



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

Cartagena de Indias D. T y C, veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00175-00
Demandante	DAINER JOSÉ ZAMBRANO MARTÍNEZ Y OTROS
Demandado	EPS CAPRECOM y FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA
Tema	RESPONSABILIDAD MÉDICA
Sentencia No	0022

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Reparación Directa presentada por DEINER JOSÉ ZAMBRANO MARTÍNEZ Y OTROS, a través de apoderado judicial, contra EPS CAPRECOM y FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA.

2. ANTECEDENTES

PRETENSIONES

1. Que se declare a CAPRECOM Y HOSPITAL INFANTIL NAPOLEON FRANCO PAREJA-CASA DEL NIÑO, administrativamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión a las lesiones padecidas al menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO en el año 2014, tras la falla en la prestación del servicio médico en que incurrieron las demandadas.
2. Que se condene a CAPRECOM Y HOSPITAL INFANTIL NAPOLEON FRANCO PAREJA-CASA DEL NIÑO, a pagar las siguientes condenas:

PERJUICIO MORAL

NOMBRE	CONDICIÓN	SMLMV
JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO	VICTIMA	100 SMLMV
DAINER JOSE ZAMBRANO MARTINEZ	PADRE	100 SMLMV
YERLY PATRICIA POLO	MADRE	100 SMLMV
LUZ DARY ZAMBRANO POLO	HERMANA	100 SMLMV
KATIA LUZ ZAMBRANO MARTINEZ	HERMANA	100 SMLMV
KATYA LUZ ZAMBRANO POLO	TIA	50 SMLMV
DORIS MARIA MARTINEZ MERCADO	TIA	50 SMLMV
GREGORIO MARTINEZ JARABA	BISABUELO	50 SMLMV
CARLINA CANDURIZ GUZMAN	BISABUELA	50 SMLMV
MIRIAN POLO CANDURIS	TIA	50 SMLMV

DAÑO A LA SALUD

A favor de JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO el equivalente a 100 SMLMV

LUCRO CESANTE





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

A favor de JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO la suma de \$156.135.584.00

PERDIDA DE OPORTUNIDAD

A favor de JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO el equivalente a 200 SMLMV

Que se condene en costas y agencias en derecho.

- HECHOS

La parte accionante planteó como sustento fáctico de la demanda, los hechos básicos que se resumen a continuación:

El menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO fue diagnosticado desde su nacimiento con la enfermedad de *papilomatosis laríngea* por lo que desde sus tres años de edad fue sujeto de varias atenciones y consultas médicas, hospitalizaciones e intervenciones quirúrgicas, ante un cuadro clínico de dificultad respiratoria leve, por lo que el 29 de mayo de 2014 fue valorado por otorrinolaringología, evidenciándose obstrucción del 90% de la glotis, razón por la cual el médico tratante solicitó de manera urgente la remisión a institución especializada para la práctica de una microlaringoscopia, más las resección de las lesiones, pese al conocimiento que tenía la EPS CAPRECOM sobre la orden de remisión urgente del menor, no se realizó una gestión oportuna para ello.

El 12 de junio de 2014, luego de transcurridos 14 días de la mentada remisión, el niño presentó un cuadro de dificultad respiratoria severa, por lo que se procedió a realizar una traqueotomía, y durante dicha intervención presentó paro cardio respiratorio por un lapso de aproximadamente diez minutos requiriendo maniobra de reanimación avanzadas, siendo trasladado a UCI pediátrica donde presentó un status epiléptico refractario, hipertensión, falla respiratoria aguda y lesiones renales, tras lo cual neuro pediatría diagnosticó encefalopatía hipóxica, debido a que no presentaba mejoría con los medicamentos que se les aplicaba, por lo que debieron inducirlo en estado de coma.

El 24 de junio de 2014, el menor salió del coma, con el diagnóstico de encefalopatía secuelar Hipóxico isquémico cerebral secundario a paro cardio respiratorio, lesión que lo dejó secuelas neurológicas irreversibles, deterioro prolongado de celulares cerebrales y tratamiento médico por el resto de su vida, el niño salió de UCI el 14 de julio de 2014, pero con persistencia de la disfunción neurológica – parálisis cerebral infantil espástica-.

El daño causado al infante, provocó un detrimento en su salud y en su calidad de vida, y un menoscabo en el patrimonio moral de sus padres, hermanas, tíos y abuelos al verlo cada día en un estado casi vegetativo.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Como fundamentos de derecho, el extremo accionante invoca el artículo 90 de la Constitución Nacional que consagra la obligación que tiene el Estado de responder por los daños antijurídicos que le sean imputados, ya sea por acción o por *omisión* y, así mismo, los artículos 1, 2, 6, 44, 46 y 48 de la Carta, que consagran los derechos a la dignidad humana, derechos fundamentales de los niños, a la salud; los artículos 24, 25 y 26 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño; ley 100 de 1993 y 10 de 1990.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

- **CONTESTACIÓN**

CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. Expresa que del texto de los hechos se extrae que CAPRECOM EPS no tuvo injerencia alguna en los hechos y omisiones ocurridos y que supuestamente un daño en los demandantes. En el hipotético caso que esta entidad hubiese tenido injerencia o participación en el asunto, solo sería cumpliendo con el rol que le correspondía a través de sus prestadores quienes en forma unilateral y bajo propia responsabilidad prestan el servicios final de atención médica, con personal médico elegidos por ellos, quienes fueron considerados idóneos por su empleador, luego entonces ninguna responsabilidad recae sobre la entidad que regento en la supuesta praxis. Presenta las excepciones de INEXISTENCIA DE UNO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD, INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CON BASE EN EL CRITERIO DE LA FALLA PROBADA.

FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA. Del texto de la demanda y del acervo probatorio, se puede inferir que no existe material probatorio que pueda generar indicio de responsabilidad por parte de los galenos, ni mucho menos por parte de la institución FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEON FRANCO PAREJA, pues la parte actora se enfoca simplemente en señalar la existencia de unos perjuicios, dejando por fuera un informe detallado de donde supuestamente estuvo la negligencia, imprudencia, impericia o violación de los protocolos médicos, lo que de antemano hace presumir que no se posee certeza sobre lo que está solicitando. Para el caso concreto, con fundamento en la historia clínica del hospital, paciente desde que ingresó e incluso en sus momentos en sus momentos críticos se le prestó toda la atención médica necesaria y oportuna en concordancia con los protocolos médicos establecidos para el caso concreto. Presenta las excepciones denominadas: DEBIDA DILIGENCIA Y CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO DE TANCIÓN MÉDICA, INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE PUEDAN CONFIGURAR UNA RESPONSABILIDAD MÉDICA POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES O SUS GALENOS, INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y EL PROCEDIMIENTO MÑEDICO APLICADO AL PACIENTE, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA PRUEBA QUE DEMUESTRE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS.

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. En el presente asunto las premisas fácticas no están respaldadas por pruebas idóneas que permitan llegar a la conclusión científica y legal que en el caso en estudio se haya configurado una responsabilidad civil en cabeza del asegurado HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA o el equipo médico de esa institución de salud, derivado de un acto médico o ausencia del protocolo médico en la atención suministrada al paciente. Presenta las excepciones denominadas: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR LA DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LA ENTIDAD DE SALUD O MÉDICO TRATANTE, AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA, FALTA DE NEXO DE CAUSALIDAD, INDEBIDA CUANTIFICACIÓN DE PERJUICIOS, LÍMITE DE VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 19 de agosto del año 2016, y admitida mediante auto fechado 29 del mismo mes y año, siendo notificada al demandante por estado electrónico 140.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 21 de octubre de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA, posteriormente se reforma la demanda, dándosele el impulso respectivo; seguidamente se vinculó como llamado en garantía a la aseguradora MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Seguidamente, mediante auto de fecha 10 de agosto de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 02 de octubre del mismo año, conforme con el artículo 180 del CPACA, y se celebra audiencia de pruebas 16 de noviembre de 2017 en la cual se cerró y se corrió traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días, y dictar sentencia dentro de los 20 días siguientes al vencimiento de los anteriores.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE.

No presentó alegatos de conclusión.

DE LA PARTE DEMANDADA:

CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. Se debe advertir que no existe relación de causalidad entre el supuesto hecho dañino (Parálisis Cerebral Infantil Espástica paulatina e irreversible) y mi mandante. Esto por cuanto se extrae de la prueba testimonial que mi mandante nunca tuvo el dominio del hecho en torno a la atención del menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO en razón a que era el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja quienes tenían la obligación legal, contractual y moral de velar por la estabilidad respiratoria del paciente lo cual se extrae de lo dispuesto en la Ley 1751 de 2015 y la deponencia de CLAUDIA PATRICIA YAMAL MATTOS, medico otorrinolaringólogo, perito experta según se desprende de su dicho, de donde se extrae que sabía (y lo reconoce) que la medida preventiva para mantener libre las vías aéreas era la traqueotomía y aun así ella y el resto del personal médico esperaron 21 días sin hacerla hasta que observaron que el paciente estaba cianótico, para ordenar tal procedimiento de emergencia, para salvarle la vida que no llego en riesgo a sus manos. A nuestro juicio el personal médico del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja fue negligente al recibir a un paciente con dificultades respiratorias leves y traqueotomía previa y limitarse a ordenar un procedimiento sin mantenerlo estable mientras se lograba la orden médica, sin que la carencia de la orden fuera la causa del hecho dañino puesto es claro que la Parálisis Cerebral Infantil Espástica paulatina e irreversible que lamentable sufre el menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO vino como consecuencia de una traqueotomía adicional practicada de emergencia que se debió hacer a tiempo como medida preventiva y no salvatoria justificándose en que esperaban una orden medica de un tercero (mi mandante) que no tenía dominio del hecho o de la situación de que estaba en manos de profesionales médicos e idóneos que, dice la misma declarante, estaban aptos y con los medios técnicos para realizar la traqueotomía por lo que no se entiende porque no lo hicieron desde el mismo momento en que observan de que desde otro centro médico (De Sincelejo presuntamente) habían tomado esa medida como medio de mantener viable la respiración del menor y el menor ya había llegado con dificultad respiratoria. Obviamente la deponente trata de desviar su responsabilidad en mi mandante pues le afectaría que fuera condenada su patrono el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja. De otro lado,





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

se tiene que al margen de lo anterior, el resto de pretensiones y hechos de la demanda se tiene que los mismos no fueron acreditados con la prueba practicada.

FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA. Queda demostrado que al ser ingresado al hospital, se le realizaron todos los protocolos médicos tendientes a tratar la patología que el niño padecía, sin que se pueda predicar por parte del personal médico de la institución, tal como el demandante también lo confiesa en el escrito de demanda, quedo demostrado que en la valoración realizada por el otorrinolaringólogo, este decide realizar una nasofibrolaringoscopia, observando un 90% de obstrucción en la glotis producto de las lesiones de la papilomatosis, por tal motivo el especialista solicita de manera urgente la remisión a otra institución para la práctica de la microlaringoscopia como quiera que La casa del niño no oferta ese servicio médico, quedando demostrado debida diligencia al remitirlo a una institución que prestara tal servicio, por lo que la entidad cumplió con su deber de diligencia que emana del contrato de atención médica. Destacando que el trámite encaminado a gestionar la remisión del paciente le correspondía a la EPS CAPRECOM, quien según lo desplegado en el acervo probatorio y el testimonio de la Dra. Claudia Yamal no realizó la gestión oportuna y como consecuencia, se estaba en riesgo inminente en la producción de algún paro cardio respiratorio y muerte súbita sobre el menor al pasar cada día dentro de las instalaciones del hospital, por lo que solicitamos se declaren probadas las excepciones de mérito presentadas por esta parte.

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. De acuerdo a lo registrado en la historia clínica y conforme al testimonio de la Dra. Claudia Yamal se encuentra demostrado dentro del proceso que al momento del ingreso del menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO a la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA el paciente se encontraba en delicado estado de salud, pues desde su nacimiento padecía una enfermedad muy grave conocida como papilomatosis laríngea que dificultaba su respiración, por lo cual los médicos tratantes ordenaron inmediatamente un procedimiento denominado micro laringoscopia, el cual debía ser practicado en otra institución al exceder las capacidades del hospital donde no se cuenta con el equipo necesario para realizarlo ya que allí no se presta el servicio de micro recepción de papilomas. Frente a ello, la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA en forma diligente y oportuna gestionó la remisión del paciente ante su EPS CAPRECOM a fin de trasladarlo a otra entidad que contara con el equipo idóneo para realizar el procedimiento ordenado por el especialista. Sin embargo, a pesar de la gestión constante y el seguimiento continuo a la solicitud de remisión realizada, la EPS no autorizó su traslado con prontitud, presentando el paciente una crisis respiratoria que ponía en riesgo su vida, ante lo cual los médicos a cargo realizaron oportunamente una traqueotomía que permitió salvarlo pero desafortunadamente y a pesar de todos los esfuerzos realizados el paciente presentó un daño neurológico debido a la falta de oxígeno en el cerebro.

Cabe señalar que como lo indicó la Dra. Claudia Yamal en su testimonio, la traqueotomía no se realizó desde un principio porque es un procedimiento contraindicado para la patología padecida por el menor, pues disemina la enfermedad y por ello debía evitarse en lo posible y solo hacerlo para salvar al paciente ante una situación de emergencia, razón por la cual se ordenó el procedimiento pertinente que fue la micro laringoscopia, con la finalidad de absorber, extraer y cauterizar los papilomas. Sin embargo, como ésta no se efectuó a tiempo, el paciente presentó complicaciones y





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

frente a ello los médicos no tuvieron otra opción para salvar su vida más que realizar una traqueotomía, pues era la única manera de ventilarlo para que pudiera respirar, lográndose salvar las vías aéreas del menor pero sufriendo éste secuelas neurológicas inevitables.

De lo anterior se desprende que el servicio médico prestado al paciente JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO en la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA fue adecuado, ya que durante el tiempo que permaneció en la institución se proporcionaron de manera suficiente y oportuna todos los recursos técnicos, profesionales y humanos para atender su patología, recibiendo el paciente el manejo indicado, tal y como se encuentra documentalmente probado según historia clínica, evoluciones médicas y notas de enfermería.

MINISTERIO PUBLICO: Se abstuvo de emitir concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

CUESTIONES PREVIAS: se presentaron las excepciones **CAPRECOM EPS-S**: INEXISTENCIA DE UNO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD, INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD CON BASE EN EL CRITERIO DE LA FALLA PROBADA; **Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja**: DEBIDA DILIGENCIA Y CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO DE TANCIÓN MÉDICA, INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE PUEDAN CONFIGURAR UNA RESPONSABILIDAD MÉDICA POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES O SUS GALENOS, INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL SUPUESTO DAÑO Y EL PROCEDIMIENTO MÉDICO APLICADO AL PACIENTE, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA PRUEBA QUE DEMUESTRE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS; **Mapfre seguros**: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR LA DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LA ENTIDAD DE SALUD O MÉDICO TRATANTE, AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA, FALTA DE NEXO DE CAUSALIDAD, INDEBIDA CUANTIFICACIÓN DE PERJUICIOS, LÍMITE DE VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE, pero como quiera que las mismos competen al desarrollo del debate jurídico de fondo, se entenderán resueltas al definir las pretensiones deprecadas, y determinar las responsabilidades respectivas.

- PROBLEMA JURIDICO

Determinar si existe responsabilidad administrativa de CAPRECOM, HOSPITAL INFANTIL NAPOLEON FRANCO y MAPFRE SEGUROS, por los perjuicios causados a los convocantes, en ocasión a las lesiones que sufrió el menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO en el año 2014, tras la presunta falla en la prestación del servicio médico en que incurrieron las demandadas.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

- TESIS

Las pruebas recaudadas en el proceso nos muestran la existencia de (i) el daño, (ii) la falla por el deficiente funcionamiento del servicio médico que se alega y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, destacándose que se verifica la incidencia trascendental de la omisión por parte de la EPS CAPRECOM, por cuanto no surtió con la diligencia requerida los trámites y autorizaciones para el procedimiento quirúrgico que se había ordenado por otorrinolaringología, que de haberse realizado no se hubiese llegado a la obstrucción del 100% de las vías aéreas de JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, que conllevó al daño demostrado.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, entre ellos, claro está, los generados en ejercicio del servicio médico. Esta responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, por la vía de la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

En torno del título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y la carga probatoria en tales asuntos, se ha dado una evolución jurisprudencial en la que se ha transitado por varias etapas.

En un primer momento, hasta antes de 1992, se aplicó el sistema de la falla probada exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que como se trataba de una obligación de medio, la sola prueba de la existencia del daño no daba lugar a presumir la falla del servicio.

Esta tesis fue luego morigerada mediante sentencia de 14 de febrero de 1992¹, en la que se planteó la tesis de la falla inferida, según la cual podía probarse la falla del servicio a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducirla.

Posteriormente, mediante la sentencia de 30 de julio de 1992², se adoptó el régimen de la falla presunta del servicio médico y la consecuente inversión de la carga de la prueba, por considerar que en materia médica, dada la complejidad y el tecnicismo que impera, era a los prestadores del servicio

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 6477, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 6897, C.P. Daniel Suárez Hernández.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

médico a quienes les correspondía probar la idoneidad de los procedimientos empleados, o lo que es lo mismo, la ausencia de falla, mientras que el demandante estaba obligado a probar el daño y el nexo causal.

En sentencia de 10 de febrero de 2000³, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo adoptó la teoría de las cargas probatorias dinámicas, por estimar que la presunción de la falla del servicio no podía ser aplicada indiscriminadamente sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

A partir de sentencia de 31 de agosto de 2006⁴, el Consejo de Estado retomó el título de imputación de la **“falla probada”**, en aplicación del cual le corresponde a la parte actora acreditar los elementos que integran la responsabilidad médica del Estado, salvo que por las circunstancias técnicas y científicas le resulte prácticamente imposible demostrar el daño, evento en el cual se trasladará la carga probatoria a la entidad demandada.

En ese sentido, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se pronunció en sentencia de 28 de enero de 2009⁵, en los siguientes términos:

“La determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales no ha sido pacífica en la jurisprudencia, como quiera que paralelamente a la postura que ha propendido por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos- de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación –durante un significativo periodo de tiempo- de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido- la carga de atender a los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, las pruebas de que dicho servicio fue prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad. Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 11878, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 28 de enero de 2009, radicado 50001-23-31-000-1992-03589-01.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

sostener que la mencionada entidad cumplió, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación (Negrillas fuera del texto).

El anterior criterio jurisprudencial fue reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencias del 28 de abril de 2010, expediente 20.087, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, y de 7 de febrero de 2011, expediente 22466, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Se observa entonces que la postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que el título de imputación aplicable en materia de responsabilidad extracontractual estatal por servicios médicos, es el de la falla probada del servicio y que, en tal medida, el demandante está obligado a demostrar (i) el daño, (ii) la falla por el deficiente funcionamiento del servicio médico que se alega -salvo que le resulte excesivamente difícil o prácticamente imposible hacerlo- y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos.

LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD

La pérdida de una oportunidad es una modalidad del perjuicio resarcible cuya verificación exige el análisis de la existencia del daño en relación con situaciones inexistentes al momento del pronunciamiento judicial, lo que obliga al juez a decidir a partir de supuestos que, hipotéticamente, se habrían de producir de no haberlo impedido el hecho dañino.

Para tal fin, el fallador debe calificar los elementos que le permiten deducir la probabilidad de ocurrencia del resultado hipotético que los demandantes estiman truncado por el proceder del demandado. Es decir, debe dilucidar si en ausencia de la acción u omisión cuestionada, se hubiere producido normalmente la situación hipotética beneficiosa planteada por los demandantes.

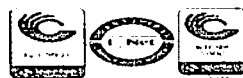
En este tipo de daños se parte de una certeza: que, en cualquier evento, de no haberse presentado el hecho dañoso, se hubiera conservado la esperanza de evitar una pérdida o de obtener un beneficio y con base en las pruebas y el análisis de las probabilidades, se determina qué tan fundadas eran esas esperanzas para, por esa vía, graduar la indemnización.

Este tipo de perjuicio puede presentarse en asuntos relacionados con la atención o servicio médico, cuando se alega que por el hecho dañino se frustró la oportunidad de recuperarse o de paliar los efectos adversos de una enfermedad o lesión física.

Se destaca, eso sí, que en estos casos la relación de causalidad no se establece respecto del daño final padecido por el paciente, sino en relación con la pérdida de la probabilidad, de esa oportunidad, que constituye, en definitiva, el perjuicio indemnizable.

En torno de este tema, resulta ilustrativo citar apartes de la sentencia de 11 de agosto de 2010 proferida del Máximo Tribunal de lo Contencioso:

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja (...).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado(...).

*[N]o puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.
(...)*

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento (...)

*(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba... en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.
(...)⁶*

Bajo los anteriores derroteros legales entraremos a estudiar de fondo el presente asunto.

- CASO CONCRETO.

LO PROBADO

En el expediente reposan los siguientes medios de prueba relevantes:

- Historia clínica del menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja (fls. 26-27), en la que consta que:
 - i. Ingresó el 28 de mayo de 2014 a pediatría por tos y dificultad para respirar, indicándose como enfermedad actual “*papilomatosis laríngea*”; se deja constancia de haberse realizado examen físico, e indicando como diagnóstico “*obstrucciones no especificada de la respiración: otro lugar.*”

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez, expediente 1859.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

- Epicrisis No. 56694, del niño JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja (fls. 30 – 35), donde consta que le fueron realizados los siguientes procedimientos:
 - i. Se le hace manejo con nebulizaciones de adrenalina y posteriormente con budezonida, y valoración por otorrinolaringología.
 - ii. Una vez valorado por otorrinolaringología, el día 29 de mayo de 2014, el médico tratante remitió para realizar MICROLARINGOSPIA.
 - iii. El día 12/06/2014, que se presenta al paciente una crisis respiratoria marcada, y a pesar de las nebulizaciones no presenta mejoría, en razón de ello se llama de urgencia a la Dra. YAMAL, quien conceptúa realización de traqueotomía de urgencia, por lo que se solicitó valoración por cirugía pediátrica.

Indicándose que en los días posteriores, al menor se le realizan monitoreos médicos, destacándose por parte de los galenos tratantes la urgencia en la práctica de la MICROLARINGOSPIA, aduciendo un tórpido trámite por parte de la aseguradora de salud.

- Epicrisis No. 58626, del niño JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja (fls. 38 – 66), donde consta que le fueron realizados los siguientes procedimientos:
 - i. Se indica que el paciente se remite de UCI, por cuanto el día 12/06/2014 se le realizó traqueotomía de urgencia para asegurar vía aérea, indicándose diagnósticos, entre otros, insuficiencia respiratoria aguda, paro cardíaco con resucitación exitosa, parálisis cerebral infantil, hipertensión secundaria, coma inducido, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones, encefalopatía no especificada. E informándose de una obstrucción del 100% de la vía aérea por la papilomatosis laríngea.
 - ii. Se informa la evolución y cuidados médicos brindados al paciente desde el día 12/06/2014 hasta el 14/07/2014. Advirtiendo pronóstico ominoso, secuelas neurológicas, y activación de home care para manejo paliativo.

Adicionalmente, en audiencia de prueba de fecha 16 de noviembre de 2017, se recibieron los siguientes testimonios:

MARQUEZA ISABEL SAMIA NOVOA (Min 00:06:28 – 00:12:43): Manifiesta que conoce a los demandantes porque viven en el mismo pueblo, Sincerín, corregimiento de Arjona – Bol. Expresa esencialmente que la situación de salud del niño los ha afectado, generando trauma en su cotidianidad, y que los padres desde hacía aproximadamente un año, con anterioridad a los hechos expuestos en la demanda, no convivían.

ARELIS BABILONIA PÁJARO (Min 00:14:13 – 00:22:05): Expresa haber sido la profesora del niño Jorge Eliecer Zambrano Polo, el cual desarrollaba sus actividades escolares de manera normal, Que ha tenido contacto directo con la familia. Destaca la situación de la pequeña hermana de Jorge Eliecer, llamada Luz Dary, quien hace preescolar, como una niña retraída, por lo que ha citado a su abuela, quien funge como acudiente de la menor; mas indica que no tiene plena certeza de que dicho retraimiento sea como consecuencia de la afectación de la salud de su hermano, y que hace tal manifestación acudiendo a la experiencia que sus años como docente le han dado, observando diariamente a sus alumnos.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

CLAUDIA YAMAL (Min 00:33:10 – 01:02:48): Médica especialista en otorrinolaringología pediátrica, con 15 años de labores en el Hospital Infantil Casa del Niño, y docente de la especialidad en varias universidades de la ciudad. Declara que conoce el asunto porque fue la otorrinolaringóloga tratante del menor Jorge Eliecer Zambrano Polo, manifestando básicamente lo mismo que se observa en la epicrisis No. 56694 (Fol. 30-35), en cuanto al diagnóstico y procedimiento a realizar al menor. Explica como se contrae o adquiere la enfermedad que aquejaba al niño, *papilomatosis laríngea*, como actúa la misma y el tratamiento que se aplica, destacando que la situación de Jorge Eliecer era bastante complicada, en razón a que en la ciudad de Sincelejo se le había practicado una traqueotomía años atrás lo cual había coadyuvado a que se diseminara aún más los papilomas hasta llegar al árbol bronquial, tanto así que en la ciudad de Bogotá rechazaron en una ocasión al paciente. Resalta que una vez ingresado infante al hospital ella le practicó una nasofibrolaringoscopia, evidenciando una obstrucción del 90% de la glotis, por lo que se ordenó de manera urgente la práctica de una *microlaringoscopia* más resección del papiloma, si bien la urgencia no era vital, pues el procedimiento no era necesario realizarlo el mismo día, si era relativa por lo que exigía prontitud, y debido a que tal procedimiento no se realizaba en el Hospital se ordenó la respectiva remisión, a pesar de ello la EPS CAPRECOM no definía al paciente, a pesar de haber transcurrido 21 días; ella como médico tratante habló con el auditor de CAPRECOM, se reunieron y le explicó la situación y la urgencia de la misma, a pesar de esto la EPS nunca ordenó la remisión, siendo que Medihelp había dado el visto bueno para realizar el procedimiento. El día 12 de junio de 2014, siendo aproximadamente las 6:45 a.m., estando en su casa recibió una llamada del hospital en la cual le daban a conocer una insuficiencia respiratoria aguda por parte de Jorge Eliecer, que inicialmente se procedió a la intubación la cual se imposibilitó por la cantidad de papilomas en la garganta, y en procura de salvar la vida del menor se optó, como medida única, a realizar la traqueotomía, la cual fue practicada a través de cirugía pediátrica. Finalmente, conceptúa que el daño neurológico – Espástico sufrido por el paciente lo generó la hipoxia que le causó la obstrucción de la vía aérea por los papilomas bucales, pues al no pasarle aire a los pulmones no llega oxígeno al cerebro, por ello al no haber manera de ventilar se procedió a la traqueotomía, y por muy rápido que se actúe el procedimiento demora de 8 a 10 minutos, y en ese tiempo es cuando se produce el daño neurológico.

INTERROGATORIO DE PARTE al señor DAINER JOSÉ ZAMBRANO MARTÍNEZ (Min 00:23:39 – 00:28:22), quien esencialmente manifestó: Esencialmente indica que no convive con la madre Jorge Eliecer, y que la salud de este no tuvo relación alguna con su separación; que visita cada cuatro meses a su hijo por cuestiones laborales, y que no se encargaba de los trámites en salud de su hijo.

SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Como quedó dicho, el título de imputación aplicable en el asunto de marras es el de falla probada del servicio, al amparo del cual corresponde a la parte actora demostrar el daño antijurídico alegado, la falla por el deficiente funcionamiento del servicio médico y, además, el nexo de causalidad entre esos elementos, sin que haya lugar a presumirlos.

En efecto, debe demostrarse el daño antijurídico ocasionado al demandante, la falla del servicio médico consistente en la negación de su prestación o en su prestación negligente o inoportuna, y el nexo de causa y efecto entre el daño y la falla.

DAÑO ANTIJURÍDICO

Según se indicó previamente, de acuerdo con el artículo 90 de la Carta Política, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

El daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico* que ha sido entendido como la *"lesión a un interés protegido por el ordenamiento jurídico, y que la persona no está en el deber de tolerar"*.

Con otras palabras, el daño antijurídico es la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal, a la esfera de actividad de una persona jurídica, o a la esfera patrimonial, que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.⁷

Examinados los elementos de juicio recaudados y practicados en el presente proceso, se advierte que fue plenamente demostrado el daño sufrido por el menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, consistente en insuficiencia respiratoria aguda, paro cardíaco con resucitación exitosa, parálisis cerebral infantil, hipertensión secundaria, coma inducido, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones, encefalopatía no especificada, lo que conllevó a daño neurológico paulatino e irreversible.

FALLA DEL SERVICIO.

Frente a este aspecto, debe entrar el despacho a verificar si en el asunto de marras se presentó un yerro médico o una pérdida de oportunidad al demorar autorizaciones para procedimientos médicos.

Para determinar lo antes dicho, del acervo probatorio se destacan la historia clínica, epicrisis y el testimonio de CLAUDIA YAMAL, quien fuera la médica tratante del niño JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO en el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja; mostrándonos estas pruebas que el menor ingresó el día 28 de mayo de 2014 a pediatría de la institución médica, por tos y dificultad para respirar, indicándose como enfermedad actual *"papilomatosis laríngea"*, procediendo a hacerle manejo con nebulizaciones de adrenalina y posteriormente con budezonida, y valoración por otorrinolaringología, que una vez valorado el día 29 de mayo de 2014, se evidencia una obstrucción del 90% de la glotis, por lo que el médico tratante ordenó remitir para realizar *MICROLARINGOSCOPIA*, debido a que tal procedimiento no se realizaba en esa institución, destacándose que desde aquella fecha la Dra. YAMAL y los demás médicos tratantes resaltaban la urgencia del mentado procedimiento y el actuar tórpido por parte de la EP.

Igualmente se ha de mencionar, tal como lo expresó la otorrinolaringóloga YAMAL, que si bien la urgencia no era vital, pues el procedimiento no era necesario realizarlo el mismo día, si era relativa por lo que exigía prontitud, a pesar de ello la EPS CAPRECOM no definía al paciente, y que ella como médico tratante habló con el auditor de CAPRECOM, se reunieron y le explicó la situación y la urgencia de la misma, pero la EPS nunca ordenó la remisión, a pesar que una de las instituciones médicas que realizaban dicho procedimiento en la ciudad, Medihelp, había dado el visto bueno para realizarlo.

Del dicho de la Dra. CLAUDIA YAMAL y de la epicrisis No. 56694 (Fol. 35), se verifica que el día doce (12) del año 2014, se le presenta al paciente, JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, una crisis respiratoria marcada, y a pesar de las nebulizaciones no presenta mejoría, siendo que el paciente presentaba signos de cianosis, y ante la imposibilidad de entubar al menor, pues a pesar de la intervención para ello de los anestesiólogos, no se pudo realizar por la cantidad de papilomas que

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de febrero de 2016, radicado No. 41001-23-31-000-2005-01497-01(48842), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

tenía el menor en su garganta, se llamó de urgencia a la Dra. YAMAL, quien conceptúa realización de traqueotomía de urgencia, por lo que se solicitó valoración por cirugía pediátrica, procedimiento a través del cual se aseguraron las vías aéreas, posibilitando que llegara aire a los pulmones. Se ha de relieves que seguida a la insuficiencia respiratoria aguda, el niño sufre paro cardíaco con resucitación exitosa, parálisis cerebral infantil, hipertensión secundaria, coma inducido, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones, encefalopatía no especificada. E informándose de una obstrucción del 100% de la vía aérea por la papilomatosis laríngea.

Determina la otorrinolaringóloga CLAUDIA YAMAL, que el daño neurológico – espástico sufrido por el paciente lo generó la hipoxia que le causó la obstrucción de la vía aérea por los papilomas bucales, pues al no pasarle aire a los pulmones no llega oxígeno al cerebro, por ello al no haber manera de ventilar se procedió a la traqueotomía, indicando que por muy rápido que se actúe el procedimiento demora de 8 a 10 minutos, y en ese tiempo es cuando se produce el daño neurológico.

Dichos elementos de prueba evidencian, en primer lugar, que desde el día 29 de mayo de 2014, una otorrinolaringóloga adscrita al Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja ordenó la remisión del paciente JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, a fin de que se le practicara *MICROLARINGOSCOPIA* por evidenciar una obstrucción del 90% de la glotis (Fl. 31), y que la urgencia exigía prontitud, por lo que la médico tratante habló con el auditor de CAPRECOM, se reunieron y le explicó la situación y la urgencia de la misma, pero la EPS nunca ordenó la remisión, a pesar que una de la instituciones médicas que realizaban dicho procedimiento en la ciudad, Medihelp, había dado el visto bueno para realizarlo.

Ahora bien, es crucial señalar que respecto de la conducta asumida por la EPS CAPRECOM en el interregno transcurrido entre la remisión del paciente para que se le practicara la *MICROLARINGOSCOPIA* y la crisis respiratoria marcada sufrida por el menor transcurrieron 12 días, existiendo prueba clara que ese instituto no surtió con la diligencia requerida los trámites y autorizaciones para el procedimiento quirúrgico que se había ordenado, pues fue omisivo en su actuar a pesar de conocer el auditor de CAPRECOM lo urgente de la situación, pues directamente la médico tratante los puso al tanto de la misma.

En contraste con lo anterior, se tiene que la EPS CAPRECOM no aportó prueba de haber expedido con la celeridad requerida las autorizaciones y trámites administrativos necesarios para la eficiente y oportuna prestación del servicio ordenado por los especialistas tratantes del menor, o de algún motivo médico científico que impidiera o contraindicara la realización del procedimiento ordenado.

En consecuencia, obligado es concluir que la EPS CAPRECOM incurrió en una falla médica por prestación tardía, deficiente y negligente del servicio de salud a la víctima directa, y que la inexcusable dilación en la autorización para remitir al paciente a la institución Medihelp para la práctica de la *MICROLARINGOSCOPIA*, cercenó la posibilidad de recuperación que representaba ese procedimiento quirúrgico para el paciente de haber sido realizado oportunamente. Por el contrario, *fue diligente el personal médico del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja ante la urgencia que se presentó con el niño JORGE ELIECER*, ya que procedió conforme lo ameritaba la situación, practicando la traqueotomía que posibilitaba al paciente continuar con vida.

NEXO CAUSAL.

Probada como quedó la falla del servicio médico brindado a JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, es necesario determinar si entre ella y el daño alegado por la parte demandante existe un nexo causa-efecto.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

Al respecto, se referencia que en el testimonio rendido por la médico tratante, Dra. CLAUDIA YAMAL, esta explica como se contrae o adquiere la enfermedad que aquejaba al niño, *papilomatosis laringea*, como actúa la misma y el tratamiento que se aplica; que en el caso de JORGE ELIECER al verificarse la obstrucción del 90% de la glotis, era necesaria la práctica de la *microlaringoscopia* con resección de los papilomas, y si bien no era necesario realizarla el mismo día de la remisión, 29 de mayo de 2014, si exigía prontitud; paralelamente indicó que el procedimiento de *microlaringoscopia* solo se practica en tres instituciones médicas de esta ciudad, Medihelp, Hospital Bocagrande y Madre Bernarda. Y ella como médico tratante habló con el auditor de CAPRECOM, y le dejó clara la situación y la urgencia de la misma, a pesar de esto la EPS fue omisiva en ordenar la remisión, ello a pesar de existir el visto bueno por parte de Medihelp para realizar el procedimiento.

Lo anterior se ha de contrastar con la epicrisis que reposa a folios 40 a 66, en la cual se hace referencia a una obstrucción del 100% de la vía aérea por la papilomatosis laringea. Y siendo congruente entre lo descrito en la epicrisis y la deposición de la médica tratante, se hace diáfano que con el transcurrir de los días la vía aérea del menor se fue inundando de papilomas generando una obstrucción total, conllevando a que se diera la crisis respiratoria marcada, presentándose cianosis en el niño, desencadenándose diagnósticos de paro cardiaco con resucitación exitosa, parálisis cerebral infantil, hipertensión secundaria, coma inducido, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones, encefalopatía no especificada y el consecuente daño neurológico por la hipoxia temporal que sufrió JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO.

Las circunstancias fácticas antes expuestas nos muestran la incidencia trascendental de la omisión por parte de la EPS CAPRECOM, por cuanto no surtió con la diligencia requerida los trámites y autorizaciones para el procedimiento quirúrgico que se había ordenado por otorrinolaringología, que de haberse realizado no se hubiese llegado a la obstrucción del 100% de las vías aéreas de JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, que conllevó al daño referenciado.

Al respecto, resulta ilustrativo traer a colación el siguiente pronunciamiento emitido el 16 de septiembre de 2011 por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en un caso en el que se debatía la pérdida de oportunidad de supervivencia de un paciente por falla médica:

"Pues bien, aunque en este asunto, como se dejó indicado anteriormente, no puede concluirse con certeza que la no práctica oportuna de los exámenes técnicos o especializados en el paciente antes de su deceso habría contado con la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público.

Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse.

Así las cosas, dado que el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, pues resulta importante destacar que la víctima duró interna en el hospital por más de 5 horas sin practicársele evaluación alguna para contar con mayor información para un diagnóstico más exacto, la Sala declarará la responsabilidad de la parte





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

*demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir del paciente, la cual si tiene nexo directo con la actuación administrativa.*⁸

Así las cosas, conforme al material probatorio obrante en el expediente, es dable concluir que se encuentra demostrada la relación de causalidad entre la falla probada del servicio médico prestado a JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO y el daño antijurídico invocado, consistente en la pérdida de la oportunidad de recuperación de ese paciente.

Finalmente, y conforme a lo que se demostró en el proceso, esto es que existe responsabilidad por parte de CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES EICE EN LIQUIDACIÓN (CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EPS-S), y habiéndose determinado igualmente que existió diligencia y cumplimiento de las obligaciones respectivas por parte del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja, se declarará probada la excepción de “Inexistencia de los elementos que puedan configurar una responsabilidad médica por parte de las instituciones o de sus galenos”, esta respecto al HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

El parentesco de los demandantes con el menor JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO (Victima directa), está demostrado así:

- YERLY PATRICIA POLO CANDURIZ (Madre) Registro Civil de Nacimiento (fl. 24)
- DAINER JOSÉ ZAMBRANO MARTÍNEZ (Padre) Registro Civil de Nacimiento. (fl. 24)
- KATIA LUZ ZAMBRANO POLO (Hermana) Registro Civil de Nacimiento. (fl. 23)
- LUZ DARY ZAMBRANO POLO (Hermana) Registro Civil de Nacimiento. (fl. 22)

Perjuicios materiales.

Los perjuicios materiales que a título de lucro cesante y daño emergente fueron solicitados por la parte demandante, serán despachados desfavorablemente como quiera que al expediente no se arrojó prueba de que hubieren causado con motivo de la pérdida de la oportunidad de curación.

Perjuicios morales.

La pérdida de la oportunidad de recuperación de un paciente a causa de una falla en el servicio médico del Estado desencadena a cargo de éste la indemnización de perjuicios morales que corresponden al dolor, la angustia, la aflicción, la zozobra, el temor y el estrés que se presume que tal

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. sentencia de 16 de septiembre de 2011. C.P.: Gladys Agudelo de Ordóñez. exp. 22030.





237

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

insuceso genera a la víctima directa y a los damnificados indirectos, sean parientes cercanos o personas con un estrecho vínculo emocional con el perjudicado⁹.

Según lo ha decantado el Consejo de Estado, para liquidar la indemnización de perjuicios derivados de una pérdida de oportunidad, el juez deberá tomar en consideración el daño efectivamente causado, lo cual implica valorar las posibilidades efectivamente frustradas por la conducta imputable a la administración¹⁰. Para ello deberá recurrir a elementos que permitan establecer con cierto nivel de objetividad las oportunidades que tenía realmente el paciente de recuperarse, tales como su estado de pre sanidad, la mayor o menor gravedad de la enfermedad, o el estado de la ciencia médica frente al caso investigado.

Ahora bien, en el plenario no obran medios probatorios que permitan cuantificar técnicamente el monto del daño moral irrogado a los actores por la pérdida de la oportunidad de curación de JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, en la medida en que no se aportaron datos estadísticos acerca del porcentaje de probabilidades de recuperación y de tratamiento de la *papilomatosis laríngea*, teniendo en cuenta la situación del infante, pues se le había practicado una traqueotomía años atrás lo cual había coadyuvado a que se diseminara aún más los papilomas hasta llegar al árbol bronquial. Destacando que el menor sufrió daño neurológico, con parálisis cerebral infantil espástica paulatina e irreversible.

En tal medida, deberá tasarse este perjuicio con base en el criterio de equidad, el cual, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹¹ y por virtud del principio *pro damnato*, debe ser tenido en cuenta con miras a la reparación integral del daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, cuando encontrándose acreditados los elementos de responsabilidad estatal, resulte altamente improbable recaudar pruebas que permitan tasar matemática o estadísticamente el monto del daño a indemnizar, e igualmente se respetaran los límites establecidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Ana Rita Alarcón Vda. de Gutiérrez y otros. Demandado: Municipio de Pereira; los cuales quedaran así:

NOMBRE	CONDICIÓN	SMMLV
JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO	VICTIMA	80 SMMLV
YERLY PATRICIA POLO CANDURIZ	MADRE	80 SMMLV
DAINER JOSÉ ZAMBRANO MARTÍNEZ	PADRE	80 SMMLV
KATIA LUZ ZAMBRANO POLO	HERMANA	40 SMMLV
LUZ DARY ZAMBRANO POLO	HERMANA	40 SMMLV

Finalmente a los demandantes KATIA LUZ AMBRANO MARTÍNEZ, DARIS MARÍA MARTÍNEZ MERCADO, GREGORIO MARTINEZ JARABA, CARLINA CANDURIZ GUZMAN y MIRIAM POLO CANDURIZ, no se les hará reconocimiento alguno por daños morales por cuanto no existe certeza

⁹ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de septiembre de 2011, C.P. Gladys Agudelo de Ordóñez, exp. 22.030 y sentencia de 11 de agosto de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18.593.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2004, exp. 25.416, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹ Artículo 16 de la ley 446 de 1998: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

de que interactuaran con el menor, pues respecto a la posible relación afectiva con ellos nada se demostró.

DAÑO A LA SALUD:

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en tratándose de lesiones que producen alteraciones físicas, las personas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el daño moral, categoría de perjuicio que ha sido denominada por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo como daño a la salud¹².

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente **para la víctima directa**, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- -La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.

¹² Al respecto consultar la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 14 de septiembre 2011, exp 19031, M.P. Enrique Gil Botero.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

De acuerdo a las lesiones sufridas por JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, los perjuicios por concepto de daño a la salud a concederle serán en suma equivalente a 80 SMLMV.

Finalmente, respecto a la pretensión de indemnización por pérdida de oportunidad se negará la misma, ello por cuanto se debe recordar que la tipología del perjuicio inmaterial ha sido sistematizada por la Jurisprudencia de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento el H. Consejo de Estado; a lo que se suma que la pérdida de la oportunidad se halla en el nexo de causalidad, nos conlleva concluir que en el presente asunto dicho daño se circunscribe al de la salud, ya reconocido en el ítem anterior.

COSTAS

El artículo 188 del CPACA, dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

El numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., dispone un régimen objetivo de condena en costas en los siguientes términos: "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código". Por su parte el numeral 2 de dicha norma, señala que "La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella".

Teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluida en la respectiva liquidación, el Despacho tendrá en cuenta lo normado para la materia en el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo se condenará al pago de Agencia en Derecho al valor que resulte de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) a la suma que efectivamente reciba la demandante.

DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

FALLA:

PRIMERO: Declárese probada la excepción de “Inexistencia de los elementos que puedan configurar una responsabilidad médica por parte de las instituciones o de sus galenos”, propuesta por el HOSPITAL INFANTIL NAPOLEÓN FRANCO PAREJA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., según lo expuesto en la motivación de esta sentencia.

SEGUNDO: Declárase a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES EICE EN LIQUIDACIÓN (CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EPS-S), responsable administrativamente de los daños causados a los demandantes JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, YERLY PATRICIA POLO CANDURIZ, DAINER JOSÉ ZAMBRANO MARTÍNEZ, KATIA LUZ ZAMBRANO POLO y LUZ DARY ZAMBRANO POLO.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES EICE EN LIQUIDACIÓN (CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EPS-S), a pagar por concepto de perjuicios, las sumas que a continuación se relacionan y a favor de las personas que se indican:

➤ PERJUICIO MORAL.

NOMBRE	CONDICIÓN	SMMLV
JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO	VICTIMA	80 SMMLV
YERLY PATRICIA POLO CANDURIZ	MADRE	80 SMMLV
DAINER JOSÉ ZAMBRANO MARTÍNEZ	PADRE	80 SMMLV
KATIA LUZ ZAMBRANO POLO	HERMANA	40 SMMLV
LUZ DARY ZAMBRANO POLO	HERMANA	40 SMMLV

➤ PERJUICIOS POR DAÑO A LA SALUD.

A favor de JORGE ELIECER ZAMBRANO POLO, el equivalente a 80 SMMLV.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 192, 193 y 195 CPACA.

SEXTO: Se condenará al pago de Agencias en Derecho al valor que resulte de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) a la suma que efectivamente reciba la parte demandante.



239

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00175

SEPTIMO: Una vez en firme ésta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHO DOMÍGUEZ
Juez

