|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420160022900** |
| DEMANDANTE | **ISAURO MARIA APONTE VACA Y OTROS** |
| DEMANDADO | **CLÍNICA MARLY, CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE LIQUIDADA , FIDUPREVISORA y MINISTERIO DE SALUD** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACION DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACIÓN DIRECTA iniciado porELPIDIA VACA ARIAS e ISAURO MARIA APONTE VACA, LEIDY ESNAY APONTE VACA, FAUSTO GIOVANY APONTE VACA, ANA SHIRLEY APONTE VACA, BELEN ESMERALDA APONTE VACA y VIKY PAOLA APONTE VACA mayores de edad. contra CLÍNICA MARLY, CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE LIQUIDADA, FIDUPREVISORA y MINISTERIO DE SALUD

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **La DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES**
        1. *“(…) Que se declare administrativa y extracontractualmente responsables a las instituciones CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE EN LIQUIDACIÓN, la cual se encuentra representada legalmente por el liquidador FIDUPREVISORA, LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD representado legalmente por el Ministro de Salud o por quien haga sus veces; y a la CLINICA MARLY representada legalmente por su representante legal LUIS EDUARDO CAVELIER o por quien haga sus veces y en razón de los perjuicios ocasionados a la parte demandante por la* ***indebida y retardada atención médica y posterior muerte del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA*** *hijo y hermano de los demandantes, quien falleció el día 15 de noviembre de 2015 debido a la falta de la realización de un trasplante autologo de progenitores hematopoyéticos DX leucemia limfoblastica aguda de persecuciones. En conclusión, las entidades accionadas son responsables en la medida que no brindaron una atención adecuada y oportuna al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA que requería de todos los cuidados, en especial de un trasplante autologo para que su condición médica no se agravara como lamentablemente ocurrió, ya que aunque sufría intensos dolores y otros síntomas propios del cáncer la falta del trasplante fue un elemento determinante de la muerte del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA*
        2. *Condenar Administrativamente a las instituciones CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE EN LIQUIDACIÓN, la cual se encuentra representada legalmente por el liquidador FIDUPREVISORA, LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD representado legalmente por el Ministro de Salud o por quien haga sus veces; y a la CLINICA MARLY representada legalmente por su representante legal LUIS EDUARDO CAVELIER o por quien haga sus veces, a pagar a favor de los demandantes, a título de perjuicios morales el equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia así:*

|  |  |
| --- | --- |
| ***ELPIDIA VACA ARIAS*** | *100 SMLMV* |
| ***ISAURO MARIA APONTE VACA*** | *100 SMLMV* |
| ***LEYDI ESNAY APONTE VACA*** | *50 SMLMV* |
| ***FAUSTO GIOVANY APONTE VACA*** | *50 SMLMV* |
| ***ANA SHIRLEY APONTE VACA*** | *50 SMLMV* |
| ***BELÉN ESMERALDA APONTE VACA*** | *50 SMLMV* |
| ***VIKY PAOLA APONTE VACA*** | *50 SMLMV* |

*(…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. El señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA estuvo vinculado a la EPS CAPRECOM desde el día 1 de junio del 2013 hasta la fecha de su muerte.
       2. El señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA comenzó a sufrir diversos padecimientos como astenia, adinamia, cefalea global, osteomialgias y palidez progresiva.
       3. Por lo anterior, el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA fue remitido al Hospital de Kennedy, donde se le diagnosticó leucemia aguda de precursores linfoides con 94% de blastos, cariotipo 46 XY, con T (1; 19), T(4, 11), T (9, 22).
       4. El 26 de marzo del 2015 por neutropenia febril de alto riesgo se ordenó estudio de compatibilidad y remisión al ALOTPH
       5. El día 16 de abril del 2015 se ordenó por parte del Instituto Nacional de Cancerología la orden para autorización de trasplante autologo de progenitores hematopoyéticos por leucemia linfoblastica
       6. Debido a la gravedad de la enfermedad se inició el tratamiento necesario; sin embargo, los médicos tratantes consideraron que el paso siguiente del tratamiento es el trasplante autologo de progenitores hematopoyéticos de donante idéntico intrafamiliar. Por esta razón, ordenaron evaluar la pertinencia de este procedimiento.
       7. Debido a la complejidad del procedimiento el Instituto Nacional de Cancerología ordenó remitir al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA a la Clínica Marly donde se desarrollarían esos procedimientos.
       8. Como resultado de los estudios realizados se llegó a la conclusión de que la señora BELEN ESMERALDA APONTE, hermana del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA era la donante adecuada para el trasplante
       9. La Unidad de trasplante de Medula Ósea de la Clínica Marly autorizó la realización prioritaria de un trasplante alogenico de progenitores hematopoyéticos de donante idéntico intrafamiliar el día 1 de septiembre de 2015.
       10. A pesar de que las órdenes médicas pertinentes fueron radicadas en CAPRECOM el 15 y el 28 de abril, y por último el 7 de septiembre del 2015, la entidad incurrió en mora a la hora de emitir las órdenes y las autorizaciones necesarias para que se realizara el trasplante.
       11. En la medida que la EPS CAPRECOM falló en su deber de emitir las correspondientes autorizaciones para realizar los procedimientos quirúrgicos necesarios para salvar la vida del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA, el señor ISAURO MARIA APONTE padre del citado decidió interponer una acción de tutela que buscaba el amparo de los derechos fundamentales y por consiguiente la realización del trasplante.
       12. El Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de junio de 2015 decidió amparar los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de ISAURO ALEXANDER APONTE VACA, por lo que ordenó a la entidad CAPRECOM EPS que en el término de 36 horas contadas a partir de la notificación del fallo se entregara la autorización y se practicara el trasplante
       13. A pesar de la claridad del fallo de tutela y la urgencia de la intervención, la EPS CAPRECOM no expidió las autorizaciones necesarias, de allí que fuera necesario interponer un desacato que fue fallado por el juzgado 26 civil del circuito el día 23 de junio del 2015
       14. El doctor MANUEL ROSALES, HEMATOLOGO HEMATOLOGO determinó la existencia de donante idéntico, de alto sesgo de HIPERLEUCOCITOSIS en el paciente, por segunda recaída hematología y anotó que el trasplante es la UNICA OPCION DE SOBREVIDA DEL PACIENTE.
       15. El señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA falleció el día 15 de noviembre de 2015 debido al agravamiento del cáncer que padecía y a la falta de la realización de un trasplante autologo de progenitores hematopoyéticos DX leucemia linfoblastica aguda de persecuciones.
       16. Los padres y hermanos del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA sufrieron a su lado no solo el rigor de la enfermedad, sino la frustración e impotencia de observar como un ser tan querido se marchitaba sin recibir el tratamiento que le pudo haber salvado la vida.
  1. **La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
     1. El apoderado de la **CLÍNICA MARLY S.A.** manifestó:

*“(…) Me opongo a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda, por cuanto en lo que atañe a la Clínica de Marly S. A. no se dan los supuestos jurídicos ni de hecho que lleven a concluir que mí representada haya incurrido en alguna culpa, alguna negligencia, algún error, una omisión o una ausencia de trámite, o alguna falta de atención, etc.*

*Por ello la parte actora carece de derecho para el reconocimiento de sus pretensiones enfrente a ¡a Clínica de Marly S. A.; quien estuvo presta a brindarle a! citado paciente la atención que para el efecto te solicitará la EPS a la cual estaba afiliado el paciente Isauro Aponte Vaca así como al Instituto Nacional de Cancerología.*

*Debe tenerse en cuenta la confesión que contienen los hechos sexto, décimo, décimo primero, décimo segundo, décimo tercero de la demanda para deducir la carencia de causa en las pretensiones formuladas en lo que respecta a mi mandante.*

*Lo anterior lleva como consecuencia la falta de causa e ilegitimidad en la misma para ejercer en frente a la Clínica de Marly las pretensiones que se están invocando (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **TITULO** | **CONTENIDO** | **CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES** |
| **Falta de causa e Ilegitimidad de las pretensiones Invocadas por la parte actora enfrente a la Clínica de Marly S.A.** | El paciente Isauro Alexander Aponte Vaca, tal como consta en la historia clínica levantada por mi representada y que se anexa, asistió y concurrió a las instalaciones de la Clínica de Marly situadas en la calle 50 No. 9-87 de Bogotá, los días 1o de septiembre, 19 y 23 de octubre de 2.015  3.1.2, - El paciente tal como consta en la historia clínica mencionada siempre, que asistió a la Clínica de Marly estuvo en recaída, por si se rescataba y tenía buena respuesta fue lo que motivó la autorización de exámenes, con el fin de que si había recuperación ya los exámenes estaban tomados, o al menos ordenados, con lo cual se aceleraría el proceso de trasplante, pero precisamos que el paciente nunca estuvo en condiciones para trasplantarse,  3.1.3, - La atención que se le brindó al paciente Aponte Vaca, por parte de la Clínica de Marly, como reza la historia clínica levantada y el cronograma que a la misma se anexa, fue eficiente, de calidad, oportuna, rápida, adecuada, profesional, dentro de los marcos médicos y guardando tos protocolos respectivos.  3.1.4. - No era del soporte de mi representada lograr los permisos y obtener las autorizaciones que el paciente demandaba, por su estado de salud, la Clínica como consta en la historia solicitó los exámenes y las autorizaciones pero, como se afirma en la demanda, CAPRECOM E.P.S. no las tramitó en tiempo oportuno ni las extendió.  3.1.5. - El cronograma mencionado concluye con la siguiente “NOTA.- OCTUBRE 23 DE 2.015:  "Ante estudios de Médula Ósea recientes del 13/10/2015 con respuesta hematológica inadecuada (sic) se decide repetir estudios de Médula Osea: Del miércoles 21 (se supone octubre) PRESENCIA DE 34% DE LINFOBLASTOS EN MEDULA, CON PRESENCIA DE LINFOBLASTOS EN EL LÍQUIDO CEFALORAQUIDEO ii. Con dichos reportes se confirma recaída y/o progresión de la LEUCEMIA LINFQBALSTICA AGUDA ADEMAS CON COMPROMISO A NIVEL DEL SNC, por lo que se considera NO CANDIDATO A REALIZACION DEL TRASPLANTE ALOGENICO. Se contra remite a su EPS-IPS para continuar manejo probablemente, paliativo. Indicaciones".  3.1.6. - El fallo de tutela al cual se alude en la demanda, para nada vincula a la Clínica de Marly quien presta los servicios una vez se le soliciten y con el lleno de los requisitos legales.  3.1 7. - No existe causa ni legitimidad para la formulación de las pretensiones declarativas indemnizatorias invocadas en la demanda por lo cual deberá declararse probada esta excepción. | Por su parte, LA CLINICA MARLY está legitimada por pasiva en la medida que era la entidad a la que fue remitido el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA para que allí se realizara el trasplante autologo de progenitores hematopoyéticos de donante idéntico intrafamiliar. Dicha entidad se negó a practicar el procedimiento a pesar de que existía la orden de los médicos tratantes además de un fallo de tutela donde se amparaban los derechos del paciente, el argumento alegado era que la EPS CAPRECOM no había consignado el valor del procedimiento.  Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que en los casos donde se ocasiona un daño a una persona por la falta de prestación de un servicio médico o tratamiento, cerno era el caso del señor APONTE VACA se presenta una solidaridad entre las entidades involucradas en este caso la EPS y LA CLINICA MARLY.  "Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas". |
| **La de ausencia de responsabilidad a cargo de la Clínica de Marly S.A.** | Tal como se expresó en los fundamentos de la excepción anterior al paciente Aponte Vaca se le brindó la atención requerida, según consta en la historia clínica, una atención profesional, de calidad, humana, eficiente y pronta.  3.2.2. - Es sabido que la responsabilidad genera la obligación de reparar los daños causados a un tercero, resarcimiento que se hace generalmente entregando una suma de dinero correspondiente a los perjuicios causados.  La institución de la responsabilidad civil consiste en la obligación de reparar o resarcir los daños causados a un tercero, cuando esos daños han sido causados por una conducta dolosa o culposa del demandado.  Igualmente, es indispensable que el daño alegado sea efecto o resultado de la conducta del demandado, significa esto que cuando el Juez se pregunte ¿quién fue?, ¿a quién fe atribuimos el daño?, el acervo probatorio le permita inferir que el causante fue el demandado.  3.2.3. - Tenemos así como requisito indispensable para el reconocimiento y la declaratoria de responsabilidad, el NEXO CAUSAL, entendido como la relación o Vínculo que debe existir entre el hecho y el daño. Sin nexo causal no hay  Responsabilidad, porque el daño no puede imputarse.  En este caso al paciente Aponte Vaca se le atendió profesionalmente como correspondía pero por su estado de salud atrás referido, en constante y permanente recaída, observando la /ex artis, no se le podía realizar el trasplante de médula ósea sino que correspondía hacer un manejo probablemente paliativo.  udo hacer ninguna intervención, ninguna valoración, ninguna atención, en consideración a que no concurrió a la Clínica de Marly S. A. a que te prestaran los servicios médicos, paramédicos o clínicos que esta Clínica presta a las personas que la frecuentan para demandar sus servicios.  3.2.4.- En la relación de los hechos de la demanda y sus anexos, visita de la Personería de Bogotá a las instalaciones de CAPRECOM , se confiesa que toda la demora y la no atención del paciente o su atención defectuosa o tardía obedeció a hechos imputables a CAPRECOM EPS, pero nunca a cargo de la Clínica de Marly, quien repito, si le brindo el servicio adecuado y profesional, siendo atendido por el Dr. MANUEL ROSALES a quien se cita en la demanda y quien diligenció la historia clínica que se acompaña en un Cd.  No se da ninguno de los elementos de la responsabilidad civil, para que se pueda hacer declaración en ese sentido y menos disponer un resarcimiento de perjuicios como se pretende en la demanda ya que choca abiertamente con lo reglado por el artículo 2343 del Código Civil. | Las entidades demandadas son responsables porque se demuestra claramente en el acervo probatorio que el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA no recibió una atención adecuada y oportuna, ya que no le fue realizado el trasplante necesario por el lapso de ocho meses después de los cuales el paciente falleció. Es decir que la responsabilidad de las entidades se fundamenta en el hecho de que se estructura una falla en el servicio médico consistente en la no realización al señor APONTE VACA del trasplante autologo de progenitores hematopoyéticos de donante idéntico intrafamiliar, cuando este tratamiento fue ordenado por los médicos tratantes. En esta denegación del servicia participa la EPS CAPRECOM que no consigno los dineros para que la clínica realizara la intervención sin importar los fallos de tutela que amparaban los derechos del paciente y ordenaban el procedimiento, y lo Clínica Marly entidad a la cual había sido remitido el señor APONTE VACA y que no practico la intervención necesaria porque la EPS no le había consignado.  En este punto sobresale el hecho de que la salud del señor- ISAURO ALEXANDER APONTE VACA no era el tema principal de la discusión, sino que 'as entidades encargadas de administrar el servicio médico se enfrascaron en una disputa administrativa de tintes económicos que desplazo a segundo plano lo más importante que era la vida del paciente. Esta afirmación no desconoce que el sistema de salud responde o principios donde el factor económico es importante, es decir mantener un sistema sostenible y de calidad, pero tampoco ese aspecto monetario puede servir de excusa a las entidades para negarse a prestar el servicio que en el fondo es su razón de ser. |
| **La de ausencia de solidaridad.** | 3.3.1 - Es claro que la condena solidaria en contra de los demandados que se demanda, tiene su fundamento en el artículo 2344 del Código Civil, el cual indica que cuando dos o más personas sean las causantes de un perjuicio serán solidariamente responsables de su indemnización y, en el presente caso, la CLINICA DE MARLY S.A., no puede considerarse como causante de perjuicio alguno, tal como ha quedado visto en las excepciones que anteceden, en razón o consideración a que al señor Aponte Vaca, por su estado de salud -en recaída permanente- no se le podía, salvo violación de la /ex art hacer el trasplante de médula ósea reseñado en la demanda.  3.3.2. - Ninguna conducta a cargo de la CLINICA MARLY SA, por acción u omisión, fue la causante de la no realización del trasplante de médula ósea en la persona de Isauro Alexander Aponte Vaca puesto que si bien era candidato para trasplante este no se le podía realizar por el estado de recaída constante que padeció.  3.3.3. - Debe absolverse a la CLINICA MARLY S.A., pues, no es procedente aplicar la norma de solidaridad legal, al no haber participado en ninguna de ¡as actividades que se mencionan en la demanda y menos aún haber incurrido en falta, falla u omisión, ni en incumplimiento contractual o extracontractual, pues repito al paciente Aponte Vaca, como consta en la historia clínica que anexo, se le brindó la atención profesional con altos estándares eficiente, pronta y cumplida, de ello da cuenta la tantas veces citada historia clínica.  3.3.3.1.- Importa indicar que la Clínica de Marly S.A. no causo daño o perjuicio alguno ai paciente Aponte Vaca ni a los demandantes, corno consecuencia de los hechos narrados en la demanda, ni participo en ellos, ni en los actos y menos aún en las omisiones de ninguna naturaleza pues repito al paciente Aponte Vaca se le dispensó un buen servicio médico de alta calidad.  Por consiguiente no existe solidaridad en cabeza de mi poderdante.  Aclaro, señor Juez, que el hecho de haber puntualizado en la presente excepción algunos aspectos de la demanda, lo hago con el fin de demostrar que no existe solidaridad en cabeza de mi poderdante y la presentación que se hace en la excepción no implica de ninguna manera la aceptación de esos hechos, ni el reconocimiento de los mismos, referidos estos a las otras demandadas, en los cuales no participó mi poderdante, tal como se infiere de los hechos de la demanda, ni tuvo conocimiento de ellos. Me remito al respecto a lo que indiqué en su oportunidad en la respuesta de cada uno de ellos. | Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que en los casos donde se ocasione un daño a una persona por la falta de prestación de un servicio médico o tratamiento, come ero el caso del señor APONTE VACA se presenta una solidaridad entre las entidades involucradas en este caso le EPS y LA CLINICA MARLY.  "Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por les Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándole? mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas"3.  Solidaridad que se demuestra en la no realización de la cirugía por parte de la clínica Marly a pesar estar ordenada |
| **La genérica y que se pruebe en el proceso.** | Conforme lo establecen los artículos 175, 187 de la Ley 1437 de 2.011 ruego al Juzgado declarar fundada la excepción que se pruebe en el curso del proceso. |  |

* + 1. El apoderado de la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE LIQUIDADA, FIDUPREVISORA** manifestó:

*“(…) Me opongo a todas y cada una de las pretensiones del demandante tanto declarativas como condenatorias y en consecuencia solicito se absuelva a la entidad que represento AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, cuya vocera y administradora es FIDUPREVISORA S.A, por cuanto la misma no es sujeto procesal dentro de la Litis por cuanto no fue convocada como extremo pasivo, y menos aún no es sucesor procesal de Caprecom en liquidación hoy extinto.*

*Respetuosamente manifiesto al señor Juez que me opongo a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, es decir, la declaración de responsabilidad extracontractual de mi representada y la consecuente indemnización de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales solicitados por los demandantes, toda vez que como quedará demostrado en el curso del proceso, CAPRECOM HOY LIQUIDADO, actuó siempre de manera prudente, diligente y cuidadosa, por lo tanto, el presunto daño antijurídico que se pretende endilgarse, no le es imputable ni fáctica, ni jurídicamente. (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **TITULO** | **CONTENIDO** | **CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES** |
| **AUSENCIA DE IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DEL DAÑO A MI REPRESENTADA:** | Es sabido que para proferir sentencia estimatoria de las pretensiones al interior de un proceso de reparación directa, es necesario que esté acreditada en el expediente, la existencia de dos elementos:  1. Daño Antijurídico  2. Imputación  El daño antijurídico se ha construido como un presupuesto de la responsabilidad y supone la existencia da una afectación negativa a un bien jurídico legítimo y protegido, en el evento en el cual su titular, no estaba obligado a soportarlo.  Luego de la verificación de la existencia y acreditación probatoria de este presupuesto, es dado estudiar si este daño, es atribuible física y juradamente al demandado, es decir si el mismo se causó en virtud de una acción o de una omisión de la Entidad.  Y es allí, en donde se hace necesario concluir que a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, no le es atribuible en ninguna de sus categorías dicho daño, por cuanto obró siempre en forma prudente y diligente, brindando al paciente los cuidados debidos que estaban a su alcance y que le eran exigibles de acuerdo a su capacidad.  Así, lo ha manifestado el H. Consejo de Estado, en Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:  "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.  Por lo tanto, es evidente que en el tratamiento del paciente, no se observa ninguna falla imputable a mi representada, sin embargo, es menester recordar de la manera más respetuosa al Despacho que los actos médicos se rigen por el principio de las OBLIGACIONES DE MEDIO y NO DE RESULTADO, por lo tanto, a las Instituciones prestadores de servicios de salud y a los profesionales de la medicina, se les exige que en su actuar se observe diligencia y cuidado, que brinden al paciente todo su leal saber y entender y pongan a su disposición todos los medios diagnósticos que posean o que deban poseer de acuerdo al nivel de complejidad de la unidad hospitalaria donde se encuentren, y en este sentido su responsabilidad está dada desde la exigibilidad de la asunción de una conducta diferente que objetivamente de acuerdo a la comunidad científica se hubiera requerido y constituya una omisión grave que haya repercutido sustancialmente en la expectativa de vida o sanación del paciente, puesto que debe recordarse que al no tratase de una ciencia exacta los criterios de los galenos varían de acuerdo a las escuelas médicas que sigan, la consideración de costo-beneficio del tratamiento para el caso concreto, los antecedentes médicos del paciente y otras variables, por lo tanto, a pesar de brindar una atención médica eficiente, oportuna, diligente, idónea y perita, no puede garantizarse el resultado de mejoría o recuperación total o restablecimiento de la salud. | Es claro como demuestra lo narrado dentro del expediente es que el daño se concreta en la muerte del joven ISAURO ALEXANDER APONTE VACA La imputación táctica efectuada a la entidad  La entidad CAPRECOM debía autorizar este trasplante ya ordenado y con pruebas genéticas ya efectuadas y a pesar de que las órdenes médicas pertinentes fueron radicadas en CAPRECOM el 15 y el 28 de abril, y por último el 7 de septiembre del 2015 lo cierto es que la entidad incurrió en mora a la hora de emitir las órdenes y las autorizaciones necesarias para que se realice el trasplante  £7 consejo de estado es claro al anotar que: "Esa dilación injustificada en la prestación del servicio hospitalario, a diferencia de lo precisado por el a quo, supone un grave desconocimiento a los elementos esenciales de la obligación médica, es decir, a la integralidad, la oportunidad y la identidad, ya que, en efecto, el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas" . |
| **PRESTACIÓN EFICIENTE, OPORTUNA, DILIGENTE, IDÓNEA Y PERITA DEL SERVICIO DE SALUD POR PARTE DE CAPRECOM HOY LIQUIDADO:** | Mi representada, siempre prestó de manera oportuna, diligente, idónea y perita el servicio de salud al demandante, utilizó todas las ayudas diagnósticas requeridas por el mismo, le realizó todos los exámenes, y procedimientos, que se estimaron necesarios para restablecer su salud, en todo momento le propició el manejo que según el protocolo y la ciencia médica para la época estaban disponibles y era el adecuado para tratar su patología, así también dispuso un grupo de especialistas y un equipo médico que siempre le brindaron atención sumamente calificada y oportuna. | Esta pronta atención se traduce en que en la medida que la EPS CAPRECOM fallo en su deber de emitir las correspondientes autorizaciones para realizar los procedimientos quirúrgicos necesarios para salvar la vida del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA. El señor ISAURO MARIA APONTE padre del citado decidió interponer una acción de tutela que buscaba el amparo de los derechos fundamentales v por consiguiente la realización del trasplante.  El Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de junio de 2015 decide amparar los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de ISAURO ALEXANDER APONTE VACA, por lo que ordena a la entidad CAPRECOM EPS que en el término de 36 horas contadas a partir de la notificación del fallo se entregue la autorización y se practique el trasplante.  A pesar de la claridad del fallo de tutela y la urgencia de la intervención la EPS CAPRECOM no expidió las autorizaciones necesarias, de allí que fuera necesario interponer un desacato que fue fallado por el juzgado 26 civil del circuito el día 23 de junio del 2015 |
| **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** | No existe obligación indemnizatoria alguna radicada en cabeza de CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN por el daño sufrido, toda vez que el mismo no se produjo como consecuencia ni de una acción, ni de una omisión proveniente o imputable a mi representada, a la cual tampoco puede exigírsele la asunción de una conducta diferente, pues como ya se manifestó, mi representada, cumplió a cabalidad con el protocolo de atención que la ciencia médica establece para estos casos.  Para que surja la obligación de reparar el daño, se requiere, en principio, que la actuación pueda calificarse como de alguna forma irregular. Dicha irregularidad de la actuación de la administración se traduce en lo que se ha denominado una falla del servicio.  Es apropiado tener en cuenta que la responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, la culpa exigida se diferencia sustancialmente de la culpa del derecho común. En efecto, mientras esta es eminentemente subjetiva, funcional, orgánica o anónima, es decir, atribuible a la administración y no necesariamente a un funcionario en particular la culpa de la administración es objetiva, pues el elemento fundamental de la culpa es el daño antijurídico.  El Doctor YEPES RESTREPO, tratadista de la materia claramente lo expresa en su obra LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA, 1993, páginas 60 y 61.  "Obligaciones de las clínicas y hospitales. Los deberes de los establecimientos hospitalarios surgen del contrato de hospitalización y de la naturaleza de los servicios que se prestan en estas instituciones. Las obligaciones de la clínica son diversas y van desde el alojamiento y alimentación del enfermo hasta el suministro de drogas, pasando por la realización de exámenes y el cuidado del paciente en aras de su recuperación". La Corte Suprema de Justicia señala sobre este aspecto que:  Surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluirlas válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. Dentro de ese mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la Doctrina Obligación de Seguridad en este caso seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil te 12 de Sep., 1985.)  Además de estos elementos que son de la naturaleza del contrato, existen otros que son accidentales y por ello la Corte agrega que "Además de sus obligaciones, pueden distinguirse en el contrato de hospitalización otras que no son de la esencia ni le pertenecen por su naturaleza sino que requieren de estipulaciones especiales: como los servicios de laboratorio rayos X enfermera permanente custodia y vigilancia especial, acompañante, etc." (Ibídem).  Por otra parte es necesario indicar que las obligaciones de la clínica pueden ser de medio o de resultado según la naturaleza de prestación.  Así las cosas, cuando esta prestación es médica la regla general es que la obligación es de medio por no estar obligada la clínica a que el enfermo se cure. (Resaltado fuera de texto)  CAPRECOM cumplió en el debido momento con las obligaciones que le correspondían como anteriormente lo expresa el doctrinante.  Por lo tanto, no hay responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones o por falla en el servicio, cosa bien distinta, es el actuar del profesional; que se constituye en obligación de medio y no de resultado ya que a la institución únicamente le compete verificar su competencia, prueba de lo anterior es que la entidad puso a disposición todos los medios necesarios para tratar al paciente.  FIDUPREVISORA S.A. no puede ser considerada como sucesora genérica de la extinta CAPRECOM, ya que FIDUPREVISORA S.A. es una persona distinta de las Empresas Públicas o Privadas con las que constituyó los Patrimonios Autónomos de Remanentes, quienes tienen la condición de terceros respecto de la sociedad fiduciaria propiamente dicha, a su vez, la Fiduciaria es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y/o procesal que hayan dado origen al eventual vínculo aducido entre CAPRECOM (Hoy extinto) y la parte Demandante, razón por la cual no existe capacidad ni un interés legítimo que permita inferir la vinculación de la Sociedad Fiduciaria a la presente actuación judicial.  Para corroborar este argumento, solicitamos a ustedes tener en cuenta lo establecido en Decreto No. 2519 de 2015 expedido por el Gobierno Nacional.   1. **Terminación del proceso liquidatorio de Caprecom**   Hay que manifestar, que mediante Decreto 2519 del 28 de Diciembre de 2015 el Ministerio de la Protección social ordenó la Supresión y Liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE.  Que conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto del 28 de Diciembre de 2015 la liquidación será adelantada por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., quién para tal efecto deberá designar un apoderado General.  Que por Escritura Pública No.0245 del 12 de Enero de 2016, otorgada en la Notaría 29 de Bogotá, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. obrando única y exclusivamente como liquidador de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, otorgó poder general al suscrito FELIPE NEGRET MOSQUERA, a fin que desarrolle en representación y nombre de esta, los actos y contratos tendientes a la liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN.  Que conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2519 del 28 de Diciembre de 2015, la normatividad aplicable para la Supresión y Liquidación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES -CAPRECOM EICE, por tratarse de una empresa Industrial y Comercial del Estado del Sector descentralizado del Orden Nacional, se someterá a las disposiciones previstas en el Decreto Ley 254 de 2000, Ley 1105 de 2006 y las normas que le modifiquen, sustituyan o reglamenten.  **3. Suscripción del contrato de fiducia**  El vínculo judicial de FIDUPREVISORA S.A con CAPRECOM (Hoy Liquidado), resulta del hecho de ser vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO.  Como puede observarse dentro del texto de las normas citadas en el inciso anterior, el vínculo de FIDUPREVISORA S.A. en relación con CAPRECOM no incluyó la asunción de las obligaciones a cargo de la Empresa en Liquidación de manera indiscriminada, por el contrario se encuentra específicamente determinado en el del contrato de fiducia suscrito.  Es importante hacer mención de las anteriores consideraciones, teniendo en cuenta que ni FIDUPREVISORA S.A. ni ninguno de los Fideicomisos que administra son sucesores, subrogatarios o cesionarios de la extinta CAPRECOM. Advirtiendo además que verificado el texto completo de los Decretos anteriormente enunciados, no encontramos por ningún aparte el fundamento que permita afirmar que FIDUPREVISORA S.A. deba asumir directamente las responsabilidades que le hubieren podido corresponder a CAPRECOM.  NLA las cosas, teniendo en cuenta que la Fiduciaria debe enmarcar su gestión dentro de las precisas directrices plasmadas en las normas aplicables y/o en el citado contrato de fiducia suscrito con la extinta entidad, desde ya se señala al Despacho que no corresponde a la Fiduciaria en el caso que se profiera un fallo favorable a los intereses del demandante, responder con sus propios recursos por el pago que pueda derivarse de una eventual condena judicial.  **4. Marco normativo referente al Contrato de Fiducia Mercantil**  Conforme a lo preceptuado por el artículo 1226 del Código de Comercio, se establece que las obligaciones de las fiduciarias se derivan de las instrucciones dadas por el fideicomitente, así:[[1]](#footnote-1)  En ese mismo sentido es necesario recordar la prohibición legal que existe para que una Fiduciaria responda con recursos propios por las obligaciones a cargo de los fideicomisos que administra, en este sentido el Código de Comercio, en el artículo 1233, indica que los bienes fideicomitidos se encuentran separados de los bienes propios de la Sociedad Fiduciaria, así:[[2]](#footnote-2)  Frente al tema en particular es preciso señalar que según lo establecido por el contrato de fiducia mercantil suscrito entre el extinto Caprecom en Liquidación representada por Fiduprevisora y ésta Sociedad Fiduciaria, en la Cláusula Primera y Séptima: NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA.  Así las cosas y conforme a las anotaciones hechas en el presente numeral es preciso concluir que NO RESULTA PROCEDENTE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA SUCESIÓN PROCESAL, no solo porque a la luz de la normatividad comercial colombiana resulta totalmente contraria dadas las condiciones establecidas para el desarrollo de los contratos de fiducia mercantil, reiterándose en todo caso que FIDUPREVISORA S.A actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO. |  |
| **NOVACIÓN DE LA OBLIGACIÓN** | Que en virtud del proceso concursal de la extinta Caprecom, la situación jurídica de la entidad muto al dejar de desarrollar su objeto social y el estar inmersa en un proceso de liquidación, por lo cual, para garantizar el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política y en especial la igualdad de los acreedores y la prelación legal de los créditos, según lo dispuesto en el artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -por sus siglas E.O.S.F y en el artículo 2495 del Código Civil y siguientes, no podrán pagarse obligaciones preexistentes a la orden de liquidación de la entidad, sin que se haya cumplido con las exigencias legales y reglamentarias que regulan el proceso liquidatorio de Caprecom en Liquidación.  Para ello, las personas naturales o jurídicas que se consideraran con derechos u obligaciones a su favor y en contra del otrora Caprecom, debieron hacerse parte con una reclamación administrativa en cumplimiento al llamado que hizo el proceso de liquidación al publicar los avisos de Ley en los diarios de circulación Nacional, acreedores que concurrieron a la misma, unos en forma oportuna y otros en forma extemporánea.  Unas vez graduados y calificadas las reclamaciones presentadas por los acreedores con cargo a la masa de la liquidación se aplicará lo ordenado en el artículo 32 del Decreto-Ley 254 de 2000, el cual establece las condiciones para el pago de los créditos reclamados y reconocidos oportunamente, y exige la previa disponibilidad presupuestal, para lo cual se tendrán en cuenta las reglas expuestas en el citado artículo, en la medida en que las disponibilidades de la Liquidación lo permitan y cuantas veces sea necesario, observando que el Liquidador señalará los períodos para realizar el pago parcial o total de los créditos a cargo de la masa de la liquidación, conforme lo establece el Artículo 9.1.3.5.6 del Decreto 2555 de 2010, de acuerdo a la prelación de pagos correspondiente.  El Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom Liquidado, conforme se ha manifestado reiteradamente, está facultado para cancelar únicamente a quienes en la oportunidad procesal se les haya efectuado la respectiva reserva y hasta por el monto y conceptos señalados y entregados por el extinto Caprecom en Liquidación, conforme a las instrucciones expresas impartidas por en el Contrato de Fiducia Mercantil, que son de obligatorio cumplimiento; lo anterior con el fin de aplicar estrictamente el principio de igualdad entre acreedores del concurso y el derecho constitucional al debido proceso.  Con base en lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que no se presentó reclamación ante la administración, y el proceso fue notificado posterior al cierre del proceso liquidatorio así mismo como se avizora que el demandante no agotó los requisitos procedimentales para que la extinta entidad diera cumplimiento alguno y ello se evidencia que no se hizo parte en la masa liquidatoria de la misma, por la cual, no tiene reserva constituida, así como no existen recursos dejados por el Fideicomitente para cubrir el valor de las condenas objeto del mandamiento de pago. | La presente solicitud de condena de esta entidad, es una declaratoria de responsabilidad no un crédito para ser sometido a la prelación de créditos del trámite concursal |

* + 1. El apoderado del **MINISTERIO DE SALUD** manifestó:

“(…) Me opongo a que se efectúen las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto carecen de fundamento constitucional y legal de acuerdo con las razones de hecho y de derecho que más adelante desarrollaré.

Así mismo, atendiendo la naturaleza jurídica y el objeto del Ministerio de Salud y Protección Social, en este y otros casos similares, es oportuno advertir que esta entidad no tiene dentro de sus funciones y competencias constitucionales y legales la prestación de servicios médicos (…)”

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **TITULO** | **CONTENIDO** | **CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES** |
| ***DE LA FALTA DE LIGITIMACION DE LA CAUSA POR PASIVA*** | *Los artículos 294 y 295 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero), disponen que es competencia de los liquidadores adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad los procesos de liquidación forzosa administrativa, el liquidador ejercerá funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas de derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.*  *El Agente Especial Liquidador designado y posesionado, es un particular que ejerce funciones públicas transitorias, sometido al régimen de los auxiliares de la justicia, sin que para ningún efecto pueda reputarse trabajador o empleado de la entidad en intervención ni de la Superintendencia Nacional de Salud y goza de autonomía en la toma de decisiones dado que ejerce las funciones de representante legal de la entidad que fue objeto de la toma de posesión.*  *Las controversias o litigios que se originen en hechos o actos de gestión del liquidador o en los contratos que celebre, serán resueltas por la jurisdicción ordinaria mediante el procedimiento que en cada caso corresponda según la naturaleza del litigio, y no generan obligaciones a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social.*  *Por lo anterior, se considera que no existe legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social en el proceso de la referencia, pues ninguna actuación fue desplegada por esta Cartera relacionada con los hechos descritos en la solicitud de conciliación Con el propósito de ilustrar mejor esta excepción, cito apartes de la sentencia del 28 de enero de 1994 de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, magistrado ponente Daniel Suárez Hernández, donde se expresó lo siguiente:*  *"En todo proceso el juzgador, al presentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice actuar y si el demandado, conforme a la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra.*  *En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo siguiente se denomina legitimación por pasiva". (Resalto fuera de texto).*  *Además mirando el asunto desde la perspectiva del nexo causal se recalca que éste primer término consiste en la determinación de la causa eficiente y determinante en la producción de un daño. La jurisprudencia y la doctrina han indicado que para poder atribuir un resultado a una persona, ya sea natural o jurídica, como producto de su acción es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino jurídico.*  *El Ministerio de Salud y Protección Social, no tiene la función de coadministrar con el Agente Especial Liquidador, a quien, conforme a lo dispuesto en los artículos 294 y 295 del Decreto 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, le corresponde adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad los procesos de liquidación forzosa administrativa, ejerciendo para el efecto funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas de derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.*  *Asimismo, entre las facultades y deberes del Agente Especial Liquidador, están entre otras las de ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva, celebrar todos los contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten su adelantamiento, e igualmente podrá contratar servicios administrativos relacionados con la gestión de la liquidación, así como celebrar convenios con el mismo fin, o contratos de mandatos con terceros.*  *El Ministerio de Salud y Protección Social, no tiene el deber legal de asumir las obligaciones generadas por el liquidador ni por la empresa, toda vez que su función legal del Ministerio de Salud es la de implementar políticas del sector salud, y ello no implica ningún tipo de coadministración durante el proceso liquidatorio.*  *Así las cosas, resulta evidente de los mismos hechos narrados en la solicitud de conciliación prejudicial, que la causa directa, eficaz, eficiente y determinante del presunto daño invocado, radican en un hecho totalmente ajeno a las competencias y funciones propias del Ministerio de Salud y Protección Social, toda vez que los hechos o actos en que se funda la solicitud fueron ejecutados por una entidad totalmente independiente y diferente a la de esta cartera ministerial, lo que lo excluye totalmente de cualquier juicio de responsabilidad por inexistencia del nexo o relación causal.*  *Conforme a lo expuesto, es claro que no existe relación de ninguna otra índole, que suponga que el Ministerio de Salud y Protección Social deba asumir responsabilidades por los actos desarrollados por la entonces E.P.S. CAPRECOM, o posteriormente por el Agente Especial Liquidador, quien actúa como un auxiliar de la justicia con total autonomía e independencia durante el proceso de liquidación de la entidad intervenida para tal fin.*  *Con lo anterior, queda ampliamente demostrado que no fue el Ministerio de Salud y Protección Social, quien prestó los servicios de salud en que se fundan los presuntos daños o perjuicios que pretenden los convocantes les sean resarcidos, ni tuvo a su cargo la vigilancia y control de la prestación de los mismos, como tampoco del proceso de liquidación al que fue sometido CAPRECOM EICE, HOY LIQUIDADA, con el cual no existe ningún tipo de vínculo contractual para con la liquidada E.P.S.*  *Así las cosas, no puede predicarse que exista el nexo causal entre el actuar del Ministerio de Salud y Protección Social y lo pretendido por los demandantes.*  *Es de anotar que la naturaleza de la toma de posesión, no es otra que la pronta obtención de los activos, con el objetivo de pagar las acreencias en cumplimiento de la prelación de pagos dispuesta en el Código Civil, tal como lo dispone el artículo 293 del Estatuto Orgánico Financiero:[[3]](#footnote-3)*  *Debido a lo anterior, el agente especial liquidador de conformidad con el artículo 9.1.1.2.4 dispone que son funciones del liquidador las siguientes: "ARTÍCULO 9.1.1.2.4 FUNCIONES DEL AGENTE ESPECIAL (...)*  *1. Actuar como representante legal de la intervenida y en tal calidad desarrollar todas las actividades necesarias para la administración de la sociedad y ejecutar todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social.*  *(...) 4. Adelantar el recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto deban ingresar a la entidad intervenida, para lo cual podrá ofrecer incentivos por la denuncia de la existencia y entrega de tales activos. (...)" (Resaltado ajeno al texto)*  *No obstante, se destaca que el agente especial liquidador, por expresa disposición legal, es autónomo y adelantará bajo su propia responsabilidad el proceso de liquidación forzosa administrativa. Así, en virtud de lo anterior, se debe analizar lo preceptuado por el artículo 291 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual dispone lo siguiente en el numeral sexto del inciso segundo del artículo 291:[[4]](#footnote-4)*  *Dichas facultades las ejercerá el Presidente de la República con sujeción a los principios y criterios fijados en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a las siguientes reglas generales: (...) 6. Los agentes especiales desarrollarán las actividades que les sean confiadas bajo su inmediata responsabilidad. (...)" (Negrillas ajenas al texto)*  *En conclusión y considerando los hechos en que se funda la acción, es forzoso concluir que el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL no está legitimado en la causa por el extremo pasivo de esta acción, toda vez que ella NO FUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE PRESTÓ LOS SERVICIOS DE SALUD, NI PUDO HACERLO, DE LOS QUE SE PREDICA EL DAÑO QUE SE PRETENDE SEA REPARADO.*  *Se precisa aquí que cuando quien comparece al proceso nada tiene que ver con los hechos u omisiones que supuestamente generaron el daño, esto es en el caso de la reparación directa, la prestación de servicios de salud, no podrá haber un pronunciamiento de fondo respecto del demandado que no existe ningún nexo causal respecto de los hechos que dan lugar a la interposición de la demanda.*  *Sobre el particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:[[5]](#footnote-5)*  *Ahora bien, en lo que respecta a la legitimación en la causa como la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante,*  *No debe perderse de vista como presupuesto procesal ya que con base en este es que la ley permite que se declare la relación jurídica material objeto de la demanda.*  *"(.-■) la legitimación en la causa por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho*  *La legitimación en la causa por pasiva, se predica de quien está llamado a defenderse dentro de un proceso judicial o prejudicial, de presuntas obligaciones exigibles a éste. Frente a ello, es oportuno aclarar que por mandato Constitucional (artículo 6o. y 121), el hoy Ministerio de Salud y Protección Social, sólo puede hacer lo que la Carta le permite como autoridad dentro del marco de sus competencias, sin que le asista la referida legitimación en la causa para acceder a las pretensiones del demandante.*  *Recordemos la reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como por ejemplo, el fallo del 27 de abril de 2011 CP. Ruth Stella Correa Palacio, expediente No. -1996-7003-01(20374) en donde señaló:[[6]](#footnote-6)*  *Y otra jurisprudencia con Consejero Ponente Doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, radicación número 73001-2331-000-2003-00891-01 (34439) de 10 de noviembre de 2016, Actor: Yormen Adriana Gómez, Demandado: Nación- Ministerio de Salud y Otros, donde afirmó:*  *(...)*  *Así las cosas, con relación al Ministerio de Salud es menester señalar que a este le corresponde formular y adoptar la política para el sistema de salud y no la prestación de los servicios de salud. Así se pronunció esta Corporación en sentencia del 7 de diciembre de 2005[1]: "Con la expedición de la Ley 10 de 1990 se reorganizó el Sistema Nacional de Salud y se dictaron otras disposiciones. En ese sentido, el artículo 1o señaló que la prestación de los servicios de salud en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas para el efecto.*  *Igualmente, el artículo 8o de la misma ley, dispuso que la Dirección Nacional del Sistema de Salud estaría a cargo del Ministerio de Salud, al cual le corresponde formular las políticas y dictar todas las normas científico - administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema y ejercer entre otras las siguientes funciones:*  *- Formular y adoptar la política para el sistema de salud, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico y social, y las políticas, estrategias, programas y proyectos del Gobierno Nacional.*  *-Elaborar los planes y programas del sector salud que deberán ser incorporados al Plan Nacional de Desarrollo Económico y social o las políticas, estrategias, programas y proyectos del Gobierno Nacional.*  *De otro lado, el sector salud está integrado por todas las entidades públicas o privadas que presten dicho servicio a las cuales les corresponde asumir la responsabilidad en la dirección y prestación del servicio. En el caso que ocupa la atención de la Sala, la acción fue dirigida contra la Nación-Ministerio de Salud, Instituto Nacional de Salud (INSE), Departamento del Magdalena-Secretaría de Salud y Hospital del Tórax "FERNANDO TROCONIS".*  *Sin embargo, como quedó expuesto, es claro que la Nación a través del Ministerio de Salud le corresponde formular y adoptar la política para el sistema de salud, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico y social, razón suficiente para respaldar la decisión del Tribunal en cuanto absolvió a la administración central, pues la lesión del bien jurídicamente tutelado no resulta imputable a esta entidad, primero porque la prestación de servicios no forma parte de la órbita de su competencia y segundo, por sustracción de materia, por no ser la entidad que materialmente formuló el diagnóstico. (...)" (Subrayado y negrilla fuera de texto)*  *Conforme con lo anterior, queda plenamente establecido que el Ministerio de Salud y Protección Social (antes Ministerio de la Protección Social) tiene como función el establecer las políticas y directrices para la recta prestación del servicio de salud en todo el territorio nacional, de manera que, en aquellos casos en que se pretenda la responsabilidad de esta entidad estatal, la demanda deberá encaminarse en un caso específico, a cuestionar su proceder en este sentido.*  *(...)*  *De conformidad con lo anterior, para la Subsección es completamente claro que la demanda presentada por la señora Yormen Adriana Gómez, su compañero y su hija, está dirigida a cuestionar el comportamiento desplegado por parte de Salud Total EPS al momento de implantar el dispositivo intrauterino, más no a debatir la manera como el Ministerio de Salud y Protección Social (antes Ministerio de la Protección Social) y la Superintendencia de Salud, ejercieron sus funciones de dirección, y de vigilancia y control a la mencionada entidad. ...)*  *Por lo tanto, la jurisprudencia respalda una vez más, las normas que determinan que la Nación en cabeza del hoy Ministerio de Salud y Protección Social, carece de legitimación en la causa, toda vez que, dentro de las funciones asignadas a esta entidad por las normas arriba mencionadas, no se encuentran las de garantizar y prestar servicios de salud, funciones previamente asignadas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios a las ESE, EPS e IPS respectivamente, tal como se sustenta del marco normativo del Sistema que hace parte de la presente contestación de demanda. Por tanto, no le asiste legitimación en la causa a este Ministerio para actuar dentro de la presente demanda.*  *Así las cosas, es claro concluir que no se puede predicar la ejecución u omisión de conducta alguna por parte de este Ministerio que haya dado lugar a la generación de daño alguno a los demandantes, pues su función, se reitera, no es la de prestar de servicios de salud, en consecuencia, indiscutiblemente habrán de negarse las pretensiones por la razón anteriormente mencionada.* | *El ministerio de salud es una entidad que se encuentra vinculada. Una relación que implica que el MINISTERIO DE SALUD debe ejercer un control sobre la forma en que la EPS prestaba sus servicios, por supuesto esta situación no significa que le entidad pierda autonomía sino por el contrario que pueda ejercer sus funciones pero dentro de' maree del buen servicio que el Ministerio de Salud también debe garantizar.* |
| **DE LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL MINISTERIO DE SALUD Y**  **PROTECCIÓN SOCIAL** | En primer lugar, es necesario precisar que el fundamento de la responsabilidad reposa en la premisa de que todo aquel que cause un daño a otro se encuentra en el deber jurídico de repararlo.  En este orden de ideas, la jurisprudencia de lo Contencioso administrativo, ha manifestado que los elementos de la responsabilidad del Estado son la actuación culposa de la administración, la generación de un daño y la existencia de una relación de causalidad entre los mismos, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino jurídico.  Así las cosas, teniendo en cuenta que con miras a hacerle imputable al Estado la reparación de un daño antijurídico, ha de demostrarse no solo la efectiva existencia del mencionado daño, sino su nexo de causalidad con la actuación u omisión de la administración, debiéndose en todo caso indicar en el caso que nos atañe, que de ninguna forma podría afirmarse que el daño que se alega como causado es imputable al actuar del Ministerio, dado que no fue él quien dio lugar a la prestación del servicio de salud, al no encontrarse dicho ejercicio dentro de sus funciones y/o competencias.  En primer lugar, es necesario precisar que el fundamento de la responsabilidad reposa en la premisa de que todo aquel que cause un daño a otro se encuentra en el deber jurídico de repararlo. | El ministerio de salud es una entidad que se encuentra vinculada. Una relación que implica que el MINISTERIO DE SALUD debe ejercer un control sobre la forma en que la EPS prestaba sus servicios, por supuesto esta situación no significa que le entidad pierda autonomía sino por el contrario que pueda ejercer sus funciones pero dentro de' maree del buen servicio que el Ministerio de Salud también debe garantizar. |
| **INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN SUSTANCIAL** | Por otra parte, es preciso manifestar que respecto de la pretensión concreta que expresa la parte convocante, no existe una relación jurídica sustancial entre éstos y el Ministerio de Salud y Protección Social que suponga la validez de una relación jurídica procesal eficaz ya que el Ministerio no tiene o tuvo relación directa o indirecta con la prestación de los servicios de salud al señor Isauro Alexander Aponte Vaca.  De acuerdo con la Constitución Política de Colombia, para que exista responsabilidad del Estado (artículo 90), se requiere, además de la imputación del daño a un órgano del Estado, la demostración del daño antijurídico, este último ha sido definido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, como "el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación (Consejo de Estado - Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez).  En el presente asunto se vincula como uno de los demandados a la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, no obstante en ninguno de los hechos de la demanda se le imputa la generación del presunto daño antijurídico, precisamente porque la falla que se alega no correspondió a su actuar. | El ministerio de salud es una entidad que se encuentra vinculada. Una relación que implica que el MINISTERIO DE SALUD debe ejercer un control sobre la forma en que la EPS prestaba sus servicios, por supuesto esta situación no significa que le entidad pierda autonomía sino por el contrario que pueda ejercer sus funciones pero dentro de' maree del buen servicio que el Ministerio de Salud también debe garantizar. |
| **LA INNOMINADA** | Ruego al Señor Juez dar aplicación a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 164 que dice:[[7]](#footnote-7) Por tanto si después de la valoración del proceso y de las pruebas, aparece probada cualquier excepción, le solicito declararla. |  |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. El apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** manifestó:“(…)Reitero los hechos y pretensiones de la demanda y puntualizo que en el caso del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA las entidades demandadas son responsable por los perjuicios ocasionados a la parte demandante teniendo en cuenta los siguientes elementos:

1. La falta de asistencia médica adecuada y oportuna fue un factor determinante para que la condición médica del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA desmejorara al punto de perder la vida. En la medida que la leucemia linfoblastica aguda es un tipo de cáncer muy agresivo que afecta el tejido que elabora la sangre lo cual implica que los pacientes requieren un tratamiento especializado, que en ciertos casos puede acarrear el trasplante de medula.

La leucemia linfoblastica aguda "(también denominada leucemia linfoide aguda o LLA) es un tipo de cáncer de la sangre en el que, por causas desconocidas, se producen cantidades excesivas de linfocitos inmaduros (linfoblastos). Las células cancerosas se multiplican rápidamente y desplazan a las células normales de la médula ósea, el tejido blando del centro de los huesos dónde se forman las células sanguíneas.

En condiciones normales los linfocitos se producen en la médula ósea y en otros órganos del sistema linfático (timo, ganglios, bazo), siendo los encargados de nuestra defensa al ser capaces de atacar, directamente o a través de la producción de unas sustancias denominadas anticuerpos, a todo agente que invada o célula anómala que se produzca en nuestro organismo. En la LLA, los linfoblastos (precursores de los linfocitos) se fabrican en cantidades excesivas y no maduran. Estos linfocitos inmaduros invaden la sangre, la médula ósea y los tejidos linfáticos, haciendo que se inflamen. También pueden invadir otros órganos, como los testículos o el sistema nervioso central" .

En general este tipo de cáncer suele afectar en mayor medida a los niños. Sin embargo, puede afectar a adultos con predominio en jóvenes del sexo masculino, como era el caso del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA, quien fue diagnosticado con esa enfermedad y tratado con quimioterapia intensiva todo con la finalidad de lograr la remisión de la enfermedad. Lamentablemente la condición del señor APONTE VACA era bastante grave por lo que era considerado un paciente de alto riesgo, es decir un paciente que había recaído, razón por la cual los médicos decidieron ordenar un trasplante de medula hematopoyéticos.

El trasplante "es otra opción de tratamiento que puede aplicarse en determinados pacientes. La médula del enfermo, productora de células malignas, es destruida mediante la administración de dosis altas de medicamentos y radioterapia, y reemplazada por una médula sana. Esta última puede proceder de un donante (trasplante alogénico), o bien del propio enfermo (trasplante autogénico o autologo)" .

Teniendo en cuenta los exámenes realizados al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA el Instituto Cancerológico remitió al paciente a la Clínica Marly para que allí se realizara el procedimiento quirúrgico. El cual, sobra decir, debía ser realizado con premura ya que la condición médica del citado empeoraba. A pesar del pronóstico y la necesidad de la intervención la Clínica Marly no realizo el procedimiento debido a que la EPS CAPRECOM no había cancelado el valor del procedimiento.

La familia del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA debido a la negativa de la EPS a cancelar el valor de la intervención decidió interponer una acción de tutela, que fue resuelta de forma favorable ordenando la realización del trasplante. No obstante, la EPS mantuvo la negativa y fue necesario

En este punto sobresale el hecho de que la salud del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA no era el tema principal de la discusión, sino que las entidades encargadas de administrar el servicio médico se enfrascaron en una disputa administrativa de tintes económicos que desplazo a segundo plano lo más importante que era la vida del paciente. Esta afirmación no desconoce que el sistema de salud responde a principios donde el factor económico es importante, es decir mantener un sistema sostenible y de calidad, pero tampoco ese aspecto monetario puede servir de excusa a las entidades para negarse a prestar el servicio que en el fondo es su razón de ser.

En el plano jurídico el Consejo de Estado ha elaborado una jurisprudencia tendiente a flexibilizar la carga de la prueba en relación con la falla del servicio y la relación de causalidad, en el sentido de seña\ar que cuando resulte imposible generar certeza o exactitud en cuento el nexo de causalidad ""el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad', que permita tenerlo por establecido. Debe advertirse, además, 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. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad" .

En este orden las entidades demandadas son responsables en la medida que se demuestra claramente que el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA no recibió atención médica adecuada y oportuna representada por la realización del trasplante, y que con esta omisión su salud desmejoro hasta perder la vida.[[8]](#footnote-8) El Consejo de Estado en otra sentencia afirma:[[9]](#footnote-9)

En este sentido, el Consejo de Estado ha adoptado la tesis denominada "perdida de la oportunidad", según la cual las entidades públicas resultan responsables si se demuestra que con su omisión y falta de diligencia se negó a una paciente la oportunidad de recibir un tratamiento médico, que pudo eventualmente haber mejorado su condición. Debido a la falta de una oportuna y adecuada atención médica el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA perdió la oportunidad de haber recibido un diagnóstico y tratamiento médico adecuado.[[10]](#footnote-10)

La salud es un derecho fundamental que debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, para el caso este garantía se concreta en el derecho que tenía el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA de ser atendido adecuadamente por las entidades demandadas, lo que implicaba recibir la atención médica adecuada y oportuna, que como se afirmó anteriormente incluía la realización del trasplante ordenado por el médico tratante. Pero la falla del servicio de la entidad demandada impidió que el señor APONTE VACA tuviera acceso a esos servicios, una situación que de un lado violento sus derechos fundamentales, y del otro sirvió para agravar su situación médica hasta causarle la muerte.[[11]](#footnote-11)

El presente caso cumple con los tres requisitos exigidos por la ley para que se configure la responsabilidad estatal; en primer lugar la actuación o falla de la administración que se concreta en la falla del servicio imputable a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE EN LIQUIDACIÓN y a LA CLINICA MARLY por la no prestación de una atención médica oportuna y adecuada al señor APONTE VACA; en segundo lugar se encuentra el perjuicio o daño que se demuestra con la muerte y la respectiva acta de defunción del señor APONTE VACA, y en tercer lugar se encuentra el nexo de causalidad que se materializa en el hecho de que la falla en la atención medica trasgredió los derechos fundamentales del accionante y le arrebato la oportunidad que tenía de recibir una atención médica adecuada que tal vez habría podido salvarle la vida.

De los testimonios e interrogatorios se extrae claramente, que el paciente tenia LEUCEMIA, que sus condiciones de salud eran delicadas y cada día que pasaba se deterioraba más, y su expectativa de vida disminuía, se demostró que la prestación del servicio de salud se vio truncada de una parte por la falta de autorización de CAPRECOM y por otro lado la negativa de la clínica Marly a efectuar el trasplante hasta tanto no se cancelará el pago del mismo por la EPS a pesar de saber la gravedad del paciente y que la autorización estaba en trámite.

Por lo anterior y al estar demostrada claramente la negligencia de las entidades prestadoras de salud intervinientes en este caso y la falta de control por parte di estado en estos sucesos solicito a la señora juez se condene al las entidades demandadas al pago de los perjuicios solicitados (…)”

* + 1. El apoderado de la **PARTE DEMANDADA CLÍNICA MARLY S.A.** manifestó**:**

*“(…) Con la prueba documental allegada tanto con la demanda como con las varias contestaciones se evidencia:*

*1. ~ Que las pretensiones se derivan de: "la falta de la realización de un trasplante antologo de progenitores hematopoyéticos DX leucemia linfoblástica aguda de persecuciones", así se lee en la pretensión primera de la demanda, de donde también se infiere que se acusa a las entidades demandadas, en abstracto, que no le brindaron al paciente Isauro Alexander Aponte Vaca la atención adecuada y oportuna que requería todos los cuidados y en especia! del trasplante de medula antologo para que su condición médica no se agravara como lamentablemente ocurrió. Así reza la pretensión de la demanda.*

*2. - En relación con mí representada en la demanda solo se hace mención a ella, en los hechos noveno y catorce, los que expresamente dicen:*

*"9.- La unidad de trasplante Medula Ósea de la Clínica de (sic) Marly autoriza la realización prioritaria de un trasplante orogénico de progenitores hematopoyéticos de donante idéntico intrafamiliar el día 1 de septiembre de 2.015". (Resalto)*

*Este hecho se respondió de la siguiente manera: "No lo admito, no es cierto, lo niego y lo rechazo. En la Clínica de Marly este tipo de servicio, como el del paciente Aponte Vaca, se solicita su prestación y autorización por su EPS; Marly no autoriza ni niega servicios. Se precisa que este paciente siempre estuvo en recaída, por si se rescataba y tenía buena respuesta fue lo que motivó la autorización de exámenes, con el fin de que si había recuperación ya los exámenes estaban tomados con lo cual se aceleraría el proceso. "Finalmente me remito a la histórica clínica que se anexa."*

*"14.- "ElDr. MANUEL ROSALES HEMATÓLOGO, determina la existencia de donante idéntico, de alto sesgo de HIPERLEOCOCITOSIS en el paciente, por segunda recaída hematología, y anota que el trasplante es la ÚNICA OPCIÓN DE SOBRE VIVA DEL PACIENTE."*

*Este hecho Décimo Cuarto se respondió así: "No lo admito como está presentado y me remito al texto de la historia clínica que se anexa con este escrito. Pueden darse varios donantes idénticos pero el paciente nunca estuvo en condición de remisión hematolóqica." (resalto)*

*3. ~ Al estrado concurrió el médico Manuel Rosales quien en su condición de médico hematólogo y quien examinó al paciente Isauro Aponte Vaca, con fundamento en la historia clínica y el conocimiento directo que tuvo del Sr. Aponte Vaca, informa al Despacho de cuál era el estado de salud de dicho paciente, como lo atendió, como lo instruyó, como no era viable en las condiciones de salud en que se encontraba realizarle el trasplante de medula, que en principio era su única solución.*

*El Dr. Rosales informa al Despacho de la necesidad de estar en óptimas condiciones el paciente para proceder a este trasplante de medula e indica con precisión y lujo de detalles, basado en ¡a historia clínica que obra en el expediente y que nos permitimos acompañar con el escrito de la contestación de la demanda, que el paciente en ningún momento estuvo en condiciones de remisión hematológica para poderle practicar el trasplante, requisito indispensable para realizar este procedimiento, corroborando así lo consignado en la historia clínica.*

*Informo el Dr. Rosales de como se le brindó al paciente la atención y además como el paciente Aponte Vaca entró en varias recaídas desde junio cuando lo atendió se encontraba en recaída y no era posible la práctica del trasplante de medula. En este aspecto cabe destacar que la demanda y los demandantes no tienen claridad en qué consistía el trasplante de medula y los presupuestos necesarios para llevarlo adelante en el paciente APONTE VACA, pues en su demanda, así como en la prueba de declaración de parte, dan POR SENTADO que el TRASPLANTE DE MEDULA OSEA DEBIA REALIZARSE SI O SI al PACIENTE como una solución de vida, sin tener en cuenta cuales los presupuestos de salud requeridos para llevarlo adelante, presupuestos y condiciones de los cuales nos informó el declarante galeno, un estado SIN RECAIDAS. Hacen referencia, ¡os dos representantes de la actora, que en la Clínica se afirmaba cuando ellos asistían "que Caprecom no pagaba las cuentas", pregunto cuales cuentas, obsérvese como en la demanda no hay ninguna referencia a este hecho que al final! de cuentas y en la audiencia correspondiente la parte actora esgrime como argumento para que no se le realizará a! ciudadano Aponte Vaca el trasplante de medula diagnosticado como solución por el Dr. Rosales, dicho irrelevante en este asunto en la medida que no fue ni es soporte de las pretensiones, las que aluden exclusivamente a una falla de la EPS CAPRECOM.*

*Tanto el Dr. Rosales en su declaración, como los demandantes en su demanda y en su declaración de parte, afirman que quien debía extender las autorizaciones para llevar a cabo el trasplante de medula era la EPS Caprecom (la Aseguradora a la cual se refiere el testimonio del Dr. Rosales) era ella quien debía extender la autorización y no la Clínica de Marly; mi representada lo único que podía realizar y que puede hacer es atender al paciente, diagnosticarlo y disponer el tratamiento correspondiente pero contando con la autorización requerida por la Aseguradora o su EPS en este caso Caprecom; tanto el testigo como los demandantes en su demanda y en su declaración de parte afirman que la demora del trasplante de medula obedeció a la falta de autorización por parte de Caprecom en ese sentido con destino a la Clínica de Marly.*

*4. - De la historia clínica que obra en autos, que nos permitimos acompañar con la contestación de la demanda, consta la actuación de la Clínica de Marly a través del Dr. Manuel Rosales y de ella se deduce e infiere la atención que se le brindó al Sr. Aponte Vaca ¡as autorizaciones de exámenes que se le dispusieron con cargo, obviamente, a la Aseguradora según el dicho del Dr. Rosales y de Caprecom según lo dicen en la demanda los demandantes y en su declaración de parte.*

*5.- Fíjese como en términos coloquiales, del mismo demandante, refiere al hecho que el Dr. Manuel Rosales, en una de ¡as citas lo recibe al Sr. Isauro Aponte Vaca y a su hijo Alexander, y le describe una mala noticia, cuál? que las condiciones en que se encontraba Alexander no era ¡a más adecuada y que contaría a lo sumo con dos meses de vida concluyendo, el padre de Alexander, que no duro sino un mes, igualmente se refiere el padre de Alexander a que el Dr. Rosales, le expresa que ya era tarde, para el trasplante del paciente, toda vez que se le estaba remitiendo en cuatro tablas.*

*8.- La historia clínica allegada con la contestación de la demanda tiene el recuento de lo que se le hizo, y se le diagnóstico y se le atendió al paciente Aponte Vaca de ella no se deduce impericia, negligencia, error, abuso de ninguna naturaleza por parte de quien atendió al Sr. Aponte Vaca (Dr. Manuel Rosales), y las ordenes de exámenes que se dispusieron para poder realizar el trasplante de medula. Lo explico el Dr. Rosales y así consta en la historia clínica, que el paciente Isauro Alexander Aponte Vaca siempre estuvo en recaída motivo por el cual no ere posible ni viable realizar al procedimiento de trasplante de medula, como procedimiento para salvar su vida por el contrario se determinó, ya al final de cuentas, que se trataría con algún paliativo.*

*El cronograma de octubre 23 de 2.015, anexo a la historia clínica que se acompañó con la contestación de la demanda, sobre el cual no existe ningún reparo de parte de la actora ni de ninguno de los intervinientes en el asunto de consigno la siguiente nota:*

*"Nota - Octubre 23 de 2.015: "Ante estudios de Medula Ósea recientes del 13/10/2015 con respuesta hematológica inadecuada (sic) se decide repetir estudios de Medula Ósea: Del miércoles 21 PRESENCIA DE 34% DEL LINFOBLÁSTOS EN MEDULA, CON PRESENCIA DE LINFOBLÁSTOS EN EL LÍQUIDO CEFALORAQUIDSO. Con dichos reportes se confirma recaída y/o progresión de LA LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA ADEMÁS CON EL COMPROMISO A NIVEL DEL SNC, por lo que se considera NO CANDIDATO A REALIZACIÓN DEL TRASPLANTE ALOGÉNICO. Se contra remite a su EPS-IPS para continuar manejo, probablemente, paliativo\*j. indicaciones."*

*Obsérvese como el testimonio del médico Rosales que entra en la órbita del testimonio técnico a que se contrae el art. 220 de C.G.P., conforme al cual el declarante Rosales es calificado por sus conocimientos técnicos, científicos sobre la materia, expresó ser Hematólogo de profesión y su dicho debe tenerse como técnico y con los alcances de prueba testimonial técnica, cercana a la pericial por su condición de experto...*

*Se dan en este caso, los supuestos esgrimíos como excepciones y los hechos soporte de las mismas puesto que la Clínica de Marly S.A., cumplió con sus obligaciones legales y contractuales para con Caprecom y a! paciente Isauro Alexander Aponte Vaca la Cínica de Marly le brindó la atención adecuada necesaria según se deduce de la prueba documenta! y de ¡a declaración testimonial y de parte vertidas en el proceso; tampoco existe responsabilidad de parte de la Clínica de Marly en el fallecimiento y en la falta de atención del Sr. Isauro Alexander Aponte Vaca; mi representada no participo en ningún hecho moroso o de respuesta tardía o de ausencia de atención en dicho paciente para poder endilgarle una responsabilidad por estos hechos, por el contrario está demostrada la atención que se le brindó de manera eficaz, eficiente y que si no se llegó al trasplante de medula fue por un hecho totalmente ajeno a la voluntad de la Cínica de Marly puesto que el paciente Aponte Vaca jamás estuvo en condiciones para ser trasplantado amén de que su EPS o Aseguradora no dio oportuna y adecuadamente las autorizaciones para el efecto.*

*Me remito a lo expresado en la contestación de la demanda pues no existe nexo causal alguno entre el fallecimiento del Sr. Aponte Vaca y el proceder de la Clínica de Marly, el proceder de la Clínica fue oportuno, fue eficiente y es un hecho totalmente ajeno las faltas en las que hayan incurrido su Aseguradora y al decir del Dr. Rosales y Caprecom al decir de la demanda y de los demandantes, no existiendo nexo causal! alguno debe liberarse de toda responsabilidad a mi representada y reconocerse la excepción propuesta.*

*En relación con la ausencia de solidaridad, si se llegase a condenar a las otras demandadas o alguna de las otras demandadas, sea al Ministerio de Salud o a Caprecom, no hay lugar a la aplicación del art. 2344 del Código Civil para que se imponga una obligación o una condena solidaria para el resarcimiento de perjuicios puesto que mi representada no actuó ni fue omisiva en cuanto a la ejecución del trasplante de medula ósea en materia de este proceso en cabeza del Sr. Isauro Alexander Aponte Vaca.*

*Si la Clínica de Marly no generó ningún daño ni lesión mal puede considerarse que por el proceder de las otras demandadas o de alguna de ellas, deba soportar la imposición de condena alguna como entidad solidaria puesto que ni se ha acreditado en el expediente que subsistiera un contrato entre Caprecom y la Clínica de Marly ni que Marly pudiese haber generado alguna lesión consecuencial con su proceder a los demandantes con ocasión del fallecimiento de Isauro Alexander Vaca.*

*Al no haber causado daño o perjuicio alguno al paciente ni a sus progenitores ni a sus hermanos, mal puede imponerse alguna condena a la Clínica de Marly.*

*Cabe destacar la confesión que contiene la demanda en su hecho décimo conforme al cual "A pesar de que las órdenes médicas pertinentes fueron radicadas en CAPRECOM el 15 y el 28 de abril, y por último el 7 de septiembre del 2015 LO CIERTO ES QUE LA ENTIDAD INCURRIÓ EN MORA A LA HORA DE EMITIR LAS ÓRDENES Y LAS AUTORIZACIONES NECESARIAS PARA QUE SE REALICE EL TRASPLANTE".*

*No basta, como lo expresó el Dr. Rosales, que se cuente con la autorización para realizar el trasplante, se requería, además, de un estado de salud adecuado a cargo del paciente quien por su permanente recaída no era sujeto al trasplante de medula.*

*7.- En la tutela a la cual se refiere la demanda y sobre la cual el Juzgado indago en la declaración de parte, cabe destacar que en esta acción de tutela se solicitó la autorización para el trasplante de medula y en esta acción de tutela no se vinculó para nada a la Clínica de Marly simplemente se accionó contra Caprecom EPS a efectos que se surtiera la autorización para el procedimiento de medula.*

*Por lo anterior ruego al Despacho declarar fundadas las excepciones y liberar a la Clínica de Marly de toda responsabilidad en los hechos que han sido propuestos y debatidos en el asunto de la referencia (…)*

* + 1. El apoderado de la **PARTE DEMANDADA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE LIQUIDADA, FIDUPREVISORA** no presentó alegatos
    2. El apoderado de la **PARTE DEMANDADA MINISTERIO DE SALUD** manifestó:

*“(…) Reitero que me opongo a que se hagan las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora en contra del Ministerio de Salud y Protección Social, en vista que se ha demostrado la invalidez de los hechos y pretensiones solicitadas por el demandante, en contra de mi representado, como se ha demostrado en las razones de hecho y derecho que se expusieron en la contestación de la demanda, y de igual manera ratifico mi oposición a cualquier declaración y condena en contra del Ministerio de Salud y Protección Social por lo anteriormente expuesto y por las razones de hecho y derecho que más adelante expresare:*

*Para efecto de una mejor ilustración sobre la temática que nos convoca, resulta pertinente que las razones de la defensa empiecen por exponer el marco jurídico conceptual en que se circunscribe la temática de la salud, para finalmente avocar el asunto concreto.*

*El extinto Ministerio de la Protección Social, era un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, cuyas funciones se encontraban expresamente consagradas en las disposiciones legales, especialmente en las contenidas en las leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998 y 715 de 2001 y en el decreto 205 de 2003 (Derogado por el Decreto 4107 de 2011). Este último le asignó al Ministerio de Salud y Protección Social, la de formular, adoptar dirigir, coordinar, ejecutar evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollara a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo.*

*Sea lo primero destacar que el Ministerio de Salud y Protección Social -antes Ministerio de la Protección Social -, no tiene la competencia, ni la función de la prestación de servicios médicos, como se observa en este caso, lo que se presenta es un conflicto jurídico que no puede ser resuelto por este Ministerio, y además desconoce historia clínica de la paciente.*

*De conformidad con la Constitución Política vigente, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, Descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa como lo afirma el artículo 1o. de la misma.*

*La descentralización es el proceso político - jurídico - administrativo por medio del cual se otorgan competencias o funciones a personas públicas diferentes a los órganos centrales del Estado, para que ejerzan en su propio nombre y bajo su responsabilidad las tareas que la ley les asigne.*

*La descentralización tiende a buscar entre otras, las siguientes metas: 1o). Reducir la excesiva concentración del poder de decisión existente en los órganos centrales de la administración; 2o). Robustecer y vitalizar la autonomía seccional mediante procesos de descentralización para permitir a las autoridades regionales, la adopción oportuna de respuestas a las necesidades de las diferentes comunidades; y 3o). Fortalecer las atribuciones constitucionales de gobernadores y alcaldes para dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos esenciales a nivel local. Y el servicio público de la salud, es esencial, según lo disponen las normas que rigen la materia. (….)Las normas constitucionales y legales antes señaladas dejan claramente establecido, que el Ministerio de Salud y Protección Social es el ente rector de las políticas en materia de salud, trabajo y riesgos profesionales pero no una entidad prestadora de servicios de salud. (Destaco).*

*En consecuencia, no entendemos de dónde puede surgir el nexo causal entre la falla en el servicio brindado, y las funciones que le corresponden cumplir al Ministerio de Salud y Protección Social. Es claro que de los hechos narrados no puede inferirse una falta o falla en el servicio que en estricto sentido le corresponde cumplir al ministerio, pues si se leen cuidadosamente los hechos en ninguno de ellos se afirma que el ministerio hubiera incurrido en la omisión que causo las lesiones al paciente, además de que solo a través del libelo contentivo de la demanda, nos estamos informando de la situación ocurrida con la mencionada ciudadana.*

*Ahora bien, el modelo de Estado diseñado por la Constitución vigente, incluye como presupuesto de la actividad estatal la búsqueda y obtención de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.*

*En estas condiciones el Estado colombiano debe ser no solo un verdadero promotor de la dinámica colectiva y para el logro de esta finalidad resulta relevante que el Estado oriente su política y recursos a la prestación eficiente y responsable de los servicios como la seguridad social y la Salud, derechos irrenunciables estos que no siendo los únicos de carácter prestacional, son primordiales para la obtención de mejores condiciones de subsistencia de la población colombiana.*

*Pero así mismo, como el Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza unos derechos a todos sus afiliados, es deber de esos afiliados cumplir unos deberes, entre ellos el de solicitar el servicio a la entidad a la cual se encuentran asegurados (afiliados) llámese Entidad Promotora de Servicios -E.P.S.- o Administradora de Régimen Subsidiado -A.R.S.-, o a exigir al mandatario del ente territorial donde reside, la prestación del servicio de salud como vinculado, cuando no pertenece a ninguno de los dos regímenes anteriores (…)*

*, si bien existe un control tutelar sobre las entidades descentralizadas que hacen parte de un Ministerio o Departamento Administrativo, está destinado solo a asegurar y constatar que las funciones que adquieran ellas por especialidad se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, sin tener facultad legal para extender su autoridad respecto a su autonomía administrativa y presupuestal.*

*Así las cosas, queda claro que el control tutelar no puede trascender esferas propias de la descentralización, ajenas al Ministerio que presiden, por la misma autonomía que adquiere toda entidad que reviste tal calidad.*

*Como mencioné en líneas anteriores, el Ministerio de Salud y Protección Social, no tiene dentro de las funciones que le han sido asignadas por las disposiciones legales, la de prestar servicios asistenciales, razón por la cual no existe motivo alguno para derivar en su contra responsabilidad en la falla de un servicio que no prestó y que entre otras tampoco estaba en capacidad de prestar.*

*Desde la perspectiva del nexo causal, este consiste en la determinación de la causa eficiente y determinante en la producción de un daño. La jurisprudencia y la doctrina han indicado que para poder atribuir un resultado a una persona, ya sea natural o jurídica, como producto de su acción es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista táctico sino jurídico.*

*No siendo una obligación de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social la prestación de servicios médico - asistenciales, tal como se advirtió anteriormente, no hay razón legal alguna para que se afirme que en el presente asunto se den los presupuestos con figurantes de responsabilidad de este Ministerio.*

*No debe perderse de vista que la legitimación en la causa es un presupuesto procesal de la demanda que se colma al dirigir la pretensión contra una entidad pública o contra un particular que desempeñe funciones propias de los distintos órganos del Estado (Artículo 82 del C.C...) que se considera responsable del daño cuya indemnización se reclama, por ser sujeto de la relación jurídica sustancial de la cual se pretende derivar la responsabilidad.*

*En consecuencia, la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, no es responsable ni administrativa ni extracontractualmente por los hechos imputados, pues no tuvo participación directa o indirecta en la atención médica del paciente; no existiendo en consecuencia nexo causal entre el presunto daño irrogado y la acción o la omisión de las instituciones de salud, razones suficientes para declarar su falta de legitimación en la causa pasiva. (…)*

*PETICIÓN ESPECIAL. Por las razones de orden legal, funcional, y de competencias expuestas, solicito al Honorable Magistrado tener en cuenta argumentos propuestos y declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de La Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, de las responsabilidades que se le endilgan, pues se repite que el Ministerio es el ente rector del Sistema General de Protección Social (Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales) y no una Institución prestadora de servicios de salud, y consecuencialmente denegar las pretensiones de la demanda (…)”*

* + 1. El **MINISTERIO PUBLICO REPRESENTADO POR LA PROCURADURÍA JUDICIAL 82-1** no conceptuó
  1. **CONSIDERACIONES**
  2. **LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:**
     1. En cuanto a las excepciones de **falta de causa e ilegitimidad de las pretensiones Invocadas por la parte actora enfrente a la CLÍNICA DE MARLY S. A. y de la falta de legitimación de la causa por pasiva** del MINISTERIO DE SALUD el despacho se remite a lo decidido en la audiencia inicial en el acápite respectivo.
     2. Respecto de la excepción **la de ausencia de responsabilidad a cargo de la CLÍNICA DE MARLY S. A Y la de ausencia de solidaridad planteada por LA DEMANDADA** CLÍNICA DE MARLY S. A**; ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada, prestación eficiente, oportuna, diligente, idónea y perita del servicio de salud por parte de CAPRECOM hoy liquidado, inexistencia de la obligación y novación de la obligación** planteadas por la demandada CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM, EICE LIQUIDADA, FIDUPREVISORA y de la **ausencia de responsabilidad e inexistencia de la relación sustancial** planteadas por la demandada MINISTERIO DE SALUD no gozan de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de ellas, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.
     3. En relación con la excepción **GENÉRICA o LA INNOMINADA** planteada por la demandada CLÍNICA DE MARLY S.A. y MINISTERIO DE SALUD sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.
  3. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO se busca establecer si las demandadas CLÍNICA MARLY S.A, PAR CAPRECOM, EICE LIQUIDADA administrado por la FIDUPREVISORA y NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD, son responsables de los perjuicios ocasionados a los demandantes con la presunta falla en que se incurrió al presuntamente tratar de manera ineficiente el caso de señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA lo que finalmente condujo a su muerte.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

***¿Existió una falla o falta por parte de las demandada* CLÍNICA MARLY S. A, PAR CAPRECOM, EICE LIQUIDADA administrado por la FIDUPREVISORA y NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD *en la prestación del servicio médico prestado a la señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA que devino o trajo como consecuencia su muerte?***

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

Con relación a la responsabilidad por falla médica, el Consejo de Estado ha propendido por la adopción de la Teoría de la carga dinámica de la prueba de manera adecuada, es decir, analizando en cada caso en particular cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte, puesto que la manera como ha venido aplicándose la falla presunta ataca el fundamento mismo de la teoría de las cargas dinámicas.

Así las cosas, la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (hoy código general del proceso) *-que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-*, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.

La carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (hoy código general del proceso), el cual dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

En desarrollo de la norma procesal antes citada, tenemos en principio que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad daño y nexo causal entre daño y culpa), si quiere que sus pretensiones sean acogidas.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que 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.

En conclusión, siguiendo la más reciente posición de la jurisprudencia, es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

1. Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “*excesivamente difícil o prácticamente imposible*” hacerlo;
2. Corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”;
3. En la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño;
4. La valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y
5. el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio[[12]](#footnote-12).

Quiere decir lo anterior, que cuando se demanda buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponde al interesado probar los extremos de tal responsabilidad (la existencia del daño y su imputabilidad a la parte demandada, la falla en el servicio médico y el nexo causal entre el daño causado y el servicio prestado).

El **CONSEJO DE ESTADO** reordenó los elementos que configuran la pérdida de oportunidad así:

*“(…)Si bien en la Sentencia 18593 del 2010, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se afirmó que la estructuración de la pérdida de oportunidad requería de la certeza respecto de la existencia de la oportunidad perdida, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho y la situación potencialmente apta de la víctima para pretender la consecución del resultado esperado, en una reciente decisión la corporación reordenó los elementos de este daño autónomo. (Lea: Precisan diferencia entre* ***imposibilidad de obtener un beneficio*** *y* ***pérdida de una probabilidad****)*

*En efecto, estableció que, en adelante, los elementos serán los siguientes:*

*- Falta de certeza o* ***aleatoriedad*** *del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar: Para la Sala, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.*

*- Certeza de la existencia de una* ***oportunidad****: La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que, en caso de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.*

*-* ***Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio*** *o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima: Si el beneficio final o el perjuicio eludido aún dependen de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual. (Lea: Conozca la figura de daño por pérdida de oportunidad)*

***Liquidación de perjuicios***

*Además de lo anterior, el fallo también sistematizó algunos parámetros mínimos para orientar a los jueces al momento de fijar la cuantía del daño de pérdida de oportunidad en los casos de responsabilidad médica:*

*- 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.*

*- 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.*

*- No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales, inmateriales y daño a la salud, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral.*

*- No es procedente indemnizar este daño por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final. (Lea: Privar a un paciente de oportunidades de curación genera responsabilidad)*

*- El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso. No obstante, si no se puede determinar dicho porcentaje, deberá el juez declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien, acudir a criterios de equidad.*

*- Si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje se determinará, excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50 %, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales (C. P. Ramiro Pazos). [[13]](#footnote-13)*

***PRECISAN DIFERENCIA ENTRE IMPOSIBILIDAD DE OBTENER UN BENEFICIO Y PÉRDIDA DE UNA PROBABILIDAD***

*Al resolver un recurso de apelación, el Consejo de Estado precisó que la pérdida de oportunidad consiste en el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo.*

*Así mismo, sobre esta posibilidad indicó que si bien no es posible asegurar que se hubiese materializado de forma favorable no se puede desconocer que sí existía una posibilidad considerable de haberse configurado.*

*La Sección Tercera también aseguró que la pérdida de oportunidad, como daño autónomo, evidencia que este no siempre comporta la trasgresión de un derecho subjetivo, sino que la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido.*

*Además, esta afección genera en forma válida el deber de reparar en cabeza de quien la vulnera, resarcimiento con el que no se pretende reparar el impedimento del resultado final incierto, esto es, el beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, explicó la corporación.*

*Acorde con lo precedente, advirtió la diferencia entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio y la pérdida de una probabilidad, asegurando que en el primer caso el objeto de la indemnización es el beneficio dejado de percibir o el perjuicio que no fue evitado y el segundo evento tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, pese a que sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización (C.P. Danilo Rojas Betancourth) (…)” [[14]](#footnote-14)*

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

**2.3.1** Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

* ISAURO ALEXANDER APONTE VACA era hijo de ELPIDIA VACA ARIAS[[15]](#footnote-15) y ISAURO MARIA APONTE VACA[[16]](#footnote-16) y hermano de LEIDY ESNAY APONTE VACA[[17]](#footnote-17), FAUSTO GIOVANY APONTE VACA[[18]](#footnote-18), ANA SHIRLEY APONTE VACA[[19]](#footnote-19), BELEN ESMERALDA APONTE VACA[[20]](#footnote-20)y VIKY PAOLA APONTE VACA[[21]](#footnote-21).
* El señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA identificado con Cédula de Ciudadanía 80.203.838 se encontraba afiliado a CAPRECOM EPS en el municipio de Bogotá desde el 1 de junio de 2013 hasta la fecha de su muerte[[22]](#footnote-22)
* El **15 de enero de 2015[[23]](#footnote-23)** el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA ingresó al HOSPITAL DE KENNEDY por presentar dolor abdominal, vómito y diarrea; después de varios exámenes se verificó el **diagnostico de leucemia linfoblastica aguda**
* En el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA ESE le fueron efectuadas las siguientes atenciones al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA:
* Fue remitido del Hospital de Kennedy y hospitalizado desde **enero 30 de 2015 a marzo 6 de 2015**; refirió como antecedentes haber padecido hepatitis en su infancia y la muerte de abuela se produjo por leucemia. Respondió al tratamiento y quedo estable.
* Del **25 de marzo al 28 de abril de 2015** entró en la etapa de consolidación para trasplante, salió satisfactoriamente terminando los bloques 1,2 y 3 de protocolo de quimioterapia GRAALL 2003. En el momento asintomático sin evidencia de citopenias a nivel de hemograma, se entregaron fórmulas para próximo ciclo de quimioterapias.
* Del **3 de junio de 2015 al 1 de julio de 2015** ingresó por presentar cuadro febril
* Del **14 de julio de 2015- 31 de julio de 2015** ingresó por control, por presentar cefalea de 2 días, en proceso de iniciar quimioterapia de consolidación
* Del **7 de septiembre de 2015- 14 de octubre de 2015** ingresó por quimioterapia de rescate y salió con adecuada evolución clínica, recuperación completa de neutrófilos, con trombocitopenia leve. Se realizó biopsia y aspirado de medula ósea, se consideró que podía darse egreso.
* El **5 de noviembre de 2015** ingresó sin posibilidad de rescate y debía continuar manejo de soporte básico
* En **marzo de 2015** le fueron efectuados exámenes de compatibilidad a los hermanos del señor APONTE VACA[[24]](#footnote-24)
* El **16 de abril de 2015** el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA por parte del INTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA por medicina especializada le fue ordenado “TRASPLANTE AUTOLOGO DE PROGENITORES HEMAPOYETICOS DX: LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA DE PRECURSORES B FENOTIPO COMUN”, orden que se radicó para su autorización
* EL **23 de junio de 2015[[25]](#footnote-25)** el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2015-0317 tuteló los derechos fundamentales a la vida a la salud y a la seguridad social de ISAURO MARIA APONTE VACA como agente oficioso de ISAURO ALEXANDER APONTE VACA ordenando a CAPRECOM EPS para que entregara la autorización y se practicara el procedimiento quirúrgico “TRASPLANTE AUTOLOGO DE PROGENITORES HEMAPOYETICOS DX: LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA DE PRECURSORES B FENOTIPO COMUN” al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA en la CLINICA MARLY conforme a la prescripción del médico tratante del Instituto Nacional de Cancerología atendiendo el carácter prioritario.
* El **2 de julio de 2015[[26]](#footnote-26)** ante la falta de cumplimiento del fallo de tutela el señor ISAURO MARIA APONTE VACA promovió incidente de desacato
* El **24 de julio de 2015**[[27]](#footnote-27) el señor ISAURO MARIA APONTE VACA radicó petición a CAPRECOM EPS solicitando se expidiera autorización del procedimiento quirúrgico “TRASPLANTE AUTOLOGO DE PROGENITORES HEMAPOYETICOS DX: LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA DE PRECURSORES B FENOTIPO COMUN” al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA.
* El 25 de agosto de 2015 la EPS CAPRECOM le respondió al señor ISAURO MARIA APONTE VACA que el paciente ISAURO ALEXANDER APONTE VACA se encontraba afiliado a la EPS y se le habían autorizado los servicios solicitados en agosto de 2015[[28]](#footnote-28)
* El **16 de septiembre de 2015[[29]](#footnote-29)** el señor ISAURO MARIA APONTE VACA radicó petición ante la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD para hacer cumplir el fallo de tutela del 23 de julio de 2015 proferido por el juzgado 26 civil del circuito de Bogotá.
* El 23 de septiembre de 2015[[30]](#footnote-30), la Personería de Bogota efectuó visita a CAPRECOM para exponer el caso donde le indicaron que dependía de la asignación de presupuesto y **29 de septiembre de 2015** al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA donde le manifestaron que el paciente se encontraba en el día 13 del protocolo AME ya que se encontró en recaída tumoral por la demora en la realización del tratamiento y las poliquimioterapias; que el paciente no había sido trasladado pues se encontraba en la etapa más crítica del protocolo; se deseaba que el paciente se encontrara en el periodo de remisión y respondiera adecuadamente para lo requería 2 a 3 semanas. Era necesario que la EPS garantizara una institución donde se le realizara el trasplante para que no perdiera el periodo de remisión y que al donante se le debían hacer unos exámenes para garantizar que cuando el paciente estuviera apto se pudiera efectuar el transplante.
* El **5 de octubre de 2015** el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal dentro del radicado 2015-0570 negó la solicitud de medida provisional promovida con la señora VIKY PAOLA APONTE VACA como agente oficiosa del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA en contra del MINISTERIO DE SALUD y los vinculados Caprecom ESP, juzgado 26 civil del circuito y la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD para que se efectuara el procedimiento quirúrgico “TRASPLANTE AUTOLOGO DE PROGENITORES HEMAPOYETICOS DX: LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA DE PRECURSORES B FENOTIPO COMUN” al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA.
* El 15 de octubre de 2015 el Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogota Sala Penal dentro del radicado 2015-0570 negó la tutela interpuesta por la señora VIKY PAOLA APONTE VACA.
* El 23 de octubre de 2015[[31]](#footnote-31) en la CLINICA MARLY en la unidad de trasplante de medula ósea, el médico después de analizar el resultado de sus exámenes médicos consideró que el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA no era un candidato apto para la realización del trasplante alogenico por lo que lo contra remitió a la EPS –IPS para continuar manejo probablemente paliativo.
* En la historia clínica del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA tenemos las siguientes anotaciones

|  |
| --- |
| *Estado en el momento de ingreso al trasplante:*  *El paciente refiere incio de sintomatología desde Diciembre/2014 con astenia, adinamia, cefalea global, osteomialgias, palidez progresiva, cambio en la clase funcional consultando a Md Particular realizando CH siendo patológico y remitiendo al Hptal de Kennedy. Se in gresa a ésta institución y se remite a Hematologíoad el INC.*  *Se remite entonces al INC donde se realizan estudios y se realzia diagnóstico de LEUCEMIA AGUDA DE PRECURSORES LINFOIDES con 94%de Blastos, Cariotipo 46XY, con T(1;19), T(4;11), T(9,22) p190/p210 Negativas. Alto Riesgo por compromiso del SNC e hiperleucocitosis.*  *Se inicia manejo con PoliQMT GRAALL 2003, complicado por Lisis Tumoral y Neutropenia Febril prolongada. Inicia el 6 Febrero del 2015 – completó inducción. Evaluaci´oon de la respuesta: RH Morfológica con EMR Negativa ( sin evidencia de blastos por CMF ).*  *Continúa con consolidación Bloque 1,2 y 3 INICIO el 26/03/2015. Complicaciones: Neutropenia Febril de Alto Riesgo. \*\*Paciente con solicitudes de estudios de compatibilidad y remisión a ALOTPH por notas de historia clínica en el INC desde Febrero/2015 a CAPRECOM¡¡\*\*.*  *Presenta recaída en Junio/2015, se aplica Prefase con PDN el 04/06/201 y se aplica PoliQMT IDA-FLAG el 10/06/2015. Evaluacion de respuesta: RH Morfológica con estudios de MO del 01/07/2015: Se detecta 0.17% de población linfoide B Inmadrua sugestiva de Linfoblastos con expresion de CD19,CD10,CD34, CD20 y CD45 débil.*  *A los 15 días aprox de la evaluación de la respuesta el paciente asiste a control con Cefalea tipo peso retro-ocular sin alteración de la visión al inicio luego sensación de visión borrosa, no alteraciones en sensibilidad – fuerza. Se realiza RNM SNC del 16/07/2015 al parecer sin reportar hallazgos anormales. Aumenta la cefalea durante la estancia hospitalaria en el INC y deciden valorar ante RNM SNC normal por Oftalmología encontrando PAPILITIS LEUCEMICA BILATERAL – Se realiza estuidos de LCR: Líquido turbio Células: 78, PMN 6%, monon 94%, Hematíes 15, Fresocs 70%, glucosa 30 proteínas 44¡¡¡- 75% de Linfoblastos en LCR y ya en el hemograma presencia de blastos en SP – 54% y se evidencia leucocitosis con linfocitosis progresiva¡¡. Se inicia QMT IT con ARA-C/MTX semanales. MO Confirma recaída también hematológica¡¡. \*\*Pdte RNM con supresión grasa para definir compromiso ocular¡¡.*  *Actualmente en plan de nueva PolIQMT rescate sea HyperCVDA PAR y/o Blinatumomab. En última nota de Hematología del INC – NOTA DE JUNTA del 29/07/2015 proponen AME y si hay respuesta posteriormente llevar al ALOTPH, mientras tanto dejan manejo ambulatorio con POMP, iniciado desde el 29/07/2015.*  *\*\*Confirmo reporte de estudios de HLA Tipo I – II realizados en LABORATORIO MEDICO ECHAVARRIA del 24/03/2015 # 32400614: son iguales en HLA-A, HLA-B, HLA-C, HLA-DRB1 y HLA-DQB1 --- pero no hay informe escrito como tal del reporte¡¡.*  *Envían a CL Marly para evaluar la pertinencia sobre la realización de TRANSPLANTE ALOGENICO DE PROGENITORES HEMATOPOYETICOS DE DONANTE IDENTICO INTRAFAMILIAR, como opción curativa de su patología neoplásica hematológica.*  ***NOTA SEPTIEMBRE 01 DE 2015:***  *Paciente con hiistoria clínica anotada, con indicación de realización de ALOTPH de donante idéntico intrafamiliar como única opción de control de su patología neoplásica hematológica aunque con pobre pronóstico a largo plazo pero es la única opción de sobrevida vigente para el paciente. EL paciente deberá recibir tratamiento para inducir nuevamente respuesta hematológica y a novel del SNC¡¡. Solicito estudios de evaluación pre TPH al paciente y su donante – hermana y autorización del mismo. Control con reportes¡¡.*  *\*\*El paciente vuelve al INC para tratamiento. Allí recibe Nuevo protocolo rescate AME el 12 Sept/2015, seguimientos de Galactomanan 23-27 Sept, 8/10/2015: Negativos. Del LCR Citologías del 24 Agosto- 24 Septiembre Negativos para malignidad; CMF-LCR del 30 Septiembre: Muestra en la que seobserva 0.1% de Linfoblastos B inmaduros/mcl sugestivos de Linfoblastos con expresión de CD19,CD10,CD34,CD20 y CD45 débil¡¡.*  *Revisión por sistemas:*  *Hiporexia, náuseas sin emesis, sin sangrados, equimosis en brazo derecho, Ya sin cfalea, mejoría en la visión, Audición referida nromal, sin edemas, afebril, No usa lentes, niega síntomas por Rinitis o Sinusitis crónica¡¡. Niega síntomas respiratorios. Osteomialgias.*  *Antecedentes Personales: Patológicos: Pfreviamente a EA sano, al parcer Hepatitis Viral A en la infancia sin complicaicones, Hospitaiizaciones: previamente ninguna, QX: Niega, T/A: No fumador ni bebedor, niega psicofármacos, ETS: niega, Traumáticos: niega, Transfuisones: (+) GRE y Plaquetas desconoce cantidades; Farmacológicos: POMP: 100mg 6MCP + 40mg semanales, PDN 100mg x 7 días + 2 mg Vincristina IV mensual. Familiares: Abuela Paterna murió por Leucemia??.*  *Examen físico: P. 61KG, TALLA: 170CMS, Alerta, afebril, hidratado, sin SDR, PINRLA, ORL normal, Boca sin lesiones, cuello sin masas Axilas libres, C/P: RS cs rs sin agregaods, Abdomen sin masas ni megalias palpables, Regiones inguinales libres, Genitales extrnos sin masas, Extrem sin edemas, neurolog sin déficit, Piel: sólo lesiones residuales por tratamiento x QMT¡¡.*  *ESTUDIOS DE EVALUACIÓN PRE-TRASPLANTE DEL PACIENTE: (…)*  *IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA:*  *1. LLA PRECURSORES B ALTO RIESGO POR HIPERLEUCOCITOSIS – COMPROMISO SNC EN ACTUAL SEGUNDA RECAÍDA HEMATOLOGICA Y EN SNC AUN REFRACTARIO POST POLIQMT RESCATE AME?? ¡¡¡.*  *2. PAPILITIS LEUCEMICA BILATERAL SEC A 1.*  *3. SOBRECARGA DE HIERRO PACIENTE.*  *4. PDTES ESTUDIOS PACIENTE Y DONANTE.*  *5. COMPATIBILIDAD DE GRUPO A CONFIRMAR¡¡¡*  *6. RIESGO DE REACTIVACION CMV INTERMEDIA¡¡.*  *7. ALCALEMIA METABOLICA PACIENTE¡¡.*  *ANALISIS:*  *Paciente con hiistoria clínica anotada, con indicación de realización de ALOTPH de donante idéntico intrafamiliar como única opción de control de su patología neoplásica hematológica aunque con pobre pronóstico a largo plazo pero es la única opción de sobrevida vigente para el paciente. EL paciente recibió poliQMT rescate AME con estudios de MO aún con enfermedad – decido realizar nuevos estudios de Médula Osea con CMF/BX MO y CMF del LCR para definir respuesta. Si se evidencia actividad leucemica se considerará no candidato al ALOTPH .*  ***NOTA OCTUBRE 23 DE 2015:***  *Ante estudios de Médula Osea recientes del 13/10/2015 con respuesta hematológica inadecada se decide repetir estudios de Médula Osea: Del Miércoles 21 de 2015: PRESENCIA DE 34% DE LINFOBLASTOS EN MEDULA con expresión de CD19, CD10,CD34 y CD45 débil, el 30% expresa CD20¡¡; , CON PRESENCIA DE LINFOBLASTOS EN EL LIQUIDO CEFALORAQUIDEO¡¡: Muestra en la que se observan 5.2 Linfoblastos B / mcl con expresión de CD19, CD10, CD34 y CD45 débil igual fenotipo que los blastos en Médula Osea¡¡; Mielograma con Blastos del 60%¡¡¡. Con dichos reportes se confirma recaída y/o progresión de la LEUCEMIA LINFOLASTICA AGUDA ADEMAS CON COMPROMISO A NIVEL DEL SNC, por lo que se considera NO CANDIDATO A REALIZACION DEL TRANSPLANTE ALOGENICO. Se contraremite a HEMATOLOGIA de* |

* El señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA falleció el 15 de noviembre de 2015*[[32]](#footnote-32)*
* El **24 de noviembre de 2015[[33]](#footnote-33)** se elaboró acta de reunión en la personería de Bogota para colaborarle al señor ISAURO MARIA APONTE VACA para ampliar la denuncia penal por la muerte de su hijo
* Por la muerte del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA se adelanta la investigación penal bajo el radicado 110016000049201516171[[34]](#footnote-34) encontrándose en indagación.
  + En dicha investigación obra la delación del representante legal de CAPRECOM en liquidación informando que los afiliados fueron transferidos automáticamente a otras EPS en el caso del señor ***ISAURO ALEXANDER APONTE VACA***  *le correspondió capital salud, entidad que heredo la tutela a partir de la expedición del decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015*
  + *Obra certificación de la EPS CAPITAL SALUD en donde manifiesta que el señor* ISAURO ALEXANDER APONTE VACA estuvo afiliado a la EPS SOLSALUD de febrero 9 – mayo 31 de 2013 en el régimen subsidiado, a la EPS CAPRECOM desde el 1 de junio de 2013 hasta el día de su fallecimiento 15 de noviembre de 2015 en el régimen subsidiado. Y la EPS CAPITAL SALUD el 1 de enero de 2016.[[35]](#footnote-35)
* En diligencia de testimonios el **médico MANUEL LEONIDAS ROSALES ACEVEDO** manifestó ser médico especializado en medicina interna y en hematología y luego se especializó en trasplantes hematopoyéticos; que trabajó en la CLINICA MARLY durante los años 2004 – 2017. Para el año 2005 trabajaba en la unidad de trasplantes hematopoyeticos, evaluó al señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA y su historia clínica para verificar que el mismo se encontraba en condiciones de que se le efectuara un **trasplante de células progenitores hematopoyeticos** (trasplante de medula ósea), lo valoró el **1 de septiembre 2015. P**adecía una leucemia linfoblastica aguda considerada de **alto riesgo** (es decir aunque el paciente recibiera el tratamiento adecuado y oportuna puede recaer), para esa fecha el paciente ya había recibido el tratamiento con quimioterapia y ya había recibido su primera quimioterapia de rescate y había respondido hematológicamente pero para el momento de esta valoración como está nuevamente en recaída, es decir no está en las condiciones ideales para efectuarle el trasplante, debe ser enviado nuevamente a respuesta hematológica se podía proceder nuevamente al trasplante.

En esa fecha se envió al señor para quimioterapia de recuperación en el instituto de cancerología y le dio la orden de los exámenes pre trasplantes para que se autorizaran.

En **octubre de 2015** vuelve a ver al paciente le muestran los exámenes después de la quimioterapia de recuperación pero los mismos demostraron que el paciente no estaba en una respuesta adecuada para el trasplante, además le faltaba el estudio de líquido cefalorraquídeo, aun así le ordeno estudio de medula ósea y cuando **nuevamente lo ve en octubre de 2015** con el resultado tenía 60 % de blastos en la medula y lo recomendable es menos del 5% para que el trasplante por lo tanto no le puede realizar el trasplante, entonces lo remitió para que le efectuaran nuevamente un tratamiento de rescate para que fuera remitido en condiciones de estabilidad para el trasplante.

Explicó que cada vez que un paciente como el señor ***ISAURO ALEXANDER APONTE VACA*** recae es más difícil que responda con la quimioterapia adecuadamente, el periodo de respuesta no es eterno, pero cuando lo logra y está en condiciones de estabilidad se le debe efectuar el trasplante, agrega que el paciente debe tener exámenes pre trasplante.

El paciente fue atendido desde febrero de 2015 con la enfermedad diagnosticada y le fue efectuado el protocolo de quimioterapia que consta

* Inducción: producir respuesta (son varias quimioterapias)
* Consolidaciones (son varias quimioterapias)
* Luego debe seguir en tratamiento mientras espera la valoración por pre trasplante, entonces en este caso en junio de 2015 tuvo una recaída y le realizaron una primera quimioterapia de rescate.
* En octubre de 2015 recibe por orden suya otra quimioterapia pues debía tener control de la enfermedad en medula ósea y líquido cefalorraquídeo y no lo logro

Menciono que el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA fue remitido por su respectivo ente asegurador, debía valorarlo, recibir los exámenes pre trasplantes los cuales debían ser autorizados por el ente asegurador y una vez los exámenes reportaban que el paciente estaban en condiciones clínicas y médicas para proceder al trasplante ahí si expide la solicitud para la intervención, la cual debe ser autorizada por el ente asegurador, dado el caso expidió esta solicitud con los eximentes para agilizar el caso.

Desconoce si el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA tuvo autorización del trasplante.

Se le puso de presente un aparte que se citó de la historia clínica en una reunión adelantada en la PERSONERIA DE BOGOA que indica que se trata de paciente con indicación de realización de ALOTPH de donante idéntico intrafamiliar, como única opción de control de su patología neoplastia hematológica, aunque con pobre pronostico a largo plazo, pero es la única opción de sobrevida vigente para el paciente.

* En diligencia de interrogatorio de parte el señor **ISAURO MARIA APONTE VACA**  manifestó ser el padre del señor que falleció; fueron a la CLINICA MARLY en tres ocasiones, allí el médico primero le ordenó unos exámenes, después de que su hijo saliera de recibir una quimioterapia en el instituto cancerológico y con el resultado de los exámenes regresó y el médico les dijo que estaba grave y en una última vez le dijeron que al joven le quedaban 2 meses de vida y al mes murió. Agregó que interpuso una acción de tutela contra CAPRECOM, demandó a la CLINICA MARLY porque le debió efectuar el trasplante de medula ya que estaba la donante que era la hermana BELEN ESMERALDA APONTE VACA, agrega que entre septiembre y noviembre de 2015 su hijo estaba muy grave, no recuerda que el médico de la CLINICA MARLY le indicara que su hijo debía estar en determinadas condiciones para que se efectuara el trasplante.
* En diligencia de interrogatorio de parte la señora VICKY PAOLA APONTE VACA manifestó ser la hermana del señor que falleció; no conoció al médico que trató a su hermano en la CLINICA MARLY, esas vueltas las hizo su papá y lo que sabe es por lo que su papá le contaba; según le contó su padre considera que su hermano estaba en condiciones para que le efectuaran el trasplante, su hermano estaba grave, su padre lo llevó a las citas y los documentos que le requerían pero no le hicieron el trasplante. CAPRECOM debía expedir la autorización para que le hicieran el trasplante y la CLINICA MARLY efectuaría el trasplante.

**2.3.2.** Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

***¿Existió una falla o falta por parte de las demandada* CLÍNICA MARLY S. A, PAR CAPRECOM, EICE LIQUIDADA administrado por la FIDUPREVISORA y NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD *en la prestación del servicio médico prestado a la señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA que devino o trajo como consecuencia su muerte?***

Tenemos demostrado el DAÑO pues el **ISAURO ALEXANDER APONTE VACA** falleció el día 15 de noviembre de 2015.

En lo que respecta a la ANTIJURIDICIDAD, encontramos lo siguiente:

Del material probatorio que obra en el proceso, esto es la historia clínica de **ISAURO ALEXANDER APONTE VACA*,*** no es posible concluir que la demanda **CLÍNICA MARLY S. A** ni sus médicos, hayan incurrido en algún tipo de conducta negligente, descuidada o imprudente.

Durante los meses de **septiembre y octubre del año 2015** el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA fue atendido en la **CLÍNICA MARLY** por el grupo de trasplantes, para que se le efectuara el trasplante de médula ósea; allí se le indicó que pese a tener donante idéntico intrafamiliar para efectuar el trasplante el paciente debía estar en unas condiciones clínicas y medicas idóneas, de lo contrario el trasplante no era viable. El paciente nunca estuvo en esas condiciones motivo por el cual no se le practicó el procedimiento y no como alega la parte actora por falta de pago de la EPS CAPRECOM del valor del procedimiento.

Ahora bien, la parte actora agrega que la EPS CAPRECOM debe responder pues no profirió la autorización de trasplante a pesar de existir de por medio una tutela y un seguimiento por parte de la Defensoría del Pueblo y el MINISTERIO DE SALUD también debe responder pues no ejerció el debido control sobre la EPS.

Si bien dentro del plenario se demostró que el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA inició el tratamiento de quimioterapia en sus respectivas etapas y estuvo en condiciones para ser remitido al equipo de trasplante y que claramente la EPS CAPRECOM en liquidación presentó demora en la gestión de las autorizaciones para los exámenes, medicamentos e incluso el mismo procedimiento, como bien se indicó por parte del médico MANUEL LEONIDAS ROSALES ACEVEDO , estar en condiciones de trasplante no significaba solo atender a la quimioterapia sino estar en unas condiciones médicas clínicas idóneas, condiciones que de lo demostrado en el plenario no se evidencia que se hubiesen suscitado en algún momento antes de septiembre de 2015, y es que incluso habiéndose efectuado dichos exámenes pre trasplantes, nada garantizaba que los resultados fuesen los adecuados.

Así las cosas, tampoco es posible considerar que el daño acaecido le es imputable a CAPRECOM EPS EN LIQUIDACION ni siquiera a título de pérdida de oportunidad precisamente porque no existe la certeza de que el señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA hubiese estado en condiciones clínicas idóneas para el trasplante.

Por último, si bien el MINISTERIO DE SALUD cumple con una función de control y vigilancia sobre las EPS, en el caso en concreto no se evidencia alguna transgresión a sus funciones en consideración al caso del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA.

En las circunstancias anteriores, al no haberse acreditado los elementos de la responsabilidad, las pretensiones de la demanda deben ser denegadas.

* 1. Citando la posición del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “C” No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CP ACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación," situación que no se ha presentado en el caso estudiado

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense** no probadas las excepciones propuesta por las demandadas.

**SEGUNDO:** **Niéguense** las pretensiones de la demanda

**TERCERO:** Sin **condena en costas**.

**CUARTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

NNC

1. "(...) Art. 1226. DEFINICIÓN DE LA FIDUCIA MERCANTIL La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios. (...)" (Negrilla propia). [↑](#footnote-ref-1)
2. "(...) ARTÍCULO 1233. SEPARACIÓN DE BIENES FIDEICOMITIDOS. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo. (...)"

   En suma a lo anterior el numeral 7o del artículo 146 del Decreto 663 de 1993 establece el impedimento a las fiduciarias para entrar a responder con recursos propios por las condenas y obligaciones a cargo de los Patrimonios Autónomos que administran, así:

   "(...) 7. SEPARACIÓN PATRIMONIAL DE LOS FONDOS RECIBIDOS EN FIDEICOMISO. Toda sociedad fiduciaria que reciba fondos en fideicomiso deberá mantenerlos separados del resto del activo de la sociedad. (...)" [↑](#footnote-ref-2)
3. "ARTICULO 293. NATURALEZA Y NORMAS APLICABLES DE LA LIQUIDACION FORZOSA ADMINISTRATIVA.

   1. Naturaleza y objeto del proceso. El proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria es un proceso concursal y universal, tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.

   (...)" (Resaltado ajeno al texto) [↑](#footnote-ref-3)
4. "ARTICULO 291. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA TOMA DE POSESIÓN. Corresponde al Presidente de la República, en ejercicio de las funciones que le otorga el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, señalar la forma como se desarrollará el proceso de toma de posesión, y en particular la forma como se procederá a liquidar los activos de la entidad, a realizar los actos necesarios para colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social o a realizar los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas; la forma y oportunidad en la cual se deben presentar los créditos o reclamaciones; las sumas que se pueden cancelar como gastos de administración; la forma como se reconocerán y pagarán los créditos, se decidirán las objeciones, se restituirán los bienes que no deban formar parte de la masa, y en general, los actos que en desarrollo de la toma de posesión se pueden o se deben realizar. (Sic) [↑](#footnote-ref-4)
5. "La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material. La legitimación de hecho es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo están quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda.

   En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa o por activa o por pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado." (Subrayado y negrillas fuera del texto) [↑](#footnote-ref-5)
6. "En este orden de ideas sea lo primero reiterar la tesis de la Sala en el sentido de que la Nación-Ministerio de Salud carece de legitimación para responder por los daños sufridos por los demandantes, que fueron atribuidos por éstos a fallas en la prestación del servicio médico que se le brindó al señor Rogelio Ospina Villegas, en el Hospital de San Juan de Dios de Pensilvania-Caldas, por cuanto a esa entidad le corresponde la dirección del Sistema de Salud, lo que le significa formular las políticas de ese sector, de acuerdo con los planes y programas de desarrollo económico y social y la expedición de las normas científico-administrativas de obligatorio cumplimiento para las entidades que lo integran, pero no asume responsabilidad por los servicios que éstas presten". [↑](#footnote-ref-6)
7. " (....) En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el tallador encuentre probada". (Destaco). [↑](#footnote-ref-7)
8. "La Sala, en jurisprudencia que se reitera, ha considerado que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico eficiente y oportuno, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo (...). En síntesis, el Estado es patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia, pero también es responsable del daño aún en eventos en los que no se demuestra esa relación causal, pero queda acreditado que la prestación asistencial no le fue brindada al paciente de manera diligente, utilizando todos los medios técnicos y científicos de los que deben disponer las entidades médicas estatales, de acuerdo a su nivel de complejidad, o no se remite oportunamente al paciente, a un centro de mayor nivel, porque esas fallas vulneran su derecho a la asistencia en salud" . [↑](#footnote-ref-8)
9. "Ahora bien, aunque podría sostenerse que causalmente la mencionada falla no se erige en la fuente determinante del daño, lo cierto es que la responsabilidad que le asiste al I.S.S., no emerge de la simple existencia de una relación puramente naturalística de causalidad entre la actuación médico-asistencial y la muerte del paciente, sino que surge del análisis jurídico de imputación que explica cómo la falla en el servicio cuya ocurrencia se ha puesto de presente, hace jurídicamente atribuible el resultado lesivo de los derechos e intereses de la parte actora, a la Administración accionada" . [↑](#footnote-ref-9)
10. "La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la "pérdida de un chance u oportunidad", consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría" . [↑](#footnote-ref-10)
11. "En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido el carácter iusfundamental del derecho a la salud, que en ciertos eventos comprende el derecho a acceso a prestaciones en materia de salud y cuya protección, garantía y respeto supone la concurrencia de los poderes estatales y de las entidades prestadoras y su protección mediante la acción de tutela" . [↑](#footnote-ref-11)
12. Nota de Relatoría: Sentencia del 22 de abril de 2004, exp.: 14.212 efectuada en providencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005). Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786). Actor: DALILA DUICA DE PEREIRA Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA - HOSPITAL CENTRAL JULIO MENDEZ BARRENECHE [↑](#footnote-ref-12)
13. C. E., Secc. Tercera, Sent. 17001233100020000064501 (25706), Abr. 5/17 [↑](#footnote-ref-13)
14. CE, Sección Tercera, Sentencia 63001233100020030000201 (38047), May. 31/16 [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 5 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 5 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 7 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 8 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 9 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 10 del cuaderno 2 [↑](#footnote-ref-20)
21. Folio 11 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folio 25 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-22)
23. Cuaderno 5 [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 42-47 del c2 [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 12-24 del c2 [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 121 del c7 [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 27 del c2 [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 39-41 del c2 [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 28 del c2 [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 29-31 del c2 [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 531-542 del c5 [↑](#footnote-ref-31)
32. 3. Registro de defunción del señor ISAURO ALEXANDER APONTE VACA.(f6 c2) [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 34-38 del c2 [↑](#footnote-ref-33)
34. Cuaderno 7 [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 434-459 del c7 [↑](#footnote-ref-35)