



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

Proceso : 50 001 3331 006 2010 00417 01
Acción : Reparación directa
Demandante : Maximino López Velásquez y otros
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional,
Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – Nueva EPS
Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 10 de noviembre de 2017 del Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Maximino López Velásquez y otras personas presentaron demanda (fl. 1-52) contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. – Nueva EPS, en ejercicio de la acción de reparación directa.

Dentro de los **hechos** que invocan, señalan que el 7 de agosto de 2009 el menor Cristian Camilo López Cuervo fue llevado por sus padres a la Estación Central de Policía quienes lo dejaron allí, y aproximadamente una hora más tarde fue trasladado a un Hogar de paso en una motocicleta en medio de los patrulleros Fabián Mora Zapata y Enrique Oviedo Díaz; en el desplazamiento desde la Estación de Policía hasta el Hogar de paso, el conductor de la motocicleta no logró esquivar un hueco, ocasionando que la motocicleta realizara varios movimientos en sentido ascendente y descendente, por lo que el menor López Cuervo fue comprimido entre los dos policías causándole una lesión en el testículo izquierdo que le produjo una torsión testicular, infarto hemorrágico y posterior amputación.

Expresan que al momento de los hechos el menor Cristian Camilo sintió dolor y se quejó sin que los agentes lo hubiesen examinado, quienes continuaron hacia el Hogar de paso donde lo dejaron aproximadamente a las seis de la tarde, y que al día siguiente a las seis de la mañana el menor le informó a la madre sustituta que sentía dolor fuerte en sus partes bajas, y le pidió que llamaran a sus padres para que lo llevaran al médico. Aducen que ella llamó en varias oportunidades a la Policía y a las once de la mañana del 7 de agosto se presentaron funcionarios de esta Institución, el menor fue llevado por agentes a la Clínica Meta, Corporación Clínica Universidad

Cooperativa de Colombia, donde fue atendido por cuenta de la Nueva EPS, en donde se le ordenó la práctica de exámenes de laboratorio y con sus resultados se dictaminó que debía con urgencia ser tratado por un urólogo.

Manifiestan que en la clínica no había urólogo y que la Nueva EPS no tenía convenio con otra clínica donde hubiese dicha especialidad, por lo que a eso de las nueve de la noche se decidió remitirlo para el Hospital Universitario Mayor de Bogotá, en donde el especialista le informó a los padres que debieron haberlo atendido en Villavicencio, que el daño era irreversible, y con una ecografía se advirtió que la lesión había afectado la masa de un testículo por torsión y que estaba infectando al otro, por lo que tenían que efectuarle la amputación de uno con urgencia, y fue intervenido a la una de la tarde del 9 de agosto del 2009.

Como **pretensiones**, solicitan declarar responsable a las demandadas y condenarlas a pagar los perjuicios morales y daño a la vida de relación, entre otras.

2. La contestación de la demanda

2.1. La Nueva EPS contestó la demanda (fl. 79-104); frente a los hechos manifiesta que unos son ciertos, otro lo es parcialmente, otros no son ciertos y los demás no le constan; se opone a las pretensiones ya que no existen fundamentos fácticos o jurídicos, y afirma que la actividad desarrollada por esta entidad se realiza dentro del marco de sus obligaciones, ya que no se entorpeció, demoró, omitió o negó servicio alguno al paciente, dando estricto cumplimiento a sus obligaciones contractuales, generando oportunamente todas las autorizaciones necesarias para la atención de Cristian Camilo López Cuervo, dentro de ellas, el traslado de urgencias a la ciudad de Bogotá y todo el tratamiento que se realizó entre el 8 y 9 de agosto de 2009.

Expresa que la actividad de la EPS no es influyente en el resultado, ya que en ningún momento se opuso a hacer el diagnóstico y tratamiento requerido, por el contrario, se demuestra que se atendieron todos y cada uno de los requerimientos del paciente de manera oportuna y con criterio de calidad, cosa distinta es que el resultado no haya sido el esperado; que debe tenerse en cuenta que la actividad médica no es desarrollada por la EPS sino por la IPS y el cuerpo médico que atendió al paciente, lo que genera ruptura del nexo causal.

Plantea las excepciones de *"inexistencia de daño indemnizable imputable a Nueva EPS"*, *"cumplimiento cabal de las obligaciones de la Nueva EPS en su condición de asegurador"*, *"inexistencia de responsabilidad por hecho de tercero"*, *"inexistencia de falla en el servicio médico imputable a Nueva EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de Nueva EPS y el resultado final"*, *"ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero"*, *"carencia absoluta de prueba de nexo*

causal entre la omisión endilgada a Nueva EPS y el daño alegado" y "culpa exclusiva de la víctima".

Presenta llamamiento en garantía frente a la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia (fl. 105-116) lo que se negó (fl. 146-147), y a Inversiones Clínica del Meta (fl. 117- 144), que se admitió (fl. 146-147).

2.2. La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda (fl. 163-168), que se consideró extemporánea (fl. 217).

2.3. Inversiones Clínica del Meta contestó el llamamiento en garantía (fl. 171-202); se pronunció frente a cada uno de los hechos para manifestar que dos son ciertos y los demás no son ciertos, se opone a las pretensiones, y aduce que no le asiste ninguna responsabilidad acerca de los hechos planteados en la demanda, pues las cláusulas de indemnidad y de exoneración de responsabilidad son inaplicables ante la evidente ausencia de participación en la atención del menor, porque jamás acudió al servicio de urgencias a solicitar que se le atendiera.

Propone las excepciones de *"inaplicabilidad de las cláusulas de indemnidad y exoneración de responsabilidad"*, *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* y *"ausencia de nexo causal"*.

3. La sentencia apelada

El Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio en providencia del 10 de noviembre de 2017 (fl. 542-552), declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de Inversiones Clínica del Meta, sí las de *"inexistencia de falla en el servicio médico imputable a Nueva EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de Nueva EPS y el resultado final"*, y *"carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a la Nueva EPS y el daño alegado"* y negó las pretensiones de la demanda; consideró¹:

"Ahora, si bien es cierto, la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia, no tenía contrato con especialidad en Urología; no es menos cierto, que el médico tratante ordenó su remisión de manera oportuna y eficaz, remisión que le fue autorizada por la NUEVA EPS a la ciudad de Bogotá, tal como se evidencia en la historia clínica, siendo ésta de igual manera eficiente y oportuna.

El análisis anterior, permite colegir que las pruebas judiciales hacen evidente que los daños demandados no son imputables ni a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA. POLICÍA NACIONAL, ni a la NUEVA EPS. Por sustracción de materia, el Despacho se abstiene de pronunciarse respecto de la llamada en garantía INVERSIONES CLÍNICA DEL META S.A.

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

Así entonces, se declarará probada las excepciones de "Inexistencia de falla en el servicio imputable a NUEVA EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de la NUEVA EPS y el resultado final" y "carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgadas a la NUEVA EPS y el daño alegado" propuestas por la NUEVA EPS."

4. El recurso de apelación

La parte demandante pide (fl. 554-558) que se revoque parcialmente la sentencia para que se condene a la Nueva EPS, pues esta entidad por no tener contrato o convenio permanente con un urólogo en Villavicencio, obligó a remitir al perjudicado directo a Bogotá, cuya tardanza entre la atención en Villavicencio y en ser visto por el urólogo en Bogotá, causó el daño, ya que no hubo una atención oportuna y de calidad lo que produjo el necrosamiento del testículo y hubo que amputarlo, no solo porque ya no era útil, sino para que no contaminara al otro testículo y este llevase la misma suerte; por lo que no se efectuó una atención eficiente, oportuna y de calidad como ordena la norma, artículos 178.6 y 183 de la Ley 100 de 1993, lo que causó el daño que se reclama. Refiere que el dictamen de Medicina Legal concluyó que la atención no fue la mejor, fue tardía, por lo que en Bogotá advirtieron que la atención ya no era de urgencia pero lo debieron intervenir para amputarle el testículo.

5. Trámite en la segunda instancia

Se admitió recurso de apelación (fl. 6. c.TAM) y se corrió traslado para alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público (fl. 7, c.TAM).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. Los demandantes expresan (fl. 16-19, c.TAM) que se le atribuye la falla del servicio a la Nueva EPS, por la mora en la atención del menor Cristian Camilo López Cuervo, concretamente por el hecho de que en el momento en que acudió a pedir atención médica a la Clínica de la Universidad Cooperativa por una torsión testicular, advirtieron que debía ser examinado por un urólogo, sin que la EPS en ese momento tuviera contrato con esta clase de especialistas en Villavicencio, por lo que se autorizó la remisión para la ciudad de Bogotá, pero conforme se advierte en la historia clínica, la remisión y el tiempo que causó el traslado hacia Bogotá fue tardío, pues por necrosamiento de los tejidos, hubo que amputarle un testículo.

Agregan que desde las 12:25 que se presentó a pedir atención médica, hasta las 18:00 horas por insistencia de su padre Maximino López, la EPS autorizó la remisión para Bogotá a donde llegó a las 9:00 p. m, casi nueve horas después de haberse presentado en la Clínica de la Universidad Cooperativa para que lo atendieran, y que esta tardanza ocasionó que se necrosaran los tejidos del testículo lesionado, lo que dio origen a la amputación del mismo.

6.2. La Nueva EPS (fl. 8-15, c.TAM) expresa como conclusión que el paciente no le informó ni a sus familiares ni a los policías ni a las personas que lo tenían bajo su cuidado sobre los síntomas básicos, y que es llevado a atención médica pasadas más de 16 horas de diferencia entre el inicio de los síntomas y la llegada al centro de atención médica, cuando el daño ya era irreversible, lo que en principio llevaría a que la posibilidad de pérdida del testículo sea un efecto de culpa de la víctima por omisión de información a las personas que tenían su guarda; que no se puede exigir a los galenos que reviertan una situación que ya está consumada, lo que les queda al momento del diagnóstico es determinar una conducta para que el daño no fuera mayor, y que de esta forma actuaron, tanto los médicos al solicitar traslado a mayor complejidad, como la Nueva EPS al autorizar todos los requerimientos, desde la atención básica de urgencias hasta el traslado y la atención en IPS de mayor complejidad, con miras a minimizar el riesgo y garantizar la salud del paciente.

Aduce que la parte demandante orienta erradamente como una pérdida de oportunidad, cuanto esta se da por efecto de una actuación de la misma víctima al callar sobre los síntomas que padecía, por lo que mal puede endilgarse el resultado final a las entidades demandadas, cuando se evidencian eximentes como hechos de terceros y hechos de la misma víctima como elementos que inciden en dicho resultado. Se refiere a los hechos no probados como también a los probados dentro del proceso, y agrega que la Nueva EPS cumplió con sus obligaciones, que hay ausencia de prueba de la existencia del hecho generador del daño, y ausencia plena del nexo de causalidad entre la omisión endilgada a la entidad y el daño alegado.

6.3. El llamado en garantía Inversiones Clínica del Meta, expresa (fl. 20-25, 27-30, c.TAM) que en sus instalaciones no se le prestó atención en salud alguna al menor Cristian Camilo López Cuervo por los hechos que presuntamente causaron el daño, por lo que no se le puede endilgar responsabilidad alguna, ni tampoco aplicar en esta oportunidad la cláusula de indemnidad a la que hace referencia como sustento del llamado en garantía, pues el menor fue atendido en la Corporación Clínica Universidad Cooperativa. Reitera las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no efectuó pronunciamiento en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia impugnada, conforme con los planteamientos del recurso de apelación que radicaron los demandantes?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

Competencia para decidir sobre la Nueva EPS. Por los cargos del recurso de apelación, en esta instancia se decidirá solo frente a la responsabilidad que se le endilga a la Nueva EPS, que es una empresa de carácter privado (fl. 14-17), ya que como se verá más adelante, los demandantes no cuestionaron la decisión del Juzgado que negó las pretensiones incluidas las formuladas contra la Policía Nacional.

Para ello, se debe tener en cuenta que también fue demandada una entidad estatal, por lo que se aplica la figura jurídica del fuero de atracción, con lo cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa asume plena competencia para decidir el caso teniéndola en la parte pasiva, tal como lo ha estructurado el Consejo de Estado en múltiples providencias, entre ellas, M. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 29 de marzo de 2019, rad. 08001233300420160058001, 59863 y M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 25 de julio de 2019, 68001233100020070012801, 51687.

En esta última se establece que, el fuero de atracción resulta procedente cuando desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la *litis* resultaría competente el Juez administrativo, podrían ser condenadas. Tal circunstancia es la que posibilita adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas por ejemplo, las personas de derecho público también demandadas, cuya vinculación determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.

También consideró que basta que el demandante con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público, y que cuando se formula una

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

demanda, de manera concurrente, contra una entidad estatal y contra un sujeto de derecho privado, por un asunto que en principio debería ser decidido ante la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante esta jurisdicción, que adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados.

En la demanda se planteó la posible responsabilidad en el caso, de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, y por ello también se dirigen en su contra las pretensiones, aduciendo omisiones e irregularidades en sus funciones, y para tratar de demostrarlo se pidieron pruebas concretas sobre actividades de la Institución, a través de dos de sus agentes.

Con lo anterior se ratifica el cumplimiento de las exigencias mínimas para aplicar la figura jurídica del fuero de atracción en este proceso, y con ello se tiene competencia para decidir frente a todas las demandadas, incluida la Nueva EPS, independiente que las pretensiones se nieguen en favor de la entidad estatal, y de la misma sociedad de derecho privado, pues la decisión al respecto se adoptará más adelante en esta sentencia.

2.2. Sobre las excepciones. Las propuestas. En el recurso de apelación no se planteó discusión expresa sobre el tema, por lo cual no amerita pronunciamiento específico en esta instancia. Y si bien se cuestiona en la impugnación la no condena a la Nueva EPS, demandada a la que el *a quo* le declaró probadas dos excepciones de fondo, se resolverán como consecuencia de decidir los cargos de los apelantes. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, C.C.A)³.

2.3. Proceso disciplinario. Se aportó al expediente el proceso con radicado No. DEMET-2010-28, disciplinario que tramitó la Policía Nacional (fl. a.01), referido a los hechos que aquí se cuestionan. Se le dará valor probatorio, pues fue pedido en la demanda (fl. 11), y decretado como prueba (fl. 216).

Además, se cumplen los lineamientos que sobre el particular ha establecido el Consejo de Estado, toda vez que permaneció a disposición de las partes durante el curso del proceso para su respectiva contradicción, sin cuestionamiento alguno respecto de su contenido, se trata de pruebas conducentes, pertinentes y útiles para decidir el caso, así como las valoraciones que correspondan sobre los elementos probatorios, y los

³ C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo, "c.pr" es cuaderno de pruebas y "c.TAM" es el cuaderno del Tribunal Administrativo de Meta; si no se cita c., se hace referencia al principal. Al indicar *a quo* o *ad quem*, se trata de la primera o la segunda instancia, respectivamente.

estándares de convencionalidad en este tipo de casos, entre los criterios aplicables (M.P. Hernán Andrade Rincón, 28 de julio de 2011, rad. 19001 233100019970200101, 20510, M.P. Danilo Rojas Betancourth, 11 de septiembre de 2013, rad. 410013310001994765401, 20601, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 3 de diciembre de 2014, 730012331 000 2004 0211301, 45433, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, 31 de agosto de 2017, rad. 13 001233100020010149201, 41187).

2.4. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo de Meta para ser tramitado únicamente en cuanto a proferir la sentencia de segunda instancia; todos los demás trámites, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente.

2.5. Se aclara que se retoma en la identificación del proceso, el nombre del demandante con el que se conoció en primera instancia, y no con alguno de los dos cambios que introdujo el Tribunal remitente, en su cuaderno (c.TAM), y en los datos de remisión.

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

a. Registros civiles de nacimiento de Cristian Camilo, Maicol Estiven y Lina Marcela López Cuervo, Maximino López Velásquez y Sonia Yanira Cuervo Osorno (fl. 20-24).

b. Carnés de Afiliación de Maximino López Velásquez y Cristian Camilo López Cuervo a la Nueva EPS (fl. 25-26).

c. Oficios fechados el 18 de agosto de 2009 dirigidos por los demandantes a la Nueva EPS y al Comandante de Policía de Villavicencio, sobre los hechos ocurridos el 8 de agosto del mismo año en el que resultó lesionado Cristian Camilo López Cuervo (fl. 27-30).

d. Diligencia de exposición de Cristian Camilo López Cuervo ante la Defensoría de Familia – Regional Meta (fl. 32).

e. Documentos de la Historia Clínica de Cristian Camilo López Cuervo en la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia (fl. 33-45, 289-290-CD, 471-472-CD).

f. Documentos de la Historia Clínica de Cristian Camilo López Cuervo en la Corporación Juan Ciudad-Hospital Mayor Méderi (fl. 46-51, 377-424, 474-515).

g. Oficio de la Nueva EPS y relación de autorizaciones de consultas médicas, traslado y procedimientos de Cristian Camilo López Cuervo (fl. 99-104).

- h. Contrato de prestación de servicios asistenciales del plan obligatorio de salud del régimen contributivo, suscrito entre la Nueva EPS y la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia (fl. 109-116).
- i. Contrato de prestación de servicios asistenciales en la modalidad de pago por evento, suscrito entre Inversiones Clínica del Meta S.A y la Nueva EPS (fl. 123-144, 182-202).
- j. Oficio de la Clínica del Meta, informando que no se encontró registro de atención, ni de referencia y contrarreferencia a Cristian Camilo López Cuervo (fl. 425).
- k. Testimonios de Yeny Aguirre Corredor y Esved Arango Osorio (fl. 312-315).
- l. Interrogatorio de parte a Maximino López Velásquez y Sonia Yanira Cuervo Osorno (fl. 316-319).
- m. Declaraciones extraprocesales de Héctor Camacho Amaya y Esved Arango Amaya (fl. 18-19).
- n. Historia de atención socio familiar de Cristian Camilo López Cuervo en el ICBF – Regional Meta (fl. 426-443).
- o. Informe pericial de clínica forense No. DSM-DRO-08550-C-2015 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Meta (fl. 446-463).
- p. Investigación disciplinaria No. DEMET-2010-28 adelantada por el Departamento de Policía del Meta (a.01).

4. Caso concreto

Mediante la acción de reparación directa, la parte demandante considera que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la Nueva EPS son patrimonialmente responsables por los perjuicios que reclaman, pues en su criterio propiciaron los daños al menor Cristian Camilo López Cuervo.

El Juzgado de primera instancia entre otras decisiones, negó las pretensiones de la demanda, decisión impugnada con el recurso de apelación que aquí se resuelve.

4.1. Del Régimen de responsabilidad

4.1.1. La Constitución Política de Colombia (C. Po) establece el centro general de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, en el artículo 90, que consagra: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la*

omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Así culminó por ahora, luego de un largo proceso de discusión en donde estaban involucrados los más profundos temas de la sociedad, el reconocimiento expreso y normativo de la responsabilidad patrimonial que debía asumir el Estado, cuando por algunas circunstancias, se causaran daños antijurídicos a sus asociados. De manera que luego de una inicial etapa en donde no era pensable endilgar responsabilidad al Estado, el tema se fue aceptando hasta llegar, en nuestro caso, a la consagración constitucional de 1991 que se ha transcrito. Sin duda alguna, fueron valientes Jueces de todos los niveles los que han estructurado el estado actual del asunto, por cuanto de manera especial, ha sido de plena construcción jurisprudencial el avance logrado.

La responsabilidad patrimonial del Estado puede derivarse de múltiples causas, por lo que debe indagarse cuál produce el daño específico que se demanda, pues de ello depende el instrumento judicial de reclamo (Nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual, grupo, reparación directa, popular, entre otros); para cuando se aduce causa extracontractual, se han estructurado varios regímenes o títulos de imputación que las agrupan teniendo en cuenta el tipo de acción u omisión, la naturaleza del hecho, u otras circunstancias especiales de que se trate en cada caso concreto⁴.

4.1.2. El régimen de responsabilidad que aplicó el *a quo*, fue el de la falla del servicio⁵.

Pero es necesario precisar que en casos médicos, si bien en principio la carga de la prueba le corresponde al demandante pues tiene la obligación de concretar y demostrar –al menos con indicios⁶– lo que endilga, lo cual no puede fundarse en vaguedades y generalidades para que con ese solo hecho se le traslade a su contraparte, se le exige a la demandada que cuenta con los elementos técnicos y científicos apropiados, demostrar lo que efectivamente ocurrió en el hecho discutido, exponer las causas y examinar las consecuencias de las intervenciones que realizó, según las

⁴ Dentro de los varios regímenes existe el de riesgo excepcional, el de daño especial y el de falla del servicio, y para otro tipo de casos, el enriquecimiento sin causa, y la importancia de su adecuada selección radica en las consecuencias y obligaciones probatorias que genera cada uno para las partes. Su aplicación en cada proceso es de naturaleza compleja, pues puede darse que un mismo suceso exija que se analicen varios de los regímenes existentes, por lo que *eo iuris* (de derecho) no puede considerarse de antemano que algún tipo de hecho u omisión o actividad se enmarca *per se* (de por sí) dentro de un determinado y exclusivo régimen, como también lo precisa el Consejo de Estado, entre otras, en sentencias de M.P. Danilo Rojas Betancourth, 30 de enero de 2013, rad. 050012331-000-1997-0017601, 26201, 27 de septiembre de 2013, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 20011345, 28711 y M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 12 de febrero de 2014, rad. 66001233100020060067201, 40.802.

⁵ Sobre este régimen se ha pronunciado el Consejo de Estado, entre otras sentencias, M.P. Guillermo Sánchez Luque, 26 de noviembre de 2015, rad. 2000123-31-000-2003-00716-01, 34954.

⁶ Estos criterios han sido reiterados, entre otras, en las sentencias de abril 5 de 2013, exp. 2001 01537, 25.887, M. P. Danilo Rojas Betancourth y del 13 de noviembre de 2014, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 31182, rad. 050012331000199903218-01.

particularidades de cada caso. Así, las dos tienen la responsabilidad probatoria para que el sentenciador adquiera la mayor certeza a la hora de decidir, y además tienen el deber de lealtad y buena fe procesal, el de colaboración con la administración de Justicia, y el de solidaridad social.

No obstante, se advierte que en forma excepcional, algunos casos médico-sanitarios se pueden decidir por responsabilidad objetiva, *"dada la peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos, sin que con ello se hubiere pretendido desconocer que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista, por lo que mal haría la jurisprudencia contencioso administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa"* (M. P. Hernán Andrade Rincón, 25 de enero de 2017, rad. 2500023260002003 02133 01, 36.816)⁷.

Y cuando la cuestión en debate involucra la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, se estructuran reglas propias aplicables a su caso⁸. Lo cual es dable abordar más adelante.

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia⁹.

Se revisa el texto del recurso de apelación para establecer los motivos de inconformidad y se extrae como conclusión, que cuestiona lo siguiente:

- Por no tener la Nueva EPS contrato o convenio permanente con un urólogo en Villavicencio, obligó a remitir al menor Cristian Camilo López Cuervo a Bogotá, cuya tardanza entre la atención en Villavicencio y en ser visto por el urólogo en Bogotá, causó el daño, ya que no hubo una atención oportuna y de calidad lo que produjo el necrosamiento del testículo y hubo que amputarlo, por lo que no se efectuó una atención eficiente, oportuna y de calidad como ordena la norma, artículos 178.6 y 183 de la Ley 100 de 1993. El dictamen de Medicina Legal concluyó que la atención no fue la mejor, fue tardía, por lo que en Bogotá advirtieron que la atención ya no era de urgencia pero lo debieron intervenir para amputarle el testículo.

⁷ La sentencia relaciona los siguientes: i) Manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo; iii) Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas; iv) En supuestos de vacunas; v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

⁸ Sentencias del 5 de abril de 2017, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, rad. 17001233100020000064501, 25706 y la del 1 de agosto de 2016, M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad. 19001233100020010142901, 35116, entre otras.

⁹ Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia *-ad quem-* deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C.; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quem* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios y estándares de convencionalidad sobre el tema.

La parte demandante cuestiona la sentencia de primera instancia solo en lo que se decidió frente a la Nueva EPS, y por ello pide que se revoque parcialmente para que se condene a esta empresa.

Así, se pone de presente que los demandantes en su apelación no criticaron la decisión que el Juzgado adoptó frente a la Policía Nacional, tema que por lo mismo y porque tampoco se encuentra alguna razón adicional en específico (Aspectos implícitos de los argumentos de la apelación o de los cuerpos normativos invocados que impongan el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto), no será abordado en esta instancia.

4.3. Para decidir si se declara la responsabilidad patrimonial de la EPS, procede analizar si se demostraron en el expediente los dos elementos necesarios para la estructuración de la falla del servicio, la existencia de un (i) daño, que debe tener la connotación de antijurídico, y la (ii) imputación -Fáctica y jurídica- del mismo a la Administración.

4.4. El daño. Los demandantes deben probar en el proceso la ocurrencia del daño, y que este sea antijurídico, toda vez que si no se acredita, no es dable continuar con el análisis del caso¹⁰.

Para la segunda instancia en cuanto a la ocurrencia del daño y su connotación de antijurídico que declaró el *a quo* no se planteó controversia, lo que se confirma aquí, pues se demostró la amputación del testículo izquierdo a Cristian Camilo López Cuervo con las historias clínicas de la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia (fl. 33-45), la Corporación Universitaria Juan Ciudad - Hospital Mayor de Bogotá (fl. 383-424) y el informe pericial de clínica forense No. DSM-DRO-08550-2015 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 446-463).

Por lo tanto, con las lesiones de su familiar, los demandantes demostraron el daño.

Pero debe ser antijurídico.

Constituye un daño de esa naturaleza toda lesión o menoscabo de un interés legítimo protegido por el Derecho, sea patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación legal de soportar o su padecimiento no está justificado por el ordenamiento normativo.

En esta ocasión, la integridad personal está tutelada, es decir, protegida, por el ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual cuando a un ser humano se le priva de la protección ordenada y de la posibilidad plena de gozar de una idónea integridad física o fisiológica, se le vulneran también los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la

¹⁰ Ello por cuanto como lo considera el Consejo de Estado, es inoficioso e inocuo hacer otros análisis ante la ausencia del daño (M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2007-00019, 37843, 29 de mayo de 2014 y M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 1998-01789, 31331, 28 de agosto de 2014, entre otras).

personalidad y a la garantía integral del patrimonio de las personas (Artículos 1, 2, 6, 13, 16, 49 y 58, C. Po).

También representa para la víctima –Que trasciende a sus parientes- una carga que no estaba obligada a soportar ni está justificado en el ámbito jurídico, toda vez que limitar de manera abrupta, anticipada, arbitraria y absoluta su derecho a la vida plena, no puede tenerse como una carga normal, lícita, legítima y soportable permitida en nuestro Estado Social de Derecho. Y se debe tener en cuenta que en cambio, sí están todas las autoridades de Colombia obligadas a proteger la de todas las personas, por expreso mandato constitucional, especialmente en el inciso segundo del artículo 2, y a cuya protección obligan las más elementales normas de civismo, de unión, de convivencia humana y de solidaridad social, así como es un deber que también impone la C. Po (Artículos 13, 95-1-2-6). Más aún al tratarse aquí de un menor de edad (artículo 44, C. Po).

Por lo tanto, se probó el daño antijurídico que se reclama, en su materialidad y en su antijuridicidad, así como también sus partes constitutivas. Lo cual constituye –El daño antijurídico- el primer elemento de la responsabilidad que se le endilga a la entidad demandada; pero el que por sí solo, no tiene la virtud de hacerla responsable, aún.

Es así, ya que ello no agota el estudio del caso, porque se exige abordar el análisis de si ese daño puede serle imputable¹¹.

4.5. La imputación. Se procede a establecer si el daño antijurídico que se demostró, es imputable y asignable en los aspectos fácticos y jurídicos a la Nueva EPS.

4.5.1. En cuanto a la imputación fáctica, se le endilga a la Nueva EPS una omisión en la prestación del servicio médico; la de no de tener contrato o convenio permanente con un urólogo en Villavicencio, por lo que en criterio de los demandantes, no hubo una atención oportuna y de calidad lo que causó el necrosamiento del testículo izquierdo del menor y como consecuencia hubo que amputarlo.

Para el efecto, se debe tener en cuenta que existe regulación sobre las obligaciones y los procedimientos a cargo de los prestadores de salud para que procedan a efectuar los diagnósticos y los exámenes oportunos a sus pacientes, con el fin de garantizarles la adecuada atención médica. Si bien estas consideraciones serían procedentes para la imputación jurídica, por las particularidades del asunto se plantean en este acápite.

La Constitución Política prescribe (Artículo 48) que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia,

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17885, en la que expresó que solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de “realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”. A su vez, es el requisito que exige el artículo 90, C. Po.

universalidad y solidaridad, y se le garantiza a todos los habitantes como derecho irrenunciable; y consagra (Artículo 49) que en su atención se le asegura a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y la prestación conforme con los principios ya señalados.

La Ley 100 de 1993 ordena que el Estado intervenga en el servicio público de Seguridad Social en Salud, para el logro de múltiples fines, dentro de ellos, el de organizar sus servicios en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad (Artículo 154.f); y establece (Artículos 194-197) la prestación en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales.

De igual forma, la Ley 23 de 1981 establece las reglas para la prestación del servicio de salud conforme con la ética médica y precisos mandatos como lo señala el Consejo de Estado (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 5 de marzo de 2015, rad. 5000123310002002 00375 01, 30102), a lo que se suman normas jurídicas vigentes entonces, como las exigencias de la Ley 10 de 1990 y los Decretos 2759 de 1991 y 412 de 1992 en cuanto al manejo de urgencias, la Ley 715 de 2001, el Decreto 2757 de 1991 y las Resoluciones 5261 de 1994 que fijan el marco normativo de la referencia y contrarreferencia de pacientes (M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 1 de marzo de 2018, rad. 050012331000 20060269601) y 2816 de 1998, Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Es necesario destacar la obligación que le impone el ordenamiento jurídico colombiano a todas las entidades públicas y privadas que integran el sistema general de seguridad social en salud, pues tienen la obligación jurídica y ética de prestarles a sus usuarios, todos los servicios que requieran en forma oportuna, diligente e idónea. Sobre el tema objeto de debate judicial, la Corte Constitucional (Sentencia T-234 de 2013) expresó:

“2. Deber de las EPS de garantizar a los pacientes el acceso efectivo a los servicios de salud.

Presupuestos de continuidad, eficiencia y oportunidad. (...)

Derecho de acceso al Sistema de Salud libre de demoras y cargas administrativas que no les corresponde asumir a los usuarios.

2.3. Uno de los contenidos obligacionales de la prestación de los servicios de salud que corresponde al Estado, hace referencia a que este servicio público esencial sea proporcionado en forma ininterrumpida, oportuna e integral; razón por la que las justificaciones relacionadas con problemas presupuestales o de falta de contratación, así como la invención de trámites administrativos innecesarios para la satisfacción del derecho a la salud, constituyen, en principio, no solo una vulneración al compromiso adquirido en la previsión de todos los elementos técnicos, administrativos y económicos para su satisfacción, sino también un severo irrespeto por esta garantía fundamental.

Por este motivo, las Entidades Promotoras de Salud, al tener encomendada la administración de la prestación de estos servicios, que a su vez son suministrados por las IPS, no pueden someter a los pacientes a demoras excesivas en la prestación de los mismos o a una paralización del proceso clínico por razones puramente administrativas o burocráticas, como el cambio de un contrato médico. En efecto, cuando existe una interrupción o dilación arbitraria, esto es, que no está justificada por motivos estrictamente médicos, las reglas de continuidad y oportunidad se incumplen y en consecuencia, al prolongarse el estado de anormalidad del enfermo y sus padecimientos, se desconoce el derecho que tiene toda persona de acceder en condiciones dignas a los servicios de salud.

2.4. Aunque es razonable que el acceso a los servicios médicos pase, algunas veces, por la superación de ciertos trámites administrativos; la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que el adelanto de los mismos no puede constituir un impedimento desproporcionado que demore excesivamente el tratamiento o que imponga al interesado una carga que no le corresponde asumir. De allí, que se garantice el derecho a acceder al Sistema de Salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos, pues de ello también depende la oportunidad y calidad del servicio.

2.5. En esta línea, si bien para la Corte es claro que existen trámites administrativos en el sistema de salud que deben cumplirse, en algunos casos por parte de sus afiliados, también es cierto que muchos de ellos corresponden a diligencias propias de la Entidad Promotora de Salud, como la contratación oportuna e ininterrumpida de los servicios médicos con las Entidades Prestadoras. Estos contratos, mediante los cuales se consolida la prestación de la asistencia en salud propia del Sistema de Seguridad Social, establecen *exclusivamente* una relación obligacional entre la entidad responsable (EPS) y la institución que de manera directa los brinda al usuario (IPS), motivo por el que no existe responsabilidad alguna del paciente en el cumplimiento de estos.

Así pues, en aquellos casos en los cuales las entidades promotoras de servicios de salud dejan de ofrecer o retardan la atención que está a su cargo, aduciendo problemas de contratación o cambios de personal médico, están situando al afiliado en una posición irregular de responsabilidad, que en modo alguno está obligado a soportar; pues la omisión de algunos integrantes del Sistema en lo concerniente a la celebración, renovación o prórroga de los contratos es una cuestión que debe resolverse al interior de las instituciones obligadas, y no en manos de los usuarios, siendo ajenos- dichos reveses- a los procesos clínicos que buscan la recuperación o estabilización de su salud.

2.6. Ya en reiteradas ocasiones, esta Corporación se ha referido a la inoponibilidad de irregularidades administrativas frente a los usuarios de los servicios médicos, señalando que estas no pueden constituir una barrera para el disfrute de los derechos de una persona. En tal sentido, el vencimiento de un contrato con una IPS, o la demora en la iniciación del mismo para atender una patología específica, resultan afirmaciones inexcusables de las Entidades Prestadoras de Salud que riñen con los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución y con la función estatal de protección a la salud (art. 49 C.P.).

El cargo principal que plantean los demandantes en contra de la sentencia apelada, consiste en que en ella no se consideraron los argumentos de la demanda y de los alegatos de conclusión, respecto a que la Nueva EPS no tenía contrato o convenio permanente con un urólogo en Villavicencio, lo que obligó a la remisión del menor a Bogotá y que la tardanza en la atención causó el daño.

Es necesario precisar que el *a quo* sí se ocupó del tema, con lo que se desvirtúa la crítica, pues sobre el particular consideró en la sentencia que *"si bien es cierto, la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia, no tenía contrato con especialidad en Urología; no es menos cierto, que el médico tratante ordenó su remisión de manera oportuna y eficaz, remisión que le fue autorizada por la NUEVA EPS a la ciudad de Bogotá, tal como se evidencia en la historia clínica, siendo ésta de igual manera eficiente y oportuna"*, lo que le permitió concluir que *"El análisis anterior, permite colegir que las pruebas judiciales hacen evidente que los daños demandados no son imputables ni a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA. POLICÍA NACIONAL, ni a la NUEVA EPS"* (fl. 551-envés).

Sobre el asunto, también se debe tener en cuenta que los demandantes se basan en una apreciación que consignó Medicina Legal en un informe dentro del proceso disciplinario DEMET-2010-28, donde expresó que *"Se realiza remisión para valoración por urología y como no hay convenios con especialistas de esta ciudad fue trasladado a la ciudad de Bogotá"* (fl. 163, a.01). Esta última anotación carece de fundamento fáctico y jurídico y no tiene respaldo en ninguna otra prueba del expediente de reparación directa.

En efecto, el informe de Medicina Legal dice que su contenido es extracto de la historia clínica de la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia a nombre de Cristian Camilo López Cuervo (fl. 163, a.01). Pero en ninguna parte de dicha historia clínica se encuentra alguna aseveración en ese sentido (fl. 33-45, 289-290-CD, 471-472-CD; 56-69, 139-161, a.01). Como tampoco hay tal referencia en la Historia Clínica de Cristian Camilo López Cuervo en la Corporación Juan Ciudad-Hospital Mayor Méderi (fl. 46-51, 377-424, 474-515; 39-44, 107-138, a.01). Por lo tanto, lo que consignó el médico de Medicina Legal no es cierto que exista en alguna historia clínica; tanto que esa nota ya no aparece en el dictamen pericial de clínica forense No. DSM-DRO-08550-C-2015 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Meta que se rindió en el presente proceso contencioso administrativo (fl. 446-463), a pesar que lo suscribe el mismo médico. Con la diferencia, que en este dictamen pericial también participa otra profesional y rinden el informe de manera conjunta, y no es individual como lo hizo en el disciplinario, donde anotó la inexistente apreciación pues se reitera, no consta en parte alguna de la historia clínica de la que dice extractar su contenido.

También se pone de presente, que los demandantes no probaron que para el 7 y 8 de agosto de 2009, en Villavicencio se podía contar con profesionales especializados en urología. En su lugar, se encuentra que la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia, tan pronto detectó con los resultados de los exámenes que el menor padecía de torsión en el testículo izquierdo, comenzó a ubicar a dónde trasladarlo, lo cual lo único que prueba es que en esa clínica no había urólogo en ese momento; y en dicha gestión, se registra que se *"informa que se cuenta con instituciones en Bogotá"*, remisión que de inmediato autorizó la Nueva EPS (fl.37); como se aprecia, no aparece anotación alguna de haber llamado la

clínica a IPSs, ESEs, o profesionales en urología de Villavicencio, ni se desprende que de existir el especialista, hubieran negado el servicio por falta de contrato.

Por el contrario, está demostrado en el expediente, que la Nueva EPS sí tenía contratado el servicio de urología en Villavicencio; en efecto, esa especialidad y las intervenciones quirúrgicas que se le practicaron al menor hacían parte del entonces POS (fl. 478), y por lo mismo estaban incluidas tanto en el contrato de prestación de servicios asistenciales del plan obligatorio de salud del régimen contributivo, suscrito entre la Nueva EPS y la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia (fl. 109-116), como en el contrato de prestación de servicios asistenciales en la modalidad de pago por evento, suscrito entre Inversiones Clínica del Meta S.A. y la Nueva EPS (fl. 123-144, 182-202).

Lo anterior demuestra que la Nueva EPS tenía contratos vigentes al menos con dos IPS de Villavicencio, en cuyos servicios se incluía el de urología; y que ante la necesidad de brindarle la atención que el menor requería y no estar disponible el especialista en la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia, con inmediatez se ubicó otra IPS para que la prestara, siendo en Bogotá la sede de la más cercana, y que la Nueva EPS autorizó de inmediato la remisión y el servicio. Con todo ello se desvirtúa el cargo de los apelantes.

De otra parte y para corroborar lo expuesto, la historia clínica del menor López Cuervo muestra la atención recibida para el tratamiento de su enfermedad, la cual le brindó la Nueva EPS y se le prestó inicialmente en la Corporación Clínica Universitaria Cooperativa de Colombia de Villavicencio y luego en la Corporación Universitaria Juan Ciudad-Hospital Mayor Méderi, de Bogotá:

- Ingreso del paciente por el servicio de urgencias a las 12:25 del 8 de agosto de 2009 (fl. 35), y el egreso a las 20:45 del mismo día, con remisión al Hospital Mayor de Bogotá (fl. 37 envés).

- Al ingreso presentaba "*Dolor Abdominal hace # 5 horas vomito 6 # 10 FC: 100x' FR: 19. T: 37°C. Abdomen: blando, depresible con defensa en marco colico izdo y hipogastrio*". Se ordenan exámenes y "*nueva valoración con resultados*" (fl. 33). Se hace notar que en verdad, el dolor en el testículo se le presentó a las 7:00 de la noche del día anterior, el 7 de agosto de 2009, en el momento en el que dijo el menor sufrió la lesión y al llegar al Hogar de Paso, como en forma expresa lo reconoció él mismo (fl. 32).

- El mismo día a las 15:15, se reciben los resultados de los exámenes paraclínicos y se describe que "*paciente refiere persistir con dolor y episodios eméticos (...) Abdo. blando depresible con leve dolor a la palpación en fosa iliaca izquierda y flanco izquierdo*" (fl. 34 envés).

- En las notas de enfermería, se registra el diagnóstico de torsión de testículo izquierdo luego de recibir los resultados, a las 16:00; media hora más tarde se le informa a la EPS sobre la remisión ordenada para urología; a las 17:20 se informa que se cuenta con instituciones en Bogotá; a las 19:20 se confirma que el traslado se realizará al Hospital Mayor de Bogotá y a las 20:45 sale el paciente con destino a esa ciudad (fl. 37).

- En el escrito con el que se remite al paciente, se registra diagnóstico de torsión testicular izquierdo y se ordena valoración urgente por urología (fl. 44).

Por su parte, la historia clínica de la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad del Hospital Mayor de Bogotá, registró el ingreso del menor Cristian Camilo López Cuervo el 8 de agosto de 2009 a las 23:28; se describe que el paciente fue remitido con diagnóstico de torsión testicular, con dolor en testículo izquierdo desde las 7:00 a. m; se valora por urología (fl. 385).

- Más adelante, a las 23:50 se reitera que el menor mencionó que el cuadro clínico inició a las 7.00 a. m, con dolor a nivel del testículo izquierdo que se extiende a hemiabdomen inferior, leve dolor en hipogastrio, testículo izquierdo ascendido, color violáceo y edema del mismo color. Se anota por el médico general que se realiza maniobra para corregir torsión, se observa descenso de testículo y disminución en la intensidad de dolor, y se hospitaliza para nueva valoración por urología (fl. 388).

- El paciente es valorado nuevamente por urología a las 7:00 a. m. del 9 de agosto de 2009, se registra *"AYER 7AM DOLOR TESTICULO IZQUIERDO AGUDO ASOCIADO A VOMITO, CONSULTA A LAS 11AM DONDE DIAGNOSTICAN ESCROTO AGUDO Y REMITEN XA VALORACION X UROLOGIA. COMENTA LA MADRE QUE SALIERON DE VILLAVICENCIO A LAS 9PM AYER Y LLEGAN A ESTA INSTITUCION 11:15 PM (...) HEMIESCROTO IZQUIERDO CON EDEMA SIN ERITEMA, CON TESTÍCULO AUMENTADO DE TAMAÑO, CONGESTIVO, DOLOROSO A LA PALPACIÓN"*; diagnostica de nuevo torsión de testículo izquierdo y se ordena examen de eco dopler escrotal y según el resultado se llevará a destorsión. A las 12:50 nuevamente es valorado por urología, se describe el resultado del examen y se ordena pasar a cirugía (fl. 389).

- El mismo 9 de agosto de 2009 a las 14:00 horas, se le realiza la intervención quirúrgica de exploración escrotal con detorsión de testículo izquierdo, orquiectomía (Extirpación quirúrgica de testículo) más epididimectomía de testículo izquierdo y fijación de testículo derecho profiláctica, sin complicaciones (fl. 392-396) y terminó a las 14:50 (fl. 398-envés); después ingresa el paciente a las 15:00 a recuperación bajo efecto de anestesia general a la Unidad de Cuidado Post-anestésico (fl. 397), a las 16:36 se registra la última nota de enfermería de control de signos vitales (fl. 397), y luego se le envía a piso para darle la salida (fl. 490-envés).

El cronograma expuesto y todo el acervo probatorio contenido en el expediente, permite establecer:

- Los agentes de la Policía Nacional trasladaron al menor Cristian Camilo López Cuervo al Hogar de Paso, el 7 de agosto de 2009, a las 7:00 de la noche, aproximadamente (fl. 23, 52, a.01).
- El menor adujo que presentó dolor abdominal a eso de las 7:00 de la mañana del 8 de agosto de 2009 (fl.33). Se reitera que él mismo reconoció que el dolor en el testículo en verdad lo tuvo cuando era trasladado a las 7:00 de la noche del 7 de agosto de 2009 al Hogar de Paso (fl. 32).
- Ingresó el menor Cristian Camilo López Cuervo a la Corporación Clínica Universitaria Cooperativa de Colombia de Villavicencio, a las 12:35 de la tarde, del 8 de agosto de 2009 (fl. 33).
- A las 4:00 de la tarde, una vez se recibieron los resultados de exámenes, se diagnostica torsión de testículo izquierdo (fl. 37).
- A las 4:30 de la tarde, se inician las gestiones para remitir al menor a revisión por urología (fl. 37), las que se concretan a las 5:20 (fl. 37) y a las 7:20 de la noche, para el Hospital Mayor de Bogotá (fl. 37).
- El menor sale de la Corporación Clínica Universitaria Cooperativa de Colombia de Villavicencio, a las 8:45 de la noche, para Bogotá (37-envés).
- A la Corporación Universitaria Juan Ciudad-Hospital Mayor Méderi, de Bogotá, arriba el menor a las 11:15 de la noche (fl. 389), y es valorado por urología a las 11:28 de la noche.
- Se le hacen nuevas valoraciones por urología y exámenes a las 23:50 de la noche (fl. 388), y al día siguiente, 9 de agosto de 2009, a las 7:00 a. m. (fl. 389) y las 12:50 de la tarde, cuando se describe el resultado del examen y se ordena pasar a cirugía (fl. 389-envés).
- El mismo 9 de agosto de 2009 a las 2:00 de la tarde, se le realiza la intervención quirúrgica, sin complicaciones (fl. 392-396), la que terminó a las 2:50 (fl. 398-envés); después ingresa el paciente a las 3:00 de la tarde a recuperación (fl. 397-envés), a las 4:36 de la tarde se registra la última nota de enfermería de control de signos vitales (fl. 397), y luego se le envía a piso para darle la salida (fl. 490-envés).
- Se registró la salida del paciente el 9 de agosto de 2009 (fl. 385).

Se establece con lo anterior, que la Nueva EPS a través de la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia de Villavicencio y de la Corporación Universitaria Juan Ciudad-Hospital Mayor Méderi de Bogotá, le prestó a Cristian Camilo López Cuervo los servicios médicos que requería frente a la lesión que se le presentó, de manera oportuna e idónea.

Así lo ratifica el Informe Pericial de Clínica Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al concluir que: *"Se trató de un menor de 14 años de edad para la fecha de los hechos que se investigan (08/08/2009), el cual presentó un cuadro clínico de dolor abdominal, síntomas gastrointestinales y dolor testicular asociado aumento del tamaño y cambios en la coloración del mismo, tiempo de evolución fuera del rango de ventana para la realización urgente del procedimiento quirúrgico, fue valorado al siguiente día por urología quienes determinan exploración quirúrgica del testículo izquierdo, con hallazgo de torsión completa del testículo sobre su pedículo que luego de detorsión y medios físicos con temperatura no mejoró perfusión por lo cual extrajeron; hallazgo histopatológico confirmó infarto hemorrágico del testículo izquierdo. De acuerdo a los elementos de juicio disponibles se puede concluir que la interpretación y la conducta medica anotadas en la historia clínica, son congruentes con el cuadro clínico del paciente durante el tratamiento médico de urgencias que presentó, y la conducta quirúrgica que realizaron, puede decirse sobre la base de tales datos, que la actuación médica fue adecuada y oportuna en la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia y Corporación Universitaria Juan Ciudad; es decir, la atención que se brindó a CRISTIAN CAMILO LÓPEZ CUERVO en las dos instituciones, se ajusta a la norma de atención y al deber de cuidado, según el nivel de complejidad"* (fl. 458). Es decir, no hubo algún error médico ni demora en la atención ni en las intervenciones quirúrgicas que se le brindaron y realizaron en las instituciones hospitalarias.

Es de resaltar que el menor Cristian Camilo López Cuervo, consultó a la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia cinco horas después de iniciados los síntomas de dolor abdominal y vómito, y 15 horas después del alegado hecho en que dijo se lesionó el testículo –Lo cual no se probó en el proceso por parte de los demandantes- y sintió por primera vez dolor en esa parte (fl. 32). De ahí que tampoco tiene respaldo la crítica del recurso de apelación en cuanto a que en la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad – Hospital Mayor de Bogotá, se consideró que por el tiempo de evolución de más de tres horas ya no era una urgencia sino que ya era necesaria la cirugía (fl. 388-envés), pues ese lapso ya se había cumplido en Villavicencio, antes que el menor acudiera a la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia (fl. 33), luego incluso en este centro hospitalario ya no se catalogaba la afección como urgencia, pues ya presentaba más de cinco horas el cuadro clínico o 15 del dolor en el testículo. Significa que además, esta circunstancia de tiempo transcurrido en más de tres horas no es endilgable a la Nueva EPS.

Es de precisar que el dictamen pericial que se emitió dentro de este proceso contencioso administrativo (fl. 446-463), no se tachó, ni objetó, ni cuestionó, es sólido, coincide con las demás pruebas que se aportaron al expediente, y en detalle comprueba que contrario a lo que manifiestan los demandantes, con los exámenes y la atención brindada, las instituciones hospitalarias que intervinieron por cuenta de la Nueva EPS efectuaron un

procedimiento adecuado y oportuno, de acuerdo con la lesión que presentaba y el estado en la que se encontraba al momento en que acudió a aquellas.

Con lo que se expuso y demostró, se establece que no hay imputación fáctica en el caso, endilgable a la Nueva EPS por la lesión y el consiguiente daño antijurídico que sufrió el menor Cristian Camilo López Cuervo.

4.5.2. Imputación Jurídica. En el acápite anterior se estableció que la entidad demandada no faltó al cumplimiento del deber jurídico de proteger los derechos de su paciente, que su servicio no falló en cuanto fuera defectuoso en la atención debida, y en cambio, pudo determinarse que se realizaron los exámenes, valoraciones, procedimientos, remisión e intervenciones quirúrgicas procedentes para tratar de preservar su salud y su integridad física.

Así, la Nueva EPS no dejó de actuar en la forma que le correspondía en la prestación del servicio de salud al menor Cristian Camilo López Cuervo. Y la parte demandante no probó deficiencia alguna del servicio médico, tampoco acreditó alguna omisión o acción reprochable del prestador del mismo, ni se encontró en el expediente un diagnóstico o exámenes o cirugías defectuosas, negligentes o equivocadas, o que el traslado que se adelantó a la ciudad de Bogotá no resultaba indispensable frente a la lesión del paciente.

Conforme con lo expuesto, la EPS cumplió con las exigencias, entre otras, de la Ley 23 de 1981, la cual establece las reglas para la prestación del servicio de salud conforme a la ética médica, con precisos mandatos, la Ley 10 de 1990 y los Decretos 2759 de 1991 y 412 de 1992, como lo señala el Consejo de Estado (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 5 de marzo de 2015, rad. 50001233100020020037501, 30102).

Como corolario de la situación, la atención médica que se le prestó a Cristian Camilo López Cuervo y los trámites administrativos a cargo de la Nueva EPS no intervinieron en el desenlace de la lesión física que presentó. Como tampoco se demostró que exista alguna afectación fisiológica, pues ninguna prueba se allegó sobre el particular, ni se adujo alguna, y además, el Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expresó que *"La pérdida de un testículo no genera ninguna repercusión en el funcionamiento normal de un hombre ni en la fecundidad"* (fl. 460).

De manera que en este caso no surgió el imperativo patrimonial de la Nueva EPS de responder, pues se reitera, no se probó una omisión a un deber impuesto legalmente; y no propició la entidad demandada el daño, tampoco falló en su posición de procurar por la salud del paciente, ni incrementó el riesgo permitido con la creación de uno jurídicamente desaprobado.

Significa que no se demostró el requisito de la imputación normativa, por lo que el daño antijurídico no es asignable a la empresa demandada.

Es preciso agregar que tampoco se cumplieron los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual sobre los cuales la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, M. P. Ariel Salazar Ramírez, SC13925-2016, rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01, 24 de agosto de 2016) ha abordado casos como el que aquí atañe, esto es: i) La presencia de un daño jurídicamente relevante; ii) que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y iii) que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable.

Así y siguiendo a la Alta Corte de la Jurisdicción Ordinaria, si bien el daño sufrido recayó sobre bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, luego la condición de ser normativamente relevante se encuentra probada, tal como fue descrito atrás, los otros dos presupuestos no se cumplen en este caso, pues en cuanto al fundamento bajo el cual se podría atribuir a la Nueva EPS la responsabilidad se edificaría a partir del deber que le asiste *"en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional"*¹² así como del cumplimiento de los deberes impuestos por dicho ordenamiento normativo, pues su *"función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)"*¹³, y como lo demostró el Informe Pericial del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la EPS no falló a tal obligación normativa pues la prestación del servicio fue idónea y oportuna, y por tanto no hubo incumplimiento de los deberes para con el Usuario del Sistema de Salud, y de ahí la improcedencia del reproche del sistema jurídico en su contra y la no atribución de responsabilidad que fue pedida por los demandantes.

Agregó la Corte Suprema de Justicia, que *"Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil"*. Y como se acaba de probar, estos elementos no se probaron en este proceso a cargo de la Nueva EPS.

En consecuencia, no se acreditaron los elementos de la falla del servicio ni de la responsabilidad civil extracontractual en contra de la Nueva EPS, pues además del daño antijurídico que se probó, no se demostraron la imputación fáctica y jurídica en su contra, toda vez que aquel no fue propiciado por dicha empresa ni por las instituciones hospitalarias que en su nombre atendieron al menor.

¹² Ley 100 de 1993, artículo 153, numeral 9, original; o ahora, "15.3.8 Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada".

¹³ Ley 100 de 1993, artículo 177.

4.6. A la misma conclusión se arriba al abordar el tema por la figura jurídica de la pérdida de oportunidad que reclaman los apelantes en su recurso.

4.6.1. Sobre dicha figura jurídica en asuntos médicos, el Consejo de Estado se pronunció respecto de su aplicación, entre otras sentencias, la del 5 de abril de 2017, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, rad. 1700123310002000 00645-01, 25706 y la del 1 de agosto de 2016, M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad. 190012331000 20010142901, 35.116.

En la primera de ellas se reconoce que *"existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño -teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima -teoría relacionada con el daño-"* y se describen sus diferencias, al tiempo que se estructuran sus elementos, supuestos e indemnizaciones.

El Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Arauca optan por el segundo criterio.

Precisó que los **elementos del daño de pérdida de oportunidad** son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima, es decir, pérdida definitiva de la oportunidad.

Y que ahora el estado de idoneidad de la víctima, esto es, si el afectado se hallaba para el momento del hecho dañino en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar, no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad, sino un criterio para definir la imputación de la demandada, por cuanto puede probarse que aquella no estaba en una posición apta para reclamar la existencia de la figura jurídica, lo que configuraría otra causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, se puede liberar de responsabilidad en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias o puede demostrarse que en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de chance, lo que conduciría al fenómeno de concausalidad.

Así mismo, consagró como **los supuestos de responsabilidad en estos casos**, que i) cuando se considera la pérdida de oportunidad como una situación en la que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de *la acción* de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación del chance; ii) pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como *una omisión absoluta*, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la misma; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la figura jurídica, ya que este es un problema que deberá ser resuelto no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades, sino por el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en su truncamiento.

También fijó **parámetros para cuantificar la indemnización**, cuando esta procede según el resultado del estudio de fondo de cada caso.

4.6.2. En el caso del menor Cristian Camilo López Cuervo, ya se estableció atrás que no se probó el elemento de la imputación en ninguno de sus dos aspectos, fáctico y jurídico, en contra de la Nueva EPS, por lo cual no es dable acoger las pretensiones de la demanda tampoco por pérdida de oportunidad.

A ello se agrega que tampoco acude en favor de los demandantes, el criterio del estado de idoneidad de la víctima; esto por cuanto el afectado, el menor Cristian Camilo López Cuervo, no se hallaba para el momento de la atención de su salud en la Corporación Clínica Universidad Cooperativa de Colombia de Villavicencio en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual se demanda, ya que se acreditó conforme se detalló en acápites precedentes que el menor no estaba en una posición apta para reclamar la existencia de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, en razón del tiempo que ya había transcurrido entre el hecho que aduce le causó la lesión (7 de agosto de 2009, a las 7:00 de la noche, aproximadamente, fl. 23, 52, a.01), el inicio del cuadro clínico de dolor abdominal que informó en la clínica, en lo que no fue veraz como ya se expresó y se acredita en el párrafo siguiente (7:00 de la mañana del 8 de agosto de 2009, fl.33), y su ingreso a la Corporación Clínica Universitaria Cooperativa de Colombia de Villavicencio (12:35 de la tarde, del 8 de agosto de 2009, fl. 33).

Sin embargo, es relevante destacar que Cristian Camilo López Cuervo reconoció que *"yo me queje, porque sentí dolor en el testículo"* (fl. 32) y *"desde que tomamos el hueco se me presento el dolor"* (fl. 32-envés), lo cual prueba que fue a las 7:00 de la noche del 7 de agosto de 2009, el

primer momento en el que sintió dolor en el testículo, lo cual le ocultó no solo a los Policías que lo trasladaron (*"yo les dije que no lo había dicho [Lo del dolor] porque me daba pena"* fl. 32-envés) y a Judith Correa Méndez, encargada del Hogar de Paso (*"no le dije que me dolía el testículo porque me daba pena decirle"*, fl. 32-envés), sino también a los médicos que lo atendieron a su llegada a las 12:35 p. m. a la clínica de Villavicencio, quienes solo se enteraron de esta situación a las 3:15 de la tarde del 8 de agosto de 2009 (fl. 34-envés, 460).

Con lo anterior, se fijan los siguientes hitos temporales sucedidos, decisorios para resolver en esta parte de la sentencia:

- Accidente o hecho lesionante e inicio del dolor testicular: 7:00 de la noche, 7 de agosto de 2009.
- Inicio del dolor abdominal: 7:00 de la noche, 7 de agosto de 2009.
- Informe a los médicos sobre dicho cuadro clínico: 3:15 de la tarde, 8 de agosto de 2009. Esto es, 20 horas y 15 minutos después.
- Diagnóstico de torsión testicular: 4:00 de la tarde, 8 de agosto de 2009; 21 horas después.

Muestra lo anterior, que los médicos solo conocieron del hecho lesionante y del dolor testicular, 20 horas después de sucedido el accidente y ocurrido el episodio de dolor. Esta demora solo es imputable a la culpa exclusiva del menor, quien decidió no comentarla con alguien.

Frente a un caso de torsión testicular, si en el breve término de unas horas no se tiene atención médica, se pierde el testículo. Sobre este lapso, se tienen los siguientes criterios:

1. Los que refiere el Consejo de Estado en la sentencia que invocan los apelantes en su favor (Rad. 0500123260001992086101, 13675, 26 de abril de 2002, M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, fl. 557-558):

1.1. Es así como en el Manual de Patología Quirúrgica, los médicos David C. Sabiston Jr. y H. Kim Lyerly¹⁴ indican: **"TORSIÓN.** *La torsión del cordón espermático se debe probablemente a la fijación excesivamente elevada de la túnica vaginal alrededor de la parte terminal del cordón, lo que hace que el testículo gire libremente dentro del compartimento, con una deformidad en "lengua acampanada". La torsión incompleta puede producir una estrangulación parcial cuyos efectos son reversibles si se realiza la intervención quirúrgica en las primeras 12 horas, mientras que la torsión grave con compromiso total de la vascularización produce una necrosis testicular a menos que se realice la intervención durante las primeras cuatro horas.* (Se subraya)".

¹⁴ Sabiston – Lyerly, ob. cit., pág.761, Edit.Interamericana – McGraw - Hill

1.2. En relación con esta patología, el Manual Merck de Diagnóstico y Terapéutica¹⁵, aunque no señala un término para el tratamiento quirúrgico, enfatiza: *"Se aconseja la **intervención quirúrgica inmediata** cuando se sospeche una torsión, pues la exploración antes de que transcurran algunas horas ofrece la única esperanza de salvar el testículo"*.

1.3. El que fija nuestra Alta Corte: *"Entonces, con fundamento en el material probatorio recaudado, se tomará como término máximo dentro del cual debía efectuarse la intervención quirúrgica, con probabilidad de obtener resultados positivos en la reversión de los efectos de la patología, entre las cuatro y las 18 horas siguientes a la iniciación de los síntomas de la torsión; término que surge de la conciliación de todos los planteamientos médicos efectuados dentro del proceso, ninguno de los cuales es coincidente pero tampoco descartable por haber sido emitidos por profesionales de la Medicina cuyo juicio, en la mayoría de los casos, emana de su experiencia"*.

2. Otros criterios sobre el tema:

2.1. En el Informe Pericial del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses rendido dentro del proceso, se consagra el de seis horas para que haya necrosis (fl. 461).

2.2. Para la Universidad Autónoma de Madrid, en Urgencias Urológicas, <http://fuam.es/wp-content/uploads/2012/09/Tema-18>: *"Al girar el testículo sobre el pedículo se condiciona una oclusión venosa que con el trascurso de las horas lleva a edema, y subsiguiente oclusión arterial que lleva a una necrosis. El proceso ocurre rápidamente y por lo general esta instaurado a las 6 horas del accidente, (...)"*.

2.3. Finalmente, *"La cirugía se debe realizar tan pronto como sea posible luego del inicio de los síntomas. Si se lleva a cabo dentro de las 6 primeras horas, se pueden salvar la mayoría de los testículos"*. En <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article>, de NIH, Biblioteca Nacional de Medicina de los EE. UU.

Luego entonces, la necrosis ocurre en las primeras seis horas del hecho lesionante o del primer dolor testicular; y máximo hasta las 18 horas siguientes, hay *"probabilidad de obtener resultados positivos en la reversión de los efectos de la patología"*.

Y como se demostró, el menor solo les informó a los médicos sobre su cuadro clínico testicular, a las 3:15 de la tarde, del 8 de agosto de 2009. Esto es, 20 horas y 15 minutos después.

En consecuencia, ya se había superado el tiempo mínimo para que hubiera chance de salvar el testículo, incluso así en Villavicencio existiera en ese momento un urólogo.

¹⁵ Ob. cit., pág.2304, Edit. Oceano/Centrum.

Por lo tanto, cuando el menor se puso a disposición de la Nueva EPS, ya habían transcurrido más de 20 horas, con lo cual, ya no estaba en una situación tanto fáctica como jurídica idóneas para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual se demanda, se comprueba además con ello que hubo culpa exclusiva de la víctima, y se agrega que también descarta o no se acredita ninguno de los tres elementos del daño de pérdida de oportunidad, esto es, i) La falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) la certeza de la existencia de una oportunidad, pues ya estaba perdida por el tiempo transcurrido; y iii) La certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima, es decir, pérdida definitiva de la oportunidad, pues ya se había cercenado dicho chance.

Como tampoco se demostró que exista alguna afectación fisiológica del menor, pues ninguna prueba se allegó sobre el particular, ni se adujo alguna, y además, el Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expresó que *"La perdida de un testículo no genera ninguna repercusión en el funcionamiento normal de un hombre ni en la fecundidad"* (fl. 460).

Vale anotar que la sentencia que cita en su respaldo el recurso de apelación (Rad. 0500123260001992086101, 13675, 26 de abril de 2002, M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, fl. 557-558) tampoco es aplicable en el fondo del asunto, ya que allí se trató de un error de diagnóstico, pues inicialmente se detectó una torsión testicular, pero la entidad demandada trató la afección con diagnóstico distinto y luego se volvió al correcto, como lo recalcó nuestra Alta Corte, al señalar que hubo *"falta de diligencia médica del I.S.S. para determinar el diagnóstico y el tratamiento adecuado, que privó al joven TORO OSORIO de la oportunidad de efectuarse la operación que requería para reversar los efectos de la afección. (...) El joven JUAN DAVID TORO OSORIO el 25 de junio de 1990 sufrió una torsión testicular y no una orquiepididimitis, por lo tanto el diagnóstico del especialista del Instituto de Seguros Sociales fue errado, así como el tratamiento ordenado. (...) Evidenciado el error médico en el diagnóstico, debe interrogarse la Sala si de haber recibido el paciente una atención médica oportuna y adecuada a la patología padecida, se habría evitado la pérdida de su testículo izquierdo o si, por el contrario, cuando JUAN DAVID TORO acudió al I.S.S. ya era tardío el tratamiento quirúrgico e inevitable el daño"*.

En el presente caso del menor Cristian Camilo López Cuervo, y con el pleno respaldo del Informe Pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 446-462), el diagnóstico fue acertado y la atención y los procedimientos efectuados fueron idóneos y oportunos.

4.7. En consecuencia, no se acreditaron los elementos de la falla del servicio en contra de la Nueva EPS, ni los de la pérdida de oportunidad.

Así, a pesar del daño antijurídico que se probó, no se demostró que fuera propiciado por alguna acción, u omisión, o irregularidad, o falencia en el servicio de la empresa ante su deber jurídico de la idónea prestación de la atención de la salud que le correspondía.

Y se determina que no prosperan las diferentes circunstancias que integran el cargo del recurso de apelación.

4.8. Por lo tanto, y ante el problema jurídico que se planteó, se responde que no procede revocar la sentencia impugnada.

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta segunda instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 10 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio.

SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca:

(i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información, y

(ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

CUARTO. ORDENAR que en firme la presente providencia en el Tribunal Administrativo del Meta, se devuelva por la Secretaría de esa Corporación Judicial, el expediente al Despacho de origen-Juzgado de primera instancia, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada