



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de abril de dos mil dieciséis (2016).

SENTENCIA No. 037 / 16

MEDIO DE CONTROL:	REPARACION DIRECTA
RADICACION:	13-001-33-33-012-2014-00116-00
DEMANDANTE:	REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS
DEMANDADO:	MUTUAL SER EPS – ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO – ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – CENTRO DE REGULACION DE URGENCIAS DE BOLIVAR
ASUNTO:	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio control de Reparación Directa promovido por REGULO MIGUEL CARO VIANA en su nombre y en representación de su hija YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA, INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES, MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA, OLGA MARINA REYES DE PEÑALOZA y REGULO MIGUEL CARO CARO, a través de apoderado, contra MUTUAL SER EPSS – ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO (BOLIVAR) – ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – CENTRO DE REGULACION DE URGENCIAS DE BOLIVAR.

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita la parte actora que se declare administrativa y extracontractualmente responsables a las entidades demandadas de los perjuicios causados a los actores, con motivo de la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza ocurrida el día 18 de febrero de 2013 en el municipio de San Jacinto (Bolívar), como consecuencia de la negligencia médica y defectuoso funcionamiento en la prestación de los servicios médicos.

Condénar a las entidades demandadas a pagar a cada uno de los demandantes el equivalente en pesos de las siguientes cantidades:

- a) En la modalidad de daño emergente en cuantía de \$ 2.800.000.00.
- b) En la modalidad de lucro cesante el valor que resultare de la multiplicación del salario mínimo del año en que el finado cumplía la mayoría de edad, por el tiempo determinado como promedio de vida.
- c) Que se reparen íntegramente de forma patrimonial los perjuicios morales a los demandantes a raíz de la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza, en cuantía de \$ 589.500.000.00.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

- d) Que se reparen íntegramente de forma patrimonial los perjuicios por el daño en la vida de relación de los demandantes, a raíz de la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza en cuantía de \$ 111.900.000.oo.

1.2 HECHOS

Los hechos narrados en el escrito de subsanación de demanda (fl. 44) pueden resumirse de la siguiente manera:

El día 18 de febrero de 2013 siendo las 8:30 p.m., el niño Cristian Caro Peñaloza se cae de un árbol de aproximadamente 2 metros de altura y es llevado por sus padres al Hospital Local de San Jacinto, al cual fue ingresado por urgencias y atendido por el cuerpo médico del mencionado Hospital.

El niño Cristian Caro Peñaloza estaba solo en la habitación y sin recibir valoración médica. En la ESE Hospital Local de San Jacinto no había ambulancia.

La ESE Hospital Local de San Jacinto no llamó a la EPS Mutual SER para solicitar una ambulancia.

En el Departamento de Bolívar no había cama disponible para recibir al niño Cristian Caro Peñaloza y la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno se negaba a prestar la ambulancia.

El niño Cristian Caro Peñaloza requería de remisión vital y muere por falta de atención médica.

El niño Cristian Caro era afiliado al régimen subsidiado en salud, a través de la EPS Mutual SER.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

POR PARTE DE LA DEMANDADA MUTUAL SER EPS

Presentó contestación a la demanda el día 15 de diciembre de 2014 (fls. 102 al 114) y en ella se oponen a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que a la EPS no le asiste responsabilidad alguna por el hecho dañoso. Señala que a la EPS no se le informó de la situación del paciente, a efectos de activar el sistema de referencia y contrarreferencia, lo cual es aceptado en la demanda, además que en la historia clínica se advierte que la EPS Mutual SER nunca fue notificada de la situación del afiliado, por lo que no existió omisión, ausencia o ineficiencia en el servicio por parte de esta demandada.

Manifiestan además que la EPS Mutual SER de acuerdo a la normatividad legal, tiene implementado un protocolo de referencias y contrarreferencia que se activa a petición de la IPS que lo trate y que va orientado a atender con prontitud e idoneidad los requerimientos de los afiliados. La petición de remisión puede ser formulada por el centro asistencial vía fax, por correo electrónico, vía telefónica o ser registrada en la Zona Ser (portal web de la empresa), teniendo en cuenta que Mutual SER cuenta con una amplia red de prestadores de servicios de salud y dentro del sistema implementado se encuentra el servicio de ambulancia.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

3

Ninguno de estos canales fue utilizado por las IPSs que han sido llamadas en la presente demanda, por lo que se considera que la EPS Mutual SER es ajena a los hechos que son puestos a consideración del señor Juez y nadie puede ser obligado a lo imposible. Además de lo anterior, las IPSs incumplieron las obligaciones contractuales, para el caso concreto del menor Cristian Caro, porque no dieron aplicación al protocolo de referencia y contrarreferencia adoptado por la EPS Mutual SER.

Como excepciones planteó las de carencia de legitimidad por pasiva y carencia de fundamentación de las pretensiones económicas.

POR PARTE DE LA DEMANDADA DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECRETARIA DE SALUD DE BOLIVAR - CRUE

Presentó contestación a la demanda el día 27 de mayo de 2014 (fls. 271 al 279) y en ella se oponen a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por ser improcedentes y esto lo soporta en que en la demanda la parte actora solo se limita a enunciar normas presuntamente violadas, pero no señala omisiones en que presuntamente incurrió el Departamento de Bolívar y que le causó perjuicios a los demandantes. No se expresa cuál es la causa del daño y mucho menos el nexo de causalidad entre la acción u omisión del Departamento de Bolívar y el daño causado.

Señalan que la falla del servicio se predica se refiere exclusivamente a la ESE Hospital Local de San Jacinto, que es la entidad que prestó el servicio y por ende sería la llamada a responder en el evento que se logre demostrar una falla del servicio. En este sentido el Consejo de Estado tiene unificada su jurisprudencia en el criterio de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva, cuando se demanda a entidades territoriales por causa de acciones u omisiones de la Empresas Sociales del Estado.

Concluye diciendo que no existe acción u omisión del Departamento de Bolívar que tenga relación directa o indirecta con el daño sufrido por los demandantes y mucho menos existe prueba que demuestre que hubo falla del servicio por parte del Departamento de Bolívar, pues de acuerdo a sus competencias legales y constitucionales ha cumplido con sus funciones por lo que no hay lugar a responsabilidad alguna.

POR PARTE DE LA DEMANDADA ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO

La demandada ESE Hospital Local de San Jacinto no presentó contestación de la demanda.

POR PARTE DE LA DEMANDADA ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO

La demandada Hospital local de San Juan Nepomuceno no presentó contestación de la demanda.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

El despacho corrió traslado a las partes en sesión de la audiencia de pruebas de fecha 2 de marzo de 2016, para presentar alegaciones de conclusión por escrito.

La parte demandante presentó alegaciones de conclusión el día 11 de marzo de 2016 (fls. 418 al 422), y en ellas señala que ha quedado demostrado que el niño Cristian Caro ingresa al Hospital Local de San Jacinto el día 18 de febrero de 2013, en donde es atendido por el cuerpo médico, quienes se limitaron a la limpieza de la herida y a dejarlo en observación, pero fallece como consecuencia de la lesión por la cual fue llevado al centro asistencial. Se demostró además que en el reporte médico se refiere un aumento en la cefalea a pesar del analgésico, lo cual es signo de hematoma y requiere remisión a un centro de mayor complejidad, sin embargo, el cuerpo médico no fue capaz de llamar a la EPS Mutual SER donde se encontraba afiliado el niño ni al Hospital de El Carmen de Bolívar que era administrado por Mutual SER.

Manifiesta además que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de El Carmen de Bolívar (Coordinación de patología forense) concluye en su informe que la atención médica brindada no fue oportuna, adecuada ni esperada para el tipo de caso y es clara la dilación de la remisión con compromiso de la responsabilidad administrativa hospitalaria y del CRU. Además, de acuerdo a las declaraciones rendidas por el médico que atendió al niño Caro Peñaloza, se deja entrever que éste no recibió la atención adecuada por responsabilidad de la ESE Hospital Local de San Jacinto y el Centro de Regulación de Urgencias CRU, lo que hace responsable a la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, pues esta unidad depende de esta Secretaría y del Departamento de Bolívar.

La demandada Mutual SER EPS presentó alegaciones el día 9 de marzo de 2016 (fls. 423 al 431) y en ellas se insiste en que la ESE Hospital Local de San Jacinto no informó a la EPS Mutual SER de las circunstancias médicas que presentaba el menor Cristian Caro Peñaloza, ni activó el sistema de referencia y contrarreferencia al que se encontraba obligado legal y contractualmente, por lo que la Mutual SER no se enteró de la situación médica del niño fallecido.

Lo anterior no permitió que la demandada Mutual SER EPS gestionara el traslado de urgencia que ameritaba el menor Cristian Caro Peñaloza a un centro asistencial de mayor complejidad.

La demandada **Departamento de Bolívar**, presentó alegaciones de conclusión el día 16 de marzo de 2016 (fls. 432 al 437) en donde plantea que el paciente Cristian Caro Peñaloza fue atendido por la ESE Hospital Local de San Jacinto, tal como consta en la historia clínica y fue remitido al Hospital Infantil Napoleón Franco, por lo que no se puede afirmar que hubo omisión o retardo en la atención médica. Por otra parte, el Departamento de Bolívar no tiene dentro de sus funciones la de prestar directamente el servicio de salud.

Por lo tanto, se concluye que no existe acción u omisión del Departamento de Bolívar que tenga relación directa o indirecta con los daños sufridos por los actores y por ello esta entidad debe ser absuelta de toda responsabilidad.



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

5

Por su parte, las demandadas **ESE Hospital Local de San Jacinto** y **ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno** no presentaron alegaciones de conclusión dentro del presente proceso.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no presentó concepto dentro del presente trámite procesal.

5. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 6 de marzo de 2014 ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena (fl. 1) y sometida a reparto el mismo día (fl. 37), correspondiéndole al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, la cual fue admitida mediante auto de fecha 28 de mayo de 2014 (fls. 60 al 63). El auto admisorio de la demanda fue notificado el día 28 de octubre de 2014 y el 9 de marzo de 2015 (fl. 80, 269).

Por medio de auto de fecha 8 de octubre de 2015 (fl. 286 al 287), se fijó el día 20 de enero de 2016 a las 9:00 a.m. para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de CPACA.

Posteriormente, se adelantó audiencia de pruebas el día 2 de marzo de 2016 (fls. 417), durante la cual corrió traslado para alegatos de conclusión.

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar y habiéndose verificado en el sub judice, el cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia estimatoria, esto es, demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal, los cuales vienen cumplidos, pasa el despacho a pronunciarse sobre el fondo del presente asunto, toda vez que sobre las excepciones previas planteadas por las demandadas Mutual SER EPS y Departamento de Bolívar, se pronunció el Despacho en la correspondiente audiencia inicial.

COMPETENCIA

Atendiendo las voces del numeral 6° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), este despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

EL PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a lo señalado en audiencia inicial, el problema jurídico radica en determinar si las entidades demandadas son administrativa y patrimonialmente responsables, por los presuntos perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza, ocurrida el día 18 de febrero de 2013 en el municipio de San Jacinto (Bolívar).

TESIS DEL DESPACHO



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

6

El Despacho declarará patrimonial, administrativa y solidariamente responsables a las demandadas ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO y a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS, por la pérdida de oportunidad del niño Cristian Caro Peñaloza ocurrida el día 18 de febrero de 2013, en consecuencia se condenará a estas entidades a pagar en favor de los demandantes perjuicios por este concepto y por perjuicios morales. Por otra parte se negarán las pretensiones de la demandada respecto del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – CENTRO REGULADOR DE URGENCIAS DE BOLÍVAR (CRUE) por no tener participación directa o indirecta en la atención médica del paciente afectado.

MARCO NORMATIVO

Constitución Política de Colombia

“Artículo 90. *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
(...)”*

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)

“Artículo 140. Reparación directa. *En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. (...)”

Sobre la responsabilidad por falla médica, tenemos el siguiente pronunciamiento¹:

“(...) La responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto,² volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan.

Así lo expresó la Sala:

¹ C.E. Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015 Rad. 41001-23-31-000-1994-07881-01(30623), C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

² Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

7

(...) Un primer momento en la evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad por el servicio médico asistencial, exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

Así, en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión del 30 de julio de 1992, expediente No. 6897, pero con un fundamento jurídico diferente, el cual hacía referencia a la mejor posibilidad en que se encontraban los profesionales de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su "conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta", lo cual les permitía satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que pudieran formularse contra sus procedimientos.

Esa regla de juicio había sido tratada desde antes en la doctrina y jurisprudencia foráneas. Así por ejemplo, en los años ochenta había una fuerte tendencia entre los autores y jueces argentinos de considerar que el médico era quien se encontraba en mejores condiciones probatorias, porque era quien poseía la prueba y tenía una explicación posible de lo sucedido³. En sentido contrario, Mazeaud y Tunc, consideraban desde tiempo atrás que quien se encontraba en mejores condiciones de probar era el paciente y no el médico, pues a este le resultaba extremadamente difícil demostrar su diligencia permanente. "Tan solo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia"⁴.

Posteriormente, la Sala cuestionó la aplicación generalizada de la presunción de la falla del servicio y señaló que dicha presunción no debía ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debía establecer cuál de las partes estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia. Dijo la Sala:

³ Sobre este aspecto ver, por ejemplo, RICARDO LUIS LORENZETTI. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. Tomo II, pág. 218.

⁴ MAZEAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo I, Volumen II, pág. 405.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

8

"no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio"⁵.

Sin embargo, se advirtió en la práctica jurisprudencial que la aplicación de esa regla probatoria traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Lo contrario implicaría sorprender a las partes atribuyéndoles los efectos de las deficiencias probatorias, con fundamento en una regla diferente a la prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en un momento procesal en el que ya no tenían oportunidad de ejercer su derecho de defensa aportando nuevas pruebas.

Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para ese momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, la que regularmente es muy incipiente.

Los reparos anteriores han sido controvertidos por los defensores de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria.

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.

⁵ Sentencia del 10 de febrero de 2000, Exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp: 12.792.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

9

Por eso, de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que este se materializa.

En efecto, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico.”⁶ (...)”

En cuanto al concepto de la pérdida de chance u oportunidad como daño autónomo encontramos el siguiente pronunciamiento⁷:

“PERDIDA DE CHANCE U OPORTUNIDAD - Daño autónomo / RESPONSABILIDAD MEDICA - Pérdida de un chance u oportunidad / PERDIDA DE OBTENER UNA ATENCION OPORTUNA - Demora en la práctica de los exámenes técnicos o especializados al paciente / PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - Pérdida de oportunidad

Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada y que no constituye un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen. Pues bien, aunque en

⁶ Consejo de Estado: Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

⁷ C.E. Sección Tercera Sentencia del 11/08/2010, Rad. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS

RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

10

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

En materia de carga probatoria:

“(…) La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “incumbit probatio qui dicit non qui negat”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses. (...)”⁸

“(…) Los presupuestos para la valoración de la prueba trasladada.”⁹

9 *Ahora bien, con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en la jurisprudencia de la Sub-sección C de la Sección Tercera de 9 de mayo de 2012 [expediente 20334], que cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla con los presupuestos [se toman sólo aquellos que se ajustan al caso]: a) los normativos del artículo 185¹⁰ del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el [los]*

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de febrero del 2010, rad. 17720, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ C.E. Sección tercera Subsección C, Sentencia del 3/12/2014, Rad. 73 001 23 31 000 2004 02113 01 (45433), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰ “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

11

proceso [s] del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia de ella¹¹, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. Así como con lo consagrado por el artículo 168 del C.C.A¹² [vigente para la época de entrada para fallo del proceso]; b) La prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada¹³; c) La ratificación de la prueba trasladada se suple con la admisión de su valoración¹⁴; d) se puede valorar como indicio la prueba trasladada del proceso penal. En ese sentido, en la jurisprudencia se sostiene que las "pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer"¹⁵; e) en cuanto a los testimonios que obran en investigaciones penales, esto es, la rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse ya que no fue ratificada y no fue peticionada de común acuerdo¹⁶; f) "la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C)"¹⁷; g) en "relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso

¹¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 19969.

¹² Artículo 168 del Código Contencioso Administrativo: "En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración". El artículo 211 de la ley 1437 de 2011 reza lo siguiente: "En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil". En tanto que el artículo 214 de la ley 1437 de 2011 establece: "Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas. La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla". Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607.

¹³ Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 14951.

¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 22 de abril de 2004, expediente 15088.

¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 1989, expediente 5573.

¹⁶ Sección Tercera, sentencias de 14 de abril de 2004, expediente 15630; de 22 de abril de 2004, expediente 14877; de 5 de diciembre de 2005, expediente 15914. "(...) El artículo 229 del mismo código dispone: "Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos: "Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior. "Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299. "Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria. "Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior". "Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente (subrayado fuera de texto). Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11898.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Si la prueba testimonial trasladada no cumple las condiciones del artículo 185 del CPC está obligada a ser ratificada "salvo que la parte contra la cual se aducen la acepte o acuda a ella para analizar el problema jurídico debatido en las oportunidades de intervención procesal que la ley le otorga (art.229 numeral 1º)". Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2006, expediente 15284.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

12

contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito¹⁸, salvo: i) cuando la prueba documental trasladada puede valorarse toda vez que ésta estuvo en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla¹⁹; ii) la prueba trasladada puede ser valorada cuando fue utilizada por la contraparte, por ejemplo demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión²⁰; h) las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen²¹; e, i) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por autoridad pública aportado e invocado por la parte demandante²². (...) (negritas fuera del texto).

EL CASO CONCRETO

Previo al análisis del caso concreto, resulta válido recordar que mediante el medio de control consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), se busca exclusivamente la indemnización del daño causado a la persona o sus bienes, con ocasión de la realización de la actividad de la Administración, ya sea por un hecho, una omisión o una operación administrativa, lo cual no implica ningún pronunciamiento previo sobre la legalidad de una actuación, sino la existencia de un daño antijurídico, es decir, de un detrimento en el patrimonio de la persona afectada que no estaba obligado a soportar. De ahí que el artículo 90 de la Constitución Política exprese: *“Él Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

La responsabilidad administrativa de manera general puede definirse como aquella que se predica de las instituciones públicas y de sus servidores, así como excepcionalmente de los particulares, cuando en el desarrollo de las funciones o cometidos estatales que les han sido asignadas en virtud de ley o de contrato, ocasionan daños antijurídicos a quienes se sirven de dichos servicios. Lo anterior implica entonces que una entidad o funcionario público no será responsable hasta tanto no se demuestre tal situación en un proceso instituido para dicho fin.

La jurisprudencia contenciosa ha sostenido que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la

¹⁸ Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, expediente 13607. Además “se trata de una prueba documental que fue decretada en la primera instancia, lo cierto es que pudo ser controvertida en los términos del artículo 289 (...) por el cual se reitera, su apreciación es viable”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, expediente 13476. “Se exceptúa respecto de los documentos públicos debidamente autenticados en los términos del art.254 CPC y los informes y peritaciones de entidades oficiales (art.243 CPC)”. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 14 de abril de 2011, expediente 20587.

¹⁹ Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, expediente 20374.

²⁰ Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 14174.

²¹ Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, expediente 16398

²² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

13

configuran, de manera que apreciados en su conjunto permitan establecer el juicio de responsabilidad y que, los títulos de imputación son motivaciones a las que debe recurrir el juez para establecer o negar la responsabilidad, de cara a los elementos incorporados al proceso, sin que resulte imperativo subsumir el asunto en los tradicionales regímenes de responsabilidad, pues el artículo 90 Constitucional reclama la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión, siempre en el marco de los principios constitucionales y legales que gobiernan el ejercicio de la función administrativa y la prestación de los servicios públicos²³.

DE LAS PRUEBAS APORTADAS Y LO PROBADO EN EL PROCESO

Sobre este particular, advierte el despacho que se acompañan los siguientes documentos:

A folios 12 al 15 del expediente obran copias auténticas de los registros civiles de nacimiento, con los cuales se acredita el parentesco existente entre los demandantes y la víctima Cristian Caro Peñaloza.

A folios 300 al 416 del expediente se allega copia auténtica de la investigación penal adelantada por la Fiscalía Seccional 43 de El Carmen de Bolívar, radicado 132446001117201300260, prueba a la cual este Despacho le reconocerá pleno valor probatorio en consideración a que, si bien, solo fue solicitada por la parte demandante; ésta (la prueba) estuvo en el expediente a disposición de las entidades demandadas, quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla y aun así nunca fueron objetadas ni tachadas. Igualmente se trata de documentos producidos por autoridad pública y por último, la demandada Mutual SER EPS la utilizó como soporte a su defensa en las alegaciones finales (ver marco jurídico).

De suerte que, de esta investigación penal se puede extraer lo siguiente:

Historia Clínica del paciente Cristian Caro Peñaloza (ver folio 321 al 328) en copia auténtica emanada de la ESE Hospital Local de San Jacinto, donde se registra que el día 18 de febrero de 2013 a las 21:00 horas, el paciente Cristian Caro Peñaloza ingresó por urgencias por una caída de aproximadamente 2 metros de altura, recibiendo trauma en cara y cabeza con pérdida del conocimiento aproximadamente de 3 minutos, por lo cual se le diagnostica trauma craneoencefálico y es remitido vivo el día 19 de febrero de 2016 a las 6:10 a.m., pero fallece durante el traslado en ambulancia.

A folio 343 del expediente encontramos copia auténtica del Informe Pericial de Necropsia No. 2013010113244000005 del 20 de febrero de 2013, emanado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Norte Unidad Básica Carmen de Bolívar, donde se hace constar que el menor Cristian Caro Peñaloza presenta un trauma craneoencefálico severo de mecanismo contundente por caída de altura, que le ocasionó una fractura lineal en región fronto parieto temporal izquierda, asociada a un severo hematoma subgaleal y un hematoma epidural. Concluye este informe que se trata de un paciente de sexo masculino de

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, proceso n.º 21515. Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón.



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS

RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

14

11 años de edad, quien fallece a causa de una hipertensión endocraneana secundaria a un hematoma epidural, ocasionado por trauma craneoencefálico severo de mecanismo contundente, por caída de un árbol de aproximadamente 2 metros de altura. Manera de muerte: Accidental.

A folio 352 del expediente milita copia auténtica del oficio No. 0145/SIJIN-SEDIS del 22 de abril de 2013 dirigido a la Dirección de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el Carmen de Bolívar y suscrito por el patrullero John Anderson Barón Coneo funcionario de Policía Judicial Sijín – Debol, en donde se solicita que informe de conformidad con la historia clínica, que atención se le prestó al menor Cristian José Caro Peñaloza en el Hospital de San Jacinto Bolívar, comparando con el dictamen de necropsia practicado por ese Instituto; si el procedimiento realizado al menor se hizo bajo los parámetros legales; si las valoraciones realizadas por el médico se hicieron dentro del término establecido para ello y de acuerdo a la evolución del paciente y si el medicamento suministrado al menor fue el que correspondió de acuerdo al cuadro clínico presentado.

A folios 353 al 354 del expediente obra copia auténtica del oficio UBCBL-DSBL 086-2013 del 29 de abril de 2013 emanado de la Jefatura de la Unidad Básica El Carmen de Bolívar del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en donde se señala que *“(...) Correlacionando los hallazgos de necropsia con los registros de la historia clínica nos parece que a pesar de que se pensó en un trauma craneoencefálico categorizándose en ese momento como leve no hubo seguimiento clínico con hoja neurológica o similares que pudieran alertar sobre el deterioro neurológico. Adicionalmente no se aplicaron los protocolos de trauma estandarizados en las guías de manejo para esta patología. No hay consistencia entre el registro de convulsiones en las notas de enfermería y la aplicación de diazepam. No se aseguró vía aérea ni vía endovenosa a pesar de que el paciente dio muestras clínicas de deterioro neurológico (vómitos y convulsiones, no hay descrito el estado de consciencia ni puntaje individualizado de la escala de Glasgow). En conclusión: LA ATENCIÓN MEDICA BRINDADA NO FUE OPORTUNA, ADECUADA NI ESPERADA PARA EL TIPO DE CASO. ES CLARA LA DILACION DE LA REMISION CON COMPROMISO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA HOSPITALARIA Y DEL CRU. (...)”*

Igualmente, se encuentra demostrado que el paciente Cristian Caro Peñaloza se encontraba afiliado al sistema de seguridad social en salud subsidiado a través de MUTUAL SER EPS, tal como se extrae en el registro de admisión y hoja de gastos de fecha 18 de febrero de 2013 visible en copia auténtica a folio 381 del expediente. Este hecho es aceptado por la demandada Mutual SER EPS a folio 104 del expediente.

A folios 119 al 124 del expediente reposa copia auténtica del contrato de prestación de servicios de salud No. 14537-152822 celebrado entre la Asociación Mutual SER ESS y la ESE Hospital Local de San Jacinto con fecha de inicio 1º de abril de 2012 y fecha de finalización 31 de marzo de 2013, el cual incluye entre otros servicios, el de transporte asistencial básico. Igualmente encontramos a folios 132 al 137 contrato de prestación de servicios de salud No. 147353-218395 celebrado entre la Asociación Mutual SER ESS y la ESE Hospital Local de San Jacinto con fecha de inicio 1º de abril de 2012 y fecha de finalización 31 de marzo de 2013, el cual incluye entre otros servicios, el de transporte asistencial básico de



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

15

pacientes a otros niveles de atención y grados de complejidad del Departamento sede del contrato, cuando medie la remisión de un profesional de la salud de la institución remitente, en armonía con el sistema de referencia y contrarreferencia del contratante.

A folios 156 al 161 del expediente reposa copia auténtica del contrato de prestación de servicios de salud No. 14569-152635 celebrado entre la Asociación Mutua SER ESS y la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno con fecha de inicio 1º de abril de 2012 y fecha de finalización 31 de marzo de 2013, el cual incluye entre otros servicios, el de transporte asistencial básico. Además encontramos a folios 170 al 176 contrato de prestación de servicios de salud No. 14443-166333 celebrado entre la Asociación Mutua SER ESS y la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno sin que se señale fecha de inicio y fecha de finalización, el cual incluye entre otros servicios, el de transporte asistencial básico de pacientes a otros niveles de atención y grados de complejidad del Departamento sede del contrato, cuando medie la remisión de un profesional de la salud de la institución remitente, en armonía con el sistema de referencia y contrarreferencia del contratante.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL CASO PARTICULAR

Para establecer cuál es el régimen de responsabilidad aplicable al caso particular, se deben analizar en detalle las circunstancias de hecho y de derecho que rodean el asunto que nos ocupa y que se encuentran relacionadas con la existencia de unos presuntos perjuicios sufridos por los demandantes y la presunta responsabilidad de la administración por una presunta falla médica.

Según lo manifestado por los demandantes, la causa generadora del daño y de la consecuente responsabilidad de la entidad demandada, la constituyó la presunta negligencia o retardo en la atención médica del paciente Cristian Caro Peñaloza, quien resultara herido al caer de una árbol, circunstancia que le ocasionó un trauma craneoencefálico y que como consecuencia de esta conducta negligente o tardía se produjo el fallecimiento de este niño, hecho que a su vez se constituye en un daño antijurídico producido a los todos los demandantes.

Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado por aquellos perjuicios causados a particulares como consecuencia de una falla médica, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sostenido que el título de imputación aplicable es el de falla probada del servicio en la cual, la declaratoria de este tipo de responsabilidad (falla del servicio médico asistencial), exige al actor aportar la prueba de la falla alegada para la prosperidad de sus pretensiones y en donde se aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados que obren en el expediente, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño causado.²⁴

²⁴ Ver C.E. Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015 Rad. 41001-23-31-000-1994-07881-01(30623), C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

16

Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado²⁵ ha señalado lo siguiente:

"(...) La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. (...) La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, (...) Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima (...)"

Bajo esta óptica, y en consideración a las circunstancias fácticas y jurídicas planteadas en la demanda, encuentra el despacho que en el caso que aquí se decide, el régimen de responsabilidad que resulta aplicable a primera vista sería precisamente el de falla probada del servicio, correspondiendo en esta dirección a la parte actora, la carga ineludible de demostrar la existencia de los elementos que estructuran responsabilidad a cargo del Estado por una falla en la prestación del servicio médico brindado.

Pese a lo anterior, el Despacho estudiará si en el presente caso se debe dar aplicación al concepto del daño autónomo denominado pérdida de chance u oportunidad en consideración a las circunstancias fácticas del caso particular, concepto que ha sido considerado por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, tal como se señaló en el capítulo destinado al marco jurídico de la presente providencia.

EL HECHO DAÑOSO

En el caso bajo estudio, considera el Despacho que se encuentra demostrado el hecho dañoso como resulta ser la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza, quien

²⁵ C.E. Sección Tercera Subsección B, Sentencia del 13 de noviembre de 2014, Rad. 05001-23-31-000-1999-03218-01(31182), C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

17

falleció el día 19 de febrero de 2013, tal como se puede verificar con el material probatorio a folio 21 del expediente, en donde se encuentra copia auténtica del certificado de defunción No. 80573554-9 y da cuenta de este hecho.

EL DAÑO

Dado que daño es toda aminoración en el patrimonio sufrida por la víctima, y que corresponde subsanarlo, resarcirlo o indemnizarlo a quien lo infringió, es el principal elemento de la responsabilidad y por tanto se hace necesario comprobar su existencia real en quien manifiesta padecerlo para poder establecer que hay fundamento de radicar la responsabilidad en quien se le imputa su causación.

Es obvio que si no hay daño, no puede haber reparación. Sin embargo no todo daño es resarcible. En efecto, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por el daño antijurídico que cause y le sea imputable, por su acción u omisión.

Debe recordarse que el daño antijurídico es aquel perjuicio que legalmente no se está llamado a soportar. Es la lesión de un interés legítimo, patrimonial, que el afectado no está en la obligación legal de padecerlo. En consecuencia, la antijuridicidad no está determinada por la "conducta" del Estado a través del servidor público, sino por el resultado dañoso para quien no tenía la obligación legal de soportarlo.

Para conocer cuándo se está o no con la carga o deber jurídico de aceptar el daño, corresponde analizar el caso concreto a la luz de la normatividad aplicable al asunto específico y con base en ella establecer si efectivamente el daño se torna jurídico o antijurídico.

El daño derivado del hecho dañoso indicado en punto anterior, se encuentra acreditado en el expediente, teniendo en cuenta que las características principales del daño antijurídico, es que sea cierto, presente o futuro; determinado o determinable y anormal²⁶, este despacho puede establecer que en el presente caso se cumple con la acreditación de tales características en la medida en que, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica²⁷ emanada de la ESE Hospital Local de San Jacinto (fls. 321 al 328), el día 18 de febrero de 2013 a las 21:00 horas, el paciente Cristian Caro Peñaloza ingresó por urgencias por una caída de aproximadamente 2 metros de altura, recibiendo trauma en cara y cabeza con pérdida del conocimiento aproximadamente de 3 minutos, por lo cual se le diagnostica trauma craneoencefálico y es remitido vivo el día 19 de febrero de 2016 a las 6:10 a.m., pero fallece durante el traslado en ambulancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho pasará a efectuar un análisis sobre la imputabilidad del daño derivado del hecho dañoso, bajo la modalidad de falla probada del servicio a las entidades demandadas. Además, se estudiará la posible configuración de la noción del daño autónomo denominado pérdida de chance u

²⁶ Ver C.E. Sección Tercera, Sentencia del 1º de febrero de 2012, Rad. 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁷ Historia Clínica del paciente Cristian Caro Peñaloza (Ver folio 321 al 328) se allega en copia auténtica como parte de la investigación penal adelantada por la Fiscalía Seccional 43 de El Carmen de Bolívar radicado 132446001117201300260.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

18

oportunidad, concepto aceptado por nuestra jurisprudencia contencioso administrativa (ver marco jurídico).

En relación a este último concepto tenemos que: *“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; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que “esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la ‘carrera’ de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado.*

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...).”²⁸

SOBRE LA IMPUTABILIDAD DEL HECHO DAÑOSO A LAS ENTIDADES DEMANDADAS

Visto lo anterior, encontramos que las circunstancias que rodean el presente caso permiten la aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada pues si bien, en el presente caso no se puede afirmar con total certeza que el hecho de no haber trasladado oportunamente al paciente antes de su deceso, habría tenido la eficacia causal necesaria para comprometer la responsabilidad de las entidades demandadas erigiéndose como causa eficiente de la muerte del niño Cristian Caro, lo que sí resulta 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 diligencia y oportunidad

²⁸ C.E. Sección Tercera Sentencia del 11/08/2010, Rad. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

19

necesarias, no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse y sobrevivir.

Ahora bien, establecida la existencia del daño antijurídico, debe entrar el Despacho a adelantar el correspondiente análisis de imputación, con el fin de determinar si en el caso concreto dicho daño le puede ser atribuido al Estado y, por lo tanto, si constituye deber jurídico a su cargo resarcir los perjuicios que se derivan. Así, con fundamento en los hechos probados puede concluirse que el día 18 de febrero de 2013, el niño Cristian Caro Peñaloza fue ingresado a las 21:00 horas por haber sufrido una caída de un árbol, lo que le produjo un trauma craneoencefálico categorizado inicialmente como leve y por el cual fue atendido. No obstante la atención, con el pasar de las horas no presentó mejoría en su condición, por el contrario, se produjo un deterioro neurológico, por lo que se iniciaron a las 00:00 horas del 19 de febrero de 2013, cuando el paciente presenta episodios eméticos, los llamados al Centro Regulador de Urgencias CRU.

Igualmente se encuentra acreditado, a partir de la historia clínica, que a las 01:00 horas del 19 de febrero de 2013 se realiza llamada al CRU, quien refiere que no responden en la Casa del Niño y que también se comunicó con el Hospital Niño Jesús de Barranquilla. A las 4:30 horas se responde llamado de enfermería que indica que el niño está convulsionando, se decide sacarlo como urgencia vital pero no hay ambulancia y se llama a San Juan por una ambulancia. El CRU informa que fue aceptado en la Casa del Niño. A las 5:03 horas se realiza nuevo llamado a la ambulancia de San Juan para sacar al paciente, pero refieren que ya había salido. A las 5:22 horas se realiza nueva llamada a la ambulancia de San Juan, quienes dicen que la ambulancia no ha salido. A las 5:41 horas se realiza nueva llamada a San Juan quien refiere que la ambulancia ya había salido. A las 6:10 horas llega la ambulancia de San Juan y sale traslado del paciente con enfermera y médico disponible. A las 6:50 horas se recibe llamado de médico de remisión, que informa que el paciente fallece.

Se cuenta además con el informe presentado por la Jefatura de la Unidad Básica El Carmen de Bolívar del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante oficio UBCBL-DSBL 086-2013 del 29 de abril de 2013, visible a folios 353 al 354 del expediente, producto del cotejo de la historia clínica y el informe de necropsia del menor fallecido donde se señala que **no hay consistencia entre el registro de convulsiones en las notas de enfermería y la aplicación de diazepam. No se aseguró vía aérea ni vía endovenosa a pesar de que el paciente dio muestras clínicas de deterioro neurológico (vómitos y convulsiones, no hay descrito el estado de consciencia ni puntaje individualizado de la escala de Glasgow). En conclusión: la atención médica brindada no fue oportuna, adecuada ni esperada para el tipo de caso es clara la dilación de la remisión con compromiso de la responsabilidad administrativa hospitalaria y del CRU.**

Así las cosas, dado que el retardo de la entidad (ESE Hospital Local de San Jacinto) le restó oportunidades al paciente de sobrevivir; pues resulta importante destacar que la víctima permaneció en las instalaciones de la ESE Hospital Local de San Jacinto por lo menos 10 horas; sin que existiera prueba (a juicio de Medicina Legal) de la aplicación de las valoraciones neurológicas adecuadas y sin que se hubiese producido el traslado a un centro asistencial de mayor



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

20

complejidad, ante la imposibilidad de contar con equipos y medios para aplicar con total precisión estos controles neurológicos; este Despacho declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir del paciente, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa de la ESE Hospital Local de San Jacinto y Hospital Local de San Juan Nepomuceno.

A la anterior conclusión se arriba como se indicó, luego del análisis de las pruebas documentales allegadas al infolio, las cuales conducen a establecer que el paciente fue valorado por el médico de la ESE Hospital Local de San Jacinto, sin embargo, esta atención no se realizó dentro de los parámetros médicos orientados a la atención propia de la condición particular del paciente; aunado a que una vez se observan claras muestras de deterioro neurológico, se da inicio a los trámites de traslado del paciente como urgencia vital, sin embargo, este Hospital no cuenta con ambulancia y muy a pesar de las gestiones del Centro Regulador de Urgencias, solo se logra el servicio de la ambulancia de la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno luego de 6 horas de retraso²⁹, lo que implica una atención inadecuada y tardía.

Se puede inferir entonces que la ESE Hospital Local de San Jacinto (entidad que hacía parte de la red de prestadores de salud de la Asociación Mutual SER EPSS con quien tenía contrato suscrito al efecto), prestó los servicios requeridos por el paciente Cristian Caro Peñaloza de manera inadecuada e inoportuna, de acuerdo a las particularidades de su caso, hasta el momento en que se produce su muerte durante el traslado a un centro asistencial de mayor complejidad, traslado que se hizo solo 10 horas después de haber ingresado por urgencias y que se gestiona en atención a las dificultades que presentó el paciente, sin que exista prueba de que se realizaron las valoraciones y aplicaron los protocolos establecidos para este tipo de patologías tal como se extrae del informe médico legal. Vale recordar que la responsabilidad del Estado puede derivarse de la omisión en la prestación del servicio médico o en la deficiente prestación, siempre que dicha desatención o negligencia haya incidido en el resultado adverso a la salud e integridad física de quien requiera ese servicio. No hay duda de que se encuentra acreditado el daño alegado en la demanda y que el mismo es atribuible a una deficiente y tardía atención médica.

En ese orden de ideas, el Despacho estima que las entidades demandadas están llamadas a responder patrimonialmente en este proceso, pero no por la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza sino **por la pérdida de la oportunidad** en recuperar su salud y sobrevivir. En consecuencia, es atribuible responsabilidad administrativa y extracontractual a la ESE Hospital Local de San Jacinto y a la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno, a quien también le es atribuible responsabilidad administrativa y extracontractual, toda vez que para la época de los hechos también hacía parte de la red de prestadores de salud de la Asociación Mutual SER EPSS, para lo cual celebró contrato con dicha EPS y se encontraba en la obligación de prestar de manera oportuna colaboración en el servicio de traslado del paciente Cristian Caro Peñaloza a un hospital de mayor complejidad, por ser afiliado a la Asociación Mutual SER EPSS, ante la imposibilidad de hacerlo

²⁹ Considerando que según la historia clínica, las primeras comunicaciones del médico con el CRUE se realizaron desde las 00:00 horas del 19 de febrero de 2013 y solo hasta las 06:00 horas de ese mismo día, se logra el traslado en ambulancia del niño Cristian Caro Peñaloza.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

21

por parte de la ESE Hospital Local de San Jacinto, por falta de este tipo de vehículos, sin embargo, ante los reiterados llamados para atender una urgencia vital solo se hizo presente con la ambulancia luego de una hora y media del primer llamado³⁰.

Igualmente es atribuible responsabilidad administrativa y extracontractual a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS, en la medida en que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) están obligadas no sólo a organizar la forma y mecanismos a través de los cuales sus afiliados puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional y prestarles dichos servicios directamente o a través de un tercero, sino también establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Salud IPS, en virtud de los contratos que suscriben.

En ese contexto, para el Despacho, también le es imputable el daño antijurídico a la demandada ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS, teniendo en cuenta que el niño Cristian Caro Peñaloza se encontraba afiliada a ésta, y por tanto era dicha EPS la que tenía la obligación jurídica de brindarle la atención en salud, pues si bien dicha obligación la cumplió por intermedio de las entidades hospitalarias que para tal efecto contrató, ello no la exonera de responsabilidad frente al daño antijurídico ocasionado.

En consecuencia, y en lo que respecta a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS, existe un contenido obligacional en el marco de la ley consistente en garantizar la prestación del servicio de salud de sus afiliados, por lo que, si bien se considera que el daño causado es atribuible materialmente a las actuaciones desplegadas por la ESE Hospital Local de San Jacinto y a la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno, jurídicamente su imputación se debe hacer en este caso, también a la entidad demandada ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS, pues es ésta quien por mandato normativo³¹ tiene el deber de prestar los servicios de salud de sus afiliados a través de las Empresas Sociales del Estado y en consecuencia, será también el llamada a responder por la pérdida de oportunidad de recuperación y supervivencia del niño Cristian Caro Peñaloza.

Frente al Centros Regulador de Urgencias, Emergencias y Desastres CRUED vale recordar tal como se señaló en la audiencia inicial adelantada en el presente proceso, estas son unidades de carácter operativo no asistencial, responsables de coordinar y regular en sus jurisdicciones, el acceso a los Servicios de Urgencias y la atención en Salud de la población afectada en situaciones de emergencia o desastre. Estas unidades son creadas por las entidades territoriales y en el caso particular depende de la Secretaría Departamental de Salud de Bolívar – Subsecretaría Científica – Dirección de Aseguramiento y Prestación de Servicios. Las condiciones y requisitos para la organización, operación y funcionamiento de los Centros Reguladores de Urgencias y Desastres están reglamentadas a través

³⁰ A las 4:30 horas del 19 de febrero de 2013 se realiza el primer llamado a la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno a fin de solicitar el servicio de ambulancia para traslado del niño Cristian Caro como urgencia vital.

³¹ Las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizados de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994). Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

22

de la Resolución 1220 de 2010 (Minsalud), con la que se busca que en las Entidades Territoriales exista coordinación para la atención de emergencias y desastres, estandarización de procesos de referencia y contra referencia, a través del fomento de la cooperación y articulación con los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y el Sistema Nacional de Prevención y Atención de Desastres (SNPDA). De manera conjunta con los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) deben contribuir en la atención adecuada y oportuna de los pacientes que requieren atención en situaciones de Urgencia.

En el caso particular se tiene que el CRU de la Secretaría Departamental de Salud de Bolívar adelantó las gestiones de coordinación para la consecución de cama y el traslado del paciente, una vez recibió la solicitud del médico que atendía la urgencia en el Hospital Local de San Jacinto, labor que es de coordinación operativa mas no asistencial, por lo que el Despacho no encuentra que esta unidad y por ende el Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental de Bolívar haya tenido injerencia en la tardanza para la prestación del servicio médico al niño Cristian Caro Peñaloza.

Por otra parte, está plenamente demostrado que la Empresa Social del Estado Hospital Local de San Jacinto, entidad pública descentralizada del orden departamental, dotada de personería Jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, fue quien prestó directamente el servicio médico y hospitalario al paciente y no el CRU Bolívar. Así mismo, ni el Departamento ni la Secretaría de Salud de Bolívar tuvieron participación directa o indirecta en la atención médica del paciente afectado; no existiendo en consecuencia nexo causal entre el presunto daño irrogado a los demandantes con ocasión de su muerte y la acción o la omisión del ente territorial y de dicha Secretaría, razones suficientes para negar las pretensiones respecto de estos.

LA LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

PERJUICIOS MORALES

En relación con los perjuicios morales que se reclaman en la demanda, es importante señalar que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado³², ha señalado frente a la reparación del daño moral en casos de pérdida de chance u oportunidad, lo siguiente:

“En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...).”

³² Ver C.E. Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 14/03/2013 Rad. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632), C.P. Hernán Andrade Rincón.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

23

Esta jurisprudencia, frente a la tasación de este perjuicio de carácter extrapatrimonial, ha considerado que, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

Este entendimiento es congruente con la posición reiterada por el Consejo de Estado³³, en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.

Así las cosas, se ha acreditado el vínculo de parentesco de los señores REGULO MIGUEL CARO VIANA e INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES, en sus calidades de padre y madre de la víctima Cristian Caro Peñaloza respectivamente, pues respecto de éste se aportó registro civil de nacimiento (fl. 15), motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a TREINTA (30) SMLMV para cada uno de ellos.

Se acreditó además el parentesco de la hermana y los abuelos del fallecido Cristian Caro Peñaloza, con la copia auténtica del registro civil de nacimiento (fl. 14) de YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA donde consta que su madre es la señora Ingrid Esther Peñaloza Reyes y su padre es Regulo Miguel Caro Viana. Del mismo modo, obran en el expediente registros civiles de nacimiento que demuestran el parentesco de la víctima directa con sus abuelos maternos y paternos (fls. 12 y 13), con los cuales se puede establecer que REGULO MIGUEL CARO CARO es abuelo paterno y que MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA y OLGA MARINA REYES OSORIO son abuelos maternos de la víctima Cristian Caro Peñaloza, motivo por el cual se les reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a QUINCE (15) SMLMV a cada uno de ellos.

PERJUICIOS DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE LA VÍCTIMA DIRECTA

Frente a este tópico ha señalado el Honorable Consejo de Estado³⁴, que dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza, sino de la pérdida de oportunidad que se cercenó de dicha persona para que pudiera recuperar su salud y tratar de sobrevivir, esta judicatura no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de dicha persona, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica a cada uno de los demandantes³⁵,

³³ Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp. 1800-12-33-1000-1999-00454-01 (24392), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón

³⁴ Ver C.E. Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 14/03/2013 Rad. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632), C.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁵ Toda vez que así lo ha determinado el Consejo de Estado en varios pronunciamientos, como los proferidos el 7 de julio



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS

RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

24

habida cuenta de que la totalidad de ellos demostraron su interés para demandar dentro de este litigio y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo.

En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del niño Cristian Caro Peñaloza, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia, en cuya virtud el Juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al *petitum* de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte de esa persona, sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico de la ESE Hospital Local de San Jacinto que se encontraba en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica adecuada a su patología, inacción que precisamente, equivale a la negación de la oportunidad de sobrevivir tal y como se dejó indicado.

Así las cosas y atendiendo lineamientos jurisprudenciales en cuanto a la indemnización reconocida en casos similares³⁶, habrá lugar a reconocer, a título de pérdida de oportunidad, las sumas de dinero establecidas a continuación, para cada uno de los demandantes:

Regulo Miguel Caro Viana (padre)	50 SMMLV
Ingrid Esther Peñaloza Reyes (madre)	50 SMMLV
Yenifer Esther Caro Peñaloza (hermana)	25 SMMLV
Regulo Miguel Caro Caro (abuelo paterno)	25 SMMLV
Manuel Alberto Peñaloza Lara	25 SMMLV
Olga Marina Reyes de Peñaloza	25 SMMLV

DAÑO A LA VIDA DE RELACION

La noción de daño a la vida de relación ya ha sido ampliamente superada³⁷, por tratarse de una categoría abierta y que le abría paso a la indemnización indiscriminada de toda clase de perjuicios. Por lo tanto, los daños inmateriales o extra patrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo, es decir, los morales; ii) los derivados de la afectación psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud; iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos. Se tiene además que no es necesario que la indemnización por el daño derivado de una afectación a un bien constitucional o convencionalmente amparado haya sido solicitada expresamente, pues el Juez, siempre y cuando lo encuentre acreditado, puede y tiene el deber de ordenar su reparación.

dé 2011, Exp. 20.139 y el 8 de junio de 2011 de ese mismo año. Exp. 19.360.

³⁶ Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub Sección A, sentencia del 25 de agosto de 2011, Exp. 19.178. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁷ Ver C.E. Sección Tercera Sentencia del 11/08/2010, Rad. 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

25

En las sentencias gemelas de unificación, proferidas el 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera del Consejo de Estado puso fin a la confusión conceptual que existía en torno a los perjuicios inmateriales, equívocamente enmarcados bajo las denominaciones de “daño a la vida de relación”, “alteración a las condiciones de existencia” o “perjuicios fisiológicos”. En los pronunciamientos citados, no sólo se distinguió con claridad el daño a la salud del moral, sino que comenzó a edificarse el concepto de perjuicios inmateriales, en los que se incluían aquellos que excedían la esfera de los morales y el daño a la salud, para dar paso al reconocimiento de otros derechos que constituían un daño autónomo y por lo tanto, debían ser indemnizados.

Los razonamientos que se acaban de traer a colación, reiteran que no es cualquier contingencia o incomodidad el que puede enmarcarse en la categoría de daños a bienes constitucionales, pues un discurso en ese sentido, sólo conduciría a trivializar esta conquista jurídica y conceptual. El derecho fundamental afectado debe comprometer directamente la dignidad humana del damnificado y además, el menoscabo debe estar plenamente demostrado, todo ello con el fin de evitar una doble indemnización, por lo que además es necesario que el Juez verifique que la afectación no se encuentra ya subsumida en alguno de las restantes daños extra patrimoniales.

En atención a lo anterior, encuentra el Despacho que estas afectaciones se subsumen en los perjuicios morales que ya han sido reconocidos y liquidados por esta judicatura en la presente providencia, y ante la prohibición de efectuar una doble reparación por este tipo de perjuicios, se denegará la pretensión que busca obtener la reparación del llamado daño a la vida de relación.

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada.

Es preciso señalar que las costas están integradas por dos clases de gastos: las expensas que son erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, talos como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, es decir, son aquellos que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo; mientras que las agencias en derecho, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado, es decir, es la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo tanto, se reconocen expensas a la parte demandante en tanto aparecen en el expediente los gastos causados al demandado. Igualmente, teniendo en cuenta el numeral 3.1.2 del capítulo III del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el numeral 1º



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

26

del artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho condenará a la parte vencida en agencias en derecho, las cuales corresponderán al 0.5% del valor de la condena impuesta en la presente providencia³⁸.

SOBRE EL REMANENTE DE LOS GASTOS ORDINARIOS DEL PROCESO

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte³⁹, a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso solo por la suma de Treinta Mil Novecientos Pesos M/Cte. (\$ 30.900.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales equivalen a la suma de Nueve Mil Cien Pesos M/Cte. (\$ 9.100.00) m/Cte.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Déclárese no probadas las excepciones de mérito planteadas por la demandada ASOCIACION MUTUAL SER ESS EPSS.

SEGUNDO: Déclárese patrimonial, administrativa y solidariamente responsables a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO y a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPSS, por la pérdida de oportunidad del niño CRISTIAN CARO PEÑALOZA, ocurrida el día 18 de febrero de 2013, de acuerdo a lo expuesto en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, condénese a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO y a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER ESS EPS, a pagar de manera solidaria a los demandantes los siguientes conceptos:

A título de pérdida de oportunidad, a favor de los señores REGULO MIGUEL CARO VIANA e INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES, la suma equivalente en pesos a 50 SMLMV, para cada uno de ellos, y en favor de YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA, MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA, OLGA MARINA REYES DE PEÑALOZA y REGULO MIGUEL CARO CARO, la suma equivalente en pesos a 25 SMLMV, para cada uno de ellos.

A título de perjuicios morales, a favor de los señores REGULO MIGUEL CARO VIANA e INGRID ESTHER PEÑALOZA REYES, la suma equivalente en pesos a 30 SMLMV para cada uno de ellos, y a favor de YENIFER ESTHER CARO PEÑALOZA, MANUEL ALBERTO PEÑALOZA LARA, OLGA MARINA REYES DE PEÑALOZA y REGULO MIGUEL CARO CARO, la suma equivalente en pesos a 15 SMLMV para cada uno de ellos.

³⁸ Es decir, el equivalente a \$ 1.103.126.00

³⁹ Ver folios 65 y 66 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
REGULO MIGUEL CARO VIANA Y OTROS vs MUTUAL SER ESS EPSS Y OTROS
RAD. 13-001-33-33-012-2014-00116-00

27

CUARTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Condenar en costas, incluyendo agencias en derecho, a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JACINTO, a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO y a la ASOCIACIÓN MUTUAL SER EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: Previa solicitud, devuélvase a los demandantes, por intermedio de su apoderado, el remanente de los gastos ordinarios del proceso los cuales corresponden a la suma de Nueve Mil Cien Pesos M/Cte. (\$ 9.100.00) m/Cte.

SEPTIMO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento con su correspondiente constancia de ejecutoria y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEIDYS ESPINOSA V.
LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST
Jueza

✓ 8.11.11