Tribunal Administrativo de Boyacá
Secretaria

E D I C T O

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA

CLASE DE ACCIÒN	**REPARACION DIRECTA**
RADICADO	**15693333100220120001 2-01**
DEMANDANTE	**GONZALO SALCEDO TORRES Y OTROS**
DEMANDADO	**EP.S. SALUD CONDOR S.A. R.S., HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO**
MG. PONENTE	**JOSE ASCENCION FERNANDEZ OSORIO**
FECHA DE DECISIÓN	**26 DE MARZO DE 2019**

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY 02/04/2019 ***A LAS 8:00 A.M.***

CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy 04/04/2019 ***a las 5:00 p.m.***

CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA

1107

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 26 MAR. 2019

ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	15693333100**201200012**-02
DEMANDANTES:	GONZALO SALCEDO TORRES Y OTROS
DEMANDADOS:	E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO Y OTRO
TEMA:	RESPONSABILIDAD EN EL SERVICIO MÉDICO-ASISTENCIAL - FALTA DE ATENCIÓN OPORTUNA Y ADECUADA COMO DAÑO AUTÓNOMO
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante la cual el Despacho se inhibió de pronunciarse respecto de la responsabilidad de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Declaraciones y condenas (ff. 91-95)

Los señores GONZALO SALCEDO TORRES y ALBA YAMILE PÉREZ BELLO, actuando en nombre propio y en representación de su menor hija MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ, a través de apoderado, acudieron ante esta jurisdicción en ejercicio de la acción de reparación directa, a fin de que se declare administrativamente responsables a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO y a la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. de los daños y perjuicios ocasionados por las irregularidades que llevaron a que la menor en mención perdiera su pulmón derecho (neumonectomía) y tuviera secuelas consecuenciales.

Como resultado de la anterior declaración, solicitaron que se condene a las entidades accionadas al pago de las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de daño emergente: La suma de $26.000.000,oo por los siguientes motivos:
    - Erogaciones (viajes, hospedaje, alimentación, etc.) que los accionantes tuvieron que sufragar para acompañar a la menor MARIANA SOFÍA en sus traslados.
    - Venta del establecimiento comercial Frutos del Mar y Lago, ubicado en la carrera 9 No. 13-54 de Sogamoso, con el fin de costear los gastos que demandó la recuperación de la menor.

- Por concepto de lucro cesante: La suma de $310.065.600,oo a favor de la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ, que representa los salarios mínimos que desde los 18 años y hasta los 70 años aquella no podrá devengar; o por el porcentaje de discapacidad laboral (sic) establecido por la Junta Calificadora de Invalidez Regional de Boyacá (sic) y su equivalente en SMLMV.

- Por concepto de perjuicios morales: El equivalente a 100 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes.

- Por concepto de daño a la vida de relación: El equivalente a 500 SMLMV por los perjuicios causados a su integridad física en razón de la perturbación funcional de carácter permanente de su órgano respiratorio, secundario a la pérdida total de su pulmón derecho, que alteró su vida personal y social.

Finalmente, pidió que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA y que se condene en costas a las entidades demandadas.

1.2. Fundamentos fácticos (ff. 95-105)

Como fundamentos fácticos de la demanda, la parte actora enunció los que se resumen enseguida:

Que los señores GONZALO SALCEDO TORRES y ALBA YAMILE PÉREZ BELLO contrajeron matrimonio el 10 de diciembre de 2005 y, fruto de la unión, el 15 de junio de 2006 nació MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ.

Que los señores SALCEDO TORRES y PÉREZ BELLO se encontraban afiliados a la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. y su hija tenía la calidad de beneficiaria.

Que el 20 de junio de 2009 la menor MARIANA SOFÍA ingresó a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO por presentar un cuadro de fiebre, vómito, inapetencia y dolor de garganta, con un día de evolución.

Que el 24 de junio de 2009, ante la falta de mejoría, la menor fue llevada por su progenitora a la CLÍNICA DE ESPECIALISTAS LIMITADA C.I. de la ciudad de Sogamoso. Ante la gravedad del cuadro clínico, el médico que atendió a la menor ordenó su remisión a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO.

Que una vez recibida en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO, el médico pediatra emitió como diagnóstico el padecimiento por parte de la menor de una neumonía estafilocóccica derecha con derrame. Asimismo, mediante una ecografía de tórax se evidenció la existencia de un derrame pleural de aproximadamente 110 c.c.

Que en vista de una evolución tórpida, el 27 de junio 2009 la menor fue sometida a una cirugía pediátrica de decorticación parietal y visceral del lóbulo inferior derecho.

Que exámenes posteriores confirmaron la persistencia de un foco infeccioso en hemitórax derecho, motivo por el cual el 1° de julio de 2009 se dispuso su remisión a una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos (UCIP) en un hospital de IV nivel de atención.

Que desde esa fecha se iniciaron los trámites administrativos por parte de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO ante la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S., pero por vía telefónica esta última informó que no contaba con contrato vigente con la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA ni con la CLÍNICA MEDILASER de la misma localidad.

Que ante la gravedad y urgencia de la situación, los médicos solicitaron al Departamento de Trabajo Social del hospital su intervención para la consecución de la remisión, e igualmente el padre de la menor el 2 de julio de 2009 pidió la colaboración de la Secretaría de Salud del municipio.

Que sin ninguna gestión por parte de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. se logró obtener la remisión en mención, la cual se produjo el 2 de julio de 2009.

Que desde su ingreso a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA le fue iniciado a la paciente un tratamiento con antibióticos de amplio espectro; no obstante, el 20 de julio de 2009 le fue realizada una

lobectomía total del lóbulo superior y parcial del lóbulo medio del pulmón derecho, con extracción de 150 c.c. de pus.

Que luego de la intervención la menor permaneció en la UCIP hasta el 26 de julio de 2009, cuando fue ordenada su contrarremisión a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO, para que esta entidad continuara con la terapia antibiótica.

Que finalmente la menor MARIANA SOFÍA fue dada de alta el 2 de agosto de 2009, no obstante, siguió asistiendo a controles hasta el 20 de noviembre de 2009 ante la persistencia de sintomatología leve. En esa fecha los síntomas se agudizaron y, por esa razón, tuvo que ser llevada de urgencias a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO.

Que las condiciones de ingreso y antecedentes de la patología hacían catalogar a la menor como paciente crítica y, por esto, era necesaria su remisión inmediata a un hospital de IV nivel de atención.

Que el 24 de noviembre de 2009 a la menor le fue practicada una intervención quirúrgica en la que se encontró una fístula broncopleural y se identificó la necesidad de una resección del remanente pulmonar.

Que los padres de la menor solicitaron en múltiples oportunidades a la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. la gestión de la remisión urgente de la paciente a una institución de IV nivel de atención pero, ante las negativas de la entidad, tuvieron que acudir a la Personería Municipal de Sogamoso el 3 de diciembre de 2009.

Que a la patología respiratoria se sumó un síndrome febril por infección nosocomial de etiología no clara, que empeoró su estado de salud e hizo más necesaria la remisión mencionada en precedencia.

Que ante la ausencia de respuesta en las diferentes entidades a las que se habían dirigido, los padres de la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ acudieron a los medios de comunicación para denunciar la situación y, una vez se difundió la noticia, intervino la Secretaría de Salud de Boyacá. Con la presión ejercida por esta entidad y mediando una acción de tutela, se logró la remisión al Hospital de la Misericordia de Bogotá el 17 de diciembre de 2009.

Que el 22 de diciembre de 2009 a la paciente le fue realizada una pleurectomía más decorticación pulmonar derecha y, luego de una evolución satisfactoria, el 6 de enero de 2010 fue dada de alta.

Que durante los 42 días de tratamiento de la menor MARIANA SOFÍA, sus padres debieron abandonar sus empleos y vender sus pertenencias para subsistir en la ciudad de Bogotá y, adicionalmente, sufragar el 10% del total de la cuenta en el HOSPITAL DE LA MISERICORDIA de Bogotá. Asimismo, el control sobre la salud de la menor MARIANA SOFÍA ha implicado e implicará gastos de traslados, citas con especialistas, etc., ante la actitud omisiva de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso (ff. 204-236)

Se opuso a las pretensiones de la demanda y adujo que la causa verdadera de la patología de la menor MARIANA SOFÍA no fue establecida.

Refirió que la neumonía estafilocóccica de pulmón derecho requería de la práctica de toda clase de exámenes para establecer el origen de la dolencia y, en ese sentido, la entidad realizó los protocolos establecidos y desplegó el grupo de profesionales necesarios, de acuerdo con el nivel de atención (II).

Redundó en las actuaciones surtidas en el marco del proceso de atención e insistió en que las órdenes de remisión, necesarias ante la inexistencia de UCI en la institución, demostraban que se había actuado de manera oportuna y eficiente.

Sostuvo que se salía de las manos del hospital la falta de convenio entre la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. y la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, y agregó que en la demanda no se alegaba alguna falta que hubiera sido cometida por la institución médica.

Transcribió parte de la historia clínica y resaltó que la menor padeció una infección pulmonar por un germen altamente agresivo, como lo es el estafilococo aureus, que ocasionó neumonía necrotizante, la cual rápidamente invade y destruye el tejido pulmonar. Adicionó que la patología presenta un nivel alto de mortalidad tanto en niños como en adultos, aún en las mejores instituciones de salud, de modo que era una situación constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, que sale de las previsiones de los especialistas.

Esgrimió que las eventuales omisiones o retrasos que se pudieron presentar son única y exclusivamente imputables a la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A.

R.S., la cual no autorizó las remisiones oportunamente y por eso tuvo que acudirse a intervenciones externas y ajenas al hospital.

Hizo alusión a los conceptos de daño antijurídico, falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, y echó de menos la relación de causalidad entre el supuesto perjuicio y la actuación de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO.

Formuló como excepciones las que denominó *"falta de causa para promover la acción"*, *"falta del presupuesto procesal* (sic) *demanda en forma e ineptitud"*, *"falta de causa petendi"* y la *"innominada o genérica"*.

2.2. E.P.S. Salud Cóndor S.A. R.S. (ff. 460-474)

La entidad se opuso a las pretensiones del libelo y sostuvo que la parte actora no logró probar fehacientemente la razón en la que fundaba su descripción normativa y los daños antijurídicos no le *"aplicaban"*.

Afirmó que sí era evidente la presunta falla médica derivada de un retardo en el procedimiento en las entidades de salud que habían atendido a la paciente, pero recalcó que mal podría llamarse a la EPS por esos hechos.

Propuso como excepciones las de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, alegando que la EPS no tenía que responder por las obligaciones que asumieran las IPS; *"ineptitud sustantiva de la demanda"*, con argumentos similares; *"petición de modo indebido y extemporánea"*, refiriendo que las reclamaciones por hechos acaecidos antes del 13 de septiembre de 2012 debieron hacerse parte en el proceso liquidatorio de la entidad o anunciar la reclamación para registrar la contingencia; y la *"excepción innominada"*.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante sentencia del 12 de septiembre de 2017, resolvió (ff. 1050-1064):

> *"(…) Primero.- Inhibirse respecto del demando* (sic) *EPS SALUD CÓNDOR S.A. R.S. - ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.*
>
> *Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda respecto de la demandada E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. (…)"*

Para adoptar tal determinación, el *a quo* hizo alusión en primer lugar a las excepciones propuestas y desestimó las de falta de legitimación en la causa por pasiva e ineptitud sustantiva de la demanda. No obstante, encontró que la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. fue liquidada mediante la Resolución No. 040 del 26 de diciembre de 2016 y que el Agente Liquidador de la sociedad notificó por aviso la expedición de la Resolución No. 035 del 13 de marzo de 2015, a través de la cual se efectuó un pronunciamiento frente a las reclamaciones extemporáneas en los procesos que se encontraban en curso para ese momento.

Por ende, concluyó que ya se había adelantado el cierre contable y presupuestal de la persona jurídica, motivo por el cual el Despacho se inhibió de pronunciarse acerca de su responsabilidad. Por esa razón, refirió que únicamente juzgarían las actuaciones de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO.

Señaló que con la historia clínica de la menor fue probado el daño, consistente en *"la vulneración de un derecho de especial protección por el ordenamiento jurídico, como es la salud y la integridad física"*. Agregó que ese daño físico derivaba en un daño moral para la víctima directa que no era necesario acreditar, pero que el mismo no se había demostrado respecto de sus padres.

En cuanto a la imputación, manifestó que no aparecía acreditado que el daño fuera atribuible a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO sino que dependió del avance de la enfermedad, toda vez que la paciente había sido atendida conforme a la *lex artis* y los protocolos médicos. Por el contrario, adujo que el dictamen rendido dentro del proceso y los testimonios de los galenos daban cuenta de una atención adecuada, de acuerdo con la patología.

Refirió que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ determinó una pérdida de capacidad laboral de la menor equivalente al 0%, por el buen estado de salud de la menor.

Consideró que las remisiones fueron ordenadas y tramitadas por la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO oportuna y debidamente, y añadió que no había siquiera indicios de que la paciente contara con posibilidades reales de recuperar la salud sin que la enfermedad le dejara secuelas.

Explicó que a pesar de la existencia de las irregularidades presuntamente atribuibles a la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S., relacionadas con el retardo

de las remisiones, no fue probado que esos hechos tuvieran incidencia en la causación del daño

Aseveró que, en suma, el difícil diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, junto con el actuar oportuno y adecuado de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO, hacían que no pudiera declararse la existencia de una falla en el servicio, motivo por el cual negó las pretensiones de la demanda respecto de la institución hospitalaria.

4. RECURSO DE APELACIÓN (ff. 1067-1085)

Inconforme con la decisión, la parte actora apeló la sentencia bajo los siguientes argumentos:

Indicó que consideraba irregular la inhibición del *a quo* respecto de la responsabilidad de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S., porque no había norma ni jurisprudencia que estableciera como causal de inhibición la liquidación de una persona jurídica en el curso del proceso. Agregó que este hecho constituía una denegación de justicia, porque debía emitirse condena independientemente de la existencia o no de un sucesor procesal, más aun si la desestimación de las pretensiones implicaba el pago de costas procesales a cargo de los demandantes.

Manifestó que la valoración probatoria fue parcial y subjetiva, porque al examinar el dictamen pericial obrante en el plenario solo se estudió lo que beneficiaba a la entidad y no lo que favorecía a los accionantes, como la mora en la remisión de la menor a un centro médico de IV nivel de atención para minimizar los riesgos de sobreinfección.

Sostuvo que aun cuando las atenciones e intervenciones médicas no eran constitutivas de error, no sucedía lo mismo con la prontitud en la remisión urgente que requirió la paciente, lo cual se tradujo en una pérdida de oportunidad de salvar sus pulmones completos y no tener que padecer varias intervenciones.

Reiteró lo anterior con fundamento en la historia clínica e hizo énfasis en las gestiones adelantadas por los padres de la menor para lograr las remisiones ante la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S.

Esgrimió que la falla en el servicio en este caso se encontraba soportada por diagnósticos errados, omisión en las remisiones, demora, negligencia y omisión en los procedimientos médicos, que impidieron que la menor MARIANA SOFÍA tuviera un tratamiento médico eficaz.

Afirmó que al ser urgentes las remisiones, las mismas debieron conseguirse por todos los medios, incluso por la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO en contra del trámite administrativo de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S., por tratarse de una urgencia vital, y que de estas gestiones no hay prueba en el proceso.

Recalcó que no era cierto que la actuación de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO hubiera sido oportuna y diligente, ya que había participado activamente de la mora en la remisión de la paciente a un nivel de atención superior y el especialista en pediatría debió ser más preciso en sus diagnósticos en lugar de esperar tanto tiempo, de acuerdo con los antecedentes de la menor.

5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto del 13 de octubre de 2017 (f. 1087) y fue admitido por esta Corporación mediante providencia calendada del 15 de noviembre de 2017 (f. 1091). Posteriormente, a través de auto del 6 de diciembre de 2017 (f. 1093) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, oportunidad dentro de la cual las partes se pronunciaron como se relata enseguida.

5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.1. Parte demandante

Guardó silencio.

5.1.2. Parte demandada (ff. 1094-1100)

La E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO reiteró los argumentos sostenidos en la contestación de la demanda y agregó que las pruebas recaudadas daban cuenta de la atención debida y oportuna por parte de la entidad.

5.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (ff. 1101-1105)

El Procurador 45 Judicial II Delegado para Asuntos Administrativos de Tunja emitió concepto en el que, después de relacionar los hechos probados dentro del proceso, refirió que en el presente asunto no era procedente la emisión de una sentencia inhibitoria, sino que la extinción de una persona jurídica solo generaba una sucesión procesal.

Frente al fondo del asunto, adujo que el dictamen pericial obrante en el proceso daba cuenta de una falla en la que incurrió la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. al demorar el traslado de la paciente, que fuera solicitado en dos oportunidades por la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO.

Por esta razón, pidió que se condene a la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. por los perjuicios morales derivados de la pérdida de oportunidad de recibir oportunamente un tratamiento idóneo.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite del proceso ordinario, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de la litis.

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En los términos del recurso de apelación, corresponde a esta Sala establecer si:

i. *¿Fue probado que la atención médica prestada por los galenos de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO a favor de la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ fue irregular o contraria a la lex artis?*

ii. *¿Fue probada la existencia de una dilación injustificada en las remisiones ordenadas por los médicos tratantes de la paciente y, de ser así, la falta de atención oportuna constituye un daño autónomo?*

iii. *¿A qué entidades es imputable la mora en el trámite de referencia (remisión de paciente), cuando la EPS respectiva guarda silencio frente a la solicitud de autorización del servicio?*

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala anuncia la posición que asumirá así:

1.1. Tesis argumentativa propuesta por la Sala:

Por un lado, la Sala considera que la extinción de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. (persona jurídica de derecho privado que no cuenta con sucesor procesal) da lugar a la inhibición de la Corporación para pronunciarse acerca de su responsabilidad, por configurarse la excepción de inexistencia del demandado.

Por otro lado, no se probó que las atenciones médicas dispensadas a la paciente en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO fueran irregulares o contrarias a la lex artis. Por ese motivo, la extirpación parcial de su pulmón derecho es un daño jurídico, ya que fue efectuada con el fin de salvaguardar su vida y su salud.

Frente a las remisiones, el Tribunal considera que la realizada en el primer momento de la atención fue oportuna, porque se realizó al día siguiente de ser solicitada y no fue demostrado que ese tiempo afectara las condiciones de salud de la menor. En cambio, la remisión solicitada en el segundo bloque de atenciones tardó 19 días, lo cual es claramente irrazonable y desproporcionado. Este solo hecho, a voces del Consejo de Estado, se erige como un daño autónomo por falta de atención oportuna y debida, que es un interés lícito de los ciudadanos.

En principio, este daño es atribuible a la EPS correspondiente debido a que la autorización y el trámite de remisión está a su cargo; empero, el Decreto No. 4747 de 2007 (vigente para la época de los hechos) establece que el silencio de dicha entidad implica la autorización tácita del servicio, ante lo cual la IPS está en la obligación de adelantar directamente los trámites de remisión, más aun tratándose de menores que se encuentran en la etapa de primera infancia. De estas gestiones no hay prueba en el proceso, por lo que se concluye que se configuró una falla en el servicio.

Por estas razones, la Sala revocará el fallo apelado y, en su lugar, declarará la responsabilidad de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO por el daño consistente en la mora en la remisión de la paciente a una institución de mayor nivel de atención, de acuerdo con las prescripciones de los médicos tratantes. En lo demás las pretensiones se desestimarán.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.1. Responsabilidad del Estado en el marco de servicio médico-asistencial

Como lo ha manifestado consistentemente el Consejo de Estado, en materia médico-asistencial la responsabilidad del Estado puede surgir en distintos momentos y estadios de la atención. De allí que se haya precisado que todas aquellas actuaciones del servicio médico-asistencial componen el denominado "*acto médico complejo*", que está integrado por (i) los actos puramente médicos, como intervenciones, suministro de medicamentos y demás procedimientos realizados directamente dentro del proceso de atención; (ii) los actos paramédicos, que corresponden a

las acciones preparatorias del acto médico (incluyendo las obligaciones de seguridad); y (iii) los actos extramédicos, que comprenden los servicios complementarios pero necesarios para adelantar la atención médica, como el alojamiento y la alimentación[1].

Lo anterior significa que al adentrarse al juicio de responsabilidad es necesario verificar, dependiendo de la faceta del servicio, cuál fue el contenido obligacional[2] defraudado por el Estado. Por esa razón, en primer lugar resulta indispensable aclarar que las obligaciones de los profesionales de la salud -en términos generales- son de medios y no de resultado[3]. En este orden de ideas, independientemente de que al finalizar la atención no se haya logrado la curación efectiva y/o definitiva del paciente, o incluso aquel haya perdido la vida, lo verdaderamente relevante es indagar si el equipo médico hizo uso de todos los mecanismos que estaban a su alcance al realizar el tratamiento para mejorar la salud del paciente, de acuerdo a la *lex artis ad hoc* y los protocolos médicos aplicables para el caso concreto. Sobre este aspecto, el Consejo de estado se ha pronunciado como sigue:

> *"(...) Ha sido reiterada la jurisprudencia que apunta a señalar que **la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados**, lo que lleva a entender que **el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento,***

[1] CE 3B, 3 Oct. 2016, e05001-23-31-000-1999-02059-01(40057), R. Pazos.

[2] Henao, Juan Carlos. *La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés*. En Estudios De Derecho Civil, Obligaciones y Contratos, Libro de Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 Años de Rectoría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 57-114: *"(...) Para lograr determinarlo* [determinar a qué está obligado el Estado]*, se debe partir de que 'el rasgo característico de la obligación es su objeto: deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación'. Este último concepto debe diferenciarse del '**contenido de la obligación**', a pesar 'de la íntima conexión que existe entre ellos'. En efecto, 'objeto es la materia de que se compone la obligación (y) **contenido es la manera como esta materia está dispuesta, regulada en las diversas variantes que puede presentar**'.*
(...)
*La precisión es importante porque permite afirmar que **el alcance de las prestaciones que el Estado debe a sus asociados, habrá de ser estudiado teniendo en cuenta el contenido de la obligación**: la prestación como objeto de la obligación es el primer paso para determinar el contenido obligacional, y se complementa con un análisis más sutil de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que la prestación se debe. (...)"*
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

[3] La jurisprudencia ha aceptado esta distinción a pesar de que un sector de la doctrina la considere artificiosa y sin efecto práctico, teniendo en cuenta que *"toda obligación debe satisfacer resultados mediante el empleo de medios; no existen obligaciones de simples medios, ni obligaciones de meros resultados"*. A propósito, ver: Serrano Escobar, Luis Guillermo. *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012, pp. 28-96.

procedimientos que por regla general conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance conforme a la lex artis para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho. (...)"[4] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Esta conclusión se deriva de la naturaleza de la actividad. La atención médica parte de la existencia de un curso causal *negativo* frente al paciente, ya sea natural o causado por agentes externos, que es la enfermedad, el cual se enfrenta a un curso causal *positivo* que se traduce en el tratamiento médico. Dicho tratamiento tiene la finalidad de anular o, por lo menos, aminorar los efectos de la patología y mejorar el estado de salud del paciente, pero no está bajo el absoluto control del galeno, ya que no opera de forma *"matemática"* sino que obedece a la situación particular de cada caso, incluyendo la respuesta fisiológica particular del afectado.

En ese orden de ideas, el contenido obligacional en materia médico-asistencial se sustenta en el principio de confianza[5], la posición de garante[6] y el fin de protección de la norma[7], donde el fallador debe

---

[4] CE 3A, 27 Ene. 2016, e20001-23-31-000-2001-01559-01(29728), H. Andrade.

[5] CE 3B, 29 Abr. 2015, e17001-23-31-000-1998-00667-01(25574), R. Pazos: *"(...) La Sala interpreta ese derecho social* [derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental] *no sólo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la lex artis; debe traducirse por tanto, en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.*

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe entenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, ***bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[6] CE 3B, 15 Oct. 2015, e19001233100020030026 7-01(37.531), R. Pazos: *"(...) Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que* ***frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante****, como quiera que al momento ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[7] Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. *La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pp. 348-350: *"(...) En definitiva, el criterio de* ***fin de protección de la norma de cuidado*** *solo cobra sentido si se interpreta de manera correcta, ex ante, el deber objetivo de cuidado. Es decir debe admitirse que la actuación dentro del rol social obliga a un comportamiento diligente y adecuado,*

ubicarse en el lugar en el que se encontraba el médico al momento de atender al paciente para determinar las posibilidades con que contaba, y no cuestionar el suministro o no de algún servicio sin atender esa realidad material[8].

No puede perderse de vista que uno de los principios generales del derecho es aquel que reza que "*nadie está obligado a lo imposible*", así que resultaría ilógico y desproporcionado obligar indirectamente al médico a que sea infalible en todas las etapas del proceso de atención y que, además, tenga certeza absoluta de la efectividad de los procedimientos y medicamentos que suministre. Esta premisa también tiene sustento en la demarcación de los límites de la institución de la posición de garante[9] e incluso en la conceptualización de la teoría de la causalidad adecuada, donde no se considera constitutiva de responsabilidad la concreción de daños a partir de cursos causales atípicos o imprevisibles en razón de la esencia de aquella, que no es otra que las reglas de la experiencia[10].

Por otra parte, bajo la posición actual del órgano de cierre de esta jurisdicción, la carga de acreditar el incumplimiento del contenido

---

más aun cuando se personifica a una administración pública, especial contexto que ubica en los agentes del Estado el deber de avizorar claramente la finalidad de cada una de las normas que gobiernan su relación con los administrados dentro de esa relación institucional, para así evitar activar la responsabilidad ***que emerge de manera diáfana cuando su comportamiento se ubica por fuera de los postulados normativos, o no consulta con sus finalidades****. (...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[8] CE 3B, 15 Oct. 2015, e19001233100020030026 7-01(37.531), R. Pazos: "*(...) dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba* [la de la falla] *pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que* '***el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico***'*. (...)*" (Negrilla fuera del texto original)

[9] CE 3C, 10 Nov. 2016, e76001-23-31-000-2003-00707-01(33870), J. Santofimio: "*(...) el núcleo de la imputación* [con fundamento en la posición de garante] *no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible.* ***Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible*** *(...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[10] Serrano Escobar, Luis Guillermo. *Imputación y causalidad en materia de responsabilidad por daños*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 28-34: "*(...) esta teoría parte del concepto empírico de causa, reconociendo que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas condiciones; pero en la pretensión de limitar los excesos que implicaba la teoría de la condición, considera que estas no son equivalentes, y por tanto, distingue de entre dichas condiciones aquellas que,* ***de acuerdo con la experiencia general de la vida, son generalmente apropiadas para producir el resultado*** *-las que, por consiguiente, adquirían la categoría de causa-, desdeñando el papel de las restantes que solamente por azar contribuían al logro del mismo, y que, por tanto, se consideraban jurídicamente irrelevantes. (...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

obligacional, esto es, la falla en el servicio, radica en cabeza del demandante[11], quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente a través de los medios probatorios autorizados por la ley, sin que exista tarifa legal al respecto; lo anterior sin restar relevancia al dictamen pericial, que aunque no puede tildarse de prueba preferente o única, por su carácter directo y científico puede llevar más adecuadamente a la convicción del Juez[12].

Esto no obsta para que, ante una situación de extrema dificultad -o imposibilidad- de acreditar por medios directos la atribución del daño, se haya aceptado la prueba indiciaria, con la cual se busca alcanzar, si no certeza, un grado suficiente de probabilidad para adelantar el juicio de imputación[13].

2.2. Derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 44 de la Constitución le otorga un carácter prevalente a los derechos de los niños, enlistando estos últimos de la manera que sigue:

> *"(...) ARTÍCULO 44.* ***Son derechos fundamentales de los niños****: la vida, la integridad física, la* ***salud*** *y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*
>
> *La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*

---

[11] CE 3B, 2 May. 2016, e2001-23-31-000-2003-01349-01(33140)A, D. Rojas: *"(...) sea lo primero advertir que las tesis jurisprudenciales (...) según las cuales el régimen de responsabilidad aplicable en materia de daños ocasionados por actividades médicas es el de la falla presunta y que, en materia probatoria, debe aplicarse el principio de la carga dinámica de la prueba, fueron recogidas.* ***Es una posición ahora consolidada el que, por regla general, la responsabilidad del Estado por cuenta de daños derivados de intervenciones médicas se compromete bajo el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado, le son propias****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

[12] CE 3A, 14 Sep. 2016, e63001-23-31-000-2002-01058-01(38804), M. Velásquez: *"(...) Por tanto, resulta evidente que el demandante tiene el onus probandi de la falla del servicio, para cuyo efecto podrá aperarse de cualquiera de los medios probatorios permitidos dentro del sistema jurídico (artículo 175 del Código de Procedimiento Civil),* ***pero claro, sin que se esté abogando por una tarifa probatoria, resultan adecuados especialmente los dictámenes periciales y los testimonios técnicos****. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

[13] Ver, por ejemplo: CE 3B, 13 Nov. 2014, e05001233100019990321 8-01(31182), R. Pazos.

***Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás**.*
(...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Esta disposición guarda concordancia con lo contemplado en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Niño, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 25-2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

A fin de reglamentar las anteriores y compromisos, el artículo 27 de la Ley de Infancia y Adolescencia preceptuó:

"*(...) ARTÍCULO 27. DERECHO A LA SALUD.* ***Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral**. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.*

En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.

Incurrirán en multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En el mismo sentido, el numeral 15 del artículo 41 de la misma norma estipula como obligación del Estado la siguiente:

"*(...) ARTÍCULO 41. OBLIGACIONES DEL ESTADO. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:*
(...)
15. ***Asegurar los servicios de salud** y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta **y niños, niñas y adolescentes**. (...)*" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Más específicamente, el artículo 46 estableció la siguiente obligación en materia de salud:

"*(...) ARTÍCULO 46. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes:*
(...)

1115

*5. **Garantizar atención <u>oportuna</u> y de calidad a todos los niños, las niñas y los adolescentes, en especial en los casos de urgencias.** (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Con base en los anteriores mandatos, la Corte Constitucional ha resaltado la relevancia del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, lo cual ha sido reiterado en múltiples oportunidades, como se observa enseguida:

*"(...) este Tribunal se ha ocupado de interpretar el derecho fundamental de los niños a la salud, a la luz de los tratados internacionales en la materia y ha considerado que '**la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales deben interpretarse los derechos constitucionales** (...).*

*De las anteriores consideraciones concluye la Sala que **<u>el derecho fundamental de los menores a la salud debe ser atendido en forma inmediata y prioritaria</u>**, con miras a garantizar su desarrollo armónico e integral, de tal manera que sus necesidades sean cubiertas de manera eficaz. Adicionalmente, que gracias a la protección reforzada de los derechos fundamentales de los niños, **les deben ser suministrados de manera adecuada todas las prestaciones necesarias para garantizar su derecho fundamental a la salud.** (...)"*[14] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De este modo, los derechos de los niños tienen carácter prevalente y, en específico, su derecho a la salud genera al Estado una carga obligacional más alta y estricta, en tanto que el deber de atención inmediata, prioritaria y cubierta eficazmente tiene raigambre no solo constitucional sino también convencional.

3. ANÁLISIS DE LA SALA

3.1. Efectos de la liquidación de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S.

El primer argumento de la alzada, apoyado por el Ministerio Público, cuestiona que el *a quo* se hubiera inhibido de decidir de fondo el litigio respecto de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S., en virtud de su liquidación.

Al respecto, en el proceso aparece que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, mediante la Resolución No. 2743 del 4 de septiembre de 2012 ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, así como la intervención forzosa administrativa para liquidar la E.P.S.

[14] CConst, T-1222/2008, R. Escobar.

SALUD CÓNDOR S.A. R.S., con lo que se revocó su certificado de habilitación. Esta decisión fue reafirmada a través de la Resolución No. 582 del 8 de abril de 2013 (ff. 193-196) e informada dentro de litigio por el Agente Liquidador.

Según información obrante en la página web oficial de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD[15], por medio de la Resolución No. 040 del 26 de diciembre de 2016 se dispuso la terminación legal de la existencia de la persona jurídica a partir de esa misma fecha, con lo que finalizó el proceso de liquidación forzosa.

Antes de la extinción total de la entidad, el 10 de abril de 2015 (ff. 958-959) el Agente Liquidador allegó al plenario copia de la Resolución No. 035 del 13 de marzo de 2015, "*por medio de la cual la Agente Especial Liquidadora se pronuncia en relación con las reclamaciones extemporáneas y los procesos ordinarios, de ejecuccion* (sic), *fiscales y/o sancionatorios que cursan o llegaren a notificarse en contra de salud Condor EPSS s.a. en liquidación*", en el que se resolvió, entre otras cosas, lo que sigue:

> "*(…) ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR como insolutos, los créditos Laborales, fiscales, parafiscales y quinta clase reclamados de manera oportuna y reconocidos mediante acto administrativo en el proceso liquidatorio, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución, en especial por el agotamiento total de los activos disponibles de SALUD CONDOR* (sic) *EPSS S.A. EN LIQUIDACIÓN.*
>
> *ARTÍCULO SEGUNDO: RECHAZAR TOTALMENTE las obligaciones litigiosas enlistadas a titulo enunciativo en el capítulo séptimo de la presente Resolución y* ***DECLARAR la imposibilidad material y financiera de SALUD CONDOR*** (sic) ***EPSS S.A. EN LIQUIDACION*** (sic) ***de constituir la reserva técnica y económica que dispone el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución y en consecuencia, en caso de producirse cualquier tipo de condena por concepto de procesos judiciales ordinarios, declarativos, de ejecución, ejecutivos, de responsabilidad fiscal y/o sancionatorios en contra de SALUD CONDOR*** (sic) ***EPSS S.A. EN LIQUIDACIÓN no será posible efectuar el pago de la eventual condena como tampoco atender la eventual solicitud futura del demandante de revocar el presente acto administrativo para proceder a su inclusión entre las acreencias aceptadas, por el agotamiento total de los activos disponibles de SALUD CONDOR*** (sic) ***EPSS S.A. EN LIQUIDACIÓN.***
>
> *ARTÍCULO TERCERO: RECHAZAR TOTALMENTE los créditos reclamados de manera extemporánea, enlistados en el capítulo octavo de la presente Resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1.3.2.7 del Decreto 2555 de 2010 y en el parágrafo del artículo 9.1.3.2.4 del Decreto 2555 de 2010. (…)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

---

[15] Extraído de: https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/MedidasEspeciales/Directorio%20de%20Entidades/MEFT15%20DIRECTORIO%20CONSOLIDADO%20DE%20EAPB%20LIQUIDADAS.pdf (consultado el 21/Mar./2019)

Contextualizado lo anterior, la Sala advierte que en el proceso fueron planteadas dos tesis acerca de las consecuencias procesales y sustanciales de la extinción de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. Por un lado, el Juez de primer grado consideró que la inexistencia de la persona jurídica lleva a una inhibición, debido a su incapacidad de defenderse en juicio y la desaparición de su patrimonio. Por otro lado, la parte actora señala que una sentencia inhibitoria constituye una denegación de justicia y, por ende, aun cuando nadie esté llamado a pagar una eventual condena, es menester pronunciarse de fondo sobre la responsabilidad de la entidad. Una variante de esta posición es la esbozada por el Ministerio Público en su concepto, donde afirma que la extinción de la entidad solo da lugar a la sucesión procesal.

Al respecto, el artículo 44 del CPC señala:

> *"(...) ARTÍCULO 44. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA COMPARECER AL PROCESO.* ***Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.*** (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Con la derogatoria del CPC, actualmente el artículo 53 recoge esta disposición, así:

> *"(...) ARTÍCULO 53. CAPACIDAD PARA SER PARTE. Podrán ser parte en un proceso:*
>
> ***1. Las personas naturales y jurídicas.***
>
> *2. Los patrimonios autónomos.*
>
> *3. El concebido, para la defensa de sus derechos.*
>
> *4. Los demás que determine la ley.*

Esta norma regula la capacidad para ser parte en el proceso, que constituye una de las condiciones indispensables para actuar válida y eficazmente dentro del mismo, como lo explica el tratadista DEVIS ECHANDÍA:

> *"(...) 206. Condiciones para actuar válida y eficazmente en el proceso.*
>
> *Cualquiera que sea la situación de la parte en el proceso y su modo de actuar (véanse núms. 176 y 180),* ***para que su concurrencia sea válida y sus actos produzcan efectos legales procesales, debe reunir las siguientes condiciones: a) capacidad para ser parte; b) capacidad procesal o para comparecer al proceso, es decir, legitimatio ad processum; c) debida representación cuando no se actúa personalmente o se trata de una***

> ***persona jurídica; d) adecuada postulación.*** *(...)"*[16] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Y específicamente, sobre la capacidad para ser parte, el autor señala:

> *"(...) 207. Capacidad para ser parte en procesos.*
>
> *Ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídica procesal (véanse núms. 174-179); por consiguiente,* ***la capacidad para ser parte se identifica con la capacidad de ser sujeto de esa relación*** *como demandante,* ***demandado****, interviniente, sindicado, parte civil o ministerio público.*
>
> ***La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general, que reglamenta el Código Civil****. (...)"*[17] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este orden de ideas, la capacidad para ser parte en el proceso se identifica con la posibilidad de ser sujeto de derecho y obligaciones, lo cual para el caso de las personas jurídicas lógicamente ocurre durante su periodo de existencia. Una vez termina el proceso liquidatorio, la persona jurídica desaparece y, por ende, pierde la capacidad para ser parte, esto es, sujeto de la relación jurídica procesal.

Ahora bien, el artículo 60 del CPC -hoy el artículo 68 del CGP- establece que "[s]*i en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter*" y agrega que "*la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran*". Esta disposición parte de un supuesto básico, que es la existencia de *sucesores en el derecho debatido*, ya que su ausencia haría inane cualquier juicio dentro del proceso.

En el escenario de la extinción sobreviniente de personas jurídicas, ejemplos de sucesores en el derecho debatido son "*los acreedores a quienes se les adjudique el bien litigioso*"[18] (sucesión procesal por activa) y, para el caso de las personas jurídicas de derecho público, la entidad que asuma las acreencias de la entidad (sucesión procesal por activa) o el patrimonio autónomo que se cree para el pago de las obligaciones respectivas, sin perjuicio de que la Nación u otra entidad asuman dichos

---

[16] Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 351.
[17] *Ibíd*.
[18] *Ibídem*, p. 313.

pasivos (sucesión procesal por pasiva), de acuerdo con la normatividad especial que rija la liquidación (art. 35 D 254/2000[19]).

No obstante, las personas jurídicas de derecho privado en principio[20] carecen de sucesores procesales para atender los pasivos nacidos luego de su extinción, ya que precisamente el procedimiento liquidatorio implica -a rasgos generales- la elaboración de un inventario de bienes, el llamado a los acreedores, la conformación de la masa de liquidación y la determinación de los créditos excluidos de ella, y el pago de las acreencias de acuerdo con los órdenes de prelación de créditos.

Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia ha entendido que en este escenario no resulta procedente adelantar un juicio de responsabilidad respecto de la persona jurídica de derecho privado extinta que no cuente con sucesor procesal:

> *"(...) Se reitera que para la fecha de emisión de esta sentencia, la sociedad demandada* [Solsalud E.P.S. S.A.] *ya fue liquidada a través de la Resolución 4964 de 2014, por tanto,* ***se extinguió su personalidad jurídica y con ello la posibilidad de que sobre ella recaiga un juicio de imputación; adicionalmente, no se conoce que exista un sucesor procesal ni un patrimonio autónomo de remanentes,*** *pues los afiliados a la E.P.S. fueron reubicados en otras empresas y en la resolución no se dijo nada al respecto.*
>
> *Por tanto,* ***en virtud de la configuración del desequilibrio financiero del proceso liquidatorio, por el agotamiento total de sus activos, y de la extinción de la persona jurídica denominada Solidaria de Salud, Solsalud S.A., esta no tiene la aptitud jurídica para ser sujeto de relaciones jurídicas y, como consecuencia, no puede ser titular de derechos y obligaciones procesales, ni asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso, como podría ser una eventual condena.***
>
> *Nótese cómo el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil reconoce la capacidad de las personas jurídicas para ser parte dentro de los procesos judiciales, partiendo del supuesto de que ellas existan como personas que comparezcan a través de sus representantes legales, situación que resulta imposible en este caso.*

---

[19] *"(...) ARTÍCULO 35. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> (...) Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley. (...)"*

[20] CE 3B, 7 Feb. 2019, e68001-23-33-000-2015-00133-01(57024), R. Pazos: *"(...) la Sección Primera de esta Corporación al resolver casos similares o análogos al aquí tratado ha señalado que* ***aunque una entidad inexistente en efecto no puede ser parte dentro de un proceso, sí se puede dar trámite a la demanda en aquellos eventos en los que se vincule como parte demandada a una persona jurídica distinta, siempre y cuando esta se encuentre en posibilidad de asumir las cargas y responsabilidades que eventualmente se desprendan del proceso****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

> *Así las cosas,* ***ante la imposibilidad de que una persona jurídica extinta pueda ser parte en un proceso judicial, se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar únicamente al Hospital Integrado San Pedro Claver de Mogotes****, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. (...)"*[21] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

El asunto bajo estudio es casi idéntico al citado[22], ya que la extinción de la persona jurídica (EPS) se presentó en el curso del proceso y el procedimiento liquidatorio se cerró definitivamente con el agotamiento total de los activos, lo que hace imposible aprovisionar recursos para atender contingencias futuras, como la imposición de condenas luego de extinguida la sociedad.

Por lo tanto, en hipótesis específicas como la que ahora se analiza, este Tribunal considera que lo procedente, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 164 del CCA, consiste en declarar probada de oficio la excepción de inexistencia del demandado (art. 97-4 CPC / art. 100-3 CGP) y, en consecuencia, declarar la inhibición[23] para analizar el asunto de fondo respecto de la persona jurídica extinta. De esta forma, se modificará el numeral 1° de la sentencia apelada para que quede claramente definido el motivo de la inhibición.

3.2. Caso concreto

De manera preliminar, la Sala precisa que otorgará valor probatorio a los documentos aportados en copias simples, de conformidad con las razones expuestas en la sentencia de unificación dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 30 de septiembre de 2014[24]. Asimismo, las pruebas trasladadas pertenecientes a la acción de tutela con radicación No. 2009-0101 también serán valoradas, en razón a que su decreto se produjo en el auto que abrió el proceso a pruebas (f. 541) y permanecieron visibles en el plenario sin que los integrantes de la parte demandada se opusieran a su contenido[25].

---

[21] CE 3A, 11 Oct. 2018, e68001-23-31-000-2000-00236-01(46657), M. Velásquez.
[22] En la sentencia se señala que el primer cargo de la apelación fue *"la exoneración de responsabilidad de la E.P.S. Solidaria de Salud, Solsalud S.A."* en razón de su extinción.
[23] Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 352: *"(...) no existe nulidad procesal por falta de capacidad para ser parte en procesos, porque no se trata de incapacidad procesal para comparecer por sí mismo al proceso (véase núm. 210). Se trata de cuestión de fondo o mérito que debe resolverse en la sentencia, o en excepción previa si la ley lo autoriza.* ***Dicha sentencia, en caso de faltar la prueba de la existencia jurídica del demandante o del demandado, debe ser inhibitoria****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)
[24] CE Plena, SU 30 Sep. 2014, e11001-03-15-000-2007-01081-00(REV), A. Yepes.
[25] Ver, por ejemplo: CE 3A, 1° Mar. 2018, e05001-23-31-000-2005-03387-01(49884), M. Marín; y CConst, T-204/2018, A. Linares.

Ahora bien, para desarrollar el análisis del caso concreto en primer lugar se efectuará un relato de los hechos probados en torno al tratamiento ofrecido a la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ, para luego estudiar los cargos de la alzada.

Fue probado que el **20 de junio de 2009** a las 9:30 p.m. la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ (de 3 años de edad) ingresó por el servicio de urgencias de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO al presentar un cuadro de 24 horas de evolución consistente en fiebre e hiporexia (ausencia o disminución del apetito) asociado con vómito. Luego de ser examinada, le fue diagnosticada una faringitis aguda y síndrome febril y, en ese sentido, le fue suministrado ibuprofeno. Ante la estabilización de la paciente y la desaparición de la emesis (vómito), a las 11:10 p.m. del mismo día se le dio salida a la menor, formulándole naproxeno y sales de rehidratación oral (SRO), e indicando a su progenitora los signos de alarma y recomendaciones generales que debía atender (ff. 454-455).

El **24 de junio de 2009** a las 8:03 p.m., ante la persistencia de la fiebre y dificultad para respirar, la menor fue llevada por su progenitora a la CLÍNICA DE ESPECIALISTAS LTDA. C.I., donde le fue diagnosticado un síndrome de dificultad respiratoria. Debido a la condición de la paciente, se ordenó su remisión a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO (ff. 442-444 y 598-599). Recibida la menor en esta institución hospitalaria el **25 de junio de 2009** a las 12:15 a.m., fue valorada por el médico del servicio de urgencias y, posteriormente, aceptada por el servicio de pediatría, ordenándose su hospitalización (f. 416).

Las valoraciones por parte del pediatra tratante llevaron a que se diagnosticara una neumonía derecha estafilocóccica y derrame pleural, a la cual se le dio manejo antibiótico de amplio espectro y, paralelamente, se ordenó la realización de una ecografía de tórax (f. 384). El reporte de la ecografía (ff. 385 y 438) mostró una escasa cantidad de derrame pleural (110 c.c. aproximadamente) y atelectasia (disminución del volumen pulmonar) que comprendía el parénquima pulmonar adyacente (porción del pulmón involucrada en la transferencia de gas). Por esa razón, se solicitó interconsulta con cirugía pediátrica para drenar el líquido.

El **26 de junio de 2009**, ante la ausencia de cambios en los síntomas (evolución estacionaria) en el primer día del manejo antibiótico de amplio espectro, a las 6 p.m. se realizó una toracocentesis para la extracción del líquido, el cual fue enviado a análisis. Sin embargo, ante los resultados de una radiografía post-punción, el pediatra tratante infirió una etiología estafilocóccica posiblemente indicativa de AH1N1 (ff. 385 v-386 y 418 v.).

No obstante, el reporte del cultivo de la muestra no arrojó datos relevantes, motivo por el cual se continuó con el tratamiento que venía aplicándose (ff. 386 y 424-425).

El **27 de junio de 2006** el pediatra tratante refirió que luego de la punción hubo una mejoría temporal, pero más adelante el estado de la menor decayó y hubo una desmejora, por lo que se consideró la realización de una toracotomía lateral, la cual se llevó a cabo esa misma tarde a las 5 p.m. En la intervención se encontró un derrame sanguinolento que fue drenado (entre 300 y 400 c.c.), se hizo un lavado con solución salina y se dejó un tubo de toracostomía para seguir el drenado del líquido (ff. 387 y 426).

Durante los días posteriores la niña solo tuvo una mejoría leve, por lo que la evolución se consideró estacionaria (ff. 387-389). El **30 de junio de 2009** el cirujano pediatra ordenó la realización de un TAC de tórax simple y con contraste (f. 389 v.), que fue practicado el **1° de julio de 2009** a las 8 a.m. (f. 420.). En esa calenda, a las 12 p.m., se dejó la siguiente anotación (f. 390):

> *"(...) Se llama al call center de CONDOR y se habla con la funcionaria ERIKA CAICEDO quien manifiesta que han efectuado tramites* (sic) *de remision de la niña, sin exito* (sic)*, a los siguientes hospitales: Clinica* (sic) *San Fernando, Hospital el* (sic) *Tunal e Inversiones Dumian. Esta ultima* (sic) *EPS está a la espera de desocupar una cama de la UCI pediátrica que se espera se pueda utilizar para la niña.*
> *Manifiesta que No tienen contrato vigente con Hospital San Rafael ni con Medilaser.*
> *Manifiesta que mañana harán tramites* (sic) *administrativos con San Rafael para intentar acuerdo de pago anticipado para que reciban a la niña.*
> *Se explica situación de la niña y se queda a la expectativa de confirmación de la remisión. (...)"*

A las 12:10 p.m. la nota de turno retrató el difícil estado de la paciente y, además de ordenar transfundirle 280 c.c. de glóbulos rojos empacados (GRE), indicó la necesidad de manejo en una UCI pediátrica (f. 392). A la 1:30 p.m. del mismo día el cirujano pediatra recibió los resultados del TAC y determinó lo que sigue (f. 391 v.):

> *"(...) Reporte TAC torax* (sic) *con contraste: Imagen compatible con neumonia* (sic) *necrotizante que compromete el lóbulo medio y superior derecho, colecciones residuales laminares en cavidad pleural derecha. (...)"*

A las 4:35 p.m. del 1° de julio de 2009 se dejó una anotación referente al trámite de remisión (f. 391 v.):

1119

> *"(...) Se llama a EPS Condor* (sic) *quienes Refieren No haber recibido fax de Remision* (sic), *se Reenvia* (sic) *Remision* (sic) *a la EPS Condor* (sic) *y se confirma Recibido del mismo, quien confirma se llama Viviana Mera encargada de Remision* (sic). *(...)"*

Una nueva nota del servicio de cirugía pediátrica, suscrita por un galeno diferente, reiteró la necesidad de manejo por UCI pediátrica y manifestó: *"se apoya necesidad de remision* (sic)" (f. 392 v.). Al día siguiente, esto es, el **2 de julio de 2009**, el servicio de pediatría dejó la siguiente anotación a las 5:50 a.m. (f. 394):

> *"(...) Paciente quien tiene criterios de manejo de UCI pediátrica por riesgo de falla ventilatoria y requerimiento alto de oxigeno* (sic), *en quien esta* (sic) *pendiente remisión a UCI pediátrica. Condor* (sic) *no ha respondido llamado, ayer se transfundieron 280 cc GRE tipo B negativo (...)"*

A las 8 a.m. se registró el envío de un fax a la Clínica Monterrey debido a que la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. señaló que no había cupos en ninguna otra institución, pero esta no aceptó el proceso de referencia por la misma causa. Por esa razón, a las 9:15 a.m. se anotó que se sostuvo comunicación con el área de Trabajo Social en razón de la anterior negativa y la *"incapacidad de Condor* (sic) *para conseguir lugar de remisión"*, a fin de adelantar el trámite con la Secretaría de Salud de Boyacá. Asimismo, a las 11:30 a.m. se plasmó en la historia clínica que era *"urgente* [la] *remisión* [a una] *UCI pediátrica"* (f. 394 v.)

Finalmente, ese **2 de julio de 2009** a las 11:50 a.m. el área de Trabajo Social logró directamente tramitar la remisión de la paciente en ambulancia medicalizada a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, la cual se materializó a las 12:55 p.m (f. 395), siendo recibida efectivamente a las 2:10 p.m. (f. 665).

En la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA la paciente fue recibida con anotación de urgencia en la unidad de cuidados intensivos pediátricos (UCIP) y luego fue hospitalizada por el servicio de pediatría (ff. 665-667). Debido a la patología de la menor (posible infección por bacteria resistente a betalactámicos -neumococo resistente-), el Comité de Infecciones Intrahospitalarias decidió restringir las visitas y emitir instrucciones de precaución para el proceso de atención (f. 667 v.). Se continuó con el tratamiento y, después de la realización de varios exámenes y de un seguimiento riguroso al estado de la menor, el **19 de julio de 2009** se programó la realización de una toracotomía y decorticación, en razón a que la patología había evolucionado hacia una parquipleuritis con colapso pulmonar casi completo (f. 675 v.). La intervención se llevó a cabo el **20 de julio de 2009**, pero los hallazgos de necrosis en el lóbulo superior y dos terceras partes del lóbulo medio del

pulmón derecho derivaron en la realización de una lobectomía media y superior de ese órgano (ff. 676-679). Ante la evolución favorable de la paciente por la cirugía y el tratamiento antibiótico, el **27 de julio de 2009** la menor fue remitida de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA a la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO, que la recibió a las 11:10 p.m. (ff. 346, 366 y 695).

Ya en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO, la menor fue valorada el **28 de julio de 2009** a las 12:10 a.m. por pediatría, que refirió que el tratamiento antibiótico recomendado por los médicos tratantes de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA tenía una extensión de 21 días, de los cuales habían transcurrido 7 (f. 355). Debido a la evolución favorable y el cumplimiento del tratamiento antibiótico, el **2 de agosto de 2009** a las 8 a.m. decide dársele salida con recomendaciones, fórmula de antibióticos para un mes y cita de control por pediatría con radiografía de tórax (ff. 347 y 358).

La menor MARIANA SOFÍA asistió a controles en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO los días 1° y 2 de septiembre y **23 de noviembre de 2009**. En esta última atención se informó la presencia de hiporexia y dificultad para respirar (f. 244), por lo que se revisó una radiografía de tórax de la paciente que evidenció un *"gran espacio aéreo herniado"*, que provocó su hospitalización (f. 349), con la orden relativa a realizar un TAC de tórax contrastado para definir la necesidad de manejo quirúrgico (f. 244).

Con los resultados del examen, el **24 de noviembre de 2009** a las 5:10 p.m. se planteó la posible necesidad de realizar una resección del remanente pulmonar, lo cual fue reafirmado el **27 de noviembre de 2009** (f. 246 y 247 v.). En esta última fecha se dejó como anotación la siguiente: *"Remision* (sic) *a Bogotá - Neumología y Cirugía Pediatica* (sic)". Anotaciones similares fueron plasmadas el **28 de noviembre** a las 7:30 a.m. (f. 247), el **29 de noviembre** -sin hora- (f. 248), el **30 de noviembre** -sin hora- (f. 248 v.), el **1° de diciembre** a las 8:10 a.m. (f. 249), el **2 de diciembre a** las 7:20 a.m. -aunque esta anotación indicó que la entidad receptora sería el Hospital Santa Clara- (f. 249 v.), el **3 de diciembre** a las 7:20 a.m. (f. 249 v.) y el **4 de diciembre de 2009** a las 8 a.m. Este último registro el pediatra tratante expresó (f. 250):

> *"(...) Esta niña NO HA SIDO HA SIDO* [ilegible] *Por su ARS como se solicito* (sic) *en un Hospital donde puede realizarse una Neumectomia* (sic) *de los Restos Atroficos* (sic) *para solucionar la fistula* (sic) *Bronco-pleural que tiene. En este hospital No contamos con UCI Pediatrica* (sic) *para practicar esta cirugia* (sic). *Se INSISTE EN REMISION* (sic). *(...)"*

Se adelantó tratamiento antibiótico a la paciente, que la mantuvo estable aunque con evolución tórpida y sin mejoría significativa. El **14 de diciembre de 2009** el servicio de cirugía pediátrica dejó el siguiente registro (f. 258 v.):

> *"(...) Plan: Requiere Toracotomía* [ilegible], *Drenaje y eventual y resección de una vez de los restos atróficos ¿? Ante esto No se cuenta con UCI Pediatrica* (sic) *para Manejo Post-Op. Se inicia de Nuevo tramite* (sic) *Remision* (sic). *(...)"*

En la misma fecha a las 11 a.m. el servicio de cirugía pediátrica dejó una anotación semejante (f. 259): *"Se Inicia tramite* (sic) *de Remision* (sic) *para centro que cuente con Cirugia* (sic) *Pediatrica* (sic) *y UCIP."* (f. 259). Similarmente aconteció el **15 de diciembre de 2009** (f. 259 v.):

> *"(...) Plan: Hoy drenaje* [ilegible] *pleural Dirigida con ECO. Sin embargo es probable que recurra y ante esto es de considerar toracotomía y en este centro No se puede realizar por falta de Recursos de 3er Nivel Tipo UCI, banco de sangre, Soporte Nutricional etc. Se habla con NANCY de CONDOR* (sic), *informa posibilidad den FCI y/o Simon Bolivar se Actualiza Remision* (sic). *(...)"*

El **16 de diciembre de 2009** el señor GONZALO SALCEDO TORRES (padre de la menor) interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S., solicitando que se le ordenara a la entidad que *"de forma INMEDIATA, autorice, y remita a la Clínica Carlos Ardila Lulle de Bucaramanga"* a la paciente, dado su delicado estado de salud. En el trámite del proceso la EPS allegó una bitácora donde estaban plasmadas sus gestiones adelantadas el 9 de diciembre de 2009 en aras de la consecución de una institución médica receptora (aunque con inconsistencias en la información) y adujo que la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA había aceptado la remisión. Por este motivo, la acción fue fallada declarando la carencia actual de objeto por hecho superado (anexo 2). Esta actuación se produjo en virtud de una autorización generada por Secretaría de Salud de Boyacá, adelantada el mismo 16 de diciembre de 2009, en la que se dejó como observación que los servicios debían recobrarse a la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. (f. 566).

El **17 de diciembre de 2009** a la 12:56 a.m. la menor MARIANA SOFÍA fue recibida en la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA, donde se ordenó su hospitalización. Después de varios exámenes y de continuar con el tratamiento antibiótico, el 18 de diciembre de 2009 le fue realizada una broncoscopia más inserción de catéter venoso central y se programó una nueva intervención quirúrgica (pleurectomía más decorticación pulmonar derecha), la cual al parecer finalmente no se practicó por la

evolución adecuada de la paciente. Así las cosas, el **6 de enero de 2010** a las 11:32 a.m., una vez transcurridos 21 días de tratamiento antibiótico, se dio salida a la menor (f. 570 CD).

Descendiendo a los argumentos de la alzada, esta Corporación encuentra que los reparos de la parte actora se centran en (i) el inadecuado y tardío proceso diagnóstico de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO (a pesar de que en otros apartes de recurso se afirma la idoneidad de la atención médica) y (ii) las dilaciones en los procedimientos de remisión, que el apoderado de la parte actora relaciona con una pérdida de oportunidad.

Sobre estos aspectos, el Tribunal observa que el dictamen elaborado por la Sociedad Colombiana de Cirugía Pediátrica dentro del proceso expuso lo siguiente (ff. 1011-1013):

> *"(...) 3. **Lo registrado en la historia clínica hace pensar que el manejo fue idóneo en el primer momento de atención**. De hecho la paciente había consultado por cuadros similares meses antes y había mejorado con manejo* (sic) *similares. (ver atenciones previas en Hospital regional* (sic) *de Sogamoso y en la Clínica de Especialistas).*
>
> *4. La Neumonía Derecha Asociada a derrame pleural se pudo instaurar en el transcurso de os* (sic) *cuatro días que siguieron a la atención inicial por el Dr. Mario Alexander Rico G, y **dentro de los descrito en la historia clínica no hay ninguna evidencia que lleve a concluir impericia por parte del Dr. Rico**.*
>
> *5. El tiempo entre el ingreso de un microorganismo con el estafilococo aureus al organismo y la producción de síntomas y daños, depende de la capacidad de respuesta inmune del paciente. Pero en general se pude* (sic) *afirmar que dicho germen es muy agresivo y puede producir daños graves a nivel pulmonar o en otros órganos en 24 a 48 horas.*
>
> *6. Considerando que la paciente presentaba una neumonía complicada con derrame pleural y requería ser intervenida quirúrgicamente y previendo la posibilidad de graves complicaciones intraoperatorias y postoperatorias, como insuficiencia respiratorio* (sic)*, shock séptico, shock hemorrágico que pueden llevar a la muerte. **Este tipo de pacientes debería ser tratado idealmente en un centro de tercer o cuarto nivel de atención** que cuente con unidad de cuidado intensivo pediátrico, banco de sangre, equipos para endoscopia de vía aérea, especialistas en neumología pediátrica, infectología pediátrica.*
>
> *7. Es difícil prever si la evolución habría sido diferente si se hubiese trasladado en forma urgente a un centro de 4 niveles de Atención Médica, pero si* (sic) *se puede asegurar que se hubiesen minimizado los graves riesgos a que fue sometida la paciente.*
>
> *8. En la segunda hospitalización la paciente presentaba un neumotórax a tensión, secundario a una fistula* (sic) *broncopleural, secuela de la enfermedad de base neumonía necrotizante. El neumotórax a tensión es*

112

una entidad clínica muy grave que pone en riesgo la vida, si no es tratada en cuestión de minutos puede llevar a la muerte, por lo que se puede concluir que ***el tratamiento inicial en el Hospital Regional de Sogamoso, Toracostomia*** (sic) ***y Toracoscopia estaban indicados, justificados y prácticamente obligados para salvar la vida de la menor****. Una vez controlada esta patología con la intervención quirúrgica,* ***la paciente debía ser trasladada a un centro de 4 niveles para poder resolver en forma definitiva idónea la patología que la aquejaba.***

9. En cuanto al manejo antibiótico durante la segunda hospitalización ***se puede afirmar que el manejo antibiótico fue adecuado, y acorde al*** (sic) ***lex artis vigente en la actualidad****. Basándose en la evidencia clínica y de laboratorio, de hecho es llamativo que todos los cultivos realizados fueron negativos, tanto en sangre como en el líquido pleural extraído en la intervención. La remisión oportuna hubiese disminuido el riesgo de sobre infección bacteriana en una paciente con secuelas de neumonía necrotizante. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

El análisis de la historia clínica, en conjunto con el dictamen pericial, en criterio de la Corporación lleva a dos conclusiones; en primer lugar, que el acto médico -en estricto sentido- que fue llevado a cabo en la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO fue adelantado conforme a la *lex artis*[26] y, en segundo lugar, que la remisión oportuna de la paciente a un centro de mayor nivel de atención hubiera minimizado *los riesgos* a los que estuvo expuesta la paciente.

Frente al acto médico -en estricto sentido-, el Tribunal observa que se realizaron exámenes, valoraciones, intervenciones y demás diligencias necesarias para atender los padecimientos de la menor, que según la experticia eran los indicados de acuerdo con la patología a la que se enfrentaban los galenos. El hecho de que su identificación precisa no fuera inmediata sino que se diera a partir del tratamiento iniciado en ningún momento es constitutivo de culpa o falla, ya que la labor médica no es mecánica ni exacta y, por ende, no es posible exigir una infalibilidad absoluta desde la primera examinación. Incluso, como se puso de presente en precedencia, en el recurso de alzada erráticamente el apoderado de los accionantes señaló que hubo falencias en el proceso diagnóstico, para luego aseverar que el mismo había sido adecuado.

En cuanto a la oportunidad de las remisiones, la Sala considera que es necesario examinar aspectos adicionales. Por un lado, el proceso de atención estuvo dividido en dos momentos, el que perduró entre el 20 de

[26] La información obtenida de los testimonios de los médicos EDGAR RUBIO TALERO y JOSÉ ALEJANDRO RODRÍGUEZ DÍAZ apoya esta conclusión, aunque en general refieren las atenciones registradas en la historia clínica (ff. 634-639). Los demás testimonios, al no ser rendidos por especialistas, no tienen la aptitud para calificar la actuación médica en estricto sentido.

junio y el 2 de agosto de 2009 y el que trascurrió del 23 de noviembre de 2009 al 6 de enero de 2010.

En el primer momento, según la historia clínica **la remisión de la paciente fue requerida por el médico tratante el 1° de julio de 2009 en la mañana y se materializó el 2 de julio del mismo año al medio día**. Esto, sumado a la idoneidad de la atención (cuestión que no fue refutada probatoriamente), en criterio de esta Corporación hace que no pueda reprocharse una posible mora. Esta tesis se refuerza con el devenir posterior del tratamiento en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, ya que allí se continuó el tratamiento antibiótico que venía implementándose y solo hasta el 20 de julio de 2009 se dispuso realizar la cirugía que terminó con una lobectomía media y superior del pulmón derecho; lapso que rompe una posible vinculación entre el tiempo que tardó la remisión (un día) y la necesidad de la intervención quirúrgica.

Este aspecto es de suma relevancia, porque si el daño alegado en la demanda en principio consiste en la afectación psicofísica de la menor por la extirpación parcial de su pulmón derecho y esta actuación se produjo en el primer momento de atención que, conforme se coligió, fue adecuado y oportuno, no puede emitirse una condena por ese aspecto. En otras palabras, el **daño sufrido por la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ en el primer momento de atención es jurídico**, porque se derivó de la evolución negativa de la patología, sin mediar defraudación alguna del contenido obligacional enmarcado en el acto médico complejo.

Además, el dictamen pericial no determinó que si la remisión hubiera sido más rápida se hubiera salvado el órgano, sino que refirió que se hubieran reducido los *riesgos* a los que fue sometida la paciente, al encontrarse en un centro con un nivel de atención inferior al necesario.

El segundo bloque de atenciones cuenta con características diferentes. Una vez recayó gravemente la menor, desde el 27 de noviembre de 2009 y en reiteradas oportunidades los galenos solicitaron el traslado de la paciente, pero **esto solo se produjo el 16 de diciembre del mismo año al finalizar el día y previa interposición de una acción de tutela e intervención de la Secretaría de Salud de Boyacá**. Por lo tanto, la mora en este caso es evidente aunque, nuevamente, no fueron probados sus efectos de cara al estado final de la menor.

Para ese momento a la paciente MARIANA SOFÍA ya le había sido extirpado parcialmente su pulmón derecho y, pese a que fue programada una nueva intervención (pleurectomía más decorticación pulmonar derecha), finalmente no hay prueba de que se hubiera

122

efectuado, ya que la historia clínica aportada por la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA sugiere que la reacción favorable al tratamiento antibiótico fue suficiente para su mejoría.

Esta circunstancia nuevamente genera dificultades en torno a la identificación de la irrogación de un menoscabo en este caso. Como es bien sabido, el daño consiste en la *"alteración negativa de un estado de cosas existente"*[27], de modo que si la mora en la remisión dentro del segundo bloque de atenciones no generó una afectación concreta en la integridad psicofísica de la paciente, de acuerdo con su estado particular para ese instante, no es posible ordenar una indemnización a su favor.

Esta conclusión también cobija la tesis de la pérdida de oportunidad alegada en el recurso -considerada un daño autónomo-, ya que para que esta se configure, a pesar de la aleatoriedad de su esencia, en todo caso el resultado esperado, el chance de obtenerlo y su pérdida definitiva deben estar revestidos de certeza:

> *"(…) la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del* ***daño de pérdida de oportunidad:***
>
> *15.3.* ***Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.*** *En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular,* ***pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación****. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto,* ***o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse****. (…)*
> *(…)*
> *15.4.* ***Certeza de la existencia de una oportunidad.*** *En segundo lugar* ***se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió****. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de 'una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente' de que* ***de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.***

---

[27] Henao, Juan Carlos. *El daño - Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 84.

> *15.5.* ***Pérdida definitiva de la oportunidad****. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo,* ***si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el 'chance' aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar****. (…)"*[28] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En el *sub lite* la oportunidad supuestamente perdida no puede ser la eventual no extirpación parcial del órgano, porque para la etapa en que se produjo la mora aquel ya había sido extraído, y además, la recuperación finalmente se logró sin necesidad de generar una afectación mayor del pulmón, según las pruebas que obran en el plenario. Adicionalmente, el informe pericial emitido por el INSTITUTO COLOMBIANO DE MEDICINA LEGAL, aun cuando advirtió la perturbación funcional del órgano de la respiración (que, como se dijo, constituye un daño jurídico), no coligió la existencia de ningún otro menoscabo (f. 1005) y la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOYACÁ determinó que no hubo pérdida de capacidad laboral -la fijó en un 0%- (ff. 915-921).

Con este panorama no es posible identificar cuál fue el resultado que no se obtuvo por causa de la mora en la remisión y, por ende, la oportunidad que no se concretó, siendo que la recuperación de la paciente se logró sin sacrificios ni secuelas injustificadas.

No obstante, para esta Corporación la dilación en la remisión de la paciente a la FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA generó una lesión a un interés jurídico de la menor que por sí solo es susceptible de reparación. La sentencia T-760 de 2008, recogiendo las construcciones jurisprudenciales elaboradas a lo largo de los años por la Corte Constitucional, explicó lo que sigue:

> *"(…) 4.4.* ***Derecho a que las entidades responsables garanticen el acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad***
>
> *La garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro*

[28] CE 3B, 5 Abr. 2017, e17001233100020000645-01(25706), R. Pazos.

1123

del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, ***haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que los servicios deben ser prestados.*** *(...)*
(...)
Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional. ***Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.*** *(...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Más recientemente, la Corte Constitucional ha explicado:

> *"(...) 4.4.6. Por su parte, el* ***principio de oportunidad*** *se refiere a 'que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.'. Este principio implica que* ***el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médico.*** *(...)"*[29] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este orden de ideas, la atención oportuna hace parte del contenido esencial del derecho a la salud y, por esto, constituye un interés legítimo del paciente dentro del acto médico complejo. Por esa razón, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que la lesión a este interés constituye daño, aun cuando no se genere un daño adicional frente a la integridad psicofísica de la persona:

> *"(...) 13. Ahora bien, en jurisprudencia que se reitera, la Sala, ha considerado que* ***son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a causa de la falta de un servicio médico eficiente, adecuado y oportuno por cuanto ésta constituye un daño autónomo.*** *Al respecto vale la pena transcribir:*
>
> *'En síntesis, el Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia,* ***pero también es responsable del daño aún en eventos en los que no se demuestra esa relación causal, pero queda acreditado que se vulneró el derecho que tenía el paciente a recibir un servicio médico oportuno y eficaz****, utilizando todos los medios*

[29] CConst, T-092/2018, L. Guerrero.

*técnicos y científicos de los que deben disponer las entidades médicas estatales, de acuerdo a su nivel de complejidad, **o no se remite oportunamente al paciente, a un centro de mayor nivel, en tanto esa desatención constituye un daño autónomo, que debe ser reparado**.' (...)"*[30] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En otra oportunidad, el Alto Tribunal sostuvo:

*"(...) la Sala reitera la postura ya sostenida en otras ocasiones según la cual toda reclamación de perjuicios derivados de la atención defectuosa ha de reputarse referida a **dos daños autónomos diferenciables: la prestación defectuosa del servicio** y la afectación de la vida o integridad que de ella se deriva. Así, por ejemplo, en sentencia de 28 de febrero de 2013, la Sala sostuvo:*

*(...) **el principal derecho del paciente consiste en la atención diligente**, de donde se sigue como inconcuso, que el mero 'fracaso' del procedimiento médico no constituye una violación de las obligaciones que se adquieren con la prestación, **mientras que la sola falla en la atención debida sí se puede considerar lesiva del bien jurídico fundamental de la salud, así de esta no se siga como consecuencia daño adicional**. Por lo dicho, se concluye también que en toda reclamación por responsabilidad médica, **la negligencia, así no fuere causa del resultado, genera responsabilidad es decir se trata de un daño principal e independiente**. (...)"*[31] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Y más recientemente reiteró:

*"(...) 12. Ahora bien, como lo ha sostenido la Sala en múltiples oportunidades, **la falta de atención médica oportuna y adecuada, sin nexo con el resultado final por el cual se solicita la declaratoria de responsabilidad de la demandada, como en este caso, la muerte del señor Geremías Romero Arévalo, constituye un daño autónomo que es susceptible de ser indemnizado**:*

*...en aquellos casos en los que la parte actora alega que los defectos en la prestación de los servicios médicos, sanitarios y asistenciales causaron la muerte, lesión o pérdida de oportunidad de curación de quien se encontraba bajo su cuidado, somete a la consideración de la jurisdicción **dos daños autónomos pero conexos**. En primer lugar, demanda la **reparación del daño moral consistente en no haber recibido la atención médica de calidad y, conforme a la lex artis**, y, en segundo lugar, reclama por la muerte, detrimento en la salud o impedimento en la curación. Se trata, como ya se ha dicho, de **daños autónomos**, tal como lo ha definido la jurisprudencia, que reconoce, por igual, la existencia de un **deber de indemnización por la mera deficiencia en la atención -desprovista de consecuencias ulteriores-** y la muerte o el daño físico que el paciente no tenía por qué haber soportado o asumido. (...)"*[32] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

---

[30] CE 3B, 5 Abr. 2013, e 07001-23-31-000-2001-01537-01(25887), D. Rojas.
[31] CE 3B, 31 Ago. 2015, e13001-23-31-000-1996-11158-02(32728), S. Conto.
[32] CE 3B, 9 Ago. 2018, e85001-23-31-000-2010-00024-01(43841), S Conto (e).

1124

Así las cosas, la falta de una atención oportuna y adecuada en materia de salud se erige como un daño autónomo, independiente del resultado del proceso de atención.

Bajo este entendido, la Sala considera que este **daño** sí fue probado en el proceso, pues -se insiste- durante el segundo bloque de atenciones médicas el galeno tratante solicitó la remisión de la paciente por primera vez el 27 de noviembre de 2009 y esta solo se produjo el 16 de diciembre de ese año, es decir, 19 días después, pese a la advertencia de que eran necesarios elementos y cuidados especiales por la edad y patología de la menor.

En cuanto a la **imputación**, preliminarmente puede afirmarse que la entidad principalmente responsable de los trámites de referencia y contrarreferencia, dentro de los que se encuentra la remisión de pacientes, es la EPS respectiva, por ser la encargada de efectuar los pagos de los servicios prestados a sus afiliados. Esto se deduce del contenido del artículo 3° del Decreto No. 4747 de 2007[33] y, con mayor claridad, de su artículo 17, que establece:

> *"(...) ARTÍCULO 17. PROCESO DE REFERENCIA Y CONTRARREFERENCIA.* ***El diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contrarreferencia y la operación del sistema de referencia y contrarreferencia es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud****, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones.*
>
> *Con el fin de garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención,* ***es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes.***

---

[33] *"(...) ARTÍCULO 3. DEFINICIONES. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:*
(...)
2. Entidades responsables del pago de servicios de salud. Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las ***entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado****, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos laborales.*
(...)
5. Referencia y contrarreferencia. Conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicos y administrativos que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, ***oportunidad****, continuidad e integralidad de los servicios,* ***en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago****. (...)"* (Negrilla fuera del texto original)

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

Sin embargo, el artículo 14 de la misma disposición contempla un contenido obligacional específico que busca evitar dilaciones injustificadas en los trámites de referencia y contrarreferencia en los servicios posteriores a la atención inicial de urgencias:

"(...) ARTÍCULO 14. RESPUESTA DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS POSTERIORES A LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud deben dar respuesta a las solicitudes de autorización de servicios siguiendo los procedimientos, mecanismos y en el formato que determine el Ministerio de Salud y Protección Social. Este proceso no podrá ser trasladado al paciente o su acudiente y es de responsabilidad exclusiva de la entidad responsable del pago.

La respuesta a la solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención de urgencias, deberá darse por parte de la entidad responsable del pago, dentro de los siguientes términos:

1. Para atención subsiguiente a la atención de urgencias: Dentro de las dos (2) horas siguientes al recibo de la solicitud.

2. Para atención de servicios adicionales: Dentro de las seis (6) horas siguientes al recibo de la solicitud.

Atendiendo el procedimiento señalado por el Ministerio de Salud y Protección Social, ***de no obtenerse respuesta por parte de la entidad responsable del pago dentro de los términos aquí establecidos, se entenderá como autorizado el servicio y no será causal de glosa, devolución y/o no pago de la factura****. (...)"* (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este orden de ideas, aunque en principio las autorizaciones de servicios, así como la organización y operación del procedimiento respectivo, están a cargo de las entidades responsables del pago, el silencio de aquellas genera su autorización tácita, de modo que el prestador de servicios de salud debe proceder de conformidad.

Para el caso de las remisiones y más aun tratándose de población de primera infancia, en criterio de la Sala la obligación de las IPS en estos eventos consiste en realizar directamente las gestiones pertinentes ante la entidad receptora, sin que posteriormente la EPS pueda proponer oposición alguna al pago que corresponda. Un entendimiento diferente

1125

implicaría que aunque el servicio esté tácitamente autorizado, en todo caso la IPS debe esperar a que la EPS informe a qué institución puede ser remitido el paciente, lo cual haría inocua esta disposición reglamentaria y favorecería una interpretación contraria a los derechos de los pacientes de carácter *iusfundamental*. Esta tesis se refuerza con el rechazo jurisprudencial a la relativización del contenido obligacional estatal en este ámbito[34] y también con lo prescrito en los artículos 27 y 46-5 de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que relievan la prevalencia del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes e imponen obligaciones especiales al Estado de cara a su protección.

Por lo tanto, la posición de garante que ostentaba la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO sobre la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ no solo se limitaba al acto médico en estricto sentido, sino que la mora de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S. le generó un contenido obligacional adicional, consistente en suplir la omisión de esta en la realización oportuna de los trámites de remisión de la paciente, con el fin de garantizar su tratamiento integral. Empero, no hay prueba de que, además de requerir en varias ocasiones a la EPS, la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO hubiera asumido directamente la gestión de la remisión en el segundo bloque de atenciones, lo cual implica una defraudación de su rol en su faceta administrativa y, en consecuencia, la configuración de una **falla en el servicio**.

En virtud de todo lo anterior, se revocará la sentencia de primer grado y declarará la responsabilidad de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO por el daño irrogado, consistente en la mora en la remisión de la paciente a una institución de mayor nivel, siguiendo las prescripciones de los médicos tratantes.

3.3. Tasación de perjuicios

3.3.1. Perjuicios materiales

En materia de perjuicios materiales, en la reforma de la demanda se pidió a título de **daño emergente** el reconocimiento de $26.000.000,oo por (i) los valores sufragados con el fin de acompañar a la menor en su tratamiento, incluyendo los desplazamientos entre ciudades, y (ii) la venta

[34] CE 3B, 28 May. 2015, e18001-23-31-000-1998-00206-01(29772), S. Conto: "*(...) Cuando se examina la responsabilidad del Estado* [en materia médico-asistencial], *no tiene cabida distinguir entre lo que sería la atención óptima y la posible dadas las 'condiciones reales', dado que es deber estatal garantizar que las 'condiciones reales' sean óptimas. Tampoco tiene por qué pesar el hecho de que se requieran autorizaciones y traslados, pues ello supondría admitir que quienes vivan fuera de los grandes centros urbanos del país soportan cargas adicionales relacionadas con la atención en salud. (...)*"

de un negocio de su propiedad, que fue llevada a cabo para costear el referido tratamiento.

Al respecto, la Sala reitera que en este caso el daño que da lugar a la condena es la mora frente a la remisión de la paciente de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA en el segundo bloque de atenciones y no la enfermedad en sí misma, motivo por el cual no resulta viable indemnizar las sumas pagadas para asumir y acompañar el tratamiento médico. En otros términos, el pago de los valores pedidos a título de daño emergente surgió de forma connatural al tratamiento de la patología y no son producto de la mora o, por lo menos, no se probó que la misma por sí sola generara gastos adicionales a los directamente ligados al tratamiento.

Con el **lucro cesante** sucede algo similar. En la reforma de la demanda se pidieron $310.065.600,oo por los valores que no percibirá la menor cuando comience su vida productiva, teniendo como referencia su pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, la menor no vio reducida su capacidad laboral, según lo dictaminó la autoridad respectiva, y en todo caso el daño que se indemnizará no es la afectación corporal que sufrió sino la mora en la remisión, como se ha venido insistiendo.

Por estas razones, las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de perjuicios materiales se negarán.

3.3.2. Perjuicios inmateriales

3.3.2.1. Daño a la vida de relación - daño a la salud

Conforme lo ha explicado en múltiples oportunidades el Consejo de Estado, "*en sentencia de 14 de septiembre de 2011, la Sala Plena de la Sección* [Tercera] *readoptó la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, dejando atrás los denominados 'alteración a las condiciones de existencia' y 'vida de relación', pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona*"[35], de modo que desde esa fecha, y con mayor razón a partir de las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, el daño a la vida de relación actualmente es una tipología en desuso.

Esto no significa que el perjuicio en sí mismo no pueda ser objeto de indemnización, sino que conceptualmente quedó comprendido en la tipología denominada *daño a la salud*, cuando su origen reside en la afectación a la integridad personal, o en la llamada *afectación relevante*

[35] CE 3A, 6 Nov. 2018, e 05001-23-31-000-2011-00098-02(49838), M. Marín (e).

1126

a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, en las demás hipótesis y de acuerdo con el menoscabo esgrimido, conforme lo resalta el órgano de cierre de esta jurisdicción:

> *"(...) Esta Corporación se ha apartado del concepto de 'daño a la vida de relación' para establecer dos categorías autónomas de perjuicio inmaterial, diferentes al daño moral, a saber: el daño a la salud (cuando se trate de una lesión a la integridad psicofísica de la persona) y la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, perjuicio este que debe estar plenamente acreditado en el proceso y ameritar su reparación integral. (...)"*[36]

En el *sub lite*, el fundamento de la petición indemnizatoria reside en la alteración de las condiciones de vida de la menor MARIANA SOFÍA por causa de la extirpación parcial de su pulmón derecho, lo cual se enmarca en el concepto de daño a la salud. No obstante, se reitera que dicha intervención quirúrgica no es objeto de reproche en esta providencia, de modo que sus consecuencias deben ser soportadas por la paciente, por ser la titular de los bienes jurídicos que fueron protegidos con la misma.

Adicionalmente, en los casos de falta de atención oportuna y adecuada en materia de salud la jurisprudencia se ha inclinado por reparar a las víctimas con el reconocimiento de perjuicios morales, como pasa a verse.

3.3.2.2. Perjuicios morales

En la reforma de la demanda se pidió el equivalente a 100 SMLMV a favor de cada uno de los accionantes por este concepto. Como se anticipó, el Consejo de Estado ha considerado que esta tipología es la adecuada para indemnizar los perjuicios producidos por la falta de atención oportuna y adecuada en materia de salud:

> *"(...) 12. Esta Corporación ha sostenido que* ***la falta de atención médica oportuna y adecuada causa perjuicios morales al núcleo cercano del paciente por las aflicciones que, se infiere, padecieron por el hecho de que este último no haya recibido un tratamiento acorde con la situación que motivó la consulta****, situación que, sin duda, genera sentimientos de angustia e impotencia. Sin embargo, en esos casos se ha precisado que,* ***en la medida en que el daño que se indemniza es, justamente, la falta de atención médica oportuna y adecuada, y no la condición final del paciente, el monto de la indemnización por aquella no puede equipararse al que se reconocería por esta última****. Lo relevante entonces para efectos de tasar el perjuicio es la aflicción que pudo ocasionar el daño que se imputa a la demandada, es decir, la falta de atención médica, aspecto que, generalmente, estará ligado a la envergadura de dicha falta. (...)"*[37]
> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

---

[36] CE 3A, 31 Ene. 2019, e13001-23-31-000-2012-00343-01(56503), M. Marín.
[37] CE 3B, 9 Ago. 2018, e85001-23-31-000-2010-00024-01(43841), S Conto (e).

Así las cosas, el perjuicio moral sufrido por la menor y sus padres[38] se infiere a partir de la conducta constitutiva de falla, a lo que debe agregarse que de igual forma el sufrimiento y la zozobra de los accionantes fue acreditada de forma directa con los testimonios de los señores CLARA PATRICIA BECERRA GONZÁLEZ, MARCO ANTONIO RUEDA RINCÓN, GIULIANA MENDOZA MONSALVE, ASTRID FABIOLA BARRAGÁN MONTENEGRO y LUZ MAYERLY LUNA DE RUEDA (ff. 799-802, 836-842 y 845-852).

Teniendo en cuenta el tiempo que tardó la remisión de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (19 días), la edad de la menor y la patología que la aquejaba, lo cual repercutía en la necesidad del servicio, la Sala en su *arbitrio juris* estima que debe reconocerse el equivalente a **20 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes**, a fin de indemnizar los perjuicios morales padecidos por la dilación en el trámite de referencia.

4. CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

El escrito del recurso de apelación, además de los cuestionamientos principales relacionados con la idoneidad del tratamiento médico y la oportunidad de la remisión, se reprochó que se hubiera emitido condena en costas en contra de los actores dada la inhibición del *a quo* frente a la responsabilidad de la E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S.

Al respecto, el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, preceptúa:

> *"(...) ARTÍCULO 171. CONDENA EN COSTAS. <Subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, **teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes**, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.*

De esta forma, contrario a lo que acontece en el panorama normativo actual, la condena en costas bajo el estatuto adjetivo del CCA no se basa en un régimen objetivo-valorativo sino en uno eminentemente subjetivo, en el que debe examinarse la conducta asumida por las partes, esto es, si actuaron con temeridad o mala fe.

[38] El registro civil de la menor MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ da cuenta de su parentesco los señores GONZALO SALCEDO TORRES y ALBA YAMILE PÉREZ BELLO (f. 37).

1127

Por ende, en primera instancia resultaba improcedente condenar en costas a la parte actora, por no haberse probado temeridad o mala fe en la presentación de la demanda o en su conducta procesal a lo largo del litigio y, por las mismas razones, tampoco es viable en esta instancia emitir condena en costas en contra de la E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO.

En este orden de ideas, se revocarán los numerales 3° y 4° del fallo apelado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° del fallo de primera instancia, el cual quedará así:

> ***DECLARAR*** *probada de oficio la excepción de inexistencia del demandado y, en consecuencia, declarar la inhibición de la Corporación para pronunciarse sobre la responsabilidad de la* ***E.P.S. SALUD CÓNDOR S.A. R.S.****, por las razones expuestas en precedencia.*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 2° de la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso. En su lugar se dispone:

1. **DECLARAR** patrimonialmente responsable a la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO** por la mora en la remisión de la menor **MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ** a una institución de mayor nivel de atención, de acuerdo con las prescripciones de los médicos tratantes, siguiendo la motivación expuesta en esta providencia.

2. **CONDENAR** a la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO** a pagar a favor de la menor **MARIANA SOFÍA SALCEDO PÉREZ** (víctima directa) y de los señores **GONZALO SALCEDO TORRES** (padre) y **ALBA YAMILE PÉREZ BELLO** (madre), el equivalente a **20 SMLMV a cada uno de ellos** por concepto de perjuicios morales, por lo indicado en precedencia.

3. **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

4. **ORDENAR** a la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO** dar cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 176 a 178 del CCA.

TERCERO: REVOCAR los numerales 3° y 4° de la sentencia apelada. En su lugar, **ABSTENERSE** de emitir condena en costas en ambas instancias.

CUARTO: En firme la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de información de la Rama Judicial.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado