cual acarrea la desestimación de esta pretensión.”⁴⁰

³⁹ DEVIS ECHANDÍA. *Op. Cit.*, pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción carga. Las mismas se pueden encontrar en: *Ibid.*, págs. 378-401.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 18 de marzo de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02057-01(17047), Actor: María Cruzana Rivera de Vargas, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional y otro

Adicionalmente, examinado el expediente, no encuentra la Sala deficiencia en la actividad a cargo del fallador de la primera instancia, en la medida que le fueron solicitadas las pruebas por las partes y este se esmeró de acuerdo con su competencia en decretarlas, practicarlas y arrimarlas al proceso.

En conclusión, no correspondía al juez suplir a la ESE Centro de Salud "Alonso Pulido Solano" de Pauna en sus deberes probatorios.

Ahora bien, en el Plan Hospitalario de Emergencias de la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano", **realizado en el año 2013**, se observa que:

- i. En la Gestión de Equipos, Insumos y Elementos Asistenciales y Operativos, indica que cuenta con **dos (2) ambulancias** (f. 140)
- ii. En las entradas y salidas de la institución, el documento establece que el área de urgencias cuenta con una entrada no restringida, la cual tenía capacidad para albergar máximo **dos (2) ambulancias** (f. 145).

Y en la certificación que reposa a folio 173 c.1 expedida el 14 de noviembre de 2013, se lee que, según el reporte de la ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano", los pacientes remitidos fueron los siguientes:

"(...)

- **BLANCA HERLINDA RAMÍREZ**
(...)
PRIMERA REMISIÓN HOSPITAL REGIONAL CHIQUINQUIRÁ-
- **FÉLIX JOANNES CADENA CRUZ**
(...)
DX: TRAUMA PENETRANTE DE TÓRAX – HEMOTÓRAX
IZQUIERDO HERIDAS MÚLTIPLES POR ONDA EXPLOSIVA
SEGUNDA REMISIÓN HOSPITAL REGIONAL CHIQUINQUIRÁ.

(...)" -Resaltado fuera de texto-

Es decir que, en caso de haberse utilizado las **dos ambulancias** de la ESE accionada para trasladar a los pacientes, se hubiera garantizado la prontitud en la atención que requería el señor Félix Cadena Cruz, tal como lo sostuvo el perito.

Ahora bien, el Médico Fabian Arley Parra Ramírez⁴¹; sobre las ambulancias de la ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido Solano, indicó:

Preguntado: Cuando usted se dirigió a la ESE, se encontraba abierta.
Contestó: Si señora. **Preguntado:** Sabe cuántas ambulancias estaban disponibles en el Municipio de Pauna el 9 de noviembre de 2013. **Contestó:** Sé que la institución contaba con 2 ambulancias, sin embargo, había una que no estaba funcionando, no estaba en servicio, es lo que tengo entendido.

(...)

Preguntado: Usted dijo que se encontraba una ambulancia dañada. Usted por qué tiene conocimiento de eso. **Contestó:** No dañada, sino no estaba en servicio, sin embargo, estaba el vehículo como tal; pero pues como le digo yo hasta hace unos meses había trabajado ahí, siempre que se requería funcionaba una y la otra no estaba en funcionamiento como ambulancia y pues de hecho esa otra ambulancia no se utilizó para trasladar ningún paciente, creo que fue así. **Preguntado:** Usted conoce cuantas ambulancias se utilizaron ese día para trasladar a los pacientes. **Contestó:** Sé de la ambulancia de Briceño que llegó, en esa fue la que se fue Joannes, hasta ahí yo estuve presente, luego me retiré de la institución; no sé cuantas más llegarían después. (Min. 19:52) **Preguntado:** Tiene usted conocimiento si la ambulancia que refiere que no está en servicio está habilitada por parte de la Secretaría de Salud como Transporte Asistencial Básico. **Contestó:** No lo sé. (Min. 20:05). **Preguntado:** Sírvase decirle al Despacho cuanto tiempo se puede demorar un traslado entre el municipio de Pauna y la ESE hospital de Chiquinquirá, **Contestó** Aproximadamente 1 hora. (Min. 21:36)

Y el Médico Joan Rodrigo Álvarez González⁴²; manifestó:

Preguntado: Cuántas ambulancias estaban presentes en el Municipio ese día. **Contestó:** En el municipio hay dos ambulancias pero llegaron de otros municipios, incluso creo que llegó una del ejército porque habían pacientes que eran de sanidad militar y creo que el ejército mando pero llegaron las dos ambulancias de nosotros y de otros municipios, creo que fue Briceño y otro que queda después de Pauna, creo que llegó ambulancia del municipio de caldas, llegaron varias (...) como cinco creo, no recuerdo exactamente. (Min. 20:00)

(...)

Preguntado: Manifestó el doctor Rodrigo que habían 2 ambulancias, sabía usted si las mismas eran medicalizadas y si los heridos, especialmente el señor Joannes Cadena requería una ambulancia medicalizada para el traslado a Chiquinquirá. **Contestó:** Cuando hablamos en términos de ambulancia medicalizada aquí la ESE primer nivel, lo único que usted puede hacer medicalizado, es la presencia de un médico, los insumos son iguales para todos porque igual era una ESE de primer nivel; cuando se habla de primer nivel se habla para todo, (...) una ambulancia debe tener lo básico de su carro, que funcione bien (...) y pues los insumos normales que son básicamente líquidos y pare de contar porque es de primer nivel, entonces que si ambulancia básica medicalizada, habían ambulancias que por ser primer nivel eran básicas; la cuestión medicalizada es la presencia o no de

⁴¹ CD.f. 694, parte 2, archivo 4

⁴² CD.f. 694, parte 1, archivo 3

un médico y en el caso de Félix Cadena se fue un personal capacitado para hacer reanimación, fuera médico o jefe de enfermería; (...). (Min. 1:00:55)

*De las pruebas relacionadas, se colige entonces que la ESE Centro de Salud de Pauna, para el año 2013, **contaba con dos ambulancias habilitadas** para atender las urgencias que se presentaran, es decir que, al momento de su ingreso, hubiese podido ser remitido en la ambulancia disponible y no esperar a que arribaran al municipio aquellas enviadas por las instituciones de salud vecinas.*

En ese orden de ideas, no es pretexto el uso que se le daba a la ambulancia, lo cierto es que para el 2013, fecha en que se presentó el Plan Hospitalario de Emergencias y ocurrió la explosión, la ESE contaba con dos ambulancias y por ello, debían adecuarlas y disponer de ellas para atender desastres como el presente.

Coincide la Sala con la recurrente en el sentido de que trasladar al paciente en una ambulancia inhabilitada hubiese puesto en mayor peligro su vida; no obstante, para el año 2013 se entiende que se encontraba habilitada y, dado que no fue probado lo contrario, el cargo no prospera.

Corolario de lo expuesto, para la Sala se acreditó la actuación, en este caso omisiva, que propició que el señor Félix Cadena Cruz perdiera la oportunidad de ser atendido en una institución de nivel superior; esta se le atribuye a la ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna, la cual tenía la obligación de actuar y realizar diligencias encaminadas a remitir con prontitud al paciente en una de las ambulancias que para el año 2013 tenía la institución; sin embargo, optó por usar solo una ambulancia y trasladar al paciente aproximadamente una hora después de su ingreso.

A tono con lo anterior, se tiene entonces que entre más pronto se hubiera trasladado a la víctima, mayor posibilidad hubiera tenido de recuperarse, máxime porque se trataba de heridas en el tórax que exigían una diligencia absoluta por parte de la entidad demandada, como lo precisó el perito, las heridas a nivel de tórax deben ser consideradas como complejas y de alto riesgo, dada la alta probabilidad de hemorragias.

*En este punto, es pertinente recordar que las lesiones pueden ser **1. esencialmente mortales**, es decir, aquellas que inmediatamente causan la muerte; **2. circunstancialmente mortales**, que no tienen la capacidad de producir el deceso de manera directa, sino cuando converge una circunstancia adicional y **3. mortales, que***

pese a que pueden causar la muerte por sí mismas, si se brinda el tratamiento médico oportuno puede evitarse el desenlace fatal.

Como ya se ha señalado en el discurso de esta sentencia y en los testimonios de los médicos, las lesiones sufridas por el señor Félix Cadena Cruz eran de carácter mortal, de manera que se infiere indubitablemente que, de haberse realizado el traslado dentro de los 20 minutos siguientes, la muerte hubiera sido menos probable. En otras palabras, si la ambulancia hubiera estado habilitada como se señaló en el Plan de Emergencias de 2013, probablemente el resultado habría sido más afortunado para la vida e integridad del paciente, toda vez que hubiera podido llegar con vida al Hospital Regional de Chiquinquirá y los galenos de esta institución habrían podido iniciar los procedimientos pertinentes.

Sin embargo, no es posible concluir de forma categórica que de haberse trasladado dentro de los 20 minutos siguientes en la ambulancia de la ESE demandada, el paciente habría sobrevivido o habría recuperado su salud en condiciones óptimas, pues como lo indicó el perito y los testigos, aún con la atención médica y traslado oportuno, había un riesgo significativo de muerte dada las lesiones causadas por el artefacto explosivo.

En suma, la falta de diligencia el traslado en una de las ambulancias de la ESE, pudo no ser la causa eficiente del daño, pero sí la causante de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de ser atendido en una entidad de nivel superior.

En lo que concierne al argumento de apelación de la demandada relacionado con la sentencia proferida por el Juzgado Quince Administrativo de Tunja en el proceso 15001-33-33-015-2016-00154-00 que negó las pretensiones de la demanda presentada contra la ESE Centro de Salud Edgar Alonso Pulido de Pauna por hechos similares, se tiene que esta se negó con fundamento en que “recibió una atención inicial e inmediata en la E.S.E CENTRO DE SALUD EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO...” y porque los galenos le dieron prioridad antes que a los demás pacientes, “pues tal como lo registraron los testimonios y la documental, fue la primera de las heridas en haber sido remitida, (...)”; situación que también se evidenció en este proceso en el Certificado expedido por el Alcalde del Municipio de Pauna (f. 173). En efecto, se trata de situaciones fácticas únicas que, dados sus detalles, no

pueden ser comparadas ni referidas para resolver otro caso. Debe advertirse que esta sentencia fue apelada y a la fecha se encuentra para proferir sentencia⁴³.

En conclusión, existía una probabilidad de salvar la vida del señor Félix Joannes Cadena Cruz si se hubiera atendido inmediatamente y trasladado dentro de los veinte minutos siguientes a su ingreso a la ESE.

Recuérdese acá que en casos de pérdida de oportunidad lo trascendental no es determinar la causa de la muerte, sino el nexo de causalidad entre la incertidumbre y la probabilidad, lo cual, en este caso, a juicio de esta Corporación, quedó demostrado.

Por ello, se dirá que el fundamento de la sentencia apelada fue acertado en cuanto se refiere al análisis que corresponde a la pérdida de oportunidad, y por ello, será confirmada.

5.8.3. De la indemnización de perjuicios:

El apoderado de la parte actora, en el escrito de alzada, manifiesta lo siguiente:

- Las entidades deben pagar a María Ana Silvia Cruz de Cadena y Félix Antonio Cadena Peña la suma de 100 SMLMV y a Myrian Janneth, María Cenaida y Sandra Milena Cadena Cruz la suma de 50 SMLMV a cada una.
- La pérdida de la oportunidad, considerada como un daño antijurídico de carácter autónomo, debe reconocerse de manera independiente a la categoría de daño moral.
- La suma de daño emergente corresponde a \$20.000.000 y el lucro cesante debe ascender a \$420.000.000.

5.8.3.1. De los perjuicios morales; el porcentaje de probabilidad de sobrevivida de Félix Joannes Cadena Cruz y el pago de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo:

El Consejo de Estado en la sentencia proferida el 5 de abril de 2017 con ponencia del Doctor Ramiro Pazos Guerrero, consideró que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad y de la visible

⁴³ Una vez consultado el Sistema de Información Siglo XXI, el proceso fue repartido al Magistrado Fabio Iván Afanador García y el 13 de marzo de 2018, una vez vencido el término de traslado para alegar de conclusión, fue ingresado al Despacho.

repercusión en los montos de la indemnización, por ello, estableció los parámetros para cuantificarla:

- i) *El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.*
- ii) *La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.*
- iii) (...)
- iv) *El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina⁴⁴, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) **acudir a criterios de equidad⁴⁵, eje rector del sistema de reparación estatal, - artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998⁴⁶-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados⁴⁷.***
- v) *Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros*

⁴⁴ TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

⁴⁵ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

⁴⁶ "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

⁴⁷ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

ordenamientos jurídicos⁴⁸, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque, aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.” (Negrilla fuera de texto)

En el caso bajo análisis, encuentra la Sala que, en efecto, como lo sostuvo la jueza a quo, no fue aportada prueba alguna sobre el porcentaje del truncamiento de la expectativa que le asistía a Félix Joannes Cadena Cruz de evitar la muerte, lo que en otros términos significa que se presenta un defecto de información médica, científica o técnica que impide obtener **certeza cuantitativa de la pérdida de oportunidad**.

Esta deficiencia se debe a la actividad probatoria de la parte actora, a quien, por regla general, le corresponde la carga demostrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del CGP. Sin embargo, al encontrarse probado el daño antijurídico relacionado con la pérdida de oportunidad, el Estado debe repararlo acudiendo al principio de equidad, pues no hay duda que de haberse trasladado oportunamente al paciente, hubiera podido llegar con signos vitales al Hospital Regional de Chiquinquirá para que le fuera prestada la atención necesaria.

Sobre el particular, en la sentencia tantas veces citada de la Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 5 de abril de 2017, se precisó:

“26.1. De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivida -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que

⁴⁸ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, Revista Española de Medicina Legal, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.

26.2. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la lex artis.

26.3. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivida que tenía la señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial." (Resaltado fuera de texto original).

En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivida que sufrió el señor Cadena Cruz debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que, en los términos del Consejo de Estado, la equidad no debe ser confundida con arbitrariedad. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, acerca de que, si el traslado y la atención se hubiera presentado oportunamente, se habría brindado la oportunidad de llegar con vida a la institución de segundo nivel.

Así las cosas, en principio podría afirmarse que, dada la imposibilidad de fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje se debería determinar en un 50%; empero, existen diversas razones que le disminuían al señor Félix Joannes Cadena la posibilidad obtener esta proporción para sobrevivir y que se encuentran respaldadas por los testimonios y la prueba pericial:

- 1. El recorrido en medio de transporte terrestre desde el Municipio de Pauna hasta el Municipio de Chiquinquirá tardaba aproximadamente **1 hora**.*
- 2. Con ocasión de la explosión, el señor Cadena Cruz sufrió heridas mortales en el tórax, las cuales le hicieron perder una cantidad considerable de sangre.*
- 3. Durante su estadía, presentó taquicardia, las constantes de tensión arterial estaban bajas y la frecuencia respiratoria aumentada; es decir, en los*

términos del médico perito, ya estaba descompensado y su corazón estaba haciendo inotropía.

4. Dadas las heridas que sufrió, era probable que sufriera un shock hipovolémico.
5. Existía la posibilidad que el paciente hubiera sufrido un trauma toracoabdominal cerrado que implicaba la pérdida interna de sangre.
6. Félix Joannes Cadena falleció por un shock hipovolémico secundario a lesión de grandes vasos.
7. De los testimonios, existe certeza que los procedimientos que requería Félix Joannes Cadena sólo podían ser prestados en una atención de segundo nivel y no en la ESE que era una institución de primer nivel que no contaba con banco de sangre ni podía darle la estabilidad aerodinámica que requería.

Las razones anteriores permiten concluir que el chance de sobrevivida de Félix Joannes Cadena Cruz era reducido; si bien la demora en el traslado pudo contribuir a su muerte, lo cierto es que así se hubiera presentado oportunamente, no se podía garantizar su supervivencia.

En ese contexto, la sentencia tomada como guía para resolver el caso, indicó que el juez administrativo **tiene la potestad** de determinar el monto a reconocer cuando se trata establecer el monto de la indemnización, por ejemplo, del daño moral. Esta **discrecionalidad**, dijo, esta regida bajo criterios de relativización como **i) por la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación; ii) por la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) por el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el expediente respecto del perjuicio y su intensidad; y iv) por el deber de estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad.**

En ese orden, dado que la aplicación del principio de equidad es una decisión discrecional del juez y se observa que la determinación del 10% de probabilidades de vida se encuentra debidamente justificada, la Sala mantendrá incólume la decisión.

Ahora, sobre la petición de indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente a los perjuicios morales, basta señalar que en la sentencia proferida

el 5 de abril de 2017 que ha servido de base para esta sentencia, el Consejo de Estado explicó:

“(…)

- i) **No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial**⁴⁹.
- ii) **No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.**” (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, el reconocimiento de los perjuicios morales en cuantía de 10 SMLMV para María Ana Silvia Cruz de Cadena y Félix Antonio Cadena Peña y de 5 SMLMV para Myrian Janneth, María Cenaida y Sandra Milena Cadena Cruz no será modificada.

5.8.3.2. Del daño emergente y el lucro cesante:

En el recurso de alzada la parte actora manifiesta:

“Por Daño emergente: a favor de mis poderdantes, la suma equivalente a VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000) por conceptos de gastos funerarios.

⁴⁹ Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizará o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: “insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño” GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

*Por el lucro cesante se materializa en los ingresos dejados de percibir desde el 9 de noviembre de 2013 hasta la vida probable del hijo, hermano y tío de mis poderdantes, un hombre de 29 años de edad, dedicado a su trabajo, en la medida que en este caso ocurrió una lesión fatal, que deriva en la muerte de **FELIX (sic) JOANNES CADENA CRUZ Q.E.P.D.** Según el Consejo de Estado la fórmula actualmente acogida para calcular el LUCRO CESANTE PRESENTE o CONSOLIDADO correspondiente al periodo a indemnizar se establece así:*

(...)

*En el caso en concreto, el joven **FÉLIX JOANNES CADENA CRUZ Q.E.P.D.**, según la presunción expuesta devengaba SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL PESOS M/TE (\$616.000) mensuales y una vez acaecido el accidente fatal, es noviembre de 2013 hasta el 10 de noviembre de 2045.*

(...)

En conclusión, el DAÑO MATERIAL constituido por el lucro cesante asciende aproximadamente a la suma de CUATROCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS (\$420.000.000)" (f. 752 vto. – 953 c.4)

Ciertamente, constata la Sala que el líbello de impugnación de la parte demandante, se limita en esencia a transcribir las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, sin efectuar reparos concretos ni sustentar las razones específicas de su inconformidad con la decisión apelada.

Así, en lugar de controvertir aspectos particulares de la decisión de la jueza a quo o de sus fundamentos, el apelante se limita a refutar, una vez más, los cargos presentados en la demanda.

Sobre el particular, es decir, sobre las falencias argumentativas del recurso de apelación, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

"7.1.3.- Según se desprende del artículo 350 del C. P. C. al que se acude por remisión expresa del artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación tiene por objeto "que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme". Por otra parte, el artículo 212 del C. C. A. modificado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, impone a quien haga uso del recurso que sustente el mismo, esto es, que exponga las razones de su inconformidad con la decisión de primera instancia.

7.1.4.- Bajo los parámetros normativos aludidos, resulta fácil concluir que el recurso de apelación se encuentra establecido para que el afectado con una decisión judicial le formule reparos, inconformidades o cuestionamientos, lo que conlleva a que la parte que lo interponga dirija su sustentación a esos aspectos.

7.1.5.- Esta posición ha sido prohijada por la Sala de tiempo atrás, y fue reiterada recientemente en la sentencia del 13 de marzo de 2013 al resolver el recurso de apelación dentro del radicado No. 2006-01241. En dicha

ocasión, la Corporación se permitió confirmar la línea jurisprudencial que ha seguido en este aspecto en los siguientes términos:

"Sobre el punto de la sustentación del recurso de apelación, esta Corporación ha precisado lo siguiente:

"Si bastara al recurrente afirmar en todos los casos, al impugnar una decisión judicial, que se atiene a lo afirmado y sostenido en el curso de la instancia, sobraría en absoluto la exigencia perentoria contenida en el inciso segundo del artículo 212 del C.C.A. (negritas de la Sala)

La necesidad de que el recurrente aporte argumentos en contra de los fundamentos del fallo apelado, los cuales constituyen la base de estudio de la decisión de segundo grado, es reafirmado por el inciso subsiguiente al sancionar con la deserción del recurso la omisión del requisito en estudio.

Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al ad quem hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones invocadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación." (Sentencia de 6 de junio de 1987, Exp: 338, C.P.: Dr. Samuel Buitrago Hurtado)

En otra oportunidad, señaló:

"Tal exigencia implica que el recurrente en el escrito de sustentación señale el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez ad quem para decidir el recurso.

La competencia de éste queda pues limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso." (Sentencia de 17 de julio de 1992, Exp: 1951, C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz)

Posteriormente, manifestó:

De acuerdo con la jurisprudencia. "... el deber de sustentar este recurso (el de apelación) consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso, o sea para expresar la idea con un criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o modificación." (Corte Suprema de Justicia, Providencia de agosto 30 de 1984, M.P. Dr. Humberto Murcia Ballén, Código de procedimiento Civil, José Fernando Ramírez Gómez, Colección Pequeño Foro, pág. 319) (Auto de Sala Unitaria de 17 de marzo de 1995, Exp. 3250, C.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez). (Negritas de la Sala)

En esta ocasión la Sala prohija y reitera los criterios atrás expuestos, en cuanto a que el presupuesto sine qua non de la sustentación del recurso de apelación es la referencia clara y concreta que el recurrente haga de los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, para efectos de solicitarle al superior jerárquico funcional que decida sobre los puntos o aspectos que se plantean ante la segunda instancia, tendientes a dejar sin sustento jurídico aquellos, pues precisamente al juzgador de segundo grado corresponde hacer dichas confrontaciones, en orden a concluir si la sentencia merece ser o no confirmada.

*7.1.6.- Toda vez que la finalidad del recurso de apelación es que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme, es necesario que en dicho recurso se expongan las razones por las cuales no se comparten las consideraciones del a quo, en orden a que el juzgador confronte los fundamentos de la sentencia con los argumentos que sustentan la inconformidad del apelante. Por consiguiente, cuando el recurso se muestra insuficiente dado que se limita a reproducir el concepto de violación expuesto en la demanda, tal y como acontece en este asunto, el Juez no tiene más remedio que confirmar la decisión.*⁵⁰ (Negritas de la Sala)

Si bien los argumentos esbozados en la sentencia transcrita se relacionan con el Decreto 01 de 1984 y el Código de Procedimiento Civil, lo cierto es que estos no sufrieron modificación sustancial alguna con la expedición de la Ley 1437 de 2011 y el Código General del Proceso.

Ahora bien, pese a la falta de técnica jurídica del recurso frente a este cargo, enfocado como está más a la simple reiteración de la demanda que a la formulación de auténticos reproches contra la sentencia impugnada, considera la Sala que amerita de un examen que permita evaluar la decisión de la jueza a quo frente a los cargos en los que se insiste.

En últimas, del examen conjunto de los señalamientos plasmados en la apelación se puede derivar el sentido de la impugnación. Y no puede perderse de vista que, de acuerdo con el artículo 322 del CGP, "para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada", precepto que debe interpretarse a la luz del principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal que habilita al juez administrativo para valorar la suficiencia e idoneidad de los argumentos contrarios a la providencia cuestionada.

Esta decisión encuentra respaldo en la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2016 por la Sección Primera del Consejo de Estado, dentro del proceso con radicación 25000-23-41-000-2013-01041-01, siendo ponente el Consejero Doctor Guillermo Vargas Ayala.

5.8.3.2.1. Daño emergente:

⁵⁰ Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de julio de 2014, Rad. No. 25000 23 24 000 2004 00228 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala y ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de septiembre de 2014, Rad. No. 25001 2324 000 2007 90029 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

Los demandantes solicitaron, a título de daño emergente la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000) por concepto de gastos funerarios.

El daño emergente, comprende las erogaciones, gastos, egresos o pérdidas patrimoniales que se derivan del daño. En efecto, su indemnización exige la prueba del valor del egreso y la fecha de su causación, además, de la forma que adopta, porque puede ser un gasto único como corresponde al funeral o continuadas.

En el caso concreto, la Sala coincide con lo manifestado por la jueza de la primera instancia, el valor solicitado por la parte demandante **no fue acreditado a lo largo del proceso**, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento de perjuicios por este rubro.

5.8.3.2.2. Lucro cesante:

La parte demandante, sostuvo:

*"...el joven **FÉLIX JOANNES CADENA CRUZ Q.E.P.D.**, según la presunción expuesta devengaba SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL PESOS M/TE (\$616.000) mensuales y una vez acaecido el accidente fatal, es noviembre de 2013 hasta el 10 de noviembre de 2045 (...)." (f. 952 vto.)*

El lucro cesante consiste en la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico; es la pérdida por la falta de ingreso de un valor que llegaría con certeza al patrimonio de quien padece el daño.

El damnificado o lesionado que pretende la indemnización debe demostrar la existencia del perjuicio y su cuantía. La indemnización de este perjuicio está condicionada a que el damnificado demuestra la privación del ingreso que percibía mediante el desarrollo de una actividad productiva, laboral o informal⁵¹.

En el artículo "Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado" con autoría de la Doctor Aida Patricia Hernández Silva⁵², se explicó lo relacionado con el lucro cesante así:

"Para acreditar el lucro cesante, como se explicó, debe demostrarse inicialmente la productividad del sujeto que ha muerto o está lesionado, a cuyo efecto existe libertad de prueba, siendo la más usual la documental, seguida de la testimonial.

⁵¹ XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. La responsabilidad extracontractual del Estado. Editores Juan Carlos Henao y Andrés Fernando Ospina Garzón. Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 280.

⁵² Ídem 49. Pág. 282.

La prueba ideal es la certificación laboral indicativa de que la víctima directa desarrollaba una actividad productiva durante determinado periodo, como también el valor mensual devengado por este concepto. Es igualmente idónea la prueba contable, emitida por un contado, en la cual se indique el ingreso mensual de la víctima directa; también la testimonial, en la cual se declare con claridad el tipo de actividad, la continuidad y el valor percibido.

*Con la prueba directa del ingreso percibido, **no hay lugar a utilizar reglas jurisprudenciales o doctrinales** para identificar las bases de la tasación de este perjuicio, como lo evidenció el Consejo de Estado en sentencia 22891 de 9 de mayo de 2012:*

(...) se da cuenta de la constancia laboral emitida por el Gerente de Relaciones Industriales de la Empresa Interamericana de Electrónica Interec S.A., en la que consta que el último salario devengado por el señor Luis Alejandro ascendía a \$334.036, cifra que actualizada de acuerdo con las fórmulas matemático-actuariales utilizadas por esta corporación, asciende a 1.038.681”⁵³

Entre tanto, cuando no existe prueba documental, pericial o testimonial indicativa del ingreso percibido, se utilizan las reglas adoptadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, durante más de cuatro décadas.”

En efecto, al plenario se allegó la prueba idónea para demostrar los ingresos del señor Félix Joannes Cadena. Según la documental que reposa a folio 26 del cuaderno 1, el mencionado laboraba como Vigilante de Seguridad en el Municipio de Tunja, en el cual devengaba la suma de \$750.000.

Ahora bien, frente a la dependencia de los padres frente a sus hijos, en la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2017 dentro del proceso con radicación 2700-1233-1000-2008-00056-01(38475), la Subsección Tercera de la misma sección, indicó:

“7.3 perjuicios morales. Lucro cesante

El lucro cesante solicitado se concretó en trecientos cincuenta y seis millones trecientos sesenta y un mil doscientos dos pesos (\$356.361.202).

*La pretensión del recurrente se negará toda vez que con los testimonios rendidos por Juan Carlos Virissimo Chamorro y Pulidor Zamora Angulo, **no demostró la dependencia económica familiar respecto del fallecido Eide Salas Paredes, pues en ellas solo se refiere a una “ayuda” y colaboración que el occiso les suministraba pero de ninguna manera son relevantes ni concretas en cuanto a su continuidad, porcentaje, etc.** Además, la víctima al momento de su fallecimiento contaba con 28 años de edad, y según la jurisprudencia de esta Corporación se presume que el hijo a partir de los 25 años, hace vida independiente respecto de su núcleo familiar.” (Negrilla fuera de texto)*

⁵³ Sección Tercera. Subsección C.

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 6 de abril de 2018 proferida dentro del proceso con radicación 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005) y ponencia del Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, explicó:

“62. Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.

63. Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar³⁴.

64. En el caso concreto, está probado que, al momento de su fallecimiento, la joven Milena Andrea Santamaría, no ejercía ninguna actividad productiva pues era estudiante del colegio José Cosme Zuleta (ver supra párr. 10.13). Además, se conoce que su padre no se encontraba desempleado pues en la declaración que rindió ante el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar afirmó que trabajaba en un taller en Medellín (f. 104-105 anexo 4), en tanto la madre no demostró ser titular del derecho a recibir alimentos, en los términos del artículo 411 del Código Civil, por encontrarse desempleada, enferma o sufrir de alguna discapacidad.

65. Por ello, se concluye que no procede el reconocimiento del lucro cesante solicitado por los padres de la joven Milena Andrea Santamaría Lora y, en consecuencia, se modificará la sentencia apelada en lo pertinente.”

A su turno, en sentencia proferida el 19 de abril de 2018 dentro del proceso con radicación número 52001-23-31-000-2006-01708-01(42798), la Subsección “A” de la

³⁴ Conforme al criterio empleado por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias providencias: sentencias de 8 de junio de 2017, exp. 50352; de 11 de junio de 2015, exp. 33355; de 13 de noviembre de 2014, exp. 30753; y de 5 de abril de 2013, exp. 27281, todas con ponencia del suscrito magistrado ponente.

Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre el lucro cesante a favor de una madre por el fallecimiento de su hijo, sostuvo:

"Esta Sala unificó su jurisprudencia en torno al reconocimiento de lucro cesante en favor de los padres por la muerte de sus hijos⁵⁵, en el sentido de precisar que en tales casos se debe demostrar que, en efecto, los hijos contribuían al sostenimiento del hogar paterno o materno y que los padres carecían de los medios para procurarse su propia subsistencia.

Pues bien, la Sala advierte que el soldado profesional Calvo Martos para la fecha de su muerte tenía 27 años⁵⁶ y no se encuentra probado que la señora Alba Martos dependiera económicamente de él." (Negrilla fuera de texto)

En el caso bajo estudio, los testigos coinciden en que Félix Joannes brindaba apoyo económico a sus padres María Ana Silvia Cruz de Cadena y Félix Antonio Cadena Peña que consistía en hacer mercados y darles dinero, sin embargo, nada dijeron sobre el monto y la periodicidad.

Por ejemplo, el señor **José Oswaldo Chaparro León⁵⁷**, manifestó:

"...él era el que le ayudaba al papá y a la mamá económicamente, él trabajó en el 2013 aquí en Tunja como vigilante y en construcción, bajaba al pueblo cada quince días, tome papá mamá para que hagan el mercado, (...) yo viví 8 años en esa casa y me consta que lo que digo es una cosa verdadera, un muchacho que estaba pendiente muy del papá y yo miré después de que él murió la mamá y el papá como vivían destrozados diario en el cementerio la mamá, el papá hoy en día tiene más de 70 años, le toca trabajar (...). (Min. 16:14)

Preguntado: Sabe si alguien dependía económicamente de Félix Joannes Cadena. **Contestó:** Él dependía al diario con el papá y la mamá. (Min. 20:35) (...) lo miré con ese carisma que sí le ayudaba al papá, primero eran los papes (sic), segundo eran los amigos, familia ... (Min. 22:23)"

Por su parte, la señora **Esperanza Ruiz Lara⁵⁸**, dijo:

Preguntado: Sabe usted quien dependía económicamente de Félix Joannes Cadena. **Contestó:** Si, la señora Silvia y Don Félix creo que se llama el papá, a ellos ayudaba porque yo hablaba con Joannes en el trabajo y él cuando le pagaban les consignaba, a ellos dos les mandaba plata. **Preguntado:** (Min 7:10)

Preguntado: Cuánto le mandaba el señor Joannes a la familia. **Contestó:** No sé, simplemente una conversación de amigos, tengo que mandarle plata a mi mamá y a mi papá, no sé cuánto. (Min. 8:40)"

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2018, expediente 46.005, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁵⁶ Según la copia el registro civil de nacimiento obrante a folio 16 del cuaderno 1.

⁵⁷ CD que obra a folios 694, Parte 1, archivo 1.

⁵⁸ CD que obra a folios 694, Parte 1, archivo 2.

Y, **Myrian Yanneth Cadena Cruz**⁵⁹ sostuvo:

*“Preguntado: Qué actividad realizan sus papás. Contestó: Mi mamá no trabaja, ella es ama de casa, mi papá por ahí de vez en cuando ellos ya son adultos entonces por ahí **trabaja** de vez en cuando en el campo haciendo trabajos de turno de sembrar yuca y plátano en el campo, **ellos reciben una pensión mensual mía** y en ese entonces de mi hermano que trabajaba aquí en la ciudad de Tunja como vigilante y a veces en obra de construcción; la idea de él era ahora para ponerse a estudiar (...). Preguntado: Usted dice que de una pensión que le daba usted y su hermano; cuánto era el dinero masomenos que ustedes le daban. Contestó: Yo masomenos le mandaba \$100.000 y mi hermano como si no tenía familia ni nada, le mandaba **a veces** \$300.000 y **a veces** él les hacía mercado cuando iba al pueblo les llevaba alrededor de \$300.000 de mercado para mis padres. Preguntado: Sus otros hermanos le colaboraban a sus padres. Contestó: Si, mi hermano que vivía allá en Pauna y mi hermana si claro, ellos le colaboraban de vez en cuando.” (Min. 30:18).*

Adicionalmente, se sabe por la copia del Registro Civil de Nacimiento (f. 24) que Félix Joannes Cadena Cruz nació el 12 de septiembre de 1984, por tanto, para la fecha de su muerte (9 de noviembre de 2013) contaba con 29 años de edad.

Siendo así, se demostró que Félix Joannes Cadena ejercía una actividad productiva en virtud de un contrato laboral por orden de prestación de servicios con la Empresa Seguridad Privada Vigía Boyacá; que vivía en la ciudad de Tunja y apoyaba económicamente a sus padres con dinero o mercados, pero sin dar más detalles de cuáles eran las obligaciones en relación con ellos.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que no se probó de otro modo que estos no tuvieran trabajo o una actividad económica independiente, una prestación social (pensión) y otro tipo de ingreso o solo dependieran de la ayuda de su hijo Félix Joannes Cadena, contrario sensu, se encuentra demostrado que el padre de la víctima realizaba labores en el campo y que sus hermanos también los auxiliaban económicamente.

Tampoco se demostró que los padres de Félix Joannes Cadena Cruz o alguno de ellos, se encontraran en una situación incapacitante, sin una pensión o seguro que los cubriera por enfermedad o invalidez o en otra situación similar que les impidiera realizar una actividad económica.

⁵⁹ CD que obra a folios 694, Parte 2, archivo 5.

Este criterio encuentra respaldo también por la sentencia proferida recientemente por la Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 2 de agosto de 2018 en el proceso con radicación número 20001-23-31-000-2010-00490-01(45407) y ponencia de la Consejera Doctora Marta Nubia Velásquez Rico.

En ese orden de ideas, se revocará el reconocimiento realizado a título de lucro cesante para los demandantes, padres de la víctima, en virtud de que no se demostró su dependencia económica o su imposibilidad para atender su propia manutención. Se recuerda acá que la sentencia fue apelada no sólo por la parte demandante, sino también por la entidad que fue condenada; adicionalmente, que el recurso del demandante pidió revisar, fundamentalmente, los valores reconocidos por los perjuicios, en estas condiciones, esta conclusión no puede ser considerada como de mayor gravedad para la parte demandante, sino que aborda un aspecto para el cual fue dada la competencia al ad-quem.

En consecuencia, se revocarán los puntos 7 y 8 del numeral sexto de la sentencia de primera instancia que conciernen a la orden de pago del lucro cesante consolidado y futuro.

5.9. De las costas en primera instancia:

La jueza de primera instancia, resolvió "**CONDENAR en costas a la ESE CENTRO DE SALUD "EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO" DE PAUNA. Liquidense por secretaría.**", con fundamento en las siguientes consideraciones:

*"Atendiendo lo contemplado en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., acogiendo la sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016 (...), que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas. En el sub examine se condenará en costas a la **ESE CENTRO DE SALUD "EDGAR ALONSO PULIDO SOLANO" DE PAUNA**, extremo procesal vencido, condena que se liquidará por la Secretaría de este Despacho (...).*

Así las cosas, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Acuerdo 1887 de 2003 del C.S. de la J. (...) se fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del pago que se ordena en la presente sentencia, (...)" (f. 925)

No obstante, la condena impuesta por la jueza a quo, la parte actora, en el escrito de alzada, indicó:

*"Se deberá **CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de*

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso.

(...)

Por último, mediante Acuerdo No. 1887 de 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho, señalando en su capítulo III, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, numeral 3.1.2. En los asuntos de primera instancia, inciso segundo, de los procesos con cuantía, que se condenará a la parte vencida en juicio hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y gestión realizada por el apoderado de la parte actora, se fijará como agencias en derecho el 20% de las pretensiones reconocidas en la presente sentencia." (f. 953)

*El Acuerdo No. 1887 de 26 de junio de 2003 "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho", en el numeral 3.1.2. del artículo 6º que la tarifa de las agencias en derecho en los procesos contencioso administrativos de primera instancia con cuantía sería **hasta** el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia⁶⁰, entendiendo la preposición **hasta**, en los términos del Diccionario de la Real Academia Española, como término o límite, es decir, el porcentaje máximo en el que puede condenarse en costas es el 20% del valor de las pretensiones, empero, esto no significa que una vez determinada la condena en costas, sea obligación del juzgador establecer única y exclusivamente este porcentaje.*

*Ahora, no obstante, advierte la Sala que, en casos como el presente, **en el que las pretensiones prosperaron parcialmente** por virtud de las excepciones que fueron declaradas probadas y la decisión negativa frente a **1.** las pretensiones relacionadas con el Departamento de Boyacá, el Ministerio de Defensa Policía Nacional y el Municipio de Pauna y **2.** el pago de los perjuicios en los términos de lo solicitó la parte actora, era potestativo del juzgador imponer o no las costas, lo cual implica, a juicio de esta Sala, que era necesario que en la sentencia se advirtieran las razones por las que, en todo caso y como si se tratara de la parte totalmente vencida, se impondrían las costas lo cual, implícitamente, lleva a un examen subjetivo, en tanto se morigera el concepto puramente objetivo de vencimiento total.*

*En efecto, el numeral 5º del artículo 365 ídem, prevé que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez **podrá** abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

⁶⁰ Para la cual se tendrá "en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones." (artículo 3º).

En estas condiciones, el fundamento de la decisión atinaría a determinar si el comportamiento de la parte vencida conllevó un ejercicio abusivo de los instrumentos procesales o el desgaste judicial innecesario de las partes y de la administración de justicia, es decir, su reconocimiento debe atender las circunstancias particulares del caso.

Contrario a lo expuesto, observa esta Sala que al decidir lo relativo a la condena en costas, la a-quo se limitó a condenar objetivamente, sin analizar una de las circunstancias que preveía el artículo 365 del CGP, entre ellas la contenida en el numeral 5⁶¹.

Si bien, tal decisión es potestativa, ello no implica que pueda ser arbitraria o carente de fundamento, sabido es que toda decisión judicial está sujeta al principio de publicidad que impone la motivación como parte del debido proceso.

Por las razones expuestas se revocará el numeral 8° de la sentencia apelada para en su lugar señalar que no habrá condena en costas en la primera instancia.

6. De las costas en segunda instancia:

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de

⁶¹ Antes artículo 392 numeral 6 del CPC que se invocó en el recurso

su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁶², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.

El criterio expuesto fue reiterado recientemente por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de 2018, proferida en el proceso con radicación 05001-23-33-000-2012-00439-02(0178-17) y ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, en la cual consideró:

“Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad.” (Resaltado fuera de texto)

Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas establecido para el Procedimiento Civil, actualmente regulado por el Código General del Proceso, artículo 365, quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio, siempre y cuando “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” (Numeral 8º Art. 365 CGP).

⁶² “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Entonces, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de **expensas y gastos** sufragados durante el curso del proceso, y por las **agencias en derecho**.

Conforme al artículo 365 del CGP. "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto..." A su vez, precisa el numeral 3º de esta misma norma que habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme **totalmente** la del inferior. Como en este caso la sentencia será modificada, no se condenará en costas a ninguna de las partes apelantes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja el 17 de noviembre de 2017 por la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Félix Antonio Cadena Peña actuando en nombre propio y en representación de la menor Laura Natalia Cadena Parra; María Ana Silva Cruz de Cadena; Miriam Janneth Cadena Cruz, actuando en nombre propio y en representación del menor Samuel Esteban Ruiz Cadena; Jhon Fredy Silva Rincón; María Cenaida Cadena Cruz, actuando en nombre propio y en representación de los menores Melisa Vanesa y Jerónimo Eduardo Cañón Cadena; Néstor Eduardo Cañón Rojas; Nikool Daniela Cañón; Sandra Milena Cadena Cruz actuando en nombre propio y en representación de Laura Gabriela Núñez Cadena y Julián David y Juan Camilo Peralta Cadena; Germán Zamir Peralta Monroy; William Alexander Cadena Peña y Ana Florinda Ritiva, actuando en nombre propio y en representación de Luis Alejandro Cadena Peña contra el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, Municipio de Pauna, Departamento de Boyacá y la ESE Centro de Salud "Edgar Antonio Pulido Solano", **excepto los numerales 7 y 8 del numeral SEXTO y el numeral OCTAVO de la sentencia de primera instancia que se revocan**. En su lugar se dispone:

"OCTAVO: Sin costas en la primera instancia."

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Félix Antonio Cadena y otros
Demandado: ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano" y otros
Expediente: 15001-33-33-004-2016-00042-00

2. Sin costas en esta instancia.

3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Félix Antonio Cadena y otros
Demandado: ESE Centro de Salud "Edgar Alonso Pulido Solano" y otros
Expediente: 15001-33-33-004-2016-00042-00