



Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ
Ibagué, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2016-00369**-00

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GUTIERREZ
BARBOSA y OTROS

DEMANDADO: CAPRECOM EPS-S LIQUIDADO-
PATRIMONIO AUTONOMO DE
REMANENTES PAR CAMPRECOM
LIQUIDADO Y DIACORSAS -
INSTITUTO DEL CORAZON DE
IBAGUE hoy AVIDANTI S.A.S.

Llamado en Garantía: SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Tema: Falla médica

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por los señores JESUS ALIRIO GALLEGO OROZCO y GLORIA AMPARO GUTIERREZ BARBOSA, obrando en nombre propio y en representación del menor JEIVER DAVIAN GALLEGO GUTIERREZ; YENNY ZULEIMA GALLEGO GUTIERREZ y ERLING DUVIAN MARTINEZ ROMERO, obrando en nombre propio y en representación de los menores JUAN FELIPE y YICETH NAYIVE MARTINEZ GALLEGO; MARIA DESULAY GUTIERREZ BARBOSA, MARTHA CECILIA GALLEGO OROZCO, YULIANA ZULUAGA GUTIERREZ, LEIDY GOMEZ ROJAS, JESUS ANTONIO GALLEGO MARTINEZ y GRACIELA OROZCO DE GALLEGO, en contra de CAPRECOM CAICE EPS-S hoy PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR CAMPRECOM LIQUIDADO y DIACORSAS - INSTITUTO DE CORAZON DE IBAGUE hoy AVIDANTI S.A.S, siendo Llamada en Garantía por parte de este último la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1. Pretensiones.

Tal y como se expusieron por parte del extremo demandante, las pretensiones son las siguientes:

- Que se declare que CAPRECOM CAICE EPS-S a través de su agente liquidador LA FIDUPREVISORA S.A así como DIACORSAS INSTITUTO DEL CORAZON DE IBAGUÉ, son patrimonial y solidariamente responsables de la totalidad de los perjuicios morales (660 S.M.L.M.V) causados a los demandantes, por la falla en el servicio en que incurrieron, “en el entendido que a la fecha no se tiene certeza de la causa real de la muerte de KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ”, ocurrida el 7 de septiembre de 2014, en las instalaciones del Instituto del Corazón de Ibagué”.
- Que se cumplimiento a la sentencia que se llegue a proferir, en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA y, que se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

2. Hechos

- 1.- La menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ (Q.E.P.D), nació el 24 de julio de 2013 en el Líbano-Tolima, luego de que su madre, la señora GLORIA AMPARO GUTIERREZ BARBOSA alcanzara las 35 semanas de gestión, a la edad de 45 años de edad y siendo este, su tercer embarazo.
- 2.- Al nacer, la menor KAROL YAIDEIMY presentó bajo peso, hipoglicemia neonatal, síndrome de dificultad respiratoria (Neumonías en útero vs enfermedad de membrana hialiana), sospecha de trisomía 21, restricción de crecimiento intrauterino y sospecha de cardiopatía congénita, razón por la cual debió ser hospitalizada 12 días en la UCI NEONATAL MEINTEGRAL del Líbano, a cargo de CAPRECOM, dado que para ese momento sus padres eran beneficiados del plan de salud subsidiado.
- 3.- El 20 de agosto de 2013, el Juzgado Civil del Circuito del Líbano resolvió acción de tutela incoada por la madre de la menor KAROL YAIDEIMY en contra de CAPRECOM EPS-S, ordenando a su favor, la autorización para la remisión de la cirugía cardiovascular de aquella así como un tratamiento integral.
- 4.- No obstante el proferimiento del precitado fallo de tutela, la madre de la menor debió formular dos incidentes de desacato dado el incumplimiento frente al mismo, toda vez que aunque la menor KAROL YAIDEIMY permaneció 68 días hospitalizada en el Hospital Cardiovascular de Soacha, no fue posible que le practicaran la cirugía prescrita, por ausencia de autorización por parte de CAPRECOM EPS-S-.
- 5.- Se afirma por la parte demandante que finalmente, el 11 de agosto de 2014, la menor KAROL YAIDEIMY fue valorada por el especialista en cardiología pediátrica y que el 25 de ese mismo mes y año fue ingresada a las instalaciones de DIACORSA en Ibagué, en donde el día 28 se le realizó cateterismo cardiaco a través de vena femoral derecha con sistema 4 FR reportando un ventrículo

izquierdo dilatado con adecuada contractibilidad, con un defecto septal interventricular alto amplio.

6.- El 1° de septiembre de 2014 se realiza la cirugía a la menor KAROL YAIDEIMY en el mismo Instituto, luego de lo cual, la misma presentó inestabilidad hemodinámica dada por tensiones arteriales bajas, hipoperfundida, así como también signos de un proceso infeccioso intrahospitalario, razón por la cual, el 3 de septiembre le inician tratamiento con antimicrobiano de amplio espectro.

7.- El 3 de septiembre se le realiza a la menor KAROL YAIDEIMY ecocardiograma que refleja una corrección auriculoventricular completo con insuficiencia mitral residual entre otras.

8.- El 7 de septiembre de 2014, la menor KAROL YAIDEIMY fallece como consecuencia del deterioro hemodinámico posterior al procedimiento quirúrgico.

3. Contestación de la Demanda.

3.1. DIACORSAS – SUCURSAL INSTITUTO DEL CORAZON IBAGUE hoy AVIDANTI SAS (Fis. 323 y ss.):

A través de su apoderado, dicha entidad refirió inicialmente que en su mayoría, los hechos no le constan y el resto no eran ciertos, señalando posteriormente su oposición a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que no se logró demostrar ninguna acción u omisión de su parte, que estructurara una falla en la prestación del servicio, dado que lo que está plenamente demostrado es que el equipo médico de DIACORSAS acreditó el más alto grado de diligencia, cuidado y compromiso en el caso de la menor KAROL YAIDEIMY, de quien resalta, para el momento de los hechos se trataba de una paciente joven, con 13 meses de nacida, que no gozaba de buenas condiciones de salud, dado que contaba con las siguientes patologías de base: Síndrome de down, prematurez, cardiopatía congénita canal AV completo tipo A de rastelli, hipertensión pulmonar severa, defunción de las cavidades del corazón, baja oxigenación de tejidos, desnutrición crónica 5.5 Kg y retardo del desarrollo psicomotor hipotónica.

Refirió, que el 25 de agosto de 2014, la menor KAROL YAIDEIMY ingresó ambulatoriamente para manejo por cirugía cardiovascular, que el 27 se le realizó cateterismo derecho e izquierdo, arteriografía pulmonar selectiva y curva de hiperoxia, luego de lo cual fue ingresada a la UCI para su control post cateterismo.

A renglón seguido, sostuvo que el 1 de septiembre a las 20:05 horas la menor KAROL YAIDEIMY ingresó a quirófano para que se le realizara el procedimiento denominado reparación de canal atrio-ventricular completo, el cual se llevó a cabo sin complicación alguna y que al día siguiente a las 2:20 horas fue trasladada a la UCI pediátrica, presentando un rápido deterioro según anotaciones del pediatra de turno.

Contrario a lo que afirma la parte demandante, refiere que no es cierto que la menor hubiera presentado un proceso infeccioso intrahospitalario dado que los hemocultivos y urocultivos que le practicaron arrojaron resultados negativos; que lo que realmente ocurrió, fue que la menor presentaba diversas patologías de base que no permitieron recuperar su estado de salud y que finalmente falleció debido a un shock cardiogénico.

Por último, resalta que previo a la realización de la cirugía, a la señora JENNY GALLEGO, representante de la menor KAROL YAIDEIMY, los médicos en cumplimiento de su deber profesional, le informaron sobre los riesgos que conllevaba la práctica del procedimiento quirúrgico corrección auriculoventricular, luego de lo cual la misma, firmó en señal de aceptación, el consentimiento informado.

Formuló como excepciones las que denominó: *Ausencia de nexo causal, materialización del riesgo inherente, tasación excesiva e indebida del perjuicio moral, ausencia de incumplimiento por parte de DIACORSAS y ausencia de falla en el servicio como elemento estructural de la responsabilidad medica por parte de DIACORSAS.*

3.2. CAPRECOM hoy PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO (fls. 767 y ss.)

Adujo inicialmente que algunos hechos eran ciertos y otros no le constaban y luego se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, puesto que CARECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, actuó como asegurador y realizó todos los trámites pertinentes para que las IPS con las cuales contrataba, prestaran el servicio médico asistencial y hospitalario requerido por la menor KAROL YAIDEIMY.

Como excepciones formuló que las que denominó: *Ausencia de culpa, ausencia de responsabilidad por parte de CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, ausencia de falla en servicio y nexo causal, inexistencia de uno de los presupuestos de la responsabilidad del nexo causal, ausencia de responsabilidad con base en criterio de falla probada, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, inexistencia del derecho a reclamar por parte de los demandantes y en defecto de esta última, inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley.*

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial para su reparto el día 12 de octubre de 2016 (fol. 239), correspondió su conocimiento a éste Juzgado, el cual, mediante auto del 31 de octubre de 2016, inadmitió la demanda, luego de lo cual, siendo debidamente subsanada, finalmente fue admitida a través de auto del 28 de noviembre de ese mismo año. (Fl. 301).

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00369-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GUTIERREZ y OTROS
DEMANDADO: DIACORSAS y OTROS
Sentencia de primera instancia

Una vez notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fol. 305 y ss), dentro del término de traslado de la demanda, las entidades demandadas contestaron, allegaron las respectivas pruebas que pretendían hacer valer y formularon excepciones respecto de las cuales se corrió el traslado legal a la parte demandante, quien guardó silencio. (fl. 933).

Mediante auto del 22 de agosto de 2017, el Despacho admitió el llamamiento en garantía efectuado por DIACORSAS en contra de la Sociedad Seguros del Estado S.A. (Fl. 153 y ss Cuad. Llamamiento en garantía), la cual contestó el llamamiento, manifestando que se opone a las pretensiones de la parte demandante, hasta tanto no se demuestre en el curso del proceso que efectivamente su llamante incurrió en la presunta falla médica que se le endilga. Formuló las siguientes excepciones: *Ausencia de responsabilidad por parte de DIACORSAS, inexistencia de nexos causal, exoneración de culpa por cumplimiento de obligación de medio, riesgo inherente e indebida tasación de perjuicios. (Fls. 209 y ss del Cuad. Llamamiento en garantía).*

Con auto de fecha 9 de julio de 2018, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 934), reprogramándose el día 11 de septiembre (fol.947) la cual se llevó a cabo el día 30 de noviembre de 2018 (Fls. 958 y ss) agotándose en ella la totalidad de las etapas en legal forma.

El 4 de junio de 2019, se adelantó la audiencia de pruebas (Fls. 968 y ss) y el 9 de julio siguiente (Fl. 1008) mediante auto se ordenó a las partes presentar por escrito sus correspondientes alegatos de conclusión:

Parte demandante (Fls. 1022 y ss)

La parte demandante a través de su apoderada manifestó que en el presente caso se reúnen los presupuestos necesarios para el proferimiento de un fallo de carácter condenatorio respecto de los entes demandados a la luz de las teorías de la falla en el servicio y de la pérdida de oportunidad.

En cuanto a CAPRECOM, refirió que omitió reiteradamente el acceso pleno a los servicios de salud a que tenía derecho la menor fallecida, lo que conllevó a su deceso, puesto que la cirugía que requería para corregir su defecto cardiovascular, se efectuó de manera ya tardía, lo que evidencia su incursión en una falla en la prestación del servicio de salud.

En cuanto a DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS, manifestó que no estabilizó a la menor frente al cuadro infeccioso “en duda” que esta pudo haber tenido, habiéndola llevado en tales condiciones a quirófano, lo que conllevó para ella la creación de un riesgo más alto y que agravó su situación.

Parte demandada

PAR DE CAPRECOM LIQUIDADO (Fls. 1014 y ss).

Manifiesta que contrario a lo afirmado por la parte actora, no está acreditada su responsabilidad por la muerte de la menor KAROL YAIDEIMI, toda vez que respecto de la misma, siempre actuó diligentemente, autorizando citas, remisiones, controles y procedimientos.

AVIDANTI ANTES DIACORSAS (Fls. 1038 y ss).

El apoderado de dicha entidad arguyó que conforme al material probatorio obrante al interior del expediente, es posible concluir que la parte demandante no logró demostrar la existencia de una presunta falla en la prestación del servicio, respecto de los servicios médicos asistenciales que le fueron brindados a la menor KAROL YAIDEIMY, como tampoco alcanzó acreditar la presencia de una bacteria intrahospitalaria que supuestamente había adquirido la menor.

Por el contrario, resalta que lo que está demostrado es que todos los médicos que participaron de la atención de la menor en la clínica AVIDANTI, se comportaron de manera profesional y diligente para tratarla.

Resalta, que si bien es cierto a la menor se le suministran antibióticos, ello fue porque así lo indicaban los protocolos aplicables al caso más no porque se hubiera demostrado que la misma cursaba con un proceso infeccioso, pues de hecho los exámenes de laboratorio arrojaron resultado negativo.

Por último, hace énfasis en que siempre se mantuvo informada a la familia de la menor, en relación con su estado de salud y con los riesgos que implicaba la realización de la intervención quirúrgica requerida.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

A la luz de lo establecido en la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y lo establecido en el artículo 155 numeral 6° del CPACA, 156 numeral 6° este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control.

2. Problema Jurídico.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho establecer si, *¿las demandadas son administrativa, solidaria y extracontractualmente responsables de los perjuicios no pecuniarios que se alega, han sido sufridos por los demandantes, debido a una presunta falla del servicio en la*

atención médica y asistencial brindada a la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ (Q.E.P.D), que ocasionó su muerte el día 7 de septiembre de 2014?

Como problema jurídico asociado y en el evento de resultar prósperas las pretensiones demandatorias, el Despacho deberá determinar si el llamado en garantía debe responder por la condena y en qué proporción.

3. Tesis Planteadas.

3.1. Tesis de la Parte Demandante.

Consideró que debe condenarse a las demandadas al pago de los perjuicios causados por la indebida e inoportuna atención en salud prestada a la menor KAROL YAIDEIMY, que a la postre le ocasionó su muerte el 7 de septiembre de 2014.

3.2. Tesis de la Parte Demandada – CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO

Adujo que en el presente caso no hay lugar a emitir sentencia condenatoria en su contra, como quiera que lo que se cuestiona es la presunta falla médica en la atención brindada a la menor fallecida, lo cual, de modo alguno correspondía a CAPRECOM, quien realizó todo los trámites administrativos necesarios para la oportuna y adecuada prestación del servicio médico que debía otorgarse a la misma.

3.3. Tesis de la parte Demandada – DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS

Sostuvo que en este caso no es viable imputarle responsabilidad alguna, como quiera que se encuentra acreditado el alto grado de diligencia y cuidado del grupo de galenos que atendió a la menor al interior de dicha institución, así como el manejo dado a la misma, que por demás sea ajustó a la *lex artix*, y que, fueron las patologías de base que presentaba la menor, las que finalmente no le permitieron recuperar su estado de salud.

4. Tesis del Despacho.

Conforme al material probatorio obrante en el expediente, la tesis que sostendrá el Despacho se circunscribe a afirmar que en el presente asunto, es procedente la declaratoria de responsabilidad estatal de CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, con ocasión de la pérdida de oportunidad de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ, causado por la falla en el servicio de salud, consistente en la demora o tardanza en la expedición de las autorizaciones médicas requeridas por la menor, necesarias para que se le practicaran de manera oportuna los procedimientos prescritos para su tratamiento.

5. Fundamentos de la Tesis del Despacho.

5.1. La responsabilidad patrimonial del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y se requiere de la concurrencia de varios elementos a saber: **(i)** el daño antijurídico, **(ii)** la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, **(iii)** el nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la administración.

El **Daño Antijurídico** es entendido jurisprudencialmente La jurisprudencia Contencioso - Administrativa ha definido el daño antijurídico como “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “*el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación*”¹.

De acuerdo a una debida interpretación del artículo 90 Constitucional, el H. Consejo de Estado² ha enseñado, que la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. Dicha Tesis fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1993, en donde expresó, que además de constatar la antijuridicidad del daño, el juzgador debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

Al referirnos a la **imputación jurídica y fáctica**, debemos remitirnos a lo explicado por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que considera que “*imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño*”³

A partir de la disposición Constitucional señalada, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como *(i)* el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y *(ii)* el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de fecha 01 de marzo de 2006.

³ Sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

entidad demandada está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, aunque el demandante haya encuadrado el contencioso en un título de imputación disímil, pues en acciones de reparación directa, domina el principio de *iura novit curia*.

De otro lado, en cuanto al **nexo de causalidad**, nuestro Órgano de Cierre⁴ trayendo a colación apartes de la Doctrina Francesa ha considerado que éste, es el elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla. En tratándose de la falla del servicio, la relación de causalidad se vincula directamente con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad.

En síntesis, existe una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en forma de mandato imperativo, aplicable a todas las autoridades estatales y en todos los ámbitos de la responsabilidad, siendo una garantía para los administrados, con la consecuente obligación para el Estado de repetir contra sus agentes, cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo de los mismos.

5.2. Régimen de imputación derivado de la actividad médica

En torno al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, la jurisprudencia ha realizado una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, siendo la posición actual aquella según la cual, el régimen de responsabilidad que resulta aplicable por la actividad médica hospitalaria es el de falla probada del servicio⁵, por lo que en la actualidad, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal, sin los cuales resulta improcedente por esta vía una condena en contra del Estado⁶, tal y como lo ha entendido el H. Consejo de Estado al señalar:

“Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Rad. 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia del 09 de julio de 2018, Rad. 08001-23-31-000-2000-01774-01(44961)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Sentencia del 19 de abril de 2018, Rad. 76001-23-31-000-2003-03719-01(44222) acumulado con el 76001-23-000-2004-01899-01).

*por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, **lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicios y que dicha falla fue causa eficiente del daño.***⁷

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende “... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, **por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz**”⁸. (Se destaca)

De conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “*lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz*”, se debe observar que ésta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio.

Según el precedente jurisprudencial constitucional, “*la protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”*⁹.

Frente al particular, el órgano de cierre de ésta jurisdicción ha señalado que la falla médica se circunscribe a una consideración básica, según la cual,

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁸ Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”¹⁰ (Subrayado original)

5.3. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad extracontractual del Estado

La naturaleza de la pérdida de oportunidad ha sido objeto de pronunciamientos por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en no pocas ocasiones.

Tradicionalmente se ha estudiado desde dos ópticas: una, que considera que la pérdida de oportunidad se consolida como un “daño autónomo”, y otra, que afirma que el estudio de esta figura debe realizarse en sede del análisis del nexo causal.

Recientemente¹¹, el órgano de cierre de esta jurisdicción abordó el tema y entendió dicha figura como daño, con identidad y características propias, cuyo colofón es la vulneración de una expectativa o interés legítimo, la cual debe ser reparada.

Es así, que desde la óptica del daño, la pérdida de una oportunidad se erige como la lesión a un interés jurídico tutelado y, en esa medida, para su configuración es necesario que se trate de la pérdida de una oportunidad seria.

La oportunidad perdida debe contar con un grado de suficiencia que permita concluir que, la acción u omisión de la autoridad pública generadora de daño, disminuyó la probabilidad de ganar o, aumentó la de perder, de manera relevante para el derecho. Lo anterior obedece al concepto mismo de interés legítimo, en el que se fundamenta la pérdida de oportunidad como daño, en la medida en que debe tratarse de una posición de ventaja reservada para el titular del interés; por lo anterior, esa oportunidad debe contar con unos mínimos de relevancia jurídica, que permitan calificarla como valiosa o real.

Para el efecto, este daño debe cumplir con los siguientes requisitos según la jurisprudencia: *“En primer lugar, el resultado debe ser aleatorio, esto es, incertidumbre respecto a si el beneficio se iba a conseguir o si el perjuicio se iba a evitar; segundo, la certeza respecto de la oportunidad propiamente dicha, es decir que, en ausencia del hecho dañoso, la víctima habría mantenido intacta la expectativa de obtener un provecho o de evitar un perjuicio; finalmente, que la oportunidad de evitar esa aminoración o de obtener un provecho, se extinguió de manera irreversible para la víctima, toda vez que, si la ventaja aún era susceptible*

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 25706 de 5 de abril de 2017.

de ser lograda o el perjuicio de ser evitado, se estaría en presencia de un daño eventual.”¹²

Lo anterior, permite concluir que la pérdida de oportunidad como daño, tiene dos componentes: Uno, de certeza en relación con la existencia de una expectativa real, relevante para el derecho; y otro, relacionado con la incertidumbre de obtener la ganancia esperada o de evitar el perjuicio.

6. De lo probado en el proceso

- Registro civil de nacimiento de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ, que data que la misma nació el 24 de julio de 2013.
- Registro civil de defunción de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ, ocurrida el 7 de septiembre de 2014. (Fl. 14 del Cuad. Ppal.).
- Copia de carné de vacunación de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ. (Fl. 44 y ss Cuad. Ppal)
- Certificado según el cual, la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ, pertenecía al régimen subsidiado en salud. (Fl. 47 del Cuad. Ppal.).
- Copia de la Epicrisis Unidad de Cuidado Intensivo Neonatal Clínica Meintegral de la menor KAROL YAIDEIMY, desde el 24 de julio hasta el 5 de agosto de 2013, según la cual, se trata de una recién nacida -24 de julio de 2013-, pre término de 35 semanas, bajo peso para la edad gestacional, bajo peso al nacer, hipoglicemia neonatal, síndrome de dificultad respiratoria (neumonía en útero vs enfermedad de membrana hialina) sospecha de trisomía 21, restricción del crecimiento intrauterino, sospecha de cardiopatía congénita.

Durante el último día de registro, -5 de agosto de 2013-, se consignó que la menor presentaba hipertensión pulmonar severa, se encontraba en regular estado general, con altos requerimientos de oxígeno y a la espera de remisión para manejo por cirugía cardiovascular, luego de que el 3 del mismo mes y año se le practicara ecocardiograma que reportó “...*defecto de la tabicación Av completo balanceado tipo A de Rastelli, comunicación interauricular tipo ostium secundum, signos indirectos de hipertensión pulmonar severa infrasistémica, dilatación de cavidades derechas, insuficiencia aortica de grado ligero...*”. (Fls. 48 y ss del Cuad. Ppal.).

- Copia de la remisión para cirugía cardiovascular de la menor KAROL YAIDEIMY, calendada 3 de agosto de 2013. (Fl. 55 del Cuad. Ppal.)

¹²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Expediente 40916 del 10 de abril de 2019.

- Copia parcialmente legible de la historia clínica de la menor KAROL YAIDEIMY de PROCARDIO SERVICIOS MEDICOS INTEGRALES LTDA, según la cual, fue ingresada el 16 de agosto de 2013, procedente del Líbano Tolima, con remisión para cirugía cardiovascular, estableciéndose que por el momento, la misma no era candidata para dicho procedimiento. Por tal razón, se hizo su remisión al Hospital del Líbano, a donde ingresó el 23 de octubre de 2013. (Fls. 57 y ss).
- Copia de la historia clínica electrónica de la menor KAROL YAIDEIMY procedente del Hospital Regional del Líbano, correspondiente al periodo comprendido entre el 23 de octubre y el 8 de noviembre de 2013, según la cual, la menor de 3 meses de edad ingresó luego de ser contra remitida de la ciudad de Bogotá, desde hospitalización de UCI de PROCARDIO por antecedentes de parto pretérmino de 35 semanas RCIU y cardiopatía congénita, fenotipo down, solicitando manejo por pediatría para dar posible egreso y continuar manejo en segundo nivel.

Durante dicho lapso de hospitalización, se consignó de manera permanente que la menor presentaba adecuadas condiciones generales, que tenía concepto favorable de la clínica y que se estaba a la espera de autorización de oxígeno domiciliario.

El 8 de noviembre de 2013, se autoriza egreso de la menor, luego de que a través del Hospital de Villahermosa se consiguieran las balas de oxígeno para la misma. (Fls. 76 y ss del Cuad. PPal.).

- Copia de solicitud y justificación médica para medicamento no POS a favor de la menor KAROL YAIDEIMY de fecha 18 de octubre de 2013, suscritos por el pediatra tratante, en relación con la leche S-26 y la ampolla palivizumab, junto con la formula respectiva, carta de direccionamiento ante la Secretaria de Salud del Tolima y CAPRECOM EPS-S. (Fls. 112 y ss).
- Copia de los comprobantes de servicios del Hospital Regional del Líbano del 18 de noviembre de 2013 según los cuales, a la menor KAROL YAIDEIMY se le solicita valoración por pediatría en 15 días y valoración por cardiología pediátrica. (fls. 114 del Cuad. Ppal. 1).
- Copia de la atención medica brindada a la menor KAROL YAIDEIMY el día 20 de enero de 2014 en MEINEGRAL –CAPRECOM, por parte del cardiólogo pediátrico, en la que se consigna que control en un mes y se le solicita la práctica de un ecocardiograma. (Fls. 115 y ss del Cuad. Ppal.).
- Copia de la autorización de servicios de fecha 22 de abril de 2014 por parte de CAPRECOM, a favor de la menor KAROL YAIDEIMY, en relación con 1 ampolla de palizumab y 20 leche klim de 400 gramos. (Fl. 124 del Cuad. Ppal.).

- Constancia de entrega a la menor KAROL YAIDEIMY de medicamentos por parte del Hospital de Villahermosa, el 9 de noviembre de 2013. (Fls. 126 y ss del Cuad. Ppal.1).
- Copia de la autorización de servicios de fecha 11 de agosto de 2014 por parte de CAPRECOM a favor de la menor KAROL YAIDEIMY en relación con la consulta externa de cirugía cardiovascular. (Fl. 128 del Cuad. Ppal. 1).
- Copia del Ecocardiograma practicado a la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ, el 11 de agosto de 2014 en DIACORSAS que arrojó las siguientes conclusiones: *“Defecto del tabique auriculoventricular completo tipo A de RASTELLI con insuficiencia ligera de la porción izquierda de la valvula AV Comun, foramen oval permeable dilatado, signos indirectos de hipertensión pulmonar severa infra sistémica, insuficiencia pulmonar de grado ligero y buena función biventricular”*. (Fls. 139 y ss del Cuad. Ppal.).
- Copia del escrito de tutela presentado por la señora GLORIA AMPARO GUTIERREZ BARBOSA, actuando como representante de la menor KAROL YAIDEIMY, a fin de que se autorice la cirugía vascular por ella requerida, las contestaciones emitidas por los entes accionados y el fallo de tutela calendado 20 de agosto de 2013, que concedió el amparo pretendido junto con una atención integral en salud a favor de la menor. (Fls. 144 y ss del Cuad. PPal.).
- Copia de los incidentes de desacato formulados en relación con el incumplimiento del reseñado fallo de tutela, calendados 2 de octubre de 2013 y 15 de enero de 2014, respectivamente. (Fl. 169 del Cuad. Ppal.).
- Copia del auto del 10 de junio de 2014 mediante el cual, el juez de tutela impuso sanción por desacato al director de CAPRECOM en sede Ibagué, por el incumplimiento al fallo del 20 de agosto de 2013. (Fls. 196 y ss del Cuad. PPal.).
- Copias de las respuestas emitidas por CAPRECOM al interior del trámite incidental adelantado por el juez de tutela. (Fls. (199 y ss del Cuad. PPal.).
- Copia de la historia clínica de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ en el Instituto del Corazón de Ibagué dentro de la cual reposan entre otras:
 - 1.- Consentimiento informado para cirugía cardiovascular pediátrica suscrito el 26 de agosto de 2014 por YENNY GALLEGO, en relación con el procedimiento que se iba a realizar a su hermana, la menor KAROL YAIDEIMY, consistente en corrección de canal AV. (Fls. 359 y ss del Cuad. PPal.).

2.- Consentimiento informado para cateterismo pediátrico suscrito el 27 de agosto de 2014 por YENNY GALLEGO, para ser realizado a su hermana, la menor KAROL YAIDEIMY. (Fl. 363 del Cuad. Ppal.).

3.- Consentimiento informado para transfusión sanguínea a favor de su hermana KAROL YAIDEIMY, suscrito por YENNY GALLEGO. (Fls. 364 y ss).

4.- Consulta pre quirúrgica realizada a la menor KAROL YAIDEIMY el 11 de agosto de 2014, por la especialidad de cirugía cardiovascular, consignándose como diagnóstico “defecto del tabique auriculoventricular” y como plan de tratamiento “cirugía del canal en forma prioritaria”. (Fl. 368 del Cuad. Ppal.).

5.- Consulta pre quirúrgica realizada a la menor KAROL YAIDEIMY el 11 de agosto de 2014, por la especialidad de cardiología pediátrica intervencionista, en la que luego de practicar ecocardiograma solicita la valoración por cirugía cardiovascular. (Fl. 369 del Cuad. Ppal.).

6.- Ecocardiograma practicado a la menor KAROL YAIDEIMY el 11 de agosto de 2014, el cual arrojó las siguientes conclusiones: *“Defecto del tabique auriculoventricular completo tipo A de Rastelli con insuficiencia ligera de la porción izquierda de la válvula AV-común, foramen oval permeable dilatado, signos indirectos de hipertensión pulmonar severa infrasistémica, insuficiencia pulmonar de grado ligero y buena función biventricular”*. (Fls. 370 y ss del Cuad. Ppal.).

7.- Órdenes de los exámenes médicos prescritos a la menor KAROL YAIDEIMY (Fls. 375 y ss del Cuad. Ppal.).

8.- Cateterismo derecho e izquierdo practicado a la menor KAROL YAIDEIMY el 27 de agosto de 2014, en el que se deja anotación de que fue un procedimiento sin complicaciones. (Fl. 378 del Cuad. Ppal.).

9.- Reporte del control de oxígeno a la menor KAROL YAIDEIMY desde el 27 de agosto al 7 de septiembre de 2014. Fls. 383 y ss del Cuad. Ppal.).

10.- Control de glucometría, signos básicos y reportes de exámenes de laboratorio de la menor KAROL YAIDEIMY, desde el 27 de agosto hasta el 7 de septiembre de 2014.

Es de anotar, que el reporte de los signos básicos se realiza cada hora. (Fls. 389 y ss del Cuad. Ppal.).

11.- Reporte del ecocardiograma practicado a la menor KAROL YAIDEIMY el 3 de septiembre de 2014 que arrojó los siguientes resultados: *“Posquirúrgico inmediato de corrección de canal auriculoventricular completo*

con insuficiencia mitral residual de leve a moderada sin cortocircuitos residuales, insuficiencia tricúspidea leve con presión pulmonar normal, ventrículo derecho ligeramente dilatado con signos de disfunción diastólica, insuficiencia aórtica de grado ligero y buena función sistólica biventricular”. (Fls. 542 y ss del Cuad. Ppal.).

12.- Epicrisis correspondiente a la menor KAROL YAIDEIMY que data del periodo comprendido entre el 25 de agosto y el 7 de septiembre de 2014.¹³

- Oficio 0325 del 4 de febrero de 2019, mediante el cual, el gerente del Hospital Regional Alfonso Jaramillo Salazar del Líbano, remite historia clínica de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ, con las atenciones realizadas y registradas de fechas: 24 de julio de 2013, 20 de enero de 2014 y 16 de agosto de 2014, de las cuales se resaltan:

“...24/julio/13 17:08

Neonato pretermino con bajo peso al nacer aparentemente con enfermedad congénita compatible con posible síndrome de down, con adaptación neonatal espontánea...se valora por el servicio de pediatría quien traslada al recién nacido a UCI NEONATAL...

...20/enero/14 12:54

Consulta ambulatoria por pediatría

Paciente en aceptables condiciones generales, afebril, hidratado con SDR no Cianosis, facies y fenotipo down...ruidos cardiacos rítmicos taquicardicos...

...16/agosto/14 13:54

Urgencias

Motivo de consulta: No puede orinar

Paciente femenina de 12 meses de edad procedente de Villahermosa con antecedente de síndrome de down y canal AV desde hace 4 meses la madre refiere que es traída para toma de parcial de orina para procedimiento quirúrgico para corrección de su cardiopatía...”. (Fls. 3 y ss del Cuad. Pruebas Dte).

- Dictamen pericial adelantado por el galeno y abogado NORBEY DARIO IBAÑEZ ROBAYO, quien consignó luego de analizar la historia clínica de la menor KAROL YAIDEIMY procedente de DIACORSAS: *“...Paciente que al ingreso no presenta signos ni síntomas de proceso infeccioso, los paraclínicos de ingreso solo encuentra un urocultivo sugestivo de proceso de*

¹³ Fls. 546 y ss del Cuad. Ppal. 3

contaminación, no es corroborable infección urinaria, con resto de paraclínicos dentro de límites normales, incluyendo los de fase aguda de infección, paciente que por su condición clínica debe ser multi invadida se inició antimicrobiano profiláctico, posterior toma de cultivos, paciente después de 72 horas de hospitalización y posterior al procedimiento quirúrgico inició a presentar paraclínicos positivos para proceso infeccioso, con anotaciones en historia clínica de procedimiento quirúrgico exitoso, con ecocardiograma sin evidencia de deterioro de su función cardíaca, pero a pesar de su evolución cardíaca, paciente presenta deterioro hemodinámico, que puede hacer sugerir que más que un resultado inherente al procedimiento, puede estar asociado a un proceso infeccioso, paciente presenta fiebre y se encuentra anotaciones de SIRS (Síndrome de respuesta inflamatorio sistémica), se inició antimicrobiano de amplio espectro, paciente se deteriora y fallece...". (Cuad. Pruebas Dte - Dictamen Pericial).

- Declaración del doctor JAIME ANDRES GONZALEZ LOZANO, médico pediatra, con sub especialización en cardiología pediátrica, quien laboró para el momento de los hechos en DIACORSAS hoy Clínica Avidanti.¹⁴
- Declaración de la doctora MONICA ISABEL PEREZ PARDO, medica pediatra que laboró para el momento de los hechos en DIACORSAS hoy Clínica Avidanti.¹⁵
- Interrogatorio de parte rendido por la señora GLORIA AMPARO GUTIERREZ, madre de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ (Q.E.P.S).¹⁶

7. CASO CONCRETO

Efectuadas las anteriores precisiones jurisprudenciales y relacionado el material probatorio obrante en el expediente, corresponde al Despacho desatar la cuestión litigiosa sometida a decisión, para lo cual, deberá establecerse la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad en este caso concreto, a la luz del artículo 90 de la Constitución.

7.1. La existencia de un daño antijurídico.

Con la copia del registro civil de defunción¹⁷ quedó probada la muerte de la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ, el 7 de septiembre de 2014, lo que, de conformidad con las circunstancias alegadas en la demanda puede considerarse un daño antijurídico, cuya imputación será analizada a continuación.

¹⁴ CD. Fl. 972

¹⁵ Ibídem

¹⁶ Ibídem

¹⁷ Fl. 14 del Cuad. Ppal. 1

7.2. Imputabilidad del daño a las Entidades demandadas - Nexo causal.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Dentro del presente asunto, la parte actora solicita que se declare la responsabilidad de CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADADA y DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS y, a cada una de estas entidades, le atribuya una conducta –acción u omisión- diferente, a fin de obtener su declaratoria de responsabilidad por el hecho dañoso que se itera, se hace consistir en la muerte de la precitada menor.

Ciertamente, a CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADADA, se le endilga un comportamiento omisivo y negligente, en relación con la expedición oportuna de las autorizaciones de los distintos servicios médicos que requería la menor fallecida, para el tratamiento de la patología que la aquejaba – cardiopatía congénita-.

Por su parte, a DIACORSAS hoy Clínica AVIDANTI SAS se le imputa el hecho de que la menor ingresó a dicha institución para la programación de una cirugía cardiaca correctiva, sin presentar signo ni síntoma de proceso infeccioso alguno, pese a lo cual, según anotaciones efectuadas en la historia clínica, la causa real de su muerte fue un proceso infeccioso y no, una complicación inherente al procedimiento quirúrgico practicado.

Por lo anterior, a partir de las pruebas debida y oportunamente allegadas al cartulario, pasará el Despacho a analizar si tales situaciones se configuran, a fin de poder edificar en contra de las entidades demandadas, una sentencia de carácter condenatorio, advirtiendo desde ya, que DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS, será exonerada de responsabilidad, como quiera que a partir de los elementos probatorios antes relaciones, puede establecerse que la atención médica brindada a la menor KAROL YAIDEIMY, fue adecuada y oportuna en relación con las patologías que presentaba para el momento en que arribó a dicha institución y durante su estancia en la misma y que, aunque la parte demandante pretendió establecer que la muerte de la menor se originó en un proceso infeccioso cuya adquisición y desarrollo le imputa a dicha entidad, lo cierto es que dicha hipótesis no se demostró en el discurrir procesal.

No ocurre lo mismo con CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADADO, como se verá a continuación.

Efectivamente, a partir de la prueba documental¹⁸ obrante al interior del expediente, se tiene demostrado que la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGU GUTIERREZ, nació el 24 de julio de 2013, y que presentó pre término de 35 semanas, bajo peso

¹⁸ Fl. 48 del Cuad. Ppal. 1

para la edad gestacional, bajo peso al nacer, hipoglicemia neonatal, síndrome de dificultad respiratoria (neumonía en útero vs enfermedad de membrana hialina) sospecha de trisomía 21, restricción del crecimiento intrauterino y sospecha de cardiopatía congénita, habiendo sido hospitalizada en la UCI neonatal de MEINTEGRAL del Líbano, desde su nacimiento y hasta el 5 de agosto siguiente.

Igualmente, se tiene acreditado que durante su hospitalización, a la menor se le practicó un ecocardiograma -3 de agosto- que arrojó como resultados: “...defecto de la tabicación Av completo balanceado tipo A de Rastelli, comunicación interauricular tipo ostium secundum, signos indirectos de hipertensión pulmonar severa infrasistémica, dilatación de cavidades derechas, insuficiencia aortica de grado ligero...”¹⁹, razón por la cual se realiza remisión para cirugía cardiovascular²⁰ a la Institución PROCARDIO SERVICIOS MEDICOS INTEGRALES LTDA de la ciudad de Bogotá²¹ en donde permaneció desde el 16 de agosto y hasta el 22 de octubre de 2013, luego de que se estableciera que para ese momento, no era KAROL YAIDEIMY, candidata para manejo quirúrgico por CX cardiovascular, motivo por el cual se solicita a CAPRECOM adelantara el traslado de la menor a su ciudad de origen, en ambulancia medicalizada, lo cual se verifica el 22 de octubre de 2013.

Ha de resaltarse que durante su estancia hospitalaria en PROCARDIO SERVICIOS MEDICOS INTEGRALES LTDA, la menor KAROL YAIDEIMY presentó trombocitopenia y deterioro séptico, habiéndose consignado en ambos casos que, dichos diagnósticos, fueron superados.²²

También está probado que la menor KAROL YAIDEIMY, a sus 3 meses de edad, ingresó al Hospital Regional del Líbano, luego de ser contra remitida de la ciudad de Bogotá, desde hospitalización de UCI de PROCARDIO, el día 23 de octubre de 2013 y que permaneció allí hasta el 8 de noviembre de ese mismo año, cuando se le dio egreso con uso de oxígeno permanente, prescribiéndosele atención pediátrica y cardiología pediátrica por consulta externa²³ la cual, según los elementos probatorios allegados al cartulario, se realizó el 20 de enero de 2014, por parte del Dr. César Augusto Arango Posada²⁴, cardiólogo pediatra, quien consignó entre otras, que la menor presentaba un diagnóstico de síndrome de Down y una cardiopatía compleja, encontrándose para ese momento en buen estado aparente, sin dificultad respiratoria, no taquipneica, sin cianosis, no edemas y con pulmones con ronos escasos, prescribiendo un próximo control en un mes, con estudio eco cardiográfico.

La siguiente atención médica especializada recibida por la menor KAROL YAIDEIMY, según la documental que reposa en este expediente, así como también, según lo dicho por su madre al interior del interrogatorio absuelto, se realizó el 11 de agosto de 2014, en DIACORSAS, en las áreas de cirugía cardiovascular y

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Fl. 56 del Cuad. Ppal.

²¹ Fl. 59 del Cuad. Ppal.

²² Fl. 62 del Cuad. Ppal.1

²³ Fl. 78 y ss del Cuad. Ppal. 1

²⁴ Fl. 115 y ss del Cuad. Ppal. 1

cardiología pediátrica intervencionista, respectivamente, estableciéndose que la misma se trataba de una paciente de 12 meses de edad con canal AV completo tipo a de rastelli, el cual necesita cirugía del canal de forma prioritaria²⁵, prescribiéndosele la práctica de distintos exámenes, incluido un ecocardiograma que le fuera realizado ese mismo día, el cual arrojó las siguientes conclusiones: *“Defecto del tabique auriculoventricular completo tipo A de Rastelli con insuficiencia ligera de la porción izquierda de la válvula AV-común, foramen oval permeable dilatado, signos indirectos de hipertensión pulmonar severa infrasistémica, insuficiencia pulmonar de grado ligero y buena función biventricular”*.²⁶ (Fls. 370 y ss del Cuad. Ppal.).

Más adelante, concretamente el 27 de agosto de 2014, se realiza a la menor KAROL YAIDEIMY cateterismo cardiaco bilateral, en el que se deja anotación de que fue un procedimiento *sin complicaciones*²⁷ y, a partir de dicha intervención, se consignan en su epicrisis las siguientes anotaciones²⁸:

“...27/08/2014 Paciente en POP inmediato de cateterismo cardiaco bilateral + test de hiperoxia con hipertensión pulmonar severa (igual a sistémica) pero con descenso de resistencias pulmonares, procedimiento sin complicaciones, no compromiso hemodinámico...requiere monitoria en cuidado intensivo por riesgo de sangrados, embolismo de dispositivo, arritmias, compromiso en miembros inferiores y muerte súbita, pendiente nueva valoración por cx cardiovascular para decidir manejo quirúrgico, reporte de hemograma con anemia leve, procalcitonina negativa pero llama la atención urocultivo con 50.000 UFC (tomado con bolsa recolectora) pero sin respuesta sistema que puede corresponder a contaminación, se considera nueva toma de urocultivo para descartar foco urinario, se explica a la hermana...

28/08/2014 Paciente en cuidados intermedios, con estabilidad hemodinámica, sin inotrópicos, no deterioro respiratorio pero con requerimientos de oxígeno suplementario, tolerando vía oral, no signos infecciosos recibió antibiótico profiláctico...pendiente de urocultivo de control

29/08/2014 Paciente en estado post cateterismo con adecuada evolución sin evidencia de compromiso actual respiratorio...En espera de programación de corrección quirúrgica...

31/08/2014... Plan: Preparar para cirugía mañana

01/09/2014...Karol procedente de post quirúrgico inmediato de cierre de canal AV ingresa con soporte inotrópico y ventilatorio elevado, además de manejo con óxido nítrico, ingresa con T/A limítrofe que se deteriora rápidamente en menos de 5 minutos del ingreso a la Unidad, le administraron sildenafil antes del ingreso, pálida, mal perfundida, mal estado general, afebril, mucosas secas...

²⁵ Fls. 129 y ss del Cuad. Ppal. 1

²⁶ Fls. 370 yss del Cuad. Ppal 2.

²⁷ Fl. 378 del Cuad. Ppal. 2

²⁸ Fls. 546 y ss del Cuad. Ppal. 3

03/09/2014 *Paciente crítica, grave, en malas condiciones generales...pálida, no distermias pero luce mal, con PCR en aumento y trombocitopenia en descenso, pendiente de transfundir 1 unidad de plaquetas, asociado a multi-invadido por lo cual se decide inicio de manejo antibiótico de amplio espectro ajustado a función renal...*

04/09/2014 *Paciente en cuidados intensivos, en estado crítico, con soportes inotrópico con adrenalina, en descenso por tenencia a la hipertensión...realizar rastreo para hongos en orina, se continua manejo de antibiótico instaurado.*

05/09/2014 *Paciente femenina lactante mayor con SDN DOWN en estado crítico, con DX anotados, hemodinamicamente labil con manejo titulable con inotropia...con hepatomegalia por falla cardiaca, con edema generalizado, con oliguria, sin deterioro infeccioso con mejoría de picos febriles con PCR en descenso...*

06/09/2014 *Paciente crítica con evolución hacía la mejoría, hemodinamicamente lábil, requiriendo soporte inotrópico, con destete exitoso de vasopresina, y por mejoría de acidosis se suspende bicarbonato, además dada adecuada evolución hemodinámica se decide inicio de selafil...sin cambios de proceso infeccioso, afebril, luce moteada, con aumento de leucocitos, no toma PCR, con igual manejo antibiótico con vancomicina + meropen día 3, en seguimiento a cultivos negativos a la fecha...*

Paciente con dx anotados quien presenta crisis de hipertensión pulmonar con bronco obstructivo severo, se inicia nuevamente relajación en infusión, se evidencia además signos congestivos por hepatomegalia...se realiza hiperventilación con episodios de mejoría parcial...

Paciente que continúa en estado crítico, presentando nuevo episodio de hipertensión pulmonar con hipotensión sistémica, con caída de volúmenes pulmonares...se toman gases arteriales y venosos evidenciándose acidosis respiratoria marcada...continua en mal estado general lábil, con riesgo de muerte pese a esfuerzo terapéutico...

07/09/2014 *Paciente crítica, en pésimas condiciones generales, muy grave, con inestabilidad hemodinámica marcada...pálida, hipotérmica, luce mal, con sirs importante, paraclínicos de hoy con aumento de leucocitos + neutrofilia, trombocitopenia leve, se encuentra con cubrimiento de antibiótico de amplio espectro, se considera asocio de anti fúngico por estar polí invadido...con muy alto riesgo de muerte en las próximas horas, pronostico vital reservado, se explica a la madre...*

...(11:30 horas) Paciente con evolución tórpida, con hipotensión sostenida por lo cual se ajusta soporte hemodinámico...

(13:00 horas) Paciente con palidez mucocutanea y frialdad generalizada, livideces generalizada...ha requerido aumento progresivo del soporte hemodinámico...se

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00369-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GUTIERREZ y OTROS
DEMANDADO: DIACORSAS y OTROS
Sentencia de primera instancia

desconecta del marcapaso con evidencia de línea isoeléctrica, pupilas no reactivas, se declara fallecida a las 13 horas...

Diagnósticos de egreso

Defecto del tabique auriculoventricular (principal), observaciones: POP CORRECCION CANAL AV; CHOQUE CARDIOGENICO (OBSERVACIONES); SINDROME DE DOWN, NO ESPECIFICADO, (OBSERVACIONES):”.

Teniendo de presente el anterior recuento de los hechos que aparecen debidamente demostrados al interior del expediente, para el Despacho es claro, tal y como se advirtió párrafos atrás, que en este asunto, no aparece comprometida la responsabilidad de DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS, porque no se demostró que se configurara la presunta falla que pretendía la parte demandante al señalar que, el deceso de la menor KAROL YAIDEIMY se originó en un proceso infeccioso y no, en una complicación del procedimiento quirúrgico a ella realizado.

Y ello es así, porque aunque si bien es cierto, en la historia clínica de la menor aparece consignado que desde el 3 de septiembre de 2014, -dos días después de su cirugía de corazón- se inició suministro de antibiótico de amplio espectro, lo cierto es que de los exámenes de laboratorio –cultivos- a ella tomados, no se pudo colegir que la misma cursaba con una infección y menos aún, que su muerte se debió a ello; de hecho, en la historia clínica de la menor se consignó como diagnóstico de egreso o causa de su deceso, un choque cardiogénico que significa que su corazón falló al punto que ya no pudo suministrar la sangre suficiente para mantener las funciones vitales de su organismo, lo cual, encuentra respaldo probatorio no solo en la historia clínica misma sino también, en las declaraciones de los doctores JAIME ANDRES GONZALEZ LOZANO y MONICA ISABEL PEREZ PARDO, en su calidad de pediatra con especialidad en cardiología y pediatra, respectivamente, quienes hicieron parte del grupo de galenos que atendieron a la menor durante su estancia en el Instituto del corazón de esta ciudad.

En efecto, el Dr. GONZALEZ LOZANO manifestó en su declaración no solo que el shock cardiogénico se erige en la causa más probable de muerte de la menor KAROL YAIDEIMY, sino también, que en su caso, ese resultado pudo darse no sólo por uno sino por distintos factores entre los que mencionó: El riesgo que intrínsecamente implica todo acto quirúrgico, más en el caso de la menor que se sometió a una cirugía de corazón abierto, el tiempo de evolución de la cardiopatía que presentaba aquella y la hipertensión pulmonar con la que cursaba también.

Aunado a lo anterior resaltó, que la menor cursaba con distintas comorbilidades, incluido el hecho de presentar síndrome de down.

Adicional a lo anterior, el galeno precisó que el término poli invadido, no significa infección como lo pretendía hacer ver la parte actora; significa que un paciente tiene múltiples catéteres, lo cual justifica, como en el caso sometido a estudio, el

suministro de antibiótico, justamente para prevenir una infección, porque se tiene riesgo mayor a infectarse por la poli-invasión.

Por su parte, la Dra. MONICA ISABEL PEREZ PARDO expresó que en el caso de la menor KAROL YAIDEIMY la causa probable de muerte, fue el shock cardiogénico, traducido en que según consta en su historia clínica, su corazón no estaba funcionando, no estaba cumpliendo su función de llevar sangre a todos los órganos, lo que hizo fallar al organismo en general. Además, resalta que dicha causa se hace más probable aún si se tiene en cuenta su antecedente de la anomalía congénita, ósea la cardiopatía, más el proceso quirúrgico al que se sometió para intentar corregir la misma.

En relación con el presunto proceso infeccioso con el que cursaba la menor KAROL YAIDEIMI sostuvo que si bien es cierto, en su caso, podía sospecharse de una infección, la misma nunca se llegó a confirmar debido a que los cultivos a ella practicados arrojaron resultados negativos, lo que no impidió que se le suministrara antibiótico de amplio espectro que cubriera un amplio margen de gérmenes, teniendo en cuenta no solo que presentó fiebre, sino también que se trataba de una paciente en post operatorio de cirugía de corazón abierto y con poli invasión.

Así mismo, resaltó que aunque en uno de los exámenes de diagnóstico practicados a la menor, concretamente, un cuadro hemático, se pudo evidenciar leucocitosis, neutrofilia y trombocitopenia, que podían hacer sospechar de la presencia de una infección, lo cierto es que ello podía ser resultado también, de un proceso inflamatorio.

Finalmente, dicha pediatra expresó que incluso, en el eventual caso de que la menor KAROL YAIDEIMY si hubiera sufrido de un cuadro infeccioso, existe la posibilidad de que hubiera ingresado con este al Instituto del Corazón, de manera previa a su cirugía y solamente se hubiera manifestado una vez esta se realizó, teniendo en cuenta que, el tiempo de incubación de las bacterias es diferente para cada caso.

Por lo anterior, este Despacho ha de concluir que si bien es cierto, no se descartó de un todo, la posibilidad de que la menor KAROL YAIDEIMY hubiera cursado con un proceso infeccioso, lo cierto es que no puede edificarse sobre esa mera posibilidad, una sentencia de carácter condenatorio en contra de DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS, más aun cuando a partir de la valoración conjunta de los distintos elementos probatorios obrantes al interior del expediente, aparece como causa probable de su muerte, el shock cardiogénico que incluso se consignó como tal en su historia clínica, producto del deficiente funcionamiento de su corazón, que hizo que colapsaran los demás órganos, lo cual, como ya se vio, se corresponde con las patologías que aquella presentaba y con el tiempo de evolución de las mismas.

Ahora bien, pese a que en la demanda se indica que si tal planteamiento no encuentra vocación de prosperidad, debe imputársele responsabilidad a DIACORSAS por el hecho de que no suministró a la parte demandante, información oportuna y completa sobre los riesgos que implicaban para la menor, la realización

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00369-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GUTIERREZ y OTROS
DEMANDADO: DIACORSAS y OTROS
Sentencia de primera instancia

del procedimiento quirúrgico cardiovascular al que fue sometida, -corrección de canal AV-, lo cierto es que a folios 359 y ss del Cuad. PPal. 2, obra el consentimiento informado debidamente diligenciado por la hermana de la menor KAROL YAIDEIMY, YENNY GALLEGO, en relación con dicho procedimiento, evidenciando que allí mismo se encuentran contemplados 19 efectos indeseables que podrían derivarse del adelantamiento del mismo, entre los que se encuentra incluso la muerte.

Lo anterior, se corresponde con el interrogatorio de parte rendido por la madre de la menor, la señora GLORIA AMPARO GUTIERREZ, quien expresó que los primeros días que la menor estuvo hospitalizada en la precitada institución quien la acompañó fue su otra hija YENNY GALLEGO, debido a que su estado de salud se encontraba delicado por presentar una infección urinaria que le impidió estar presente para ese momento, llegando a esta ciudad solamente unos días antes de la cirugía, luego de que se le llamara por uno de los galenos a solicitarle su presencia, debido a la complejidad del procedimiento a llevar a cabo.

Por las razones antes anotadas, este Despacho no imputará responsabilidad alguna a DIACORSAS Instituto del Corazón de Ibagué hoy AVIDANTI SAS.

Ahora bien, en relación con el reproche que se le hace a CAPRECOM, ha de indicar el Despacho desde ya, que el estudio de la imputación fáctica y jurídica como elemento estructural de la responsabilidad estatal al amparo del artículo 90 de la Constitución, se hará respecto de dicha parte, bajo la teoría de la pérdida de oportunidad, entendida como un daño autónomo y no, como un elemento más a estudiar en el elemento nexos causal.

Y ello es así, porque como se tiene por establecido a partir de los distintos medios probatorios, no está demostrado que la muerte de la menor sea el resultado de la demora en que incurrió dicha entidad para autorizar algunos de los servicios médicos que aquella requería para el manejo de su patología, dado que como se menciona en su historia clínica y lo señalaron los galenos declarantes, en tan lamentable suceso incidieron diversos factores que terminaron por llevar a que la misma sufriera un shock cardiogénico; pero, lo que sí está demostrado, es que ese tiempo de más que tardó CAPRECOM en autorizar tales servicios y/o procedimientos, le restó la posibilidad de haber obtenido una recuperación o una mejora en su estado de salud, una vez corregida con la cirugía cardiovascular, la cardiopatía congénita que presentaba o lo que es lo mismo, el canal AV completo tipo A de Rastelli.

En efecto, está demostrado que el 3 de agosto de 2013, es decir, a los 10 días de nacida, a la menor KAROL YAIDEIMY se le practicó un ecocardiograma a partir del cual se pudo confirmar la sospecha que se tenía respecto a que la misma presentaba una cardiopatía congénita, dado que dicho examen arrojó como resultado, que la menor cursaba con “...defecto de la tabicación Av completo balanceado tipo A de Rastelli...”. (Fls. 48 y ss del Cuad. Ppal.).

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00369-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GUTIERREZ y OTROS
DEMANDADO: DIACORSAS y OTROS
Sentencia de primera instancia

Igualmente, está acreditado que desde su nacimiento, la menor KAROL YAIDEMI presentó un importante síndrome de dificultad respiratoria y que aunado al defecto de la tabicación AV completo tipo A de Rastelli, presentaba hipertensión pulmonar severa infrasistémica, razón por la cual, mientras se encontraba hospitalizada en la UCI de MEINTEGRAL y a partir del 3 de agosto de 2013, se iniciaron los trámites según se consignó en su historia clínica –Fl. 52- para remisión a otra entidad para cirugía cardiovascular, siendo ingresada en PROCARDIO SERVICIOS MEDICOS INTEGRALES LTDA en la ciudad de Bogotá, desde el 16 de agosto de 2013, en donde permaneció hasta el 23 de octubre de ese mismo año, luego de que se contra remitiera nuevamente para el Líbano, al establecerse que para ese momento no era candidata para dicho procedimiento.

Ciertamente, según se consignó en la historia clínica de la menor en la institución PROCARDIO “...*Plan de tratamiento Paciente de 40 días con cardiopatía congénita tipo CIA y CIV con CLEFT MITRAL, aunque sin insuficiencia valorada en junta medico quirúrgica el día de ayer en conjunto con cardiología y grupo de cuidado intensivo, considerando toda la evolución actual, sin soporte inotrópico, aunque con indicación de corrección quirúrgica, en el momento no candidata, debe continuar manejo por grupo de cuidado intensivo, seguimiento ambulatorio y control ecográfico en dos meses para evaluar programación quirúrgica según se haya logrado mejor peso, por el momento no manejo por cirugía cardiovascular se cierra interconsulta por cirugía cardiovascular*”: (Fl. 67 del Cuad. Ppal.).

Ahora, aunque no puede establecerse la fecha precisa en la que se consignó tal anotación al interior de la historia clínica de la menor en PROCARDIO SERVICIOS MEDICOS INTEGRALES LTDA, debido a la calidad de las copias aportadas al proceso, lo cierto es que la misma no puede ser de antes del 16 de agosto ni después del 22 de octubre de 2013, respectivamente, dado que ese fue el periodo de estancia de la menor en dicha entidad, luego del cual se contra remitió como ya se ha indicado, al Hospital del Líbano, en donde permaneció hasta el 8 de noviembre del precitado año

Luego de ello, no hay constancia alguna de la práctica de un ecocardiograma de control a la menor KAROL YAIDEIMY como se indicó debía hacerse según anotación anterior, así como tampoco de las valoraciones por pediatría y cardiología pediátrica que se le prescribieron desde el 18 de noviembre de 2013. De hecho, según la prueba aquí aportada, la siguiente valoración se verificó el día 20 de enero de 2014 en MEINTEGRAL –CAPRECOM, por parte del cardiólogo pediátrico, en la que se consigna control nuevamente en un mes y se le solicita la práctica de un ecocardiograma, (Fls. 115 y ss del Cuad. Ppal.).

No obstante lo anterior, solamente hasta el 11 de agosto de 2014 se evidencia que por parte de CAPRECOM se autorizó a favor de la menor KAROL YAIDEIMY, la consulta externa de cirugía cardiovascular -Fl. 128 del Cuad. Ppal. 1-, la cual se verificó ese mismo día junto con la práctica de un ecocardiograma en el Instituto del Corazón de Ibagué DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS.

Lo anterior, pone en evidencia entonces que CAPRECOM de manera injustificada retrasó la autorización de servicios médicos que requería la menor KAROL YAIDEIMY, no sólo en relación con la práctica de un examen diagnóstico que en su caso lo era el ecocardiograma, o en lo que respecta a la valoración por cirugía cardiovascular, procedimiento este cuya programación se iba a valorar, según se consignó en las anotaciones ya referenciadas, luego de un control ecográfico y de que la menor ganara peso, sino también, en relación con el suministro de medicamentos y de un suplemento nutricional, según puede establecerse a través de la prueba documental y del interrogatorio de parte absuelto por su madre, la señora GLORIA AMPARO GUTIERREZ.

Sin embargo y como ya se evidenció, solamente hasta el 11 de agosto la menor es valorada por dicha especialidad y se le practica tal examen, luego de lo cual, es programada para cirugía, previa realización de un cateterismo, cuando contaba ya con 13 meses de edad, adelantándose finalmente dicho procedimiento quirúrgico el 1° de septiembre de 2014.

Así las cosas, resulta claro para el Despacho que si bien es cierto, el retraso en el otorgamiento de las autorizaciones médicas antes aludidas y requeridas por la menor KAROL YAIDEIMY, pudo no ser la causa adecuada del daño cuya reparación se pretende, resumido en su muerte, si pudo ser el causante de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de haber obtenido una recuperación o una mejora en su estado de salud, si la cirugía se hubiera realizado antes y además, la menor, hubiera tenido acceso durante el tiempo previo a la misma, a los suplementos y a la medicación requerida, lo cual, también se echa de menos, al punto que se consignó en su historia clínica, concretamente, en la valoración del 11 de agosto de 2014, que para ese momento, la niña llevaba 4 meses sin medicación.

Lo anterior, encuentra sustento no solo en la literatura médica que es uniforme y reiterada²⁹ en señalar que, pacientes que presenten cardiopatía congénita, concretamente canal AV completo tipo A de Rastelli, como lo era la menor KAROL YAIDEIMI, deben ser operados antes de los 6 meses de edad, a fin de evitar las complicaciones y efectos adversos que dicha patología genera en sus organismos con el paso del tiempo, principalmente, la hipertensión pulmonar, sino también, en lo aseverado por el Dr. GONZALEZ LOZANO, quien frente a dicho aspecto en su declaración manifestó:

“La verdad es una paciente que llega un poco tarde, si no estoy mal el hemodinamista la valora hacia el año de edad, es una paciente que idealmente no debe estar llegando a esa edad para ser corregida quirúrgicamente, pero pues cuando llega a la Clínica llega con 12 meses de edad...”

Al responder la pregunta de que si el factor tiempo en la menor KAROL YAIDEIMY es determinante o si su intervención hubiera sido prontamente una vez fue

²⁹ Revista Española de Cardiología. Volumen 56. No. 9. Pág. 894-899. Septiembre de 2003. Véase también: <https://www.down21.org/salud-y-biomedicina/cardiopatias-congenitas.html>

diagnosticada se hubiera contrarrestado la comorbilidad después de esa cirugía, expresó:

“Claro que sí. Según la literatura médica el paciente de canal auriculoventricular balanceado porque hay que tener en cuenta que el canal auriculoventricular tiene muchas presentaciones. El de este paciente que es completo y balanceado, con buen pronóstico anatómico, es un paciente que debe ser operado entre los 3 y los 6 meses de edad. No es una receta, en medicina no hay nada específico pero eso es lo ideal. Antes de los 3 meses no porque hay condiciones técnicas que no se dan como el peso y por encima de los 6 meses se empieza a establecer un riesgo mayor. Por eso digo que llegó un poco tardío.”.

Así las cosas, no cabe duda para el Despacho que el procedimiento quirúrgico practicado a la menor KAROL YAIDEIMY era el recomendado para tratar la patología con que esta cursaba; sin embargo, a partir de los elementos de convicción antes relacionados es posible colegir que el mismo, debió serle practicado antes, no sólo porque su diagnóstico se realizó tempranamente, sino porque en el síndrome de Down, las cardiopatías que cursan con aumento del flujo pulmonar tienen alta probabilidad de generar enfermedad vascular pulmonar en el primer año de vida, por lo que su tratamiento quirúrgico debe hacerse de modo precoz, antes de que se produzcan los cambios irreversibles de la enfermedad vascular pulmonar, tal y como lo expresó el testigo técnico antes citado.

Con base en lo expuesto, este Despacho ha de concluir que se acreditó un actuar poco diligente y tardío de parte de CAPRECOM, pues de haber autorizado el examen diagnóstico –ecocardiograma- y las valoraciones médicas especializadas que requería la menor KAROL YAIDEIMY de forma oportuna, su cirugía se hubiera realizado tiempo antes, minimizando algunos de los riesgos que el transcurso del tiempo por se generaban en su caso.

Ahora bien, con lo anterior, de modo alguno esta instancia pretende señalar que la causa de muerte de la menor radica en que su cirugía no se realizó antes de lo efectivamente ocurrido, ni tampoco se pretende desconocer el hecho de que en su caso confluían diversas comorbilidades, por supuesto incluido el síndrome de Down, así como el hecho mismo de que su muerte, era uno de los riesgos contemplados con la práctica del procedimiento quirúrgico al que se sometió.

Lo que se quiere significar con el anterior análisis es que ese tiempo que transcurrió de más, debido a la tardanza en la autorización de los procedimientos, exámenes y medicamentos generó una pérdida de un chance respecto de la posibilidad de haberse recuperado la menor KAROL YAIDEIMY luego de su cirugía.

El daño consistente en la pérdida de oportunidad de sanar, era un alea para la víctima directa, en la medida en que, científicamente no es posible determinar si la paciente se iba a salvar o no después de su cirugía. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente, se logró acreditar que de haberse practicado antes su

cirugía cardiovascular, habría contado con menos riesgos, lo cual se truncó por el actuar negligente de la entidad demandada CAPRECOM.

Así, la responsabilidad de CAPRECOM en el caso concreto se configuró con el daño consistente de la pérdida de la oportunidad de la menor KAROL YAIDEIMY, causado por la falla en el servicio de salud, debido un poco negligencia en su proceder, en relación con los autorizaciones de los servicios médicos que la misma requería.

8. Liquidación de perjuicios.

Sea lo primero indicar, que el H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 con ponencia del Doctor Ramiro Pazos Guerrero, consideró que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad y de la visible repercusión en los montos de la indemnización, por ello, reiteró los parámetros para cuantificarla de esta manera:

“(…)

- i) *El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.*
- ii) *La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.*
- iii) *No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales - daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de*

conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial.

- iv) *No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.*
- v) *El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso - regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal - perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, - artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.*
- vi) *Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada... ”.*

Encuentra el Juzgado que no fue aportada prueba alguna sobre el porcentaje del truncamiento de la expectativa que le asistía a la menor KAROL YAIDEIMY de evitar su deceso con la práctica de la cirugía cardiovascular de manera oportuna. Si bien, en la literatura médica se recomienda que la realización de la cirugía que se practicó a la menor se haga antes de los 6 meses, lo cual fue corroborado con lo manifestado por el testigo técnico doctor JAIME ANDRES GONZALEZ LOZANO, a fin de evitar diversas complicaciones, lo cierto es que, no existen cifras exactas aplicables a esta caso para el cálculo de las referidas probabilidades, máxime si se tiene en cuenta la situación particular de la menor, quien además de padecer de la cardiopatía congénita que se quería remediar con el precitado procedimiento

quirúrgico, presentaba entre otras, prematuridad al nacer, bajo peso, síndrome de Down e hipertensión pulmonar.

Esta deficiencia resulta imputable a la actividad probatoria de la parte actora, a quien, por regla general, le corresponde la carga demostrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del CGP. Sin embargo, al encontrarse probado el daño antijurídico relacionado con la pérdida de oportunidad, el Estado debe repararlo acudiendo al principio de equidad.

Ahora bien, en el sub lite, se solicita el reconocimiento exclusivamente de perjuicios morales. Tal tipología de perjuicio se solicita a favor de las siguientes personas y en las siguientes cantidades:

- Para cada uno de los padres de la menor fallecida GLORIA AMPARO GUTIERREZ BARBOSA y JESUS ALIRIO GALLEGO OROZCO, la suma equivalente a cien (100) S.M.L.M.V., respectivamente.
- Para JEIVER DAVIAN y YENNY ZULEIMA GALLEGO GUTIERREZ, en calidad de hermanos de la menor fallecida, la suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., respectivamente.
- Para JESUS ANTONIO GALLEGO MARTINEZ y GRACIELA OROZCO DE GALLEGO, en calidad de abuelos paternos de la menor fallecida, la suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., respectivamente.
- Para ERLING DUVIAN MARTINEZ ROMERO, en calidad de cuñado de la menor fallecida, la suma equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V., respectivamente.
- Para JUAN FELIPE y YICETH NAYIVE MARTINEZ GALLEGO, en calidad de sobrinos de la menor fallecida, la suma equivalente a treinta y cinco (35) S.M.L.M.V., respectivamente.
- Para MARIA DESULAY GUTIERREZ y MARTHA CECILIA GALLEGO, en su calidad de tías materna y paterna de la menor fallecida respectivamente, la suma equivalente a treinta y cinco (35) S.M.L.M.V., respectivamente.
- Para LEIDY GOMEZ ROJAS, en calidad de tía política de la menor fallecida, la suma equivalente a treinta y cinco (35) S.M.L.M.V., respectivamente
- Para YULIANA ZULUAGA GUTIERREZ en calidad de prima de la menor fallecida, la suma equivalente a treinta y cinco (35) S.M.L.M.V., respectivamente.

Los parentescos aparecen demostrados así:

- El de los padres de la menor fallecida con la copia del registro civil de nacimiento de la misma, obrante a folio 15 del Cuad. Ppal.
- El de los hermanos de la menor fallecida con la copia de sus respectivos registros civiles, obrantes a folios 21 y 29 del Cuad. Ppal.
- El de los abuelos paternos de la menor fallecida con la copia del registro civil de nacimiento de su padre, el señor JESUS ALIRIO GALLEGO OROZCO, visible a folio 17 del Cuad. Ppal.
- El de los sobrinos de la menor fallecida con la copia de sus respectivos registros civiles visibles a folios 33 y 34 del Cuad. Ppal.
- El de las tías –paterna y materna- de la menor fallecida con las copias de los respectivos registros civiles visibles a folios 18, 35 y 38 del Cuad. Ppal.
- El de prima de la menor fallecida con la copia respectiva del registro civil visible a folio 40 del Cuad. Ppal.

Respecto a los señores ERLING DUVIAN MARTINEZ ROMERO y LEIDY GOMEZ ROJAS, no existe prueba al interior del cartulario que acredite su proximidad con la menor fallecida y del especial laso que les uniera, que hiciera procedente tal reconocimiento solicitado.

Conforme a las reglas jurisprudenciales antes mencionadas, solo podrá reconocerse a título de reparación por dicho daño autónomo por pérdida de oportunidad, un 10% de probabilidad de sobrevida de la paciente, en armonía con las pruebas obrantes al interior del cartulario; es decir, 10 S.M.L.M.V para cada uno de los padres de la menor y la mitad, 5 S.M.L.M.V para cada uno de sus dos hermanos y de sus abuelos paternos respectivamente, acorde con la metodología que se deriva de la tabla de baremos para el resultado muerte y los grupos familiares.

Para el resto de los demandantes el reconocimiento de dicho perjuicio será denegado, puesto que no basta acreditar el parentesco sino también la prueba de la relación afectiva con la víctima, lo cual, brilla por su ausencia en este caso³⁰.

9. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, rad. 28.804, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00369-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GUTIERREZ y OTROS
DEMANDADO: DIACORSAS y OTROS
Sentencia de primera instancia

condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de ésta instancia a la PARTE DEMANDADA y vencida en juicio, esto es a CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación, incluyendo en la liquidación el equivalente a dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de “*AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD*” respecto de DIACORSAS hoy AVIDANTI SAS, de conformidad con lo aquí expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas: Ausencia de culpa, ausencia de responsabilidad por parte de CAPRECOM EPS-S hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, ausencia de falla en servicio y nexos causal, inexistencia de uno de los presupuestos de la responsabilidad del nexo causal, ausencia de responsabilidad con base en criterio de falla probada, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, inexistencia del derecho a reclamar por parte de los demandantes y en defecto de esta última, inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley, propuestas por la demandada CAPRECOM E.P.S-S hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO: DECLARAR responsable a CAPRECOM hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la pérdida de oportunidad sufrida por la menor KAROL YAIDEIMY GALLEGO GUTIERREZ (q.e.p.d), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a CAPRECOM EPS-S hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO a indemnizar a las siguientes personas en las siguientes sumas por concepto de pérdida de oportunidad.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2016-00369-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: GLORIA AMPARO GUTIERREZ y OTROS
DEMANDADO: DIACORSAS y OTROS
Sentencia de primera instancia

- Para cada uno de los padres de la menor fallecida GLORIA AMPARO GUTIERREZ BARBOSA y JESUS ALIRIO GALLEGO OROZCO, la suma equivalente a diez (10) S.M.L.M.V, respectivamente.
- Para JEIVER DAVIAN y YENNY ZULEIMA GALLEGO GUTIERREZ, en calidad de hermanos de la menor fallecida, la suma equivalente a cinco (5) S.M.L.M.V., respectivamente.
- Para JESUS ANTONIO GALLEGO MARTINEZ y GRACIELA OROZCO DE GALLEGO, en calidad de abuelos paternos de la menor fallecida, la suma equivalente a cinco (50) S.M.L.M.V., respectivamente.

QUINTO: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: **CONDENAR** en costas a la parte demandada CAPRECOM EPS -S hoy PAR CAPRECOM LIQUIDADO, reconociéndose como agencias en derecho en favor de la parte actora, la suma de dos (2) SMLMV. Por Secretaría tásense.

SÉPTIMO: La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI.

NOVENO: Reconocer personería jurídica al abogado OMAR TRUJILLO POLANÍA para que represente los intereses del PATRIMONIO AUTONONOMO DE REMANENTES DE CAPRECOM LIQUIDADO, de acuerdo al poder conferido por el apoderado especial de la Fiduciaria La Previsora S.A. visto a folio 1055 del expediente. Igualmente se reconoce personería jurídica al abogado SEBASTIÁN CAMILO MARÍAN BARBA para que represente los intereses de SEGUROS DEL ESTADO S.A en la presente actuación, conforme al poder otorgado visto a folio 1009 del cartulario.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA