1105

Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja

Tunja, [illegible]

Radicación: 150013333012-**2011-00026-00**
Demandante: MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO y ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMENDI
Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ.
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

Procede el Juzgado a emitir decisión de primera instancia en el asunto de la referencia de la siguiente manera:

I. LA DEMANDA

1.1. Las pretensiones (fls. 444- 496), de acuerdo con la reforma de la demanda, se transcriben así:

> *"1. **PRIMERA:** Se declare administrativa y patrimonialmente responsable de manera solidaria a **SECRETARIA DE SALUD DE BOYACA- HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA E.S.E.** , por responsabilidad derivada de la falla en la prestación del servicio médico-asistencial sustentada en el mal manejo del sodio por parte del personal médico del **HOSPITAL SAN RAFAEL,** circunstancia que conllevo a que la menor presente la enfermedad; **MIELINÓLISIS CENTRAL PONTINA O DESMIELINIZACION OSMOTICA;** enfermedad neurológica causada por daño en los ganglios basales, en el caudado y en el putamen de la vaina de mielina de las células nerviosas en el tronco celular, más precisamente en la zona denominada protuberancia.*
>
> ***SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior solicito se Condene a **SECRETARIA DE SALUD DE BOYACA- HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA E.S.E.** -, a pagar a favor de los afectados y en contra de los demandados, las siguientes condenas:*
>
> ***1. PERJUICIOS INMATERIALES***
>
> *Para **ANGI PAOLA HERRERA SOLER** (afectada)*
>
> ***Daño Moral.** Para la directamente afectada, Lo estimo en 300 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. ($ 160.680.000)*
>
> ***Daño a la vida de relación.** Por lo que se solicita una indemnización de 400 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. DOSCIENTOS CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS' ($214.240.000.00) Moneda Legal Vigente.*

Para la señora ***MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO (Madre de la menor)***

Daño Moral. *Lo estimo en 200 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. ($ 107.120.000)*

Daño a la vida de relación. *Se solícita una indemnización de 400 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. DOSCIENTOS CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($214.240.000.00) Moneda Legal Vigente.*

Para el señor ***ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMENDI*** *(padre de la menor)*

Daño Moral. *Lo estimo en 200 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. ($ 107.120.000)*

Daño a la vida de relación. *Se solicita una indemnización de 400 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. DOSCIENTOS CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($214.240.000.00) Moneda Legal Vigente.*

Para la menor ***LAURA ANDREA HERRERA SOLER (Hermana de la Menor)***

Daño Moral. *Lo estimo en 200 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. ($ 107.120.000)*

Daño a la vida de relación. *Se solicita una indemnización de 400 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. DOSCIENTOS CATORCE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($214.240.000.00) Moneda Legal Vigente. .*

2. PERJUICIOS MATERIALES

PARA LA DIRECTAMENTE AFECTADA

Lucro Cesante Futuro: *perjuicio que debe ser liquidado con base al salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia y la esperanza de vida que determine el DANE.*

PARA LOS PADRES DE LA MENOR:

Daño Emergente Futuro*: teniendo en cuenta que la menor ANGI PAOLA HERRERA SOLER, se encuentra en estado de grave como consecuencia de la MIOLINOLISIS PONITICA, se condene al HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E para que corra con todos los gastos del tratamiento a que haya lugar y en caso de que no exista cura para dicha enfermedad asuma con todos los gastos en tiempo indefinido.*

Daño Emergente Consolidado*. Ocasionado en los gastos que debe sufragar mis poderdantes con ocasión a la enfermedad que padece la menor ANGI HERRERA SOLER, para procurar mantenerla en "vida";*

gastos que no le han sido reconocidos por ninguna entidad a la fecha, por lo que se solicita su reconocimiento en suma equivalente a DOCE MILLONES SEICIENTOS MIL PESOS (12.600.000). Moneda vigente

***2.3 LUCRO CESANTE:** de acuerdo a las pruebas aportadas o la que resulte finalmente probada en el proceso*

***TERCERA**: Solicito que las condenas respectivas, sean actualizada de conformidad con lo previsto en la ley, y se reconozcan los intereses legales liquidados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando sé de cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.*

Además de pedir que se cumpla la sentencia de acuerdo con lo establecido en el CCA y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos y jurídicos. El Despacho los resume así:

Señala la parte actora que el 28 de noviembre de 2010, es aceptada la remisión de la menor ANGI PAOLA HERRERA SOLER, por parte de la Clínica Saludcoop Tunja al Hospital San Rafael Tunja, quien ingresa efectivamente al hospital el 6 de diciembre de 2010 a las 15:45, para RESECCIÓN DE TUMOR FOSA POSTERIOR: paciente quien ingresa en POP inmediato de tumor de fosa posterior compatible con ependimoma ante sintomatología de HTE y síndrome cerebeloso, con cirugía previa de DVP el 29 de noviembre de 2010.

Sostiene que el 11 de diciembre de 2010, el sodio se encuentra en 106, se ordena bolo de reposición, en el análisis de la paciente; que el 13 de diciembre del mismo año se realizan gases de control los cuales muestran alcalemia mixta se disminuye soporte electrolitos sodio 116, potasio 3.6, cloro 89, calcio 1.16 y se ordena nuevo bolo de solución salina 3% y se hará control; el mismo día a las 15:30 se recibieron paraclínicos RX de Tórax, se vigila sodio 132, potasio 3.1,calcio 1.35, cloro 106, mejoría sustancial de sodio y cloro se vigila periódicamente (diagnóstico del intensivista pediatra).

Indica que el 14 de diciembre de 2010 a las 7:00 am, en el estudio metabólico se evidencia que el sodio se encuentra en 144, potasio 3.32 y cloro 107, lo que evidencia variaciones considerables en todo el proceso del post-operatorio, lo que conllevó a la hiponatremia que finalmente le fue diagnosticada a la menor.

Manifiesta que la paciente el 8 de enero de 2011, fue remitida a la UCIP y oncología pediátrica Clínica Saludcoop 104 de Bogotá, en donde se realiza evolución señalando un pronóstico vital y funcional bastante negativo, al indicar:

"Revisando historia clínica los primeros siete días POP tuvo variaciones importantes de sodio sérico (...) lo que sugiere que pudo haber sido el precipitante de la mielinolisis póntica, con edema posterior y hallazgos de RNM del 5 de enero.

Esto explicaría la cuadriparesia flácida que tiene, que no es esperable en cirugías del cuarto ventrículo
(...)
Alto riesgo de secuelas neurológicas por el síndrome de desmielinización osmótica"

Sostiene que el 11 de enero de 2011, a las 20:37 horas, el doctor Iván Bobadilla (especialización radioterapia oncológica) diagnosticó *"paciente de 4 años, con diagnostico oncológico de EPENDIMOMA WHO II, parcialmente resecado (dic 06 de 2010) por infiltración a cerebelo y tallo cerebral, con evolución tórpida POP, por complicaciones neurológicas enunciadas previamente,*

actualmente en malas condiciones generales dado por su estado neurológico clínico y para clínico actual, con hallazgos en resonancia magnética Nuclear (RMN) y EEG de mal pronostico neurológico, con requerimiento de sedación, por eventos convulsivos y de ventilación mecánica por falla respiratoria de origen central"

Indica que el 27 de enero de 2011 revisan el caso los doctores Iván Bobadilla, Felipe Torres, Ricardo Cendales y se reconsidera que la paciente se encuentra bajo un estado de mal pronóstico a nivel neurológico, como secuelas de sus múltiples condiciones post operatorias, además que su estado actual no se deriva de su estado oncológico.

El día 17 de febrero de 2011, ingresa ANGI PAOLA al Instituto Roosevelt Ortopedia infantil para rehabilitación integral y los días 22 y 28 de febrero de 2011, se realizaron evoluciones y análisis de diagnóstico, en tanto que el 25 de mayo del mismo año la menor se sometió a una resonancia nuclear magnética de cerebro, examen que se comparó con los exámenes realizados el 28 de noviembre de 2010, el 5 de enero y 6 de abril de 2011.

Por último, indica que el daño permanente y neurológico que presenta la niña no es secundario a su tumor, sino secundario a complicación POP de hiponatremia, es decir, bajos niveles de sodio en la sangre, que según la literatura médica si se corrige demasiado rápido desencadena una mielinosis central pontina o DEZMILINIZACION OSMOTICA, donde sus síntomas predominantes son justos los que la niña viene presentando.

Frente a la responsabilidad manifiesta que está demostrado, conforme a la historia clínica, que el Hospital San Rafael como Saludcoop no prestaron eficientemente el servicio médico, que a la primera entidad se le imputa responsabilidad por no agotar todos los recursos científicos, tecnológicos, diagnósticos o terapéuticos, antes y después de realizar la intervención a la menor, medios aconsejados por los protocolos médicos, por no prever siendo previsible, los efectos secundarios del tratamiento, por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad y sostiene que el personal médico del Hospital no actuó diligentemente en lo referente al manejo del sodio.

Analiza literatura médica para argumentar su dicho y de igual forma hace referencia al daño causado y la indemnización que pretende.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. ESE HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA (fls. 521-545).

Señala que se opone frontalmente a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de sustento factico, jurídico y probatorio; sostiene que la atención médica prestada se ajustó a los protocolos médicos y a la lex artis, de manera oportuna, eficiente, eficaz, diligente, pertinente y con la pericia de cada uno de los profesionales médicos.

Por lo anterior, se opone al pago de perjuicios inmateriales y materiales solicitados por los demandantes, más aun cuando se intenta calcular el lucro cesante de los presuntos afectados sobre la esperanza de vida que determine el DANE, toda vez que la esperanza de vida de un niño sin patologías es diferente a la esperanza de vida de un niño con este tipo de tumor y su localización especifica.

Propuso como excepciones las que denominó:

1. **INEXISTENCIA DE LA FALLA EN EL SERVICIO**: indica que revisado el proceso de atención brindado a la paciente ANGIE PAOLA HERRERA SOLER, se encuentra que es una paciente de 4 años de edad que ingreso el 28/11/2010 con impresión diagnostica de lesión infratentorial, intraventricular, hipertensión endocraneana leve, síndrome cerebeloso,

sospechando una lesión tumoral tipo ependimoma vs meduloblastoma. Que el 29/11/2010 se le practica la derivación ventrículo peritoneal, para tratar su hipertensión endocraneana.

Agrega que se llevó a cabo un procedimiento quirúrgico el 06/12/2010 para resección de tumor; se trasladó a la menor a la UCI pediátrica por posoperatorio inmediato de resección de tumor de fosa posterior compatible con ependimoma, y que durante su estadía en la UCI requirió manejo específico para posoperatorio neurológico; presentó alteraciones en el sodio las cuales recibieron el tratamiento ajustado a las normas de corrección de sodio reconocidas mundialmente.

Aclara que estudios han demostrado que la tasa de correcciones de hiponametría tiene poco valor en el desarrollo de la desmielinización osmótica y que esta patología esta asociada con otras condiciones premorbidas del paciente, como el cáncer que es la patología base de la paciente.

Señala que el estado neurológico de la paciente al egreso de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, es consecuencia de la patología de base (lesión tumoral tipo ependimoma WHO II) que aunque es de bajo grado es de mal pronóstico según la literatura mundial, cuando:

a) La localización primaria es fosa posterior.
b) El paciente es menos de 6 años.
c) No es resecable completamente en el primer acto quirúrgico.

Criterios que en su totalidad los cumplía la paciente; por lo que concluye del análisis de la atención prestada que no se puede sustentar el diagnostico de desmielinización osmótica, dado que las lesiones observadas en la resonancia magnética nuclear no sugieren este tipo de lesión y el estado neurológico de la paciente es consecuencia de su patología de base.

Concluye entonces el apoderado del Hospital San Rafael que el tratamiento fue eficiente, oportuno y eficaz, lo que imposibilita probar una falla en el servicio.

2. **INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD.** Sostiene que la actuación de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, correspondió a las guías y protocolos médicos apoyadas en la doctrina medica que versa sobre la materia y que se ajustan a la prestación del servicio de salud, indica que aunque el daño existió no se puede imputar a la ESE, porque el estado neurológico es consecuencia de su patología.

3. **INEXISTENCIA DE CAUSA LEGAL:** Manifiesta que los argumentos propuestos por la parte demandante carecen de sustentos probatorios y jurídicos, ya que no existe vulneración por parte de ESE Hospital San Rafael de Tunja porque se cumplió con el deber legal en la prestación del servicio de salud de manera eficiente, oportuna y eficaz, teniendo en cuanta la pericia y destreza del personal profesional asistencial, ofreciendo cada uno de los tratamientos médicos requeridos por la menor.

2.2. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARIA DE SALUD DE BOYACA (fls. 546 a 553):

Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento factico y jurídico, frente a los hechos señaló que no les consta y que deben probarse.

Como razones de defensa sostiene que de los hechos narrados se desprende que se trató de una atención en salud brindada a la menor Angi Paola Herrera, inicialmente en la Corporación IPS SALUDCOOP BOYACA desde el 27 de noviembre de 2010, en donde se diagnostica una masa occipital de 4x5 cm con compromiso del tercer ventrículo e hidrocefalia leve, señalando que la menor requiere atención de tercer nivel, y realizando los trámites de remisión al Hospital San Rafael de Tunja, en donde es recibida el 6 de diciembre de 2010.

Manifiesta que la menor es hospitalizada y atendida de conformidad con el nivel de complejidad de la institución hospitalaria y teniendo en cuenta los servicios inscritos ante la Secretaria de Salud de Boyacá, desde su internación y hasta el 8 de enero de 2011, cuando es remitida a la UCI y oncología pediátrica CLINICA SALUDCOOP de Bogotá, donde asume su tratamiento, atención y rehabilitación junto con las atenciones brindadas por el Instituto Roosevelt Ortopedia Infantil de Bogotá.

Indica que los servicios fueron prestados teniendo en cuenta la condición de salud de la paciente y bajo los protocolos propios del ente hospitalario, sin existir prueba de la negación de los servicios por parte del Hospital o de la negligencia u omisión que permita deducir responsabilidad del ente hospitalario.

Sostiene que de los soportes probatorios aportados se demostrará que la atención fue realizada de conformidad con la capacidad de resolución del hospital, prestada por especialistas y de conformidad con la patología sufrida por la paciente.

Planteó como excepciones las que denominó:

1. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:** Sostiene que no es posible vincular al Departamento de Boyacá – Secretaria de Salud, ya que nada tiene que ver con los hechos de la demanda, lo anterior sustentado en la naturaleza jurídica de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, que de conformidad con el Decreto Ordenanza 001528 del 27 de diciembre de 1996, es una entidad descentralizada del orden departamental que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio, la cual le permite ser sujeto de derechos y contraer obligaciones.

Indica que no existe ningún vínculo entre el Departamento de Boyacá y la ESE Hospital San Rafael de Tunja, que genere responsabilidad compartida, aunado a que no existe nexo de causalidad entre las pretensiones de la demanda con el Departamento de Boyacá – Secretaria de Salud, que ni siquiera la prestación del servicio se desarrolló producto de los convenios interadministrativos que suscribe la ESE Hospital San Rafael de Tunja con el Departamento de Boyacá – Secretaria de Salud-, ya que la menor fue atendida como beneficiaria del régimen contributivo y afiliada a SALUDCOOP EPS.

2. AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD: Sostiene que el sustento en cuanto a la responsabilidad de la Secretaria de Salud expuesto por el demandante (artículo 39, Decreto 1011 de 2006) no conlleva a predicar la existencia de un nexo causal de responsabilidad, que el programa de auditoría de las entidades departamentales es para los servicios que contrata, es decir, para la población pobre en lo no cubierto con subsidios, no siendo este el caso, porque la menor se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el Régimen Contributivo.

III. TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue radicada el 10 de agosto de 2011 (fl.53), correspondiéndole por reparto al Juzgado Primero Administrativo en Descongestión (fl. 504), y mediante auto del 23 de noviembre de 2011 (fl. 506), se admitió la reforma de la demanda ordenando notificar a las entidades demandadas.

Mediante providencia del 5 de marzo de 2014, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y por el despacho de oficio (fl. 685-687), frente al cual se interpuso recurso de apelación, el cual se desató en providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 13 de agosto de 2014 (fl. 716 – 720) confirmando el auto de pruebas.

Recaudada la totalidad del material probatorio, se dispuso mediante providencia de 22 de febrero de 2018, correr traslado por el término de 10 días para alegar de conclusión (fl. 1132), oportunidad dentro de la cual las partes se pronunciaron.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. PARTE ACTORA (fls. 1137 a 1194).

Indica que lo dispuesto en la contestación de la demanda en el hecho cuarto, es irrelevante porque lo que se reclama en la demanda es lo ocurrido el día 13 de diciembre de 2010 puesto que ese día a las 11:00 a.m. la paciente tenía un sodio sérico de 116 MQ/LIT y a las 15:30 del mismo día estaba en 132 MQ/LIT (cambio de 16 MQ/LIT en cuatro horas, tasa de ascenso de 4 MQ/LIT) lo que según la literatura médica fue la precipitante de la Mielinolisis Póntica.

Relaciona las siguientes pruebas que según el accionante demuestran el daño, la falla y el nexo de causalidad:

a) Historia Clínica de Saludcoop 104 Bogotá D-C: diagnósticos de los doctores Jaime Fernández Sarmiento, Iván Bobadilla, Felipe Torres y Ricardo Cendales
b) Fallo del Tribunal de Ética Medica de Cundinamarca: Pagina 12
c) Testimonios practicados los días 22 y 23 de julio del año 2015, a los Doctores Carlos Mojica Walteros: (fl.1142 a 1146), Alejandro Blanco Rojas (fl. 1146-1148), Álvaro Faustino Suarez Chaparro (fl.148-1154), Jorge Hernández de Castro (fl. 1154-1157) y el testimonio de la Dra. Yasmín Sánchez Gómez (fl. 1157-1162).

Sostiene que de los anteriores testimonios se advierte que la Mielinosis Póntica o desmielinización osmótica, significan científicamente lo mismo, dicha enfermedad deja como secuelas: perturbación funcional del órgano nervioso central (que incluye el habla, la deglución, la respiración, la movilidad, la cognición, la memoria, el cálculo, juicio, raciocinio, senso-percepción) todas de carácter permanente, así mismo señala que esta patología se produce como consecuencia de una excesiva y rápida corrección del sodio, que el único testigo que difiere de dicha conclusión es el Dr. Mojica Walteros, quien señala que las secuelas que padece la menor se derivan del tumor cerebral y no de los malos manejos del sodio.

Manifiesta que el dictamen de la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo de fecha 19 de septiembre de 2016, emitido por el Dr. Alfredo de la Hoz, Medico Intensivista Pediatra, determinó lo mismo que los médicos y a partir de un resumen del dictamen (fl. 1162-1167) concluye que la menor ANGIE PAOLA HERRERA SOLER fue víctima de dos negligencias médicas, una que tiene que ver con el mal manejo del sodio y otra el inadecuado seguimiento del oxígeno durante la segunda cirugía.

Indica que se encuentra demostrado el daño a través de la historia clínica y el dictamen de secuelas medico legales emitido por Medicina Legal y Ciencias Forenses de Villavicencio; que la imputación fáctica y jurídica está probada a través de los testimonios, peritaje de la Asociación Colombiana de Medicina Critica, fallo del Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca y de la propia historia clínica, pruebas de donde se advierte la falla del servicio en que incurrió el Hospital demandado.

Luego de hacer referencia a la carga de la prueba, sostuvo que el Hospital San Rafael de Tunja estaba en mejores condiciones de probar su diligencia y cuidado, no obstante la parte demandante hizo esfuerzos enormes para demostrar los elementos de la responsabilidad de la demandanda, tanto así que tuvo pagar la totalidad del dictamen pericial y pagar adicionalmente las copias de 1.200 folios, para que la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo pudiera hacer un análisis exhaustivo del caso, que la demandada se dedicó a hacer objeciones sin fundamento alguno, lo que resulta en una deslealtad procesal.

Por último hace referencia a la indemnización pretendida, daño moral, daño a la vida en relación, daño a la salud y el perjuicio del lucro cesante futuro.

4.2. E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fls. 1195)

Manifiesta que debe tenerse en cuenta que no existe falla en el servicio de prestación de salud en el caso en concreto, teniendo en cuenta que a la paciente, durante su estancia en la institución se le prestaron todos los servicios requeridos para la patología que presentaba.

En lo que refiere al manejo del sodio, durante su estadía en la UCI PEDIATRICA, la menor sufrió en efecto, alteraciones del sodio las cuales recibieron el tratamiento ajustado a las normas de corrección de sodio. Ante tal evento, se realizó reposición de sodio bajo el contexto de hiponatremia aguda, con todas las condiciones que ello supone.

Aclara frente a la afirmación de la presunta tasa de ascenso de 4 meq/hora del sodio, que los estudios han demostrado que la tasa de corrección de hiponatremia tiene poco valor en el desarrollo de la desmielinización osmótica y que esta patología está asociada con otras condiciones pre mórbidas de la paciente dentro de las que se destacan hipoxemia, enfermedad hepática severa, quemaduras severas, cáncer, entre otros, esta última patología sufrida por la paciente en concreto.

Concluyo que de la atención prestada por esta entidad, no deriva el diagnostico de desmielinizacion osmótica pues las lesiones observadas en la resonancia magnética nuclear no sugieren este diagnóstico, y el estado neurológico de la paciente es consecuencia de su patología base, que insiste, es una lesión tumoral tipo ependimoma WHO II.

Reitera que la actuación de los profesionales y de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL TUNJA, correspondió a lo ajustado en las guías y protocolos médicos que se apoyan en la doctrina para la patología que se analiza, sumado a la atención oportuna, segura, pertinente, continua y eficaz.

Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda frente a la inexistencia del nexo causal y solicita se desestimen las pretensiones de la demanda, exonerando de responsabilidad a la entidad demandada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema Jurídico

Corresponde en este proceso establecer si se debe declarar la responsabilidad administrativa y extracontractual de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y de la SECRETARÍA DE SALUD DE BOYACÁ, con motivo del daño antijurídico que según la pare actora le fue ocasionado a la menor ANGIE PAOLA HERRERA SOLER, como consecuencia de un manejo inadecuado de la hiponatremia que padeció la menor y que a juicio de la parte demandante se concretó en el trastorno denominado DIESMIELINIZACIÒN OSMÓTICA o MIELINOSIS PÓNTICA, la cual derivó en la presencia de graves secuelas neurológicas.

En caso afirmativo, el despacho procederá a definir si se encuentran demostrados y les asiste derecho a la menor ANGIE PAOLA HERRERA SOLER y los padres de la menor, señores ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMENDI y MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO, así como su hermana LAURA ANDREA HERRERA SOLER, a la indemnización de los perjuicios reclamados en la demanda.

5.2. Las excepciones propuestas

Respecto a las excepciones de: *"INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO", "INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD" INEXISTENCIA DE CAUSA LEGAL",* promovidas por la **ESE**

HOSPITAL SAN RAFAEL, así como la llamada *"AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD"*, aducida por el **DEPARTAMENTO DE BOYACA- SECRETARIA DE SALUD DE BOYACÁ**, constituyen **extensiones de las razones de oposición** a la demanda[1] y no "excepciones" propiamente dichas, de las cuales se predica envolver circunstancias impeditivas, extensivas o modificativas del derecho que se reclama.

Además porque ha señalado el Consejo de Estado que el defecto en los aspectos de la estructura de la responsabilidad, como la causalidad, no corresponde a excepciones sino justamente a presupuestos que deben cumplirse para obtener la declaración que se pretende, por ende, no enervan o extinguen un derecho, como es la esencia de la excepción[2]. En tal virtud, los argumentos que nutren estos reparos de oposición serán analizados junto con el fondo del asunto, en el momento que en desarrollo de la sentencia de instancia se juzgue oportuno.

En cuanto a la excepción denominada *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, que glosa el **DEPARTAMENTO DE BOYACA SECRETARIA DE SALUD DE BOYACÁ** en la cual se indica nada tiene que ver con los hechos de la demanda, lo anterior sustentado en la naturaleza jurídica de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, al ser una entidad descentralizada del orden departamental que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio, la cual le permite ser sujeto de derechos y contraer obligaciones.

Considera el despacho que de acuerdo con lo probado en el proceso, se concluye que la imputación del daño debe efectuarse únicamente al Hospital San Rafael de Tunja, pues fue en esa Institución Hospitalaria donde ocurren los hechos y de donde se imputan las fallas del servicio, en efecto, a la Secretaria de Salud de Boyacá no puede atribuirse ninguna falla en el servicio toda vez que no se probó actuación u omisión a ella atribuible que hubiere tenido alguna incidencia en la generación del daño antijurídico.

Debe agregarse que la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA es una entidad pública descentralizada del orden departamental, con personería jurídica propia, autonomía presupuestal y administrativa y no depende en ningún sentido del Departamento de Boyacá (Secretaria de Salud), por lo que considera el despacho que está llamada a prosperar la excepción propuesta por esta última y así se declarará en la parte resolutiva de este proveído.

5.3. OBJECION AL DICTAMEN PERICIAL (fl. 984-989)

El día 23 septiembre de 2016, fue radicado en el proceso dictamen pericial suscrito por Guillermo Agamenón Quintero Villareal, representante legal de la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo (en adelante ACMCI), del cual se corrió traslado por el termino común de tres (3) días mediante auto del 16 de noviembre de 2016, término dentro del cual el Hospital San Rafael presentó objeción por error grave frente al mismo, suscrito por el doctor Carlos Manuel Mojica, Pediatra Intensivista que presta sus servicios a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

---

[1] Hernando Devis Echandia, Estudios de Derecho Procesal, citado en Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, pag. 408, sexta edición: *"La defensa u oposición en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho... "*

[2] Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, sentencia de 28 de abril de 2010, expediente: 17001-23-31-000-1998-00609-01(19839): "Como surge a primera vista, los fenómenos de fuerza mayor o caso fortuito, **no constituyen propiamente medios exceptivos y carecen de tal connotación**, debido a que no están dirigidas a enervar las pretensiones procesales a través de elementos que las extingan, modifiquen o dilaten, sino que se encuentran encaminados a reaurgüir los supuestos fácticos que erigen la acción en ejercicio del genérico derecho de defensa. [...] En efecto, **la proposición de causas extrañas convoca al análisis de la eventual inexistencia de uno de los elementos de la responsabilidad como es el nexo de causalidad entre el hecho que se imputa a la administración y el daño alegado, planteamiento que, precisamente, constituye parte del debate sustancial planteado. (...)** En relación con las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito esgrimidas en la contestación de la demanda y que tienen por objeto prevenir sobre la reacción indeterminable e imprevisible que puede generarse en un organismo, la Sala encuentra que, la denominación del medio exceptivo no guarda relación con el contenido del mismo y, éste, a su turno, **no tiene tal carácter, pues como se ha indicado las causas extrañas que el apoderado de la entidad presenta como excepciones, tienen como propósito enervar la relación etiológica entre el hecho imputable a la administración y el daño, razón por la cual no se destruye perentoriamente la pretensión procesal del demandante** y en su lugar se dispone el análisis de los elementos que hacen parte de la estructura de la responsabilidad, en este caso extracontractual del Estado, a fin de verificar la integración o no de los mismos..."- Destaca el Juzgado. En ese mismo sentido, tratándose de defectos en la legitimación el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503) dijo: "...Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de **legitimación en la causa**, que ésta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sala, **no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones** del demandante, **bien a las excepciones** propuestas por el demandado.- destacados fuera de texto-

El galeno formula sendos cuestionamientos a algunas de las respuestas emitidas por la ACMCI, con motivo del cuestionario planteado por la parte demandante y con base en ellas formula unas conclusiones, posteriormente procede a objetar el dictamen pericial allegado al proceso por **ERROR GRAVE,** por las razones que se sintetizan de la siguiente manera:

En primer lugar, sostiene que el dictamen no versa sobre el objeto para el cual fue decretado y por ende no debe tenerse en cuenta, toda vez que el mismo debía responder los interrogantes de ambas partes; no obstante, la parte actora sufragó la totalidad de los gastos derivados de la pericia y pretendió que solo se le diera respuesta a las preguntas por ella formuladas, de modo que debió entonces allegar el dictamen correspondiente junto con la demanda.

Indica que las preguntas no fueron decretadas ni autorizadas por el Juzgado, por lo tanto no deben tenerse en cuenta, lo cual pone al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas que imponen la repetición del dictamen pericial.

Manifiesta que no puede determinarse la idoneidad del perito porque el dictamen está suscrito por Guillermo Agamenón Quintero, representante legal de la ACMCI y no por el profesional que lo realizó.

Agrega como fundamento de su objeción que el dictamen no es imparcial porque el Doctor Jaime Fernández, además de ser testigo de la parte demandante, se desempeña o desempeñó como presidente del capítulo de pediatría y es miembro activo de la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo, institución que realizo el dictamen pericial discutido, por lo que se cuestiona la objetividad del perito.

Agrega que la demanda también se basa en el concepto del doctor Fernández, quien prestó sus servicios al Hospital y tuvo conflictos de carácter personal con los médicos especialistas en pediatría y el personal administrativo de la Institución al momento de su retiro.

Solicitó tener como pruebas de la objeción el auto de fecha 05 de marzo de 2014 y oficiar a la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo, con el fin de que remitiera certificación respecto a la membresía del doctor Jaime Fernández.

4.3.1.2. El apoderado de la parte actora descorrió el traslado de la objeción al dictamen (fl.1059-1063), señalando:

Adujo no ser cierto que las preguntas no fueron decretadas por el despacho, por cuanto el 28 de enero de 2016 se faculto a las partes para que aportaran el cuestionario y se conminó a la entidad demandada a pagar la parte que le correspondía por el dictamen, frente a lo cual el Hospital no se manifestó; en cuanto a las apreciaciones hechas por el Doctor Carlos Manuel Mojica Walteros, señala que no es una persona idónea para objetar el dictamen, por no ser imparcial, debido a que para la época de los hechos fue el médico tratante de la menor ANGIE PAOLA, además se citó como testigo de la parte demandada y en la actualidad labora para la ESE Hospital San Rafael.

Resalta que las preguntas contestadas por la Asociación Colombiana de Medicina Crítica están relacionada con las pretensiones, hechos y contestación de la demanda, en consecuencia son conducentes y pertinentes, y la objeción formulada no está llamada a prosperar.

4.3.1.3. Tramite de la **OBJECION AL DICTAMEN PERICIAL:**

Mediante providencia del 01 de marzo de 2017, se dispuso decretar la prueba solicitada a folio 989, ordenando oficiar a la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo, con el fin de que remitiera certificación respecto a la membresía del doctor Jaime Fernández Castro.

Con oficio del 30 de marzo de 2017, suscrito por el abogado de la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo, se dio respuesta al requerimiento en el siguiente sentido:

"el DR. JAIME FERNANDEZ CASTRO, no se encuentre registrado en nuestra base de datos como miembro activo de la asociación y tampoco ha pertenecido a la misma en los últimos años" (fl. 1078)

4.3.2. Por otro lado, fue radicado el 14 de agosto de 2017, informe pericial suscrito por el Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Meta (fl. 1089 y 1090) y por auto del 13 de septiembre siguiente, se corrió traslado a las partes por el termino de tres (3) días (fl. 1091)

5.3.1. El 20 de septiembre de 2017, el apoderado de la ESE Hospital San Rafael de Tunja presenta objeción por **ERROR GRAVE** al dictamen pericial (fl.1092-1097), por las razones que se exponen a continuación.

Sostiene que el dictamen realizado por el Instituto de Medicina Legal del Meta, suscrito por Alexander Hernández, tomó como base el peritaje rendido por la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo, para rendir el concepto que fuera solicitado, relacionado con las secuelas médico legales de la menor Angie Paola Herrera.

Manifiesta que es evidente que el perito se limitó a hacer una transcripción exacta de lo dilucidado por la ACMI para emitir el concepto relacionado con las secuelas de la menor, dando por sentado que las respuestas de la Asociación gozan de certeza.

Por ultimo indica que el informe pericial está suscrito por el señor Alexander Hernández, como Director Seccional del Instituto Nacional de Ciencias Forenses Seccional Meta, pero se desconoce su formación profesional, si cuenta con especialidad, si es especialista en neurocirugía y la experiencia con la que cuenta, por lo cual solicitó no tener en cuenta el dictamen pericial al incurrir en error grave, al no tener sustento médico para determinar las secuelas definitivas de la menor.

Para decidir considera el despacho que conforme lo ha señalado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.

Los errores o equivocaciones bien pueden consistir en que se haya tomado como objeto de observación y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer el dictamen o que se hayan cambiado las cualidades o atributos propios del objeto examinado por otros que no posee, de una forma tal que de no haberse presentado tales errores las conclusiones del dictamen hubieren sido diferentes, como ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra "en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones".

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B en providencia de veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014), señaló[3]:

> *Objeción por error grave El error grave al cual se refiere el artículo 238.4 del Código de Procedimiento Civil es aquel derivado de una observación equivocada del objeto del dictamen, lo cual ocurre cuando se estudian materias, objetos o situaciones distintos de aquellos sobre los cuales debe versar la pericia; o cuando se altera en forma ostensible la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, es decir, cuando el perito rinde su dictamen a partir de una percepción evidentemente equivocada del mismo. Ahora, de la norma procesal se infiere claramente que el presupuesto necesario para la formulación de la objeción por error grave es que éste haya sido determinante en las conclusiones del dictamen. (resaltado del dictamen)*

[3] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014) radicación número: 76001-23-31-000-2003-00002-01(ap) actor: Andrés Felipe Ramírez Gallego Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

De conformidad con lo manifestado se puede concluir que la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, más no al análisis efectuado por el perito ni a las conclusiones que plasma en el dictamen, de modo que no hay lugar a atender la objeción que por error grave formuló la entidad demandada, dado que no se constató la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas.

Cabe señalar como sustento de la negativa a aceptar la objeción formulada por la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL, que sus argumentos se centraron en discutir las preguntas que fueron absueltas por la ACMCI por considerar que no fueron decretadas, ni autorizadas y por la idoneidad del perito.

Al respecto ha de señalar el despacho que mediante providencia de 5 de marzo de 2014 (fl. 685-687), se dispuso decretar las siguientes pruebas periciales solicitadas por la parte demandante y demandada, ordenando en primer lugar enviar a la menor al Instituto Colombiano de Medicina legal y Ciencias Forenses, para:

i) La practica del reconocimiento médico legal para establecer la naturaleza de las secuelas causadas por el padecimiento neurológico.
ii) Y para que un perito experto en neurología y con fundamento en la historia clínica de la menor responda los cuestionamientos planteados por la ESE entidad demandada en el acápite correspondiente.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mediante oficio 87-2015 del 28 de agosto de 2015, indicó que dentro de la planta de personal permanente no se cuenta con especialista en Neurología, entidad que además rindió informe pericial el 30 de septiembre de 2015, en el cual indicó que se requería del análisis e interpretación de especialistas en Cuidado Intensivo Pediátrico, pero Medicina Legal no contaba con personal idóneo, razón por la cual recomendó remitir a la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo ACIM, y agregó que luego que la autoridad establezca las relaciones de causalidad entre el tratamiento médico recibido y el estado neurológico, podrían remitir a la menor para pronunciarse sobre la incapacidad y secuelas (fl. 922 vto)

De conformidad con lo expuesto en precedencia y ante la importancia de la prueba pericial para el caso concreto, se dispuso mediante providencia de 20 de enero de 2016, ordenar que por secretaria se elaborara oficio solicitando la colaboración a la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo ACIM, para que fuera practicado el dictamen pericial decretado en auto de 5 de marzo de 2014, compuesto por los interrogantes de la parte actora y la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fl. 937).

Mediante providencia del 18 de mayo de 2016 (fl. 959) se ordenó a la parte interesada el pago de los gastos del peritaje conforme oficio visible a folio 940; el 8 de junio de 2016 el apoderado de la parte actora consigno la mitad del valor del peritaje, solicitando que la entidad demandada pagara la otra mitad; el 4 de agosto del mismo año la parte actora canceló la suma faltante (fl. 967)

EL 23 de septiembre de 2016, se radicó el peritazgo dando respuesta a cuestionamientos referentes a la enfermedad desnielinización osmótica, mielinosis póntica y síndrome de enclaustramiento, así como preguntas referentes a anotaciones de la historia Clínica.

Por otro lado y conforme se dispuso en precedencia, con el oficio de fecha 30 de marzo de 2017(fl. 1078), se indicó que *el DR JAIME FERNANDEZ CASTRO, no se encuentra registrado en la base de datos como miembro activo de la asociación y tampoco ha pertenecido a la misma en los últimos años.*

De conformidad con lo expuesto resulta claro para el despacho que las objeciones no están llamadas a prosperar, por cuanto estas no versan sobre cuestionamientos enfilados a que la

pericia versara sobre un objeto distinto a lo estudiado dentro del plenario, lo cual desde luego no se configura en la pericia cuestionada, toda vez que el pronunciamiento de la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo ACIM, versa precisamente sobre el manejo que se le dio a la menor ANGIE PAOLA HERRERA en el HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, y absolvió cuestionamientos específicos sobre el tratamiento de la HIPONATREMIA, rangos adecuados para la reposición del sodio y demás situaciones de hecho que son precisamente las que enmarcan el presente litigio.

Si bien es cierto que la prueba fue decretada a petición de las partes demandante y demandada, no se puede perder de vista que el Hospital San Rafael no sufragó la parte de los gastos que le corresponden para la práctica de la prueba pericial, en franco desconocimiento de las cargas procesales que le correspondían, razón por la cual no se dio respuesta a las preguntas que la entidad formuló en la contestación de la demanda.

Sumado a lo anterior, se encuentra probado que el doctor *JAIME FERNANDEZ CASTRO* no tuvo relación con el paritazgo, toda vez que no hace parte de la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo ACIM, entidad que profirió el dictamen pericial, de modo que tampoco es válido el cuestionamiento de la entidad demandada orientado a cuestionar la objetividad e imparcialidad de la entidad encargada de rendir la pericia.

Ahora bien en cuanto la objeción del dictamen emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, observa el despacho que para emitir su concepto no solo tuvo en cuenta el dictamen pericial de la Asociación Colombiana de Medicina Critica, sino también la copia de las historias clínicas como puede observarse a folio 1089, en donde Medicina Legal deja constancia de los soportes utilizados como fundamento del dictamen.

En cuanto a la idoneidad del perito, debe aclarar el despacho que no se requería de un especialista en neurología para valorar las secuelas derivadas del padecimiento neurológico, que fue el objeto por el cual se decretó el dictamen pericial; dicho esto y dado que la declaración del Instituto de Medicina Legal se predica de los efectos de la lesión y no de la antijuridicidad del daño y su génesis, el Despacho examinará la manifestación y las demás pruebas asociadas a los perjuicios, solo siempre y cuando se considere que existe mérito para disponer las indemnizaciones pretendidas.

Por las razones antes expuestas, el despacho resuelve de manera desfavorable las objeciones por error grave formuladas por la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL, en contra de los dictámenes periciales rendidos en el proceso.

5.4. **Régimen de responsabilidad y título jurídico de imputación.**

Frente al régimen de responsabilidad por falla del servicio hospitalario, la Jurisprudencia ha diferenciado dos eventos: la falla en el funcionamiento del servicio médico y el acto médico o quirúrgico propiamente dicho. Sobre el particular el Consejo de Estado[4] sostiene lo siguiente:

> *"...Dejar caer al recién nacido y encontrarse bajo llave el equipo de entubación cuando se necesitó para salvar la vida del infante Rulber Caicedo, constituyen respectivamente hechos que denotan impericia e imprevisión en la prestación del servicio, que funcionó defectuosamente, y se erige como causa del desenlace fatal.* ***Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad.*** *Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales*

[4]Consejo de Estado, sentencia de 11 de noviembre de 1999, expediente 12.165, C.P. Dr JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS.

hechos como el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuencialmente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave. ..." – Destaca el Juzgado –

Con base en este pronunciamiento, es notable que el ámbito del servicio médico asistencial en salud, comprende dos aspectos distintos, de una parte, la organización administrativa, técnica u operativa de la institución encargada de prestar el servicio y de otra, el ámbito del acto médico o quirúrgico propiamente dicho.

En el caso que se estudia, **la responsabilidad se atribuye** más que a un defecto de la parte operativa o administrativa de las entidades demandadas, **a la oportunidad, idoneidad y eficacia del procedimiento medico** practicado a la menor ANGI PAOLA HERRERA, toda vez que a juicio de la demandante se variaron rápida y bruscamente los niveles de sodio en su organismo, lo cual sería la causa de la enfermedad de la menor, denominada *Desmielinización Osmótica o mielinosis Póntica* y que produce perturbación funcional del órgano nervioso central.

B La responsabilidad por el acto médico y quirúrgico, que implica la práctica de la ciencia médica (lex artis) en diferentes estadios como el diagnóstico, valoración, manejo, tratamiento, prescripción, intervención y todos aquellos aspectos que deban tener lugar directamente o con incidencia en la salud del paciente, ha sido abordada desde variados enfoques, predominantemente desde la óptica de la falla del servicio, no obstante, con marcadas diferencias en lo que concierne a la carga probatoria, como procede a explicarse.

El Consejo de Estado señaló frente a la evolución del régimen de responsabilidad, en sentencia de marzo de 2001[5], lo siguiente:

*"... **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. **Posteriormente**, en sentencia de octubre 24 de 1990, la Sala 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 de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, **fue reiterada** en decisión del 30 de junio de 1992, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales, dado su "conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta", de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos. Es de resaltar que la presunción que en esas providencias adoptó la Sala, no es excepcional. En el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas el 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios se dispone que "la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios. Esta inversión de la carga de la prueba parte también en la comunidad europea de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de las informaciones y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa. **Más recientemente**, la Sala ha considerado que **la presunción de falla** en los casos de responsabilidad médica se deriva de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas y por lo tanto, dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia..."*

(...)

"... El tema de la prueba de la falla médica y de la relación causal es de gran controversia jurisprudencial, también en los eventos de responsabilidad contractual o extracontractual de los médicos o instituciones particulares. En reciente decisión, la Corte Suprema de Justicia al resolver

[5] Sección Tercera, C.P. Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, sentencia de **22 de marzo de 2001**, expediente: 13166

sobre una demanda de casación, luego de hacer un recuento histórico de las decisiones que al respecto ha adoptado esa Corporación, consideró que la carga de ***la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado corresponde al demandante y descartó la aplicación de la presunción de culpa en contra del profesional, por considerar que el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no debe ser asumido por éste, en razón de "los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológicamente y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina"****. En la misma decisión, al tratar el tema de la prueba de los elementos de la responsabilidad contractual médica,* ***aceptó la Corte el principio de la carga dinámica****. En síntesis, puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación del principio de la carga dinámica de las pruebas o bien a través de una inversión de la carga de las mismas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico pueda tener acceso a la información. De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad de su existencia. En todo caso, para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe acreditar la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla; así como el daño sufrido por esa causa. – se destaca-*

Posteriormente, el Consejo de Estado determinó retornar al régimen de **falla probada del servicio** a través de sentencia de 31 de agosto de 2006, con ponencia de la Consejera, Doctora RUTH ESTELLA CORREA PALACIO, expediente 15.772, en la cual se plantearon las siguientes consideraciones:

"...Por tratarse de la imputación del daño a una falla médica, considera la Sala procedente realizar, previo a la decisión del caso concreto, una breve exposición de la jurisprudencia actual sobre el régimen de responsabilidad bajo el cual debe examinarse, en particular para establecer cuáles eran las cargas probatorias de las partes.
(...)

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:

(...)
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.
(...)
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 alea 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 éste se materializa.

(…)

La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes. En materia de la prueba de la existencia de fallas en la prestación del servicio, valga señalar el valor de las reglas de la experiencia, como aquella que señala que en condiciones normales un daño sólo puede explicarse por actuaciones negligentes, como el olvido de objetos en el cuerpo del paciente[6][6], daños a partes del cuerpo del paciente cercanas al área de tratamiento, quemaduras con rayos infrarrojos, rotura de un diente al paciente anestesiado, fractura de mandíbula durante la extracción de un diente, lesión de un nervio durante la aplicación de una inyección hipodérmica[7][7].

***El volver a la exigencia de la prueba de la falla del servicio, como regla general, no debe llamar a desaliento y considerarse una actitud retrograda**. Si se observan los casos concretos, se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones en la generalidad, sino en todos los casos, ha estado fundada en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes…." - se destaca-*

Esta posición ha sido reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de **26 de marzo de 2008**[8], posteriormente en providencia de **28 de abril de 2011**[9], e incluso de forma más reciente, en sentencia de **7 de diciembre de 2016**, se indicó por el Consejo de Estado, con ponencia de la Doctora MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO:

*"En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la **falla probada del servicio**, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v. gr. la prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume[10].- se destaca-*

---

[6][6] Lo que la doctrina denomina como óblito quirúgico y que considera que en la generalidad de los casos sólo puede explicarse por negligencia del médico o su equipo.

[7][7]Ejemplos citados por RICARDO LUIS LORENZETTI. Ob.cit, pág.222.

[8] Sección Tercera, C.p. Dra RUTH STELLA CORREA PALACIO, **sentencia de 26 de marzo de 2008**, expediente: (15725): "…En relación con los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado por el acto médico, la jurisprudencia de la Corporación ha acogido de manera sucesiva diferentes reglas, con el fin de hallar un punto de equilibrio en un tema que resulta de gran complejidad. Así se ha pasado por: (i) exigir al actor la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, porque la obligación es de medio; (ii) presumir la falla del servicio médico, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil; (iii) presumir la falla del servicio médico, por considerar que las entidades se hallaban en mayor posibilidad de explicar y demostrar el tratamiento que aplicaron al paciente, dado su "conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta", y (iv) distribuir las cargas probatorias en cada caso concreto, luego de establecer cuál de las partes tenía mejores posibilidades de su aporte. […] **No obstante, la Sala de manera reciente, ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica corresponde a la parte demandante acreditar todos los elementos que la configuran, para lo cual resultan admisibles 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.** (…) De igual manera, en cuanto a la prueba del vínculo causal, se acogió en una época el criterio de que cuando resultara imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía conformarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducían a 'un grado suficiente de probabilidad'", que permita tenerlo por establecido. (…) Con posterioridad se precisó que la exigencia de "un grado suficiente de probabilidad", no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar responsabilidad a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios. (…)… En consecuencia, como se viene exponiendo, para deducir la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos cuando medie una intervención médica, la víctima del daño que pretenda la reparación **correrá con la carga de demostrar la falla en la atención y que esa falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto médico y (iii) el nexo causal.** La demostración de esos elementos podrá lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos…" – Destaca el Juzgado -

[9] Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Doctor DANILO ROJAS BETANCOURTH, sentencia de 28 de abril de 2011, expediente: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963): " La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es **la falla probada** del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.." – Negrilla fuera de texto-

[10] Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00434-01(34216)

No hay duda entonces que el caso que se analiza debe examinarse a la luz del **régimen subjetivo de responsabilidad,** con título de imputación por falla probada del servicio.

5.5. Las pruebas del proceso

En este capítulo destacará el Juzgado algunos de los medios de prueba más trascendentes para analizar la existencia de la falla del servicio enrostrada al HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA E.S.E.

En el ejercicio anunciado, el Despacho encuentra necesario para una mejor comprensión y valoración de la prueba existente principalmente técnico-científica, iniciar por la declaración del profesional médico que ha rendido testimonio o concepto en esta causa, lo cual servirá además de contextualización para comprender las anotaciones de Historia Clínica que se transcribirán y sobre las cuales se efectuarán las valoraciones correspondientes al abordar el caso concreto, momento en el cual se hará uso de los demás medios de prueba pertinentes para establecer si en el *sub-lite* hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado.

5.5.1. Declaración del Médico **CARLOS MANUEL MOJICA WALTEROS,** pediatra e intensivista pediatra de la Universidad del Rosario (fl. 899), quien trabaja actualmente en el Hospital San Rafael y fue convocado al proceso en calidad de testigo de la parte demandada, atendió a la paciente en el post- operatorio en la unidad de cuidados intensivos. En su declaración, luego de sustentar una presentación a nivel teórico acerca de la patología de la paciente, se refirió de manera concreta al diagnóstico y tratamiento que se le brindó (Min 8 a Min 14:14) de la siguiente manera:

VI.

> *"La paciente cuando llegó tenía una clínica de hipertensión endocraneana secundaria a un tumor y estaba presentando síntomas y signos al examen clínico, lo cual nos hace ver que el tumor ya estaba un tamaño lo suficientemente considerable para llegar a producir toda esa cantidad de síntomas, inclusive los artículos dicen que cuando se presenta en un paciente con tumor, "distacmus" es decir los movimientos de los ojos, generalmente ya está infiltrado el tallo, el cual es la conexión entre el cerebro, cerebelo y el puente, para seguir las ordenes que vienen del cerebelo, del cerebro y van para las extremidades o para el resto de órganos (min 16:50-18:00)*
>
> *El resultado por patología Se encontró que la paciente tenía un epéndimoma constituye el 6% de los gliomas es decir un especie de tumores en los niños el 70%, de los intracraneales está localizado en la fosa posterior y de esto la mitad se origina en el piso del cuarto ventrículo, secundario a esto era la manifestación del vómito, histológicamente constituye a un grado 2 de malignidad, sin embargo ha que aclarar que en los epindimomas el grado de malignidad no va directamente relacionado con el pronóstico y eso se estableció en la literatura internacional (...) (min 19:50 a 22:00)*
>
> *El juez solicita al testigo se centre en la atención realizada a la paciente (26:22)*
>
> *La paciente presento en el posoperatorio en la UCI alteraciones del sodio, las alteraciones del sodio son de las más frecuentes de todos los pacientes hospitalizados, nos empezó a presentar clínica de un síndrome cerebro perdedor de sal, ante lo cual se le inició las medidas de protección y posteriormente presento en dos días existió un descenso del sodio, los cuales se corrigieron bajo las normas que en ese momento estaban en la literatura, posterior a eso la paciente se logró extubar hacia el día cuarto la paciente escuchaba y comprendía órdenes verbales, se le retiro la ventilación mecánica, y posteriormente la paciente empieza a presentar clínica de infección. es decir fiebre aunado a otra vez compromiso del sistema nervioso central, es decir somnolienta por lo cual se tomó un TAC cerebral de control nos muestra que había una imagen que sugería la presencia de un absceso, es esperado dentro de la cirugía que se pueda infectar el sitio quirúrgico, por lo cual el neurocirujano de ese momento decidió que lo mejor para la paciente teniendo un absceso y probablemente una recidiva se entró a realizar una cirugía, en esa cirugía como consta durante la parte inicial la paciente tuvo un evento de hipoxia, (...) después de eso la paciente salió de sala de cirugía, la trasladaron a la UCI seguimos manejo pero la paciente no despertaba, no tenía contacto con el medio y se consideró que la resección fue una resección ampliada, es decir se llevan no solo el tumor sino que resecan parte del tejido que esta alrededor, para poder tratar de sacar la mayor parte del tumor y esa es una de las cosas importantes uno de los factores que más incide en el pronóstico puede ser la no resección en la primera cirugía completa y al hacer una resección*

ampliada para tratar de brindar un mejor pronóstico, las lesiones seculares pueden ser todas las que teníamos en la historia clínica. (...) Posteriormente se remitió a oncología (min 27:15 a 30:10)

***Pregunta** apoderada de la ESE Hospital San Rafael cual es la patología de base de la menor*

***Contestó** (min 31:15 a 32:05) Es un ependimoma con unos criterios de alto riesgo como que en la primera cirugía no se haga la resección completa que fue lo que paso, que la paciente sea menor de 5 años y que tenga recaídas; es uno de los tumores en cuarta frecuencia, pero por su localización y dificultad para acceder tiene el riesgo de comportarse más agresivamente, ese tumor causa mucha sintomatología como la que ya dije y con la cual la paciente llegó a la unidad.*

***Pregunta** apoderada de la ESE Hospital San Rafael: El estado que presentó después de la atención recibida en el hospital era el esperado en el pos operatorio?*

***Contestó** (min 32:41 a 37:07) Primero la alteración de los movimientos, las convulsiones son lo esperado para un pos operatorio eso lo constata una descripción hecha por la neuropediatra en la Clínica 104 la cual en su tercer día de valoración, dice que las convulsiones son normales para un paciente que tenga el tumor en la fosa posterior con o sin cirugía; tengo artículos en los cuales dice que hay una complicación posterior a la cirugía, que pocas veces se les explica a los papas y que se llama mutismo cerebeloso, el cual cursa con todas las alteraciones que la paciente presenta. o presentaba (...) La otra importante es el evento de hipoxia a la que estuvo sometida en la segunda cirugía, que tiene dos riesgos la resección ampliada y la hipoxia que pueden dejar mayores secuelas (la paciente duro 20 minutos con una saturación entre 60 a 75% lo cual puede ser la causa, máxime si las imágenes de la resonancia, los radiólogos colocan como primer diagnóstico un evento hipoxico, porque la localización de las lesiones, no son las que normalmente aparecen en un síndrome de desmilinización. Ahora bien el hecho que se haga una corrección de sodio no implica necesariamente que se produzca una lesión, porque también están todos los artículos donde se hace la corrección y no se produce la lesión, el mutismo cerebeloso ocurre entre el 11 % y el 29 % de los pacientes sometidos a cirugía de fosa posterior y es mucho más frecuente en los niños; entonces la situación posterior a la cirugía pudo ser por la patología de base, porque incluso las ultimas guías de tumores cerebrales dicen que la evolución de los pacientes dentro de su misma patología pueden dar necesidad de salir con traqueotomía y gastrostomía que fue lo que la niña requirió en la clínica 104.*

(Min 38:35 a 38:58) Las alteraciones del sodio son las más frecuentes que se pue4den presentar en todos los pacientes hospitalizados (...) no hay un nexo causal entre la corrección del sodio y la lesión, primero imaginológicamente no es la misma lesión, segundo hay otras causas, como ya les dije la misma cirugía, la patología, la hipoisquemia, que pueden llevar a las mismas manifestaciones clínicas que tenía la paciente, la misma lesión a nivel de resonancia.

Se le puso en conocimiento folio 81 a 83 y 99 a 124 de la historia de la unidad de cuidados pediátricos y folio 108 de la historia clínica de Saludcoop 104

***Pregunta:** indique si los siguientes términos hablan de la misma enfermedad, diesmininizacion osmótica, mielonilisis póntica y síndrome de enclaustramiento y explique en qué consisten*

***Contestó** 46:01 no son los mismos términos. El síndrome, la enfermedad de desmielinizacion osmótica, es una enfermedad por la cual por los cambios en la osmolaridad de la células se produce una lesión de ellas, la lesión es por cambio de la cantidad de agua que tiene dentro de ellas y pueden haber muchos factores que la causan el más conocido es el sodio, sin embargo todos los artículos hablan de que hay otras circunstancias que pueden hacer la misma desmielinización, y que inclusive a pacientes que se les ha corregido el sodio de manera rápida no todos presentan la lesión y a los que se le corrige de manera lenta la pueden llegar a presentar, por sustancias como la urea.*

Milienolisis póntica es la mielinizacion ocurrida en la región de la protuberancia y el síndrome de enclaustramiento es una patología que cobija varios signos y síntomas, los cuales nos hablan a favor de una lesión a nivel de la región del puente y del cerebelo, luego cualquier lesión que ocurra allí de inflamación tumoral o cualquier tipo de lesión lo puede dar.

***Pregunta 3** (min 49:07) Sírvase indicarle al despacho si cuando afirma usted en la epicrisis de fecha 3 de diciembre de 2010 a las 11 am "Solución Salina al 3%" se trata de una solución hipertónica?*

***Contestó** (49:24) si señor es como se manejan las hiponatremias, corrigiendo con solución salina hipertónica en algunos casos.*

***Preguntó.** si en estas anotaciones de enfermería siempre se registra aplicación de solución hipertónica?*

***Contestó:** si se aplicó? si claro.*

***Pregunto:** En la contestación de la demanda, hecho 4, se señaló después de alcanzar niveles de sodio de 116 miliequivalentes se realizó reposición con solución salina normal folio 489. Eso es cierto?*

***Contesto**: En la parte reverso dice que le coloca solución salina al 0.9% que es la solución salina normal. Estaba recibiendo hipertónica en solución continua y se le colocó solución salina normal. (54;40)*

***Pregunto:** Indique al despacho, si de 116 miliequivalentes del 13 de diciembre de 2010 a las 11:00 am paso a 132 miliquivalente del mismo día a las 3:20 pm a qué velocidad se repuso por hora?*

No solo depende de la velocidad para el control de sodio con la que se repone depende de la respuesta.

Usted me está endilgando alguna responsabilidad

Con el bolo de solución salina que se le coloco se aceptaría que aumentaría de 3 a 4 miliequivalentes, pero aumento 4 miliequivalentes la paciente respondió de otra forma a pesar que se le coloco solución salina normal.

4.5.1. Testimonio del Doctor Alejandro Blanco Rojas. Médico radiólogo de Mediagnóstica

" (Min 1:20 Se le ponen de presente al testigo Registros clínicos y la resonancia que se le hizo a la paciente.

***Pregunta:** Siendo usted radiólogo sírvase manifestarle al despacho si los hallazgos pueden corresponder a desmielinización osmótica?*

***Contesto:** Si puede ser es uno de los diagnósticos iniciales que se plantearon, esta el síndrome de desmielinización osmótica como una de las posibilidades*

***Pregunta:** Nos puede indicar de que se trata la desmielinizacion osmótica*

***Contesto:** está relacionado con alteración en la osmolaridad de la sangre o del suero que está circulando cuando hay esos cambios bruscos en la osmolaridad que es como la presión o el grado de concentración que tiene la sangre con los elementos químicos que hay en la sangre*

***Pregunta:** aclárele al despacho concentración en qué?*

***Contesto:** Pues el más frecuente o con el que más está relacionado es con el sodio, niveles de concentración en sodio en el suero, en la sangre, es la causa más frecuente.*

***Pregunta:** Doctor indíquele al despacho si una de las causas de la desmielinizacion osmótica es la reposición rápida del sodio?*

***Contestó:** sí es una de las causas que yo recuerdo de las clases de medicina general, cuando hay cambios rápidos de sodio.(...) hay planteadas otras posibilidades diagnosticas, no se puede establecer que esa fue la causa en este caso (1:49)*

Testimonio del Doctor **JORGE ENRIQUE HERNÁNDEZ DE CASTRO,** médico neurocirujano (fl. 904) quien trabaja en el Hospital San Rafael de Tunja durante los últimos 18 años:

*"(Min 5:48 **Preguntó apoderada del Hospital**: Cual era el estado neurológico de la paciente cuando ingreso al hospital San Rafael?*

Contestó: *Yo recibí a la niña en urgencias de Saludcoop, se le iniciaron los estudios tomó las resonancias, se evidenció que tenía un tumor en fosa posterior, la sintomatología con que ingresó la niña es un claro síndrome cerebeloso, caracterizado por que el cerebelo es el encargado de coordinar toda la actividad motora del organismo, entonces ingreso la niña con trastornos de la marcha y con una marcha taxica, es decir camina como si fueran borrachitos, para un lado o para el otro lado, con el tono muscular disminuido, disminuido los reflejos, un lenguaje escandido, que quiere decir que es un lenguaje arrastrado arrastra las palabras, el paciente padece vértigo, tiene la sensación subjetiva que todo está girando alrededor suyo, a nivel de los músculos oculares, presenta una serie de movimientos horizontales o verticales seguidos, que son indicación del vértigo, se remitió a hospital de cuarto nivel, siendo aceptada en el Hospital San Rafael" (8: 02- 9:20)*

Preguntó apoderada del Hospital: *Según su conocimiento cual es el pronóstico de vida o la gravedad de esta patología inicial que tenía la menor?*

Contestó: (...) *Desafortunadamente los ependimomas, son de los más malignos solo hay dos tumores malignos en los niños uno el ependimoma y hay otro más agresivo que es el medulo blastoma, ella padecía de un ependidoma naplasico, la sobrevida_a los 5 años no es ni siquiera del 5%, con cirugía, con radioterapia, con quimioterapia, sin cirugía, sin radioterapia, sin quimioterapia, la sobrevida es a 3 meses, uno por la malignidad del tumor y por la localización.*

Preguntó apoderada del Hospital: *que condiciones de salud pueden presentarse en un posoperatorio de las cirugías que se le hicieron a la menor?*

Contestó:*MIN10:01* ***(...)*** *El posoperatorio en este tipo de tumores, los pacientes están muy inestables, es muy tórpido porque desafortunadamente el tumor queda en un área del cráneo que se llama fosa posterior,en la fosa posterior queda el cerebelo que coordina el área motora, el cuarto ventrículo que circula todo el líquido que produce a nivel cerebral que se llama líquido cefalorraquídeo y el tumor al crecer comprime y tapa este cuarto ventrículo y produce otra patología que se llama hidrocefalia y por delante se encuentra el tallo cerebral está constituido por 3 estructuras (...) el bulbo es la estructura por donde toda la información que toma el cuerpo y que la lleva hacia el cerebro pasar por ahí (...) es como yo le explico a los pacientes es el alma, es la estructura más importante que tenemos a nivel de todo el sistema cerebral , (...) desafortunadamente estos tumores son invasivos (...) el éxito depende de la extracción del tumor, entre más tumor pueda usted retirar tendrá mejor pronóstico en un futuro , eso es el 50% de la cirugía el otro 50% es la radioterapia y la quimioterapia (...)*

Pregunto apoderado demandante: *Sírvase manifestar al despacho si usted actualmente trabaja para el Hospital San Rafael?*

Contestó: *Si señor en este momento si tengo contrato con el hospital San Rafael.*

(...)

Pregunto apoderado demandante: *teniendo en cuenta la respuesta que usted señala entonces, Sírvase manifestar al despacho, como usted recibe a la niña en cuanto al estado neurológico para la segunda cirugía.*

Contestó: *una afectación de los ganglios basales que se afecte tanto el núcleo caudado como el putamen tiene varias explicaciones, uno puede ser implantes tumorales que se estén presentando a ese nivel, dos puede ser que la hipertensión endocraneal, es decir la hidrocefalia que nosotros estábamos sospechando produzca lesión ¿por qué?, porque la pared lateral de la asta o del cuerno frontal del ventrículo lateral está conformado por el núcleo caudado entonces cuando aumentan de tamaño estos ventrículos, esa es una de las primeras estructuras lesionadas, y para que nos entendamos pegado ósea al lado inmediatamente al lateral al núcleo caudado se encuentran el resto de los ganglios basales que son el globo pando y el putamen, este putamen también se puede ver afectado por contigüidad, por el aumento de la presión intracraneal, ese puede ser el segundo factor,* ***el otro factor es que el paciente haya presentado un proceso de desmielinización y ese proceso de desmielinización pues se va a ver reflejado tanto en la tomografía como en la resonancia.***

Pregunto apoderado demandante: *Dr Hernández según lo expuesto por usted en varias respuestas menciona que las secuelas de un tumor pueden ser temblor, falta de coordinación motora, vértigo, pero contrario a eso, los doctores Iván Boadilla, Ricardo Censales y Felipe Torres de acuerdo a la HC de fecha 27 de enero del 2011, de la clínica Saludcoop 104, señalan lo siguiente: "su estado actual no se deriva de su estado oncológico o tumoral ependimoma WHO2 parcialmente resecado por infiltración a tallo"*

de igual forma a renglón seguido señala "dado que el estado actual no es derivado de su lesión tumoral en fosa posterior sino por complicaciones neurológicas postoperatorias" De acuerdo a lo anterior Sírvase manifestar al Despacho si utd de acuerdo con este diagnóstico que hacen los médicos antes enunciados

Contesto: *No estoy de acuerdo con ese diagnóstico, no los conozco, no sé donde trabajan, no sé qué especialidad tendrán, me gustaría saberlo pero las secuelas neurológicas que quedan que, creo que tenemos que hacer una aclaración aquí que es importante para que no quede en mal ambiente porque se está suponiendo que las secuelas neurológicas del paciente o de la paciente son por la cirugía, las secuelas neurológicas no son por la cirugía, la secuelas neurológicas son propias de crecimiento tumoral y del tumor que es m uy maligno, (...) el concepto que dieron estos doctores hay una nota de una neuropediatra que deja en claro que la sintomatología que presenta la niña al ingreso de esa clínica es un síndrome cerebeloso secundario a la lesión tumoral (min 29:58)*

Pregunto apoderado demandante *(Min 34:40) En una respuesta anterior Dr. Hernández, sumerce señalaba sobre el tema de la desmelinización osmótica, nos puede indicar de que se trata esta enfermedad o esta patología*

Contesto: *(Min 34:44) La desmielinización osmótica pontina central es una alteración, para ser más ejemplificante todos los axones, es decir todos los nervios que tenemos tanto periférico como el sistema nervioso central se comportan como un cable de luz, es decir por dentro va el cobre y por fuera va el recubrimiento de caucho, los nervios son exactamente igual su interior va el axón y por fuera va un recubrimiento, no de caucho sino una sustancia que se llama mielina, cuando se pierde esa mielina, se desmielinizan quedan los axones uno en contacto con otro, y podríamos decirlo, para hacer el ejemplo hay un corto circuito porque no tienen el recubrimiento total. La desmielinizacion pontina, se trata de un procedimiento cuando un paciente por cualquier tipo de patología, no solo patología central, también en pacientes con cirrosis hepática en pacientes con cáncer de otro tipo, se le baja su sodio en sangre, por debajo de niveles de 125 -120 mileosmoles centrimero por mililitro y al hacer la reposición de este sodio se hace una reposición que se recomienda que se haga siempre por encima de 12 horas esta reposición y cuando se hace por menos de 12 horas, puede existir la posibilidad de que se pierda esa mielina específicamente es esa estructura que es el puente que es la parte media del tallo cerebral por donde baja toda la información del sistema nervioso central del centro a la periferia y por donde ingresa toda la información que va por la periferia al centro, entonces los pacientes que presentan, un paciente que hace una desmielinolización pontina central, queda cuadripléjico, es decir no puede movilizar los brazos, ni movilizar las piernas, queda con otro síndrome que se llama seudo bulbar quiere decir que el paciente no puede deglutir, no puede hablar, porque queda con disfagia y queda con afonía o disfonía sin poder expresar sus gestos y además de eso presenta alteraciones de otros nervios craneales como alteraciones de los nervios craneales oculomotores, ósea los que se encargan de movilizar los ojos tanto arriba, hacia abajo como hacia los lados e incluso algunos pacientes han quedado con otro síndrome que se llama un síndrome de luck ing, ósea un síndrome de enclaustramiento o encerramiento, lo único que puede el paciente es mover los parpados con una integridad completa de los hemisferios cerebrales, ósea están conscientes, pueden pensar, pueden entender todo, pero no pueden moverse, ni pueden expresar.*

La mortalidad de una mielinolisis pontina puede ser de un 99 %. Todos los pacientes que presentan mielinolisis póntina están muertos, no se salva ninguno todos se mueren sin excepción alguna.

Pregunto apoderado demandante *sírvase manifestar al Despacho si la desmielinización osmótica o la mielinolisis póntina son términos similares*

Contesto: Es lo mismo, mielinolisis hace referencia a la palabra lisis refiere a destrucción de la mielina y desmielinización es su sinónimo pierde la mielina, son exactamente sinónimos pero el término médico que siempre se ha utilizado es mielinolisis póntina

Pregunto apoderado demandante: *Sírvase manifestar al despacho si está dentro de su experticia, cuáles son los protocolos recomendables para reponer sodio en una menor en el caso de Angie Paola Herrera.*

Contestó: *(min 41:16) el manejo de reponer un paciente que tiene una hiponatremia, tanto en los adultos como en los niños es el mismo, hay unas formulas establecidas, no se le coloca la cantidad de sodio a ojímetro, hay unas formulas establecidas que nos dice*

qué cantidad de sodio debemos colocarle al paciente y qué cantidad de agua, eso siempre se reparte en 12, es decir, la mitad se aplica al paciente en las primeras 12 horas y la otra mitad en las siguientes doce horas de modo que logremos una reposición, muy aproximada a niveles normales en 24 horas, lo que está descrito en los libros es que si usted esa reposición la hace en 12, lo que debe hacer en 24, el paciente, no todos porque lo que esta descrito en la literatura es que es un 0.45 % al 3.20% que realizan una desmielinización póntica, es decir de cada 100 pacientes que se les hace una reposición de sodio muy rápido solamente un 3% a un 1% hacen una milineolisis póntica (42:36).

El testigo agregó a mi me gustaría decir que este no es el primer niño que operamos en el San Rafael de Ependimomas, la historia natural de esta enfermedad es terrible,(...) ver como el niño a pesar de que se opera, a pesar de que se trabaja en la Unidad de Cuidados Intensivos el deterioro es progresivo, luego de que salen de todo este trauma quirúrgico, los 10, 12, 15 días que dura un niño en una UCI es traumático, está con un tubo en la boca, esta con una sonda nasogástrica, una sonda vesical, no se puede esperar que la evolución de una cirugía mayor y el manejo del cuidado intensivo es de alto turmequé, para pensar que no se le prestó una atención adecuada, porque según tengo entendido recuperó en una forma espectacular, obviamente después de la radioterapia, ahora cuando le vuelva a aparecer el tumor a quien le van a echar la culpa.

Testigo: Álvaro Suarez Chaparro: (fl. 902)

" (min 17:50) En general estas son las consecuencia inestabilidad, dificultad para los movimientos finos, movimientos gruesos y si el tumor sigue creciendo, se dará una situación que es la hipertensión endocraneana que pone en riesgo la vida del paciente.

Pregunta apoderada del Hospital (min 18:08) Puede comentarnos si las alteraciones de sodio, que le sucede a la paciente pueden ser la que generan el estado del posoperatorio:

Cuando yo opere a la paciente, en los días posteriores, quedo de turno un profesional otro neurocirujano que tenía el deber de hacer el seguimiento, y vigilar el pos operatorio parece que en esos mismos días la niña se deterioró (...) parece que en esos mismos días se produjo un trastorno de tipo metabólico en los cuales, el sodio descendió a niveles importantes lo cual requería la restitución de ese electrolito, cuando la restitución del sodio se hace en forma gradual no va a pasar nada, el paciente se recupera restituye sus funciones que le hayan quedado alteradas por una baja alteración de sodio, entonces el paciente se va a recuperar bien, el problema es cuando la restitución del sodio se hace muy rápido, entonces se presenta un problema en el tallo cerebral que se llama mielonilisis póntica central, que incluye una lesión de las funciones del tallo cerebral, con especial compromiso del nivel de conciencia y un compromiso de todos los núcleos o grupos de neuronas que dan origen a los nervios craneales que se encargan de distintas funciones, funciones de movimiento de los ojos, funciones de movimientos de la faringe, del corazón etc, son muchas las funciones que están en esa zona; entonces puede darse una situación tan grave que el paciente corre riesgo para su vida, existe secundariamente una alta mortalidad por esta razón, los pacientes que llegaran a sobrevivir pueden quedar con secuelas de distinta índole dependiendo de las áreas del tallo cerebral que hayan quedado más comprometidas por esta circunstancia (21:27)

Testigo: Yasmin Sánchez Gómez (min 1:04:00 fl. 902) Testigo Técnico

En un paciente que ha tenido una cirugía del cerebro hay varias secuelas y puedan ser variables, (..) la paciente cuando yo la valoré tenía la taxia o dificultad para la marcha, la alteración del lenguaje, el distacmus, movimiento descoordinados de los ojos , hallazgos esperados de una cirugía de ese nivel. (1:17:42)

Declaración Martha Lucia Soler Caballero (*MIN 55:50) (Madre de Angie Paola,) fl. 904*

El Juez señala que el objeto depondrá sobre las condiciones en que se encuentra la menor, las dificultades que han tenido que afrontar para atender a la menor.

"Yo dure más de 3 meses llevando a la niña a control (...) (min 56:32) la niña termina el procedimiento, yo le hablo y ella me entendió, salió entubada, pero al escuchar mi vos empezó a llorar a gemir estaba despierta, muy bien a pesar de todo la suben a cuidados

intensivos, me explican los médicos que deben inducirla a coma o tenerla 72 horas dormida para que se estuviera quietica, cuando despierta del coma ella evoluciona muy bien, yo encontraba a la niña moviendo sus piernitas, sus bracitos, la lográbamos sentar, le llevamos el portátil le poníamos películas interactuábamos con ellas por señales, cuando le quitaron el tuvo, ya nos comunicábamos verbalmente eso debe estar plasmado en la historia porque yo lo vi así (...) (1:06:00)

La testigo a continuaciòn hizo referencia a la conversación que sostuvo con el Dr. Jaime Fernández, en estos términos:

(...) estaba en la visita de la niña y entra el intensivista del momento y se presentó señalando yo soy Jaime Fernández, soy egresado de Harvard, profesor de 2 Universidades, trabajo como director de la uci pediátrica de la Clínica Cardio Infantil; trabajo aquí como intensivista mucho gusto nos saludamos bien y preguntó papas coménteme porque su hija está así?, ya llevábamos cuatro días del traslado, nosotros le dijimos doctor nos dicen en el Hospital San Rafael que la niña estaba así porque el tumor había vuelto a crecer, tenía infiltración en tallo y había perdido toda la movilidad, pero no entendemos, porque los resultados de radiología no arrojaban eso. (...) yo estudie la historia clínica que ustedes me traen de allá y encontré algo muy delicado, tu hija si tiene un residuo de tumor pero en este momento no le está afectando parada nada, mira tu hija tuvo unas bajas de sodio ellos nos explicaron con la historia clínica, tuvo una hiponatremia y se la corrigieron demasiado rápido, en cuatro horas y media le dosificaron eso se lo corrigieron, eso le causo una enfermedad una milineolisis póntica central, nos explicó los síntomas, hay me entero yo que mi hija estaba cuadripléjica, una desnutrición crónica, pérdida de la memoria y daños en el cutáneo, en el puntano nudo basales que no tiene que ver con la cirugía del tumor cerebral o la cirugía del tumos cerebral (...), el 90% de los pacientes mueren tu hija sobrevivió pero una melionilisis deja secuelas y no sabemos hasta cuándo o hasta donde su hija se vaya a recuperar, pero sobrevivió, el me comentaba que las células que se dañaron no se regeneran, pero quizás con el tiempo las células buenas hacen la labor de las otras y puede conllevar a que haya una mejoría no en su totalidad pero ha sido muy difícil, finalmente él nos dio ánimo y moral para seguir adelante (1:09:15) (...) al año de haberla operado nosotros estuvimos en controles con radioterapia y con neurocirujano donde se tomaban resonancias y durante ese año no presentó ningún crecimiento tumoral, al año mostro un pequeño crecimiento donde el siguiente tratamiento con radioterapia se inició en diciembre de 2011 y termino el 4 de enero de 2012 con 28 sesiones donde ha sido satisfactoria; hasta el momento seguimos en controles en el Instituto Roswell, yo me traslade a la ciudad de Villavicencio, el clima le sentó bien (min 1:11:16)".

Pregunto el despacho: *que dificultades ha tenido que vivir para el tratamiento, todas las dificultades con la salud de Angie Paola (min 1:12:23)*

Contesto: *Yo tenía mi casa vivía en ciudadela sol de oriente hace 4 años y medio, tenia mi restaurante yo trabajaba en mi negocito ayudando al hogar, pero a raíz de esos 5 meses fuera en esa época no pude seguir trabajando, mi esposo también estuvo sin trajano, ha sido tiempos difíciles, nos tocó vender las cosas para poder sostenernos en ese momento, ha sido someternos a un encierro, no podemos participar de labores sociales, si nos invitaron a un cumpleaños ha sido muy difícil el traslado con ella por las condiciones, quizás ir a un parque a jugar con ella, ni ir a compartir como familia, nos cambió la vida totalmente, no puedo trabajar, hoy para estar acá me toco pagarle a una persona para que este pendiente, a mi hija mayorcita le toca no ir a clase para poder a ayudar, yo vivo pendiente de ella, no compartimos como una familia normal, porque todo gira en torno a ella...*

Agrega*: El estado para su salud hoy ha sido muy difícil, hemos tenido que recurrir a tutelas, todo por la supervivencia de ella, mientras ella respire y tenga ganas de vivir que le toca a uno como padre, pues luchas por ella y salir para adelante con ella y esa a sido la lucha todos los días, (...) ha sido porque no tenemos vida, se ve la parte emocional afectada a toda hora esta uno estresada, preocupada, la otra hija no ha tenido adolescencia porque ha tenido también que estar pendiente de la hermanita.*

Declaración de Andrés Humberto Herrera Arismendi *(MIN 1:18:15) (Padre de Angie Paola)*

El Juez señala que el objeto depondrá sobre las condiciones en que se encuentra la menor, las dificultades para atender a la menor.

Realiza un relato con respecto a las condiciones en que se encuentra la menor (Min 1:20:15 a 1:23:42)

La vida nos cambió totalmente, no somos una familia normal, nos toco retirarnos de trabajar, una batalla con la EPS, cosas que le solicitaban los médicos, tiene entre 5

y 6 tutelas y sin embargo no las cumplen, mi hija requiere muchas cosa que la EPS no las cubre.

***Pregunta el Despacho** cual es el estado actual de Angie Paola?*

***Contestó:** Se encuentra con traqueotomía bastante deterioradita, con insuficiencia respiratoria, con traqueo, con gastro, pero ella está muy aferrada a la vida quiere estar con nosotros, nosotros le hemos dicho descansa, pero ella se quiere quedar en unión familiar, pero para todos es una limitación?*

***Pregunta el Despacho** han tenido que acudir a servicios distintos de los de la EPS, para proporcionarles una mejor calidad de vida?*

***Contestó:** Claro hemos tratado de hacer cosas naturistas, los médicos no formulan cosas vitales, porque no están en el POS (...) hasta hace poco evidenciamos lo de la rápida corrección del sodio, lo vital y lo que más me casusa tristeza fue la hipoxia que hizo de la cual nunca nos comunicaron, de la cual puede ser otra falla más que se puede acumular (min 1:27:00)*

4.5.3. Mediante providencia del 19 de agosto de 2015, el despacho acepta el desistimiento de los testimonios de los médicos JAIME FERNANDEZ CASTRO, IVAN BOBADILLA, FELIPE TORRES Y RICARDO CENDALES, a solicitud del apoderado de la parte actora (fl. 913)

6.1.1. De conformidad con lo expuesto en precedencia, se realizó peritazgo por parte de la Asociación Colombiana de Medicina Critica y Cuidado Intensivo, dando respuesta al cuestionario presentado por el apoderado de la parte actora (fl. 973-981) del cual el despacho destaca lo siguiente:

"... 5. En la contestación de la demanda en el hecho CUARTO se señala que "después de alcanzar niveles de sodio de 116 miliequivalentes, se realizó reposición con solución salina normal (no hipertónica) De conformidad con lo anterior indique al Despacho, si según estos registros de la Historia Clínica ¿si se aplicó solución hipertónica o solución salina normal?

Rta/ Según el folio n° 63 de la documentación enviada a las 12+00 se pasaron 100 ml de solución hipertónica.

5.1. En consideración de la respuesta anterior ¿dígale al despacho por qué en los registros de administración de medicamentos se registra administración de solución hipertónica?
Rta/ Esa fue la indicación médica dada el 13 de diciembre del 2010 a las 11+00.

6. Sírvase manifestar al despacho ¿según la literatura médica a qué velocidad x hora en miliequivalentes se debe reponer el sodio?

Rtai El rango ideal de reposición del sodio recomendado es de 10 - 12 miliequivalentes 1 Lt en 24 horas y 18 miliequivalentes /Lt en 48 horas.

7. Indique al despacho ¿si de 116 MEQ del 13 de diciembre de 2010, a las 11 am paso a 132 MEQ del mismo día a las 3+20 pm a qué velocidad se repuso por hora?

Rta/ 3.7 MEC)/ hora.

8. ¿según H.C del Hospital San Rafael a folio 81 (aportada por el demandado) de fecha 12 de diciembre del 2010, se reporta sodio en 106; a las 4+30 pm y en el folio 82 de hora 8+20, del dia 13 de diciembre de 2010, el sodio se encontraba en 116; luego para las 3+30 pm del mismo día el sodio se reporta en 132, indique al despacho si esto efectivamente es así:

Rta/ No es así, el 13 de diciembre a las 8+20 el sodio reportado fue 111.9. Según concepto del Dr. Jaime Fernández Sarmiento, médico de la Clínica 104 Saludcoop Bogotá, en el folio 223. (H.C. aportada en la demanda), de fecha 10 de enero del 2011, emite el siguiente concepto:

"...tuvo variaciones importantes del sodio sérico (bajo hasta 104) y el 13 de diciembre del 2010 a las 11+00 am, tenía sodio sérico de 116 mg/lit y a las 15+30 del mismo día estaba en 132 mg/lit (cambio de 16 miliequivalentes en 4 horas. Tasa de ascenso de 4 miliequivalentes lo que sugiere que pudo haber sido el precipitante de la Mielinolisis Pántica, con edema posterior y hallazgos de

resonancia del 5 de enero, esto explica la cuadriparesia flácida que tiene que no es esperable en cirugía de cuarto ventrículo..."

11. *¿Indique al Despacho porque en la H.C del H.S.R. (fi. 99) de fecha 18 de diciembre de 2010 la menor registra despertar con movimientos axiales de baja amplitud, se solicita el 20 de diciembre de 2010 tac cerebral ante sospecha de lesión que "pudiera estar interfiriendo con procesos de despertar completo" con agitación, llanto, ante lo que se decide nueva sedación e intubación.*

Rta/ Según lo registrado el estado neurológico de la paciente no era el ideal y presentaba tendencia al deterioro, por lo cual solicitaron imágenes tomografías. No hay anotación acerca de una nueva sedación e intubación del paciente en la fecha descrita.

12.¿ Durante el segundo procedimiento quirúrgico practicado a la menor, según contestación de la demanda por parte del Hospital San Rafael de Tunja al hecho séptimo numeral sexto, la menor presentó hipoxemia por aproximadamente 30 minutos según registro de anestesiología visible en la historia clínica a folio 362 con valores de saturación de oxigeno entre 68 y 70 durante 30 minutos, situación que concuerda con lo señalado por el tribunal de ética médica de Cundinamarca---que señala " se encontraron lesiones de carácter celular en núcleos centrales especialmente el caudado y el putamen, imágenes que diversos radiólogos consideraron sugestivas o indicativas de una encefalopatía hipóxica isquémica, qué tiene que decir al respecto.?

Rta/ Reportan en el registro de anestesia movilización de secreciones y roncus en ambos campos pulmonares e inestabilidad respiratoria, muy probablemente fue la causa de la desaturación inicial de la paciente hasta su adecuado control oxigenación.

13. Sírvase manifestar al despacho según su experticia cuales son los niveles de oxígeno recomendables en un paciente como es el caso de la menos ANGIE PAOLA HERRERA SOLER?

Rta/ Estos dependen de la altura de la ciudad en que se encuentre el paciente, edad y sus patologías de base pero la oximetría de un paciente debe ser 95-99%.

14. *De conformidad a la historia clínica del HSR de fecha 23 de diciembre del 2010, folio 362 del expediente, del cuaderno de pruebas de la parte demandada, se registran niveles de saturación de 68,70, 68, sírvase indicar al despacho si estos niveles son los adecuados y porque razón se dio esta circunstancia?*

Rta/ No son los adecuados y se dieron por lo reportado en el registro de anestesia de movilización de secreciones y roncus en ambos campos pulmonares e inestabilidad respiratoria.

15. *¿Sírvase manifestar al despacho si es prevenible adecuar los niveles de saturación de acuerdo a la lex artis?*

Rta/ Sí es prevenible adecuar los niveles de saturación según la patología y los síntomas presentes en el paciente.

16. *¿Sírvase manifestar al despacho a razón de que se conceptúa tal y como aparece en la historia clínica del H.S.R.T Unidad de Cuidados Intensivos de fecha 4 de enero de 2011 que la "paciente puede estar cursando con síndrome de enclaustramiento" y si este término significa lo mismo que mielinolisis pontina o desmielinización osmótica.?*

Rta/ El síndrome de enclaustramiento puede ser secundario a la mielinolisis póntica según lo descrito en la literatura médica pero fisiopatológicamente no se trata de la misma entidad clínica. Según las descripciones registradas en la historia clínica de movimientos axiales de baja amplitud, nistagmus horizontales y la presunción de "parece entender órdenes" sospecharon el síndrome de enclaustramiento.

17. *¿Según historia clínica 104 Saludcoop Bogotá de fecha 11 y 27 de enero de 2011 en junta de radioterapia los doctores IVAN BOBADILLA, RICARDO CENDALES Y FELIPE TORRES señalan lo siguiente: "su estado actual no se deriva de su estado oncológico (ependimoma WHO II parcialmente resecado por infiltración a tallo)" sírvase manifestar al despacho cuales son las secuelas de este tipo de tumores?*

Rta/ Esta pregunta debe ser direccionada a la especialidad de oncología pediátrica, neurocirugía y radioterapia.

18. *Ustedes consideran igual que los radioterapeutas que los daños neurológicos no son de orden oncológico?*

Rta/ En este tipo de patologías los daños neurológicos en un paciente crítico son de origen muitifactorial, en donde intervienen múltiples causas que pueden coadyuvar en las secuelas neurológicas.

20. *¿ Dígale al despacho cuales son los daños que se producen en el cerebro como consecuencia de una incorrecta reposición del sodio en paciente de las características de ANGIE PAOLA HERRERA SOLER?*

Rta/ La lesión básica cerebral que se produce por la incorrecta reposición de sodio es la mielínolisis pontina produciendo destrucción de las vainas de mielina afectando parte o toda la base de la protuberancia en forma simétrica.

21. *¿ Cual es la causa para generar daños en los ganglios basales, el caudado y el putamen?*

Rtai Las causas para general daños en las estructuras antes mencionadas son múltiples, van de enfermedades metabólicas, encefalopatía hipoxico isquemica, envenenamiento por tóxicos, alteraciones vasculares, entre otras.

6.1.2. Copia de la **Historia Clínica** No. 1051066805 de E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, respecto de la paciente ANGIE PAOLA HERRERA SOLER, de donde se extrae frente a su post-operatorio los siguientes apartes relevantes (fl. 119 a 211):

"INFORME DE PATOLOGIA
Fecha de entrega del reporte: 13 de diciembre de 2010
DIAGNOSTICO: Por congelación de tumor cerebral IV ventrículo: compatible con tumor pineal papilar o ependimoma papilar (fl. 119)

DIA HOSPITALARIO 8 (fl. 127)
Fecha 13 de diciembre de 2010 Hora: 8+20
(...) Metabólico: Glucómetrias 87-85 mg/dl están limites vigilaremos dado que hay riesgo + de insuficiencia supra renal sodio sérico 111 se ordena nuevo bolo de solución hipertónica en mejoría potación 3,5 calcio 1,1 cloro 83 se vigila comportamiento.
(...)
Hora 11+00 Se realizan gases de control los cuales muestran alcalemia mixta se disminuye soporte, electrolitos sodio 116 potasio 3,6 cloro 89 calcio 1.16 se ordena nuevo bolo de solución salina 3% y se hará control
Hora 14+20
Análisis: Paciente quien presenta evolución estacionaria con importante impacto sobre comportamiento electrolítico pero que ha mostrado respuesta progresiva vigilaremos comportamiento de gasto urinario el cual nuevamente inicio ascenso, podría requerir eventualmente inicio de vasopresina realizamos seguimiento a comportamiento de cifras de glucómetria y se inicia dextrosa + electrolitos buscaremos reiniciar vía enteral
Hora: 15+30 Se reciben paraclínicos: RX de tórax portátil: cardiomedastino normal tubo endocraneal adecuadamente posicionado (...) trastorno de oxigeno leve se vigilará sodio 132 potasio 3,1 calcio 1,35 cloro 106 mejoría sustancial de sodio y cloro se vigilaría periódicamente."

6.1.3. Copia de la **Historia Clínica** No. 1051066805 de CLÍNICA 104 SALUDCOOP – BOGOTA, respecto de la paciente ANGIE PAOLA HERRERA SOLER, de donde se extrae frente a su post-operatorio los siguientes apartes relevantes (fl. 212 a 342):

Fecha de evolución 2011/01/09

2:00 am Ingresa paciente en ambulancia medicalizada, intubada y bien trasportada, con piel y mucosas rosadas espansiblida simetra aritmoregular se cambia TOT se coloca TOT 5 con balón fijo en 15 CM, se inicia ventilación mecánica con movilidad volumen control (...)

Análisis: convulsiona todo el tiempo (fl. 219)

Fecha de evolución 2011/01/10 09:59

ANÁLISIS: LA SITUACIÓN DE ANGI ES DE LA MÁXIMA GRAVEDAD, TIENE UN EPENDINOMA GRADO II CEREBRAL QUE SE RESECO PARCIALMENTE Y ESTÁ GENERANDO METÁSTASIS A TALLO CEREBRAL POR LO QUE REQUIERE DE MANERA INMEDIATA TRAQUEOTOMÍA Y GASTROSTOMÍA MÁXIME SI SE CONSIDERA QUE LA ÚNICA OPCIÓN TERAPÉUTICA ES LA RADIOTERAPIA QUE NO SE PUEDE HACER ESTANDO INTUBADA. EL RIESGO DE FALLECER POR LA ENFERMEDAD DE BASE Y/O CON MORBILIDADES ES MUY ALTO LO QUE SE LE EXPLICA A LA FAMILIA PORQUE APARENTEMENTE EN EL SITIO DE REMISIÓN NO HABÍAN EXPLICADO CLARAMENTE Y LOS PADRES TENÍAN FALSAS EXPECTATIVAS, TAMPOCO SE HABÍA OFRECIDO TRAQUEOTOMÍA. PRESENTA CRISIS CLÓNICAS, OCASIONALES QUE HAN GENERALIZADO CON GRAN RIESGO DE EMPEORAR. EL PRONÓSTICO VITAL Y FUNCIONAL ES BASTANTE MALO"

Fecha de evolución 2011/01/10 13:18 (fl. 226)

Los padres de ANG1 traen fotocopia de Historia Clínica antigua, del 6 de diciembre al día de la remisión.

Preocupa que en los hallazgos de patología mencionan ependinoma de bajo grado y que en la RNM cerebral del 5 de enero se informa "edema intracelular de la región ganglio-basal bilateral con compromiso de la cabeza del caudado y putamen" que asociado a severas variaciones del sodio sérico que tuvo sugiere síndrome de desmielinización osmótica (anteriormente llamado mielinolisis póntica).

Revisando Historia Clínica los primeros siete días POP tuvo variaciones importantes del sodio sérico (bajo hasta 104 MGR/DL con infusión de vesopresina) y el 13 de diciembre de 2010 a las 11:00 tenía sodio sérico de 116 MQ/12T y a las 15:30 del mismo día estaba en 132 MQ/ILIT (cambio de 16 MQ/1.17T en cuatro horas, tasa de ascenso de 4 MQ/H) lo que sugiere que pudo haber sido el precipitante de la mielinolisis póntica, con edema posterior y hallazgos de RNM del 5 de enero.

Esto explicaría la cuadriparesia flácida que tiene, que no es esperable en cirugías del cuarto ventrículo.

Se solicita concepto a neurología pediátrica, se tomara nueva resonancia magnética cerebral y estamos pendientes de concepto de radio terapia.

Alto riesgo de secuelas neurológicas por el síndrome de desmielinización osmótica". Subraya el despacho

Fecha de evolución 2011/01/11 20:37 (fl. 234)

Análisis: *Paciente de 4 años, con diagnostico oncológico de EPENDIMOMA WHO .11, parcialmente resecado (dic 06 de 2010) por infiltración a cerebelo y tallo cerebral, con evolución tórpida POP, por complicaciones neurológicas enunciadas previamente, actualmente en malas condiciones generales dado por su estado neurológico clínico y para-clínico actual, con hallazgos en Resonancia magnética Nuclear (RMN) y EEG de mal pronóstico neurológico, con requerimiento de sedación por eventos convulsivos y de ventilación mecánica por falla respiratoria de origen central.*

Se considera en este momento que el paciente no es candidata a manejo complementario con radio terapia, dado que el estado actual no es derivado de su LESIÓN TUMORAL en fosa posterior, SINO DE COMPLICACIONES NEUROLÓGICAS POP. En caso de mejoría de su estado neurológico y general, se revalorará para evaluar pertinencia de tratamiento con radioterapia." Subraya el despacho.

6.1.4. En el proceso se recaudó INFORME PERICIAL DE CLÍNICA FORENSE (fl,1090 vto), elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Meta, del cual resulta pertinente destacar la descripción del estado de la menor y las conclusiones, así:

> *EXAMEN CLÍNICO FORENSE ACTUAL*
>
> *Paciente ingresa en sillas de ruedas en compañía de los padres, somnolienta y cuadripléjica, se relaciona con el medio, parpados caídos, con resequedad de corneas, movimiento ocularvertical pero no horizontal de ambos ojos por parálisis facial central bilateral, se observa sequedad, dificultad para la deglución secundaria, no puede escupir, responde al llamado con disartria y sonidos guturales, traqueostomía permeable mediana, ruidos respiratorios normales, ruidos cardiacos normales, sonda de gastrostomía permeable en apigastrio, abdomen blando, no signos de irritación abdominal, flacidez generalizada en la musculatura de las extremidades, no puede caminar por ataxia y pérdida de la fuerza muscular, controla esfínteres aunque tiene estreñimiento crónico según lo refiere el padre de la menor.*
> *CONCLUSIÓN: El especialista realiza análisis de la información y concluye que la principal causa de la desmielinización osmótica o mielinolisis póntica, es una variación rápida y brusca de los niveles de sodio en el organismo.*
> *RESPUESTAS A INTERROGANTES ESPECÍFICOS*
> *Con base en las herramientas obtenidas de la historia clínica y la correlación de ésta con el manejo esperado para el escenario clínico, y en el evento de que la autoridad decida atribuir daño en la salud de la menor HERRERA SOLER al acto médico, es posible determinar las siguientes secuelas médico legales: Perturbación funcional del órgano nervioso central (que incluye el habla, la deglución, la respiración, la movilidad, la cognición, la memoria, el cálculo, juicio raciocinio, sensopercepción) todas de carácter permanente. Subraya el despacho.*

6.2. CASO CONCRETO - ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, el Despacho entrará a determinar si se encuentran acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado.

6.2.1. EL DAÑO

El daño constituye desde la óptica de los hechos un fenómeno de orden físico, esto es, la aminoración o alteración de una situación favorable de la persona (elemento material); cuya calificación antijurídica depende de su oposición directa con el ordenamiento jurídico, en la medida en que éste no imponga la obligación de soportar la carga dañosa (elemento formal)[11].

En el caso bajo estudio, el daño alegado por la parte actora consiste en el mal manejo del sodio por parte del personal médico del Hospital San Rafael de Tunja, lo cual conllevo a que la menor ANGIE PAOLA HERRERA SOLER, presente la enfermedad MIELINOLISIS CENTRAL PONTICA O DESMILINIZACION OSMOTICA.

El síndrome de desmielización osmótica (SDO) es una disfunción neuronal causada por la destrucción de la capa (vaina de mielina) que cubre las células nerviosas en el medio del tronco del encéfalo (puente de varolio). Cuando la vaina de mielina que cubre las neuronas se destruye, las señales de un nervio a otro no se transmitan correctamente. Sin embargo, el tronco del encéfalo es el más afectado, otras áreas del cerebro también pueden resultar afectadas.[12]

Esta patología que aqueja el estado de salud de la menor ANGIE PAOLA HERRERA SOLER y que se erige en el daño invocado por la parte demandante, se encuentra plenamente demostrada en el proceso, particularmente a través del dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal número de caso interno DSM –DRO- -05369 –C-2017, en donde se indica:

---

[11] Adriano de Cupis, El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Traducción de la 2ª Edición italiana. Barcelona, Bosch, 1975, p. 84.
[12] https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000775.htm

Paciente ingresa en sillas de ruedas en compañía de los padres, somnolienta y cuadripléjica, se relaciona con el medio, parpados caídos, con resequedad de corneas, movimiento ocularvertical pero no horizontal de ambos ojos por parálisis facial central bilateral, se observa sequedad, dificultad para la deglución secundaria, no puede escupir, responde al llamado con disartria y sonidos guturales, traqueostomía permeable mediana, ruidos respiratorios normales, ruidos cardiacos normales, sonda de gastrostomía permeable en apigastrio, abdomen blando, no signos de irritación abdominal, flacidez generalizada en la musculatura de las extremidades, no puede caminar por ataxia y pérdida de la fuerza muscular, controla esfínteres aunque tiene estreñimiento crónico según lo refiere el padre de la menor.

CONCLUSIÓN: El especialista realiza análisis de la información y concluye que la principal causa de la desmielinización osmótica o mielinolisis póntica, es una variación rápida y brusca de los niveles de sodio en el organismo.
(...)
"es posible determinar las siguientes secuelas médico legales: Perturbación funcional del órgano nervioso central (que incluye el habla, la deglución, la respiración, la movilidad, la cognición, la memoria, el cálculo, juicio raciocinio, sensopercepción) todas de carácter permanente".

De igual forma, se puede establecer la existencia del daño a través de las declaraciones de los padres de la menor, en donde indicaron:

> ***Contestó:*** *Se encuentra con traqueotomía bastante deterioradita, con insuficiencia respiratoria, con traqueo, con gastro, pero ella está muy aferrada a la vida quiere estar con nosotros, nosotros le hemos dicho descansa, pero ella se quiere quedar en unión familiar, pero para todos es una limitación? Ifl. 904)*

El daño de manera más evidente se observa en la historia clínica de fecha de evolución 2011/01/11 20:37 (fl. 234):

> **Análisis:** P*aciente de 4 años, con diagnostico oncológico de EPENDIMOMA WHO .11, parcialmente resecado (dic 06 de 2010) por infiltración a cerebelo y tallo cerebral, con evolución tórpida POP, por complicaciones neurológicas enunciadas previamente, actualmente en malas condiciones generales dado por su estado neurológico clínico y para-clínico actual, con hallazgos en Resonancia magnética Nuclear (RMN) y EEG de mal pronóstico neurológico, con requerimiento de sedación por eventos convulsivos y de ventilación mecánica por falla respiratoria de origen central.*

No obstante, el carácter antijurídico del daño no se extrae del solo acontecimiento de la lesión sufrida como consecuencia de la cirugía, razón por la cual ha de analizarse en el caso *sub lite*, la causa del mismo en el marco de la idoneidad y eficiencia del servicio médico - asistencial, de cara a establecer los restantes elementos de la estructura general de la responsabilidad que procede a analizar el despacho.

6.2.2. IMPUTACIÓN - LA FALLA DEL SERVICIO.

En este apartado se hará el examen de los cargos formulados por la parte demandante y que a su juicio se concretaron en una falla del servicio en que incurrió la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

Sea lo primero indicar que los demandantes en su escrito introductorio, precisan que el hecho dañoso se desprende de: *"... SEVERAS VARIACIONES DEL SODIO SERICO QUE TUVO SUGIERE SINDROME DE DESMIELINIZACION OSMICA (ANTERIORMENTE LLAMADO MIELONISIS PONTICA) ... (f. 461),* derivadas de los resultados de la RNM cerebral llevada a cabo el 5 de enero de 2011.

En punto de lo anterior, se iniciará por destacar que dentro del plenario está plenamente demostrado que la menor padece una enfermedad de base por cuanto le fue diagnosticado un ependimoma tumor en fosa posterior, es decir, un claro síndrome cerebeloso; la sintomatología con que ingresó la niña al Hospital San Rafael de Tunja fue *"cefalea de 2 meses de evolución que se acompañada con nauseas, vomito, que no cede al manejo médico"* (fl. 116), cuyo diagnóstico para el 28 de noviembre de 2010, fue *"masa cerebral fosa posterior"*.

El Juzgado realizó una revisión en la literatura médica sobre la enfermedad de base y patología que aqueja a la menor, tal y como lo permite la Jurisprudencia[13]del Consejo de Estado, y conforme a la información consultada la definición de los tumores de la fosa posterior en niños, específicamente los epéndimomas, es la siguiente[14]:

> *"...Ependimoma* ***Tumor que se desarrolla a partir de las células ependimarias situadas en cualquier sitio del sistema ventricular y de la medula. Es habitualmente de naturaleza benigna, pero puede producir metástasis e instalarse de nuevo. Generalmente proceden del suelo del IV ventrículo. Epidemiología Constituye el 6% de los gliomas, 8-10% de los tumores cerebrales en niños. 63% de los gliomas intramedulares de los cuales aproximadamente el 60-70 % son Infratentoriales y comprenden el 25 % de los de la región del IV ventrículo. Anatomía patológica Se localiza en ventrículos y cono medular. La mayoría suelen ser benignos, pero son más anaplásicos cuanto más jóvenes son los pacientes, también pueden ser malignos****. Macroscopía: tejido tumoral grisáceo, granuloso, frecuentemente con transformación quística, a veces con calcificaciones Microscopía: parénquima tumoral hecho de células de mediano tamaño, núcleos circulares u ovalados, citoplasma en regular cuantía, eosinófilo pálido. La celularidad y carga cromatínica de los núcleos es variable. Microarquitecturas: la más frecuente es la corona radiada, menos frecuentes son rosetas y túbulos. Las células se disponen alrededor de los vasos formando pseudo-rosetas ."*[15]

Respecto al pronóstico de dicha enfermedad, se ha indicado:

> ***La supervivencia media a los 5 años oscila entre el 20 y 65% en función, entre otros factores, de la edad del paciente el grado histológico, y la extensión de la exéresis practicada***[16]*. A los 10 años se reduce hasta el 15- 40%. En las series de Pollack et al 3 y de Healey et al,3,4 describía aquellos pacientes que en los estudios postoperatorios de TAC/RM presentaban restos tumorales, ninguno sobrevivió 10 años. En estas dos series, la supervivencia a los 10 años, con estudios de neuroimagen postoperatorios negativos, fue de 75 y 71%, respectivamente. Entre los factores de buen pronóstico recogidos en la literatura, podemos citar: la edad superior a los 10 años3 la mayor duración de la sintomatología, la resección completa y los restos operatorios inferiores a 1,5 cm2 La causa primordial de mortalidad es la recidiva tumoral local.21,24 La diseminación leptomeníngea aparece hasta en el 30% de los pacientes3,35 y es más frecuente en los pacientes pediátricos; sin embargo, en muchas ocasiones ésta cursa de forma asintomática y es un hallazgo en la autopsia." (Negrillas y Subrayas fuera del texto)*

Ahora bien, de la declaración rendida por el médico **CARLOS MANUEL MOJICA WALTEROS,** quien atendió a la menor en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos del Hospital San Rafael, se destaca lo siguiente:

> ***Pregunta*** *apoderada de la ESE Hospital San Rafael cual es la patología de base de la menor*
>
> ***Contestó*** *(min 31:15 a 32:05) Es un epindimoma con unos criterios de alto riesgo como que en la primera cirugía no se haga la resección completa que fue lo que paso, que la paciente sea menos de 5 años y que tenga recaídas; es uno de los tumores en cuarta frecuencia, pero*

---

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 2008, exp. 27.268: *"Dado lo anterior, es necesario abordar el análisis y valoración de las pruebas que obran en el proceso,* ***con fundamento en la literatura médica acreditada sobre la materia, actividad a la que puede recurrir el juez con miras a ilustrarse sobre conceptos técnico - científicos*** *que, en principio, son decisivos para poder hacer una justa ponderación sobre los elementos de convicción que reposan en el plenario y, de esta forma, llegar a la certeza acerca de si la imputación fáctica y la falla del servicio alegadas en la demanda se encuentran probadas"*

[14] Anales de Radiología México 2010;4:185-205. Tumores de fosa posterior en pacientes pediátricos y su correlación clínica, radiológica y anatomopatológica. .Departamento de Radiología e Imagen del Hospital San José Tec de Monterrey. Av. Ignacio Morones Prieto 3000 Pte, Col. Doctores, 64710, Monterrey, N.L. Copias (copies): Dr. Ignacio Cano Muñoz E-mail: icanom1@hotmail.com *Revista de la Asociación Argentina de Ortopedia y Traumatología*, *75*(2), 164-170. Retrieved May 25, 2018, from http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-74342010000200009&lng=en&tlng=es. https://www.medigraphic.com/pdfs/anaradmex/arm-2010/arm104e.pdf

[15] Ibid.

[16] . Townsend CM, Beauchamp RD, Evers BM, Mattox KL. Sabiston Textbook of Surgery, 17th ed. St. Louis, Mo: WB Saunders; 2004:2164-2166. 22. Coakley KJ, Huston J 3rd, Scheithauer BW, Forbes G, Kelly PJ. Pilocytic astrocytomas: welldemarcated magnetic resonance appearance despite frequent infiltration histologically. Mayo Clin Proc 1995; 70:747-751.

por su localización y dificultad para acceder tiene el riesgo de comportarse más agresivamente, ese tumor casusa mucha sintomatología como la que ya dije y con la cual la paciente llego a la unidad

***Pregunta** apoderada de la ESE Hospital San Rafael. El estado que presentó después de la atención recibida en el hospital era el esperado?*

***Contestó** (min 32:41 a 37:07) Primero la alteración de los movimientos, las convulsiones son lo esperado para un pos operatorio eso lo constata una descripción hechas por la neuropediatra en la Clínica 104 la cual en su tercer día de valoración dice que las convulsiones son normales para un paciente que tenga el tumor en la fosa posterior con o sin cirugía; tengo artículos en los cuales dice que hay una complicación posterior a la cirugía, que pocas veces se les explica a los papas y que se llama mutismo cerebeloso, el cual cursa con todas las alteraciones que la paciente presenta. La otra importante es el evento de hipoxia que estuvo cometida en la segunda cirugía, que tiene dos riesgos la recesión ampliada y la hipoxia que pueden dejar mayores secuelas (la paciente duro 60 a 75% la cual puede ser la causa, máxime si las imágenes de la resonancia, los radiólogos colocan como primer diagnóstico un evento hipoxico, porque la localización de las lesiones, no son las que normalmente aparecen en un síndrome de desmilinización. ahora bien el hceho que se haga una corrección de sodio no implica, necesariamente que se produzca una lesión, porque también están todos los artículos donde se hace la corrección y no se produce la lesión, el mutismo cerebeloso, ocurre entre el 11 % y el 29 % de los pacientes sometidos a cirugía de fosa posterior y es mucho más frecuente en los niños; entonces la situación posterior a la cirugía pudo ser por la patología de base, porque incluso las ultimas guías de tumores cerebrales dicen que la evolución de los pacientes dentro de su misma patología puede dar necesidad de salir con traqueotomía y gastrostomía que fue lo que la niña requirió en la clínica 104.* [17] *(fl. 899)*

Por su parte, el doctor JORGE ENRIQUE HERNANDEZ DE CASTRO, señaló:

***Preguntó apoderada del Hospital:** Según su conocimiento cual es el pronóstico de vida o la gravedad de esta patología inicial que tenía la menor?*

***Contestó:** Desafortunadamente los ependimomas, son de los más malignos solo hay dos tumores uno el ependimoma y hay otro mas agresivo que es el medulo blastoma, ella padecía de un ependidoma naplasico, la sobrevida a 5 años no es ni siquiera del 5%, con cirugía, con radioterapia, con quimioterapia, sin cirugía, sin radioterapia, sin quimioterapia, la sobrevida es a 3 meses, uno por la malignidad del tumor y por la localización. (fl- 904)*

Estos testimonios difieren parcialmente de la literatura médica consultada por el despacho, toda vez que a la luz de ella se considera que la enfermedad de la menor, pese a su gravedad, goza de reales posibilidad de recuperación, conforme se indicó previamente en un rango que oscila entre el 20% y el 65%, y se hace alusión a ello en la medida en que uno de los argumentos planteados por los galenos del Hospital San Rafael de Tunja, entidad demandada, es que la tasa de supervivencia es significativamente inferior, motivo por el cual era necesario realizar este análisis para señalar que existen probabilidades más altas de que la menor hubiese podido recuperarse de dicha enfermedad.

De conformidad con lo expuesto y para efectos de evaluar si se configura o no falla en el servicio médico brindado a la menor en el Hospital San Rafael, es importante analizar si la enfermedad que se suscitó en la menor ANGIE PAOLA, fue producida por la elevación rápida de los niveles de sodio; al respecto se analizaron revistas médico científicas[18] en las cuales determinan las causas de la enfermedad denominada desmielización osmótica, en estos términos:

" El síndrome de desmielización osmótica (SDO) es una disfunción neuronal. Es causada por la destrucción de la capa (vaina de mielina) que cubre las células nerviosas en el medio del tronco del encéfalo (puente de Varolio).

---

[17] Testimonio de CARLOS MANUEL MOJICA WALTEROS.

[18] MedlinePlus MedlinePlus en español es el sitio web de los Institutos Nacionales de la Salud para pacientes, familiares y amigos. Producida por la Biblioteca Nacional de Medicina de los Estados Unidos. **https://medlineplus.gov/spanish/aboutmedlineplus.html**

Causas

Cuando la vaina de mielina que cubre las neuronas se destruye, las señales de un nervio a otro no se transmitan correctamente. Sin embargo, el tronco del encéfalo es el más afectado, otras áreas del cerebro también pueden resultar afectadas.

La causa más común del SDO es un cambio súbito en los niveles de sodio en el organismo. *Esto sucede con mayor frecuencia cuando alguien está en tratamiento por bajos niveles de sodio (hiponatriemia) y* ***el sodio se repone demasiado rápido****. También puede ocurrir ocasionalmente cuando los altos niveles de sodio en el organismo (hipernatriemia) se corrigen con demasiada rapidez.*

El SDO normalmente no se presenta por sí solo. Habitualmente se trata de una complicación de otras afecciones, o de sus tratamientos.*"*

En la misma orientación teórica, el Dictamen Pericial rendido en el proceso por la Asociación Colombiana de Medicina Crítica y Cuidado Intensivo, señaló que la desmielinización osmótica y la mielinolisis póntica se trata de la misma patología, la cual es una entidad neurológica adquirida y aguda, que se caracteriza por la pérdida de la vaina de la mielina en el centro de la protuberancia, eventualmente se encuentran lesiones parecidas en otras regiones cerebrales (extra-pontina).

La principal causa de acuerdo con la pericia, radica en una variación rápida y brusca de los niveles de sodio en el organismo (fl. 973), lo cual es concordante con la observación registrada en la historia clínica de Saludcoop de la menor Angie Paola, Fecha de evolución 2011/01/10 13:18, en la cual se indicó *que en los hallazgos de patología mencionan ependinoma de bajo grado y que en la RNM cerebral del 5 de enero se informa "edema intracelular de la región ganglio-basal bilateral con compromiso de la cabeza del caudado y putamen" que asociado a severas variaciones del sodio sérico que tuvo sugiere síndrome de desmielinización osmótica (anteriormente llamado mielinolisis póntica).*

Continúa el médico especialista JAIME FERNÁNDEZ SARMIENTO, explicando de manera específica las variaciones del sodio que se registraron en la menor, durante el post-operatorio en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital San Rafael:

Preocupa que en los hallazgos de patología mencionan ependinoma de bajo grado y que en la RNM cerebral del 5 de enero se informa "edema intracelular de la región ganglio-basal bilateral con compromiso de la cabeza del caudado y putamen" que asociado a severas variaciones del sodio sérico que tuvo sugiere síndrome de desmielinización osmótica (anteriormente llamado mielinolisis póntica).

Revisando Historia Clínica los primeros siete días POP tuvo variaciones importantes del sodio sérico (bajo hasta 104 MGR/DL con infusión de vesopresina) y el 13 de diciembre de 2010 a las 11:00 tenía sodio sérico de 116 MQ/12T y a las 15:30 del mismo día estaba en 132 MQ/ILIT (cambio de 16 MQ/1.17T en cuatro horas, tasa de ascenso de 4 MQ/H) lo que sugiere que pudo haber sido el precipitante de la mielinolisis póntica, con edema posterior y hallazgos de RNM del 5 de enero.

Esto explicaría la cuadriparesia flácida que tiene, que no es esperable en cirugías del cuarto ventrículo.

Se solicita concepto a neurología pediátrica, se tomara nueva resonancia magnética cerebral y estamos pendientes de concepto de radio terapia.

Alto riesgo de secuelas neurológicas por el síndrome de desmielinización osmótica". Subraya el despacho. (fl. 226)

Las anteriores constituyen pruebas fehacientes de que efectivamente Angie Paola sufrió variaciones importantes del sodio en el Post- Operatorio de la primera cirugía, de conformidad con lo establecido en la Historia Clínica, debido a que el 13 de diciembre de 2010 a las 11:00 registraba niveles de sodio de 116 MQ/LIT y a las 15:30 del mismo día estaba en 132 MQ/ILIT, lo

cual se corrobora al examinar la Historia Clínica del Hospital San Rafael, a folio 127, en donde se evidencian las ordenes médicas realizadas en esa fecha por el Internista de Cuidados Intensivos, que al revisar los niveles de sodio, dio órdenes de aplicar solución salina para aumentarlas, así:

> *DIA HOSPITALARIO 8*
> *Fecha 13 de diciembre de 2010 Hora: 8+20*
> *(...) Metabólico: Glucómetrias 87-85 mg/dl están limites vigilaremos dado que hay riesgo +* ***de insuficiencia supra renal sodio sérico 111 se ordena nuevo bolo de solución hipertónica en mejoría potación*** *3,5 calcio 1,1 cloro 83 se vigila comportamiento.*
> *(...)*
> *Hora 11+00 Se realizan gases de control los cuales muestran alcalemia mixta se disminuye soporte, electrolitos sodio 116 potasio 3,6 cloro 89 calcio 1.16* ***se ordena nuevo bolo de solución salina 3% y se hará control***
> *Hora 14+20*
> *Análisis: Paciente quien presenta evolución estacionaria con importante impacto sobre comportamiento electrolítico pero que ha mostrado respuesta progresiva vigilaremos comportamiento de gasto urinario el cual nuevamente inicio ascenso, podría requerir eventualmente inicio de vasopresina realizamos seguimiento a comportamiento de cifras de glucómetria y se inicia dextrosa + electrolitos buscaremos reiniciar vía enteral*
> *Hora: 15+30 Se reciben paraclínicos: RX de tórax portátil: cardiomedastino normal tubo endocraneal adecuadamente posicionado (...) trastorno de oxigeno leve se* ***vigilará sodio 132 potasio 3,1 calcio 1,35 cloro 106 mejoría sustancial de sodio*** *y cloro se vigilaría periódicamente."*

Es claro entonces que la reposición de los niveles del sodio no se ajustó a los protocolos médicos y a la lex artis, toda vez que el rango ideal oscila, de acuerdo con el dictamen pericial rendido por la ACMCI, entre 10 y 12 miliequivalentes /lt en 24 horas y 18 miliequivalentes /lt en 48 horas, lo cual sin duda alguna acredita la negligencia y falta de cuidado que se observa en la atención médica, en la medida en que el día 13 de diciembre de 2010, según lo registra la anotación en la historia clínica antes transcrita, de 116 miliequivalentes que registraba la menor ANGIE PAOLA a las 11 a.m. pasó a registrar un total de 132 miliequivalentes a las 3:30 de la tarde.

Se demuestra entonces la falla en el servicio por parte del Hospital San Rafael, toda vez que este nivel de sodio no es el apropiado y evidencia una reposición demasiado rápida, según lo registra la historia clínica de SaludCoop Bogotá 104, en la anotación de fecha el día 10 de enero de 2011 (fol. 226) y lo reafirma la Asociación Colombiana de Medicina Crítica y Cuidado Intensivo, en el dictamen pericial rendido dentro del proceso, lo cual es la causa de la desmielinización osmótica y los graves síntomas a ella asociados.

Del nexo causal.

Atendiendo el análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente como los dictámenes periciales, testimonios y la historia clínica, tal como ya se describieron, llevan a este despacho a concluir que es innegable el nexo causal entre la enfermedad diagnosticada a la menor Angie Paola y las fallas ya señaladas del servicio médico asistencial, por las siguientes razones:

Según la revista médica previamente citada[19] estos son los síntomas de la enfermedad conocida como desmielinización osmótica ocasionada a la menor al haber incrementado intempestivamente el sodio:

> "Los síntomas pueden incluir cualquiera de los siguientes:
>
> - Confusión, delirio, alucinaciones

[19] https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000775.htm

- Problemas de equilibrio
- Dificultad para tragar
- Disminución de la lucidez mental, somnolencia, letargo, respuesta deficiente
- Cambios en el habla, mala pronunciación
- Debilidad en la cara, los brazos o las piernas que generalmente afecta ambos lados del cuerpo"

Los anteriores síntomas son evidenciados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el dictamen pericial que concluyó sobre las secuelas permanentes generadas en la menor con motivo de este síndrome, los cuales sumados a la enfermedad de base implicaron el deterioro de la salud de Angie Paola, entonces para el despacho no cabe duda que existe un vínculo entre el daño alegado y la atención médica negligente de la entidad demandada en lo que concierne a la reposición del sodio, de modo que se configura el nexo causal y por ende la responsabilidad del Estado.

El despacho debe señalar que la falla médica en el sub lite, se configuró por la elevación rápida del sodio en la UCI del Hospital San Rafael de Tunja durante el post- operatorio de la menor y no obstante que se evidencio que en una de las cirugías la menor había padecido de hipoxia, dicho cargo no fue planteado en la demanda y por ende el material probatorio solicitado y decretado no estaba encaminado a probar esa falla sustentada por el apoderado de la parte actora en los alegatos de conclusión.

Dicho cuestionamiento solo encuentra respaldo en las anotaciones registradas en la Historia Clínica (fl. 362) donde se observa un registro de anestesiología con valores de saturación de oxigeno de la menor entre 60 y 70, no obstante este despacho considera que la prueba allegada es escasa para probar al cargo y reitera que no fue sustentado en la demanda, de modo que tener en cuenta en la sentencia este cuestionamiento sería lesivo del derecho de defensa de la parte demandada.

En este punto es menester hacer claridad en cuanto a que si bien la falla en el servicio por parte del Hospital San Rafael se concretó en la reposición rápida del sodio de la menor lo que le causo una enfermedad que empeora ostensiblemente su salud, también es cierto que no existe certeza respecto de que esa falla es la que tiene a la menor en las condiciones lamentables descritas en el peritazgo, habida cuenta de la enfermedad de base que padece Angie Paola y que consiste en un tumor ubicado en la fosa posterior del cerebro.

Es claro entonces para el despacho la ausencia de prueba que conlleve a la certeza acerca de que de no haberse elevado el sodio de manera rápida, la menor se hubiera recuperado al 100% del tumor que tiene en el cerebro, aspecto este que se ubica en el terreno de las probabilidades; no obstante, ello no impide al despacho afirmar que de no haberse provocado la enfermedad denominada desmilinizacion osmótica la oportunidad de sobrevivir en mejores condiciones hubiera sido mayor.

En esa medida, la falla médica se imputa a título de pérdida de oportunidad, siguiendo los parámetros establecidos para ello en la sentencia de 05 de abril de 2017, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. CP. Dr. Ramiro Pazos Guerrero Rl. 25706, en la que sobre el particular, se dijo:

> ***"16. Los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad***
>
> *16.1. Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo -chance de gain- y otro negativo -chance*

d´éviter une perte-[20]*. Positiva, cuando la víctima tiene* ***la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción.*** *Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, p****ero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado***[21]*.*

16.2. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por ***la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud***[22]*.*

16.3. En lo concerniente a la imputación del daño de pérdida de oportunidad, bien sea de un beneficio que se iba recibir o un perjuicio que se buscaba evitar, se presentan obstáculos frente a cuestiones de omisión. Si bien en casos de acción, esto es, participación activa del agente dañoso, ***se debe acreditar certeza causal entre la conducta generadora de daño y la desaparición de las probabilidades del beneficio o de evitación del perjuicio, en la medida que la ausencia de dicho vínculo conduce ineludiblemente a exonerar de responsabilidad al demandado, en casos de omisión absoluta se presentan dificultades de orden teórico y práctico para hablar de causalidad entre una omisión y un daño***[23]*, razón por la cual, la Sala ha propuesto recientemente la adopción de criterios normativos de atribución que, de una manera más coherente y lógica, explican conceptualmente la posibilidad de* ***imputar responsabilidad por un daño en cuya producción fáctica no hubo un componente volitivo del agente dañoso -caso típico de las omisiones-***[24]*. De modo que en estos casos no es posible aceptar que la*

---

[20] *DEGUERGUE comenta que la pérdida de oportunidad se representa como una especie de ion con un polo positivo y negativo: DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", in L´égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, dir. G. Koubi y G-J Guglielmi, La Découverte, 2000, p.198.*

[21] *Giraldo Gómez precisa que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividades médicas, la vertiente negativa es la más común, ya que el paciente no tiene en sí la esperanza de obtener un beneficio real, todo lo contrario, al estar involucrado dentro de una ruta patológica y clínicamente adversa a sus intereses que lo puede conducir a sufrir los efectos de un perjuicio cierto y definitivo, tiene la esperanza de que un profesional de la medicina interrumpa el curso causal irreversible; sin embargo, la oportunidad del paciente se extingue por la omisión o la defectuosa atención de la entidad prestadora del servicio de salud, con lo que se produce indefectiblemente la muerte o la lesión. Cfr. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 178 a 187.*

[22] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, rad. 11943, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros: "La Sala al resolver el caso sub-exámine, tiene en cuenta que en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, existe una corriente, según la cual, procede la pretensión indemnizatoria cuando* ***la muerte o el desmejoramiento de la salud ocurre por la pérdida de una oportunidad de sobrevida o de curación –pérte d' une chance, de survie, de guérison-. En estos eventos, la actuación del servicio, estructuralmente concebido, se reputa fallido y como consecuencia de ello se frustran las posibilidades de curación****. En el caso bajo estudio, bien puede afirmarse que la inactividad en la consecución de la escanografía, creó un riesgo injustificado, es decir, generó un estado de peligro - creatión fautive d'un état dangereux- que el paciente no estaba obligado a soportar. En armonía con lo hasta aquí expuesto, en el caso sub-exámine el daño resarcible se concreta* ***en la disminución de las probabilidades de sobrevivir o de sanar****". Sección Tercera, sentencia del 10 de junio del 2014, rad. 25416, M.P. Ricardo Hoyos Duque: "Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación* ***no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse****". Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 1999, rad. 10755, M.P. Ricardo Hoyos Duque: "Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues* ***nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una "pérdida de una oportunidad"****". Sección Tercera, sentencia del 14 de junio del 2011, rad. 13006, M.P. María Elena Giraldo Gómez: "La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido; pero lo que sí conoce es que está probado que* ***la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le frustró la oportunidad de intentar recuperarse****".*

[23] *En la sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, se sostuvo: "el juicio de imputación de responsabilidad por omisión no depende ni se debe confundir con la causalidad, ya que esta última vincula de manera fenomenológica la causa con su efecto, mientras que el juicio de imputación vincula ciertas condiciones que interesan al ordenamiento jurídico con los efectos dispuestos por la norma (...) para que opere el juicio de imputación por falla del servicio por omisión, no es imperativo probar el nexo causal entre el daño y el hecho dañino, pues buscar el vínculo causal, como presupuesto del juicio de responsabilidad para acceder al débito resarcitorio, conduciría inevitablemente a un estadio de exoneración de la responsabilidad o a un regressus ad infinitum de la equivalencia de condiciones... ".*

[24] *En sentencia de 29 de agosto de 2013, rad. 29133, con ponencia de quien proyecta el presente fallo, se indicó: "Los problemas de imputación de responsabilidad frente a eventos de omisión ha llevado a la doctrina a proponer fórmulas de solución más coherentes, como lo son los criterios normativos de atribución, los cuales han tenido desarrollo en la teoría de la imputación objetiva, que ha sido acogida en algunos eventos por la jurisprudencia de la Corporación, fundamentalmente en aquellos en los que se predica del Estado su posición de garante. // **Las entidades obligadas a***

*omisión causó **la pérdida de oportunidad, ya que como fenómeno natural la omisión nada produce -ex nihilo nihil fit-, lo que exige determinar, en términos de imputabilidad jurídica y no de causalidad fenomenológica**[25], si es posible o no atribuir la pérdida de oportunidad en razón de una infracción del contenido obligacional, esto es, en otras palabras, una falla probada.*

*16.5. En conclusión, cuando se considera **la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades**, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad (...)". Resaltado fuera de texto original.*

En efecto, conforme al anterior precedente jurisprudencial y atendiendo las circunstancias del caso, en especial lo referente a la atención recibida en la UCI de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, durante el post- operatorio, no cabe duda que se trata de un evento en el cual se corrobora una pérdida de oportunidad, pues se evidencia que debieron adoptarse otras medidas para elevar el sodio de la menor de manera más controlada conforme se aconseja por la lex artis, lo cual hubiera garantizado mayores probabilidades de recuperación de la menor Angie Paola.

De la liquidación de perjuicios en casos de pérdida de oportunidad.

En la sentencia previamente citada del 5 de abril de 2017, R.I. 25706, con ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, en relación con la liquidación de casos que se imputan a título de pérdida de oportunidad en el servicio médico, se señaló lo siguiente, que por su carácter pedagógico se trascribe in extenso, así:

"V. La liquidación de perjuicios

*25. La Sala estima que, a la vista de que **no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad** y de la visible repercusión en los montos de indemnización, resulta procedente sistematizar **unos parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía**, lo que, sin duda, no solo creará un ambiente de **igualdad y seguridad jurídica**, sino que redundará en beneficio de las partes que concurran al proceso.*

*25.1. En efecto, **el alcance restrictivo de las indemnizaciones por pérdida de oportunidad al estar circunscrita a un rubro diferente de los perjuicios materiales e inmateriales o clasificada en un tipo único de perjuicio**, encierra en algunas ocasiones, **el desconocimiento del principio de la reparación integral y, en otras, el de enriquecimiento sin causa**, lo cual lleva a la Sala al convencimiento de que es preciso elaborar **un baremo para poder cuantificar de forma equitativa y justa los casos de pérdida de oportunidad en materia de salud.***

26. Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica:

*i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en **el truncamiento de la expectativa legítima**, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, **la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.***

---

prestar el servicio de salud tienen la posición de garante frente a los pacientes que soliciten esos servicios. Por lo tanto, ven comprometida su responsabilidad cuando se abstengan de ofrecer al paciente los tratamientos que estos requieran, de acuerdo con los desarrollos científicos y tecnológicos y el nivel de atención de la institución de que se trate, o en su defecto de la remisión oportuna del paciente a una entidad de mayor nivel, y esa omisión implique para el paciente la pérdida de oportunidad de recuperar su salud, preservar su vida o al menos mantener condiciones estables en su afección".

[25] *"En los fenómenos de omisión, no es relevante para el instituto de la responsabilidad establecer las causas, sino definir por qué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a persona distinta de la que lo ha padecido o causado, lo cual se determina con arreglo a criterios jurídicos y no naturales". Sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, op. cit.*

ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio **oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos**, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, **en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible**.

iii) No es procedente indemnizar **la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación**, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, **resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial**[26].

iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, **habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso**.

v) **El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-**. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, **pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina**[27], bien sea **a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio**, o bien **b) acudir a criterios de equidad**[28], eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998[29]-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados[30].

vi) Ahora, **si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se**

---

[26] *Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizará o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: "insistimos* ***en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño****" GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.*

[27] *TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.*

[28] *Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth*

[29] *"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".*

[30] *En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.*

determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos[31], en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción*. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.*

26.1. De acuerdo con los anteriores parámetros, en ***el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevida -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño****.*

26.2. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. ***En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la lex artis****.*

26.3. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevida que tenía la señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un ***50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial****.[32] (Subraya y negrilla fuera del texto).*

Ahora bien, conforme a lo señalado en la jurisprudencia en cita, en el sub examine se encuentra demostrada la pérdida de oportunidad, como fuera referido en acápites anteriores, conclusión a la cual se arribó del análisis de la Historia Clínica de la paciente, los peritajes médicos y su contradicción, efectuados en el trámite del proceso; sin embargo, en el proceso no se contó con elementos objetivos que pudieran determinar el grado de probabilidad de mejoramiento de la salud de la menor Angie Paola, si no hubiera adquirido el síndrome de desmielinización osmótica a causa de la falla en el servicio enrostrada a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

Conforme a lo anterior, no queda duda que el elemento cuantitativo al que hace relación la sentencia de 5 de abril de 2017, ut supra citada, no se encuentra presente en este proceso; tampoco existen criterios científicos y/o técnicos que permitan al despacho establecer parámetros para ordenar una indemnización en abstracto; así las cosas, siguiendo como derrotero la sub-regla del Consejo de Estado antes transcrita, se acudirá al criterio de equidad y se condenará a la ESE Hospital San Rafael de Tunja al pago del 50% de los perjuicios materiales e inmateriales que se encuentren demostrados en este proceso.

---

[31] *La sentencia n.° 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, "Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica", Revista Española de Medicina Legal, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.*

[32] ***CONSEJO DE ESTADO.*** *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 05 de abril de 2017. Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Actor: Ángela María Gutiérrez Campiño y otros. Demandado: CAJANAL y otro. Referencia: Acción de Reparación Directa.*

De los perjuicios materiales.

En este caso, la parte demandante solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro y consolidado a favor de la menor (directamente afectada) y de sus padres.

La modalidad de daño material conocida como lucro cesante ha sido definida a nivel jurisprudencial, en los siguientes términos:

Entiéndase por lucro cesante, la ganancia o provecho que dejó de reportarse a consecuencia de la concreción del daño antijurídico. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el lucro cesante, puede presentar las variantes de consolidado y futuro, y este ha sido definido como "el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación"[33]

El Consejo de Estado ha sido en enfático en señalar que para el reconocimiento del lucro cesante en cualquiera de sus modalidades, debe existir una probabilidad objetiva de que efectivamente la víctima y sus familiares, como consecuencia de la ocurrencia del daño antijurídico, dejarían de percibir unos ingresos, contrario sensu, la configuración de este rubro del perjuicio no puede edificarse sobre conceptos hipotéticos o posibilidades inciertas de ganancias ficticias.

En la sentencia unificación del Consejo de Estado, proferida el 28 de agosto de 2014, Sala Plena de la Sección Tercera, dentro del expediente 27709, destacó sobre las bases objetivas para reconocer el lucro cesante, lo siguiente:

> *Es por esto, que sobre el lucro cesante debe aclararse que este no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias facticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso, de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso, exigencias que evidentemente no se cumplen en el sub judice.*

El Consejo de Estado[34] ha señalado que para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman:

> *"Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre.* ***Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético*** *(...) Negrilla del despacho "*[35]

---

[33] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá, D.C., dos (02) de mayo de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 19001-23-31-000-2006-00955-01(40887)

[34] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA – SUBSECCION A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil doce 2012) RADICACIÓN: 73001-23-31-000-1999-1240-01

[35] Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977. 5ª. Edición. Tomo I, Vol. I. págs. 301-302.

En el *sub-judice* no se avizora la existencia de un daño cierto en lo concerniente a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, futuro ni consolidado a favor de los padres de ANGIE PAOLA y a favor de esta última, toda vez que no existe certeza de que ella fuera a colaborar económicamente con su familia, considerando además la gravedad de la patología de base que padece – tumor cerebral en fosa posterior-, el carácter permanente de las secuelas y su incidencia en la merma de la posibilidad de que ejerciera en el futuro una actividad laboral que reportara ingresos para su sostenimiento y el de su núcleo familiar.

Sumado a lo anterior, no existe prueba de que las posibilidades laborales y los ingresos derivados de la actividad productiva a la que se dedicaban los señores ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMENDI y MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO, en calidad de padres de la menor, antes del acaecimiento del daño antijurídico, se hayan visto afectadas o disminuidas, de modo que ante el carácter eventual e hipotético del lucro cesante reclamado, el despacho no accederá a esta pretensión.

Por el contrario, observa el despacho que luego del padecimiento de la menor Angie Paola, el señor ANDRES HUMBERTO HERRERA en calidad de padre de la menor, continuó laborando y percibiendo unos ingresos como consta en la certificación vista a folio 433, luego no hay prueba que demuestre (más allá de las manifestaciones hechas en las declaraciones de parte[36]) que él o la madre de la menor se encontraron en imposibilidad de ejercer una actividad laboral con motivo del daño.

Se pronunciará ahora el Juzgado frente a la pretensión denominada **daño emergente consolidado**, en virtud del cual solicita la parte actora que se condene a la entidad demandada al pago DOCE MILLONES SEICIENTOS MIL PESOS (12.600.000,oo), por concepto de los gastos en que han incurrido con ocasión de la enfermedad que padece la menor ANGI HERRERA SOLER, para procurar mantenerla en vida.

Al respecto, ha de señalar el despacho que el daño emergente supone una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido, luego dicho rubro del perjuicio supone que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima y dicha erogación debe estar debidamente probada en el plenario.

Dicho lo anterior y revisado el pedimento de la parte demandante, el Despacho no encuentra elementos de juicio que determinen la existencia de un daño emergente consolidado en favor de los demandantes, pues no se acreditaron gastos o expensas con ocasión del daño padecido por la menor, no se allegaron certificaciones, facturas o demás elementos de convicción que demuestren los gastos en que incurrieron los demandantes.

Con respecto a la pretensión de reconocimiento del denominado "daño emergente futuro", tampoco hay lugar a su reconocimiento toda vez que los gastos de tratamiento que reclama la parte actora, se encuentran en principio cubiertos por el plan de beneficios en salud, de modo que su existencia y cuantificación igualmente carecen de certeza para el despacho y por ende tampoco serán reconocidos.

De los Perjuicios Morales

Sobre los perjuicios morales la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene decantado que serán resarcibles aquellos ciertos, personales y antijurídicos, y la tasación depende entonces de su intensidad, la cual deberá estar probada en cada caso y liquidada en salarios mínimos.

[36] Declaraciones en CD folio 904

De ahí que la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación[37], estableciera unos criterios a fin de que en lo sucesivo se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados, como en el presente caso a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, así:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	***Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales***	***relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)***	***Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil***	***Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.***	***Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados***
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3.5	2.5	1.5

Sin embargo, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo precisó que estos límites son susceptibles de ser incrementados en casos como graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, o en otros casos en los que se constate a partir de las pruebas practicadas que el dolor y la aflicción ocasionada por el daño que sufrió la víctima directa, es de una mayor gravedad o magnitud dadas las circunstancias particulares del proceso.

Al respecto, el Consejo de Estado destacó en sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera, Sala Plena del 28 de agosto de 2014, Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), con ponencia del Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero:

> *15.11.3. Sin embargo, la Sala precisa, con fines de unificación jurisprudencial, que en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos descritos en la sentencia de unificación antes citada, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.*

En el sub-lite y al amparo del anterior precedente jurisprudencia, encuentra el despacho que hay lugar a reconocer un monto indemnizatorio mayor por concepto de perjuicios morales a favor de la menor ANGIE PAOLA, sus padres y hermana, dada la gravedad del síndrome que aqueja a la menor y que prácticamente la tiene en un estado de postración por la imposibilidad de movilizarse por sí misma y desarrollar sus actividades cotidianas, aunado a que para la fecha de los hechos contaba apenas con 5 años de edad, es decir, estaba apenas comenzando a vivir y que a la fecha

[37] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz

de hoy cuenta con 13 años aproximadamente, luego se trata de una menor de edad que merece de la especial protección del Estado (Art. 44, C.P.).

Los padecimientos señalados se encuentran probados tanto en las declaraciones de los padres como en el dictamen de medicina legal, donde se evidencian la congoja, los sufrimientos de los padres y hermana de la menor por la gravedad del estado de salud de ANGIE, de las declaraciones se destaca:

Declaración de Martha Lucia Soler Caballero *(Madre de Angie Paola,) fl. 904:*

> ***Pregunto el despacho:*** *que dificultades ha tenido que vivir para el tratamiento, todas las dificultades con la salud de Angie Paola (min 1:12:23)*
>
> ***Contesto:*** *Yo tenía mi casa vivía en ciudadela sol de oriente hace 4 años y medio, tenía mi restaurante yo trabajaba en mi negocito ayudando al hogar, pero a raíz de esos 5 meses fuera en esa época no pude seguir trabajando, mi esposo también estuvo sin trajano, ha sido tiempos difíciles, nos tocó vender las cosas para poder sostenernos en ese momento, ha sido someternos a un encierro, no podemos participar de labores sociales, si nos invitaron a un cumpleaños ha sido muy difícil el traslado con ella por las condiciones, quizás ir a un parque a jugar con ella, ni ir a compartir como familia, nos cambió la vida totalmente, no puedo trabajar, hoy para estar acá me toco pagarle a una persona para que este pendiente, a mi hija mayorcita le toca no ir a clase para poder a ayudar, yo vivo pendiente de ella, no compartimos como una familia normal, porque todo gira en torno a ella...*
>
> ***Agrega****: El estado para su salud hoy ha sido muy difícil, hemos tenido que recurrir a tutelas, todo por la supervivencia de ella, mientras ella respire y tenga ganas de vivir que le toca a uno como padre, pues luchas por ella y salir para adelante con ella y esa a sido la lucha todos los días, (...) ha sido porque no tenemos vida, se ve la parte emocional afectada a toda hora esta uno estresada, preocupada, la otra hija no ha tenido adolescencia porque ha tenido también que estar pendiente de la hermanita.*

Declaración de Andrés Humberto Herrera Arismendi *(MIN 1:18:15) (Padre de Angie Paola)*

> *El Juez señala que el objeto depondrá sobre las condiciones en que se encuentra la menor, las dificultades para atender a la menor.*
>
> *Realiza un relato con respecto a las condiciones en que se encuentra la menor (Min 1:20:15 a 1:23:42)*
>
> *La vida nos cambió totalmente, no somos una familia normal, nos toco retirarnos de trabajar, una batalla con la EPS, cosas que le solicitaban los médicos, tiene entre 5 y 6 tutelas y sin embargo no las cumplen, mi hija requiere muchas cosa que la EPS no las cubre.*

INFORME PERICIAL DE CLÍNICA FORENSE (fl,1090 vto), elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Meta:

> *EXAMEN CLÍNICO FORENSE ACTUAL*
> *(...)*
> *Con base en las herramientas obtenidas de la historia clínica y la correlación de ésta con el manejo esperado para el escenario clínico, y en el evento de que la autoridad decida atribuir daño en la salud de la menor HERRERA SOLER al acto médico, es posible determinar las siguientes secuelas médico legales: Perturbación funcional del órgano nervioso central (que incluye el habla, la deglución, la respiración, la movilidad, la cognición, la memoria, el cálculo, juicio raciocinio, sensopercepción) todas de carácter permanente. Subraya el despacho.*

Estas circunstancias debidamente probadas en el *sub-lite* hacen presumir que el dolor, el sufrimiento y la congoja son de gran entidad tanto en la menor como en sus padres y hermana, de modo como en el caso bajo estudio, los demandantes MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO, ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMENDI y ANGIE POAOLA HERRERA SOLER, padres y menor afectada, demostraron que se encuentran en el primer nivel de consanguinidad como se evidencia en los registros civiles visto a folios (fls. 430 y 435), es decir, que para cada uno de

ellos se reconocerá el doble del límite indemnizatorio (100 s.m.l.m.v.), es decir, un total de 200 s.m.l.m.v.

Sin embargo y en consideración a que se imputó la falla en el servicio como pérdida de oportunidad, apelando al criterio de equidad, la condena se reducirá en un 50% y en esa medida corresponde a 100 s.m.l.m.v., para cada uno de los demandantes antes referidos.

Por su parte, la menor LAURA ANDREA HERRERA SOLER, allego su respectivo registro civil de nacimiento a folio 435, el cual da fe del parentesco con sus padres Martha Lucia Soler Caballero y Andres Humberto Herrera Arismendi, demostrando la condición de hermana de la menor Angie Paola, por lo tanto se encuentra en el segundo nivel a reparar, y como consecuencia procederá el despacho a reconocerle el doble del límite indemnizatorio fijado para el 2° nivel de consanguinidad que corresponde a 100 s.m.l.m.v., el cual debe reducirse a la mitad, es decir, 50 s.m.l.m.v. que corresponde al 50% de la condena puesto que se realiza a título de pérdida de oportunidad, como fue explicado con anterioridad.

En resumen, se condenará a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, al pago de las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

Demandante	Vínculo con la víctima	Suma a indemnizar
ANGIE POAOLA HERRERA SOLER	Victima	100 s.m.m.l.v.
MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO	Madre	100 s.m.m.l.v.
ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMENDI	Padre	100 s.m.m.l.v.
LAURA ANDREA HERRERA SOLER	Hermana	50 s.m.m.l.v.

DEL PERJUICIO DENOMINADO DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN ACTUALMENTE DENOMINADO DAÑO A LA SALUD.

El Consejo de Estado en el año 2000, incorporó la tesis del daño denominado "daño a la vida de relación"[38], indemnizando con él las secuelas ocasionadas al sujeto con respecto a su afectación en las relaciones sociales, familiares, recreativas, en últimas a la afectación de sus relaciones con el entorno y a la posibilidad de desplegar las actividades cotidianas como lo puede hacer una persona en condiciones de salud normales, el cual se mantuvo vigente hasta el 14 de septiembre del año 2011, fecha en la cual la alta corporación adoptó la nueva tesis del "daño a la salud".

Con respecto al daño a la salud derivado de una lesión a la integridad psicofísica como la que padece ANGIE PAOLA HERRERA SOLER, el despacho recuerda la posición acogida en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado dentro de los expedientes 19.031[39] y 38.222[40], ambas del 14 de septiembre 2011, en las que señaló:

> *"De modo que, el "daño a la salud" –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psiocofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por*

[38] Consejo de Estado en sentencia de fecha 19 de julio de 2000, expediente No. 11842, actor: JOSÉ MANUEL GUITÉRREZ SEPULVEDA, consejero ponente: DR. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 20 de abril de 2005, C.P.: Ruth Stella Correa.

[39] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Rad.: 05001232500019940002001 (19031) Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero Actor: Antonio José Vigoya Giraldo y otros Demandado: Nación — Ministerio de Defensa, Ejército Nacional

[40] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Rad.: 05001232500019940002001 Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, expedientes No: 38.222. , sentencias del 14 de septiembre de 2011

ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

"Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

"Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad[41].

"En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

(...)

"Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas ***generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial****[42]. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.*

"En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica[43]. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

---

[41] "El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o "maneras de ser"". FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos "El daño a la persona", Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

[42] Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

[43] "Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser "límites razonables", determinados sí, en términos jurídicos." CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

"De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) ***uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.***

"Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima "a igual daño, igual indemnización"[44]*.*

"En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

"Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

"i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

"ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal*[45]*.
(...)

"Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

"Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material."(negrilla del despacho)

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado[46].

---

[44] "En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico "debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado." ROZO Sordini, Paolo "El daño biológico", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

[45] "Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico." GIL Botero, Enrique "Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación", pág. 10.

[46] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 27 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz

Lo anterior, en ejercicio del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida y se utilizarán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos definidos a nivel jurisprudencial[47]:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

No obstante e igual a como acontece como en el daño moral, la jurisprudencia[48] ha establecido la posibilidad de superar el límite indemnizatorio hasta 400 SMLMV, con base en la ponderación de factores como la gravedad de las alteraciones psicofísicas padecidas por la víctima del daño; al respecto el Consejo de Estado expresa lo siguiente:

> *Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV. Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto: - 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. - 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.*

Se encuentran probadas en el plenario las siguientes variables frente al daño a la salud padecido por la menor ANGIE PAOLA:

- ***La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).***

  Conforme se observa en el informe pericial de la Clínica Forense (fl.1090 vto), elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Meta, concluye que las secuelas médico- legales son de carácter permanente:

[47] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Exp. 28.832.
[48] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 28.804.

(...) es posible determinar las siguientes secuelas médico legales: Perturbación funcional del órgano nervioso central (que incluye el habla, la deglución, la respiración, la movilidad, la cognición, la memoria, el cálculo, juicio raciocinio, sensopercepción) todas de carácter permanente. Subraya el despacho.

- ***- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental:***

  Conforme se evidencia en el informe precitado las perturbaciones afectan el habla, la deglución, la respiración, la movilidad, la cognición, la memoria, el cálculo, el juicio y el raciocinio.

- ***- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología:***

  Conforme se indicó, todas las perturbaciones en el estado de salud de la menor son irreversibles y tienen carácter permanente como se dispuso en el informe médico legal.

- ***- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - 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:***

Estas variables igualmente se encuentran probadas toda vez que el síndrome padecido por la menor ANGIE PAOLA, conforme se deriva de la Historia Clínica y el dictamen de Medicina Legal, le generó un estado de inmovilidad y la afectación en sus funciones de habla, deglusión y congnición, de modo que afectará perpetuamente su capacidad para disfrutar de las actividades sociales, lúdicas o placenteras de la vida.

En el sub-lite, si bien no fue incorporado al informativo un expertico que dictaminara sobre el porcentaje de incapacidad de ANGIE PAOLA, el dictamen de medicina legal[49] concluye que las graves secuelas en la integridad psicofísica de la menor son definitivas y atendiendo a la ponderación que se llevó a cabo anteriormente, encuentra el despacho que se le debe reconocer por concepto de daño a la salud un total de 300 SMLMV, no obstante y en consideración a que el daño se imputó a título de perdida de oportunidad, conforme a lo expuesto en el acápite respectivo, el reconocimiento por este concepto será de 150 **SMMLV**, con lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional a la lesión sufrida.

Finalmente, debe señalar el despacho que no obstante su denominación en las pretensiones de la demanda como daño a la vida de relación, debido al cambio de *nomen iuris* se entiende que en el actual estado del arte jurisprudencial se reconoce a título de daño a la salud, empero, este último tiene como propósito el resarcimiento de las alteraciones a la integridad psico-física de la víctima directa del daño, en este caso de la menor ANGIE PAOLA HERRERA, sin que se pueda pretender la reparación de este rubro del perjuicio a favor de los integrantes de su entorno familiar, esto es, de sus padres y hermana, de modo que el despacho negará las pretensiones encaminadas al resarcimiento de este perjuicio a favor de los señores ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMENDI, MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO y LAURA ANDREA HERRERA SOLER.

[49] Fl. 1089 y 1090

5. Costas

De acuerdo con el artículo 171 del C.C.A., "*Modificado por el art. 55, Ley 446 de 1998 Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.*, observa el Despacho que hay lugar a la imposición de costas cuando la conducta asumida por las partes muestre un actuar temerario y como quiera que en el *sub lite* ninguna parte procedió de tal forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Declarar probada la excepción de "Falta de Legitimación por pasiva", formulada por la Secretaria de Salud del Departamento de Boyacá.

2. Declarar que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, es administrativa y extracontractualmente responsable por la pérdida de oportunidad de sobrevida padecida por la menor ANGIE PAOLA HERRERA SOLER.

3. Como consecuencia de lo anterior, **condenar** a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja a pagar a los demandantes, como indemnización de perjuicios por la pérdida de oportunidad, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápites:

3.1. A título de indemnización de **perjuicios inmateriales por daño moral**, se ordena pagar a favor de los demandantes, las sumas de dinero que se relacionan en el siguiente cuadro:

Demandante	**Vínculo con la víctima**	**Suma a indemnizar**
ANGIE POAOLA HERRERA SOLER	Victima	100 s.m.m.l.v.
MARTHA LUCIA SOLER CABALLERO	Madre	100 s.m.m.l.v.
ANDRES HUMBERTO HERRERA ARISMEND	Padre	100 s.m.m.l.v.
LAURA ANDREA HERRERA SOLER	Hermana	50 s.m.m.l.v.

4. A título de indemnización de **perjuicios por daño a la salud**, se ordena pagar a favor de la menor ANGIE PAOLA HERRERA SOLER, la suma equivalente a 150 SMLMV.

5. **Denegar** las demás pretensiones de la demanda.

6. En firme esta providencia archívense las diligencias, déjense constancias y anotaciones de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
Juez