Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicado	08001-33-31-005-2007-00212-00
Acción	Reparación Directa
Demandante	Sirlis Patricia Medina Fontalvo y otros
Demandado	Municipio de Ponedera – E.S.E. Hospital de Ponedera
Juez	Juan Gabriel Wilches Arrieta

Los señores Sirlis Patricia Medina Fontalvo, en nombre propio y en representación de menor hijo, Adán José Pérez Medina, Andrea Carolina Pérez Medina, Adán José Pérez Morales y Marleny Morales López, actuando a través de apoderado, han ejercitado acción de reparación directa en contra del municipio de Ponedera y la E.S.E. Hospital de Ponedera, formulando las siguientes:

1. PRETENSIONES:

*"**PRIMERO:** Declarar administrativamente responsable al **MUNICIPIO DE PONEDERA** y al **HOSPITAL DE PONEDERA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO con NIT 802.009.195-8;** por la muerte del menor **LEINER PÉREZ MEDIVA** (sic) (Q.E.P.D.), ocurrida el día 29 de Agosto de 2005, atribuida a una falla del servicio médico, por la falta de atención oportuna al menor mencionado y error o mal diagnóstico de los galenos que lo atendieron en el HOSPITAL DE PONEDERA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, hecho que constituye una responsabilidad extracontractual en la modalidad de Falla Presunta, imputable a los entes demandados.*

***SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración, condenar al **MUNICIPIO DE PONEDERA** y al **HOSPITAL DE PONEDERA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO con NIT 802.009.195-8;** a pagar por concepto de **perjuicios morales subjetivos** a los demandantes, el equivalente en pesos colombianos a **TRECIENTOS CINCUENTA (350) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES** vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, distribuidos así:*

NOMBRE DE LOS DEMANDANTES PARENTESCO SALARIOS

*a) **SIRLIS PATRICIA MEDINA FONTALVO** Madre 100*

*b) **ADAN JOSÉ PÉREZ MEDINA** Hermano 50*

*c) **ANDREA CAROLINA PÉREZ MEDINA** Hermano 50*

*d) **ADAN JOSÉ PÉREZ MORALES** Padre 100*

*e) **MARLENY MORALES LÓPEZ** Abuela 50*

***TERCERO:** Condenar igualmente al **MUNICIPIO DE PONEDERA** y el **HOSPITAL DE PONEDERA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO con NIT 802.009.195-8;** a pagar por **perjuicios morales en la modalidad de Daño Emergente,** la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/L (1.000.000,oo) por concepto de gastos funerarios.*

***CUARTO:** Condénese al **MUNICIPIO DE PONEDERA** y al **HOSPITAL DE PONEDERA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO con NIT 802.009.195-8;** a pagar a los demandantes las costas judiciales a que haya lugar.*

***QUINTO:** Disponer que las condenas decretadas se liquiden y se cumplan en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., previa ejecutoria del fallo, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-118 de fecha 29 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO".*

2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

2.1.1 De hecho:

El 26 de agosto de 2005, aproximadamente a las 7: 00 A.M., la señora Marleny Morales López, se trasladó junto a su nieto, Leiner Pérez Medina (q.e.p.d) a la E.S.E Hospital de Ponedera, debido a que el menor presentaba dificultad respiratoria, fiebre y brote en el cuerpo. Fue atendido por el médico de turno, quien le formuló dicloxacilina de 250 mg y acetaminofén. Así mismo, ordenó la realización de exámenes de orina; empero, según la demanda, dicho profesional de la salud, manifestó que la sintomatología no era constitutiva de urgencia, razón por la cual dicho análisis podía realizarse posteriormente.

El 28 de agosto del referido año, a las 7:35 p.m., el menor reingresó a la mencionada institución de salud, debido a la persistencia de dificultad respiratoria, taquicardia, tos, ansiedad y ausencia de sueño, suministrándosele nuevamente el dicloxacilina, fármaco que, según se afirmó, empeoró la salud del paciente. Ante esa situación, la abuela del infante sugirió al médico, ordenar la remisión al Hospital de Sabanalarga, con el propósito de que le realizaran exámenes; sin embargo, *"el médico no le presta atención y dice que no, que se le haga una terapia y después de rogarle la señora MORALES LÓPEZ para que lo atendieran porque estaba mal, el galeno le manifestó que esa terapia respiratoria no le había servido para nada y que se lo llevara para la casa y que le suspendiera el medicamento".*

Durante la permanencia del menor en casa, la salud del infante experimentó deterioro mayor, pues *"no respiraba, tenía el corazón más acelerado, presentaba un ronquido",* sintomatología que motivó nuevamente su traslado al Hospital de Ponedera, lugar en el que coincidió con una vecina, cuyo hijo también estaba

enfermo y sí fue conducido al Hospital de Sabanalarga. En vista de lo anterior, la señora Morales López *"suplicó"* al médico la remisión de su nieto a esa institución de salud; sin embargo, el médico le manifestó que el caso no revestía gravedad. Posteriormente, aquélla solicitó colocar oxígeno a su nieto, sin éxito alguno, pues le informaron que en ese momento carecían de dicho insumo.

En horas de la madrugada *"cuando vieron que el menor LEINER PÉREZ MEDINA, se moría le dijeron a la sufrida abuela que lo iban a enviar en la Ambulancia a Sabanalarga, pero que ellos debían pagar la gasolina de dicho automotor y ella - MARLENY – dio el dinero al conductor".* No obstante, la enfermera de turno, quien no acompañó el traslado y tampoco entregó la orden remisoria expedida por el médico de la institución, le indicó al conductor que debía dejarlos a dos (2) cuadras del hospital, pues *"el niño todavía resistía y que MARLENY dijera que era la primera vez que llevaba al niño al médico y que no mencionara que antes lo habían llevado al Hospital de Ponedera".*

Luego de caminar con el menor en brazos, la señora Morales López ingresó al Hospital de Sabanalarga, donde fue valorado el 29 de agosto de 2005, por el médico pediatra, quien ordenó remitirlo a la Clínica San Rafael; sin embargo, el niño falleció, debido a que la institución de salud del ente territorial demandado, se abstuvo de remitirlo oportunamente a ese centro médico, absteniéndose de utilizar *"debidamente todos los medios que estaban a su alcance para esclarecer el diagnóstico, lo que, a su vez, impidió realizar oportunamente el tratamiento indicado, omisión que llevó a un error".*

2.1.2 De derecho:

Como fundamentos normativos de las pretensiones, se invocaron las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2º ,6º, 44 y 90

- Código Civil: artículos 1604 y 1613

- Código Penal: artículos 106 y 107

- Código Contencioso Administrativo: artículos 86, 132, 135, 206 y 217

- Ley 446 de 1998: artículos 40, 44 y 80

- Ley 954 de 2005

2.1.3 CONTESTACIÓN

E.S.E. Hospital de Ponedera

La E.S.E Hospital de Ponedera, por conducto de apoderado, se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Propuso las excepciones de mérito denominadas *"ausencia de responsabilidad por inexistencia de nexo causal"* y *"responsabilidad de un tercero".* Acerca de la primera, sostuvo, que en el expediente no reposaba prueba de la ingesta de los medicamentos ordenados al menor el 26 de agosto de 2006, los cuales eran adecuados, de acuerdo a la síntomas del paciente, quien

debió presentar rápida mejoría de su estado de salud, lo cual no ocurrió, *"por que* (sic) *no fueron consumidos por el menor o porque no fueron administrados adecuadamente".* Sin embargo, cuando el menor fue llevado nuevamente a esa institución, la atención fue oportuna y en vista de la necesidad, fue remitido al Hospital del municipio de Sabanalarga.

Indicó que su representada es un ente de salud de primer nivel, encargado de la atención básica en materia de consulta externa, promoción y prevención de enfermedades y atención de urgencias, esto es, su infraestructura únicamente permite la atención primaria de salud, que oportunamente fue prestada al menor Leiner Pérez (q.e.p.d).

En relación con el segundo medio exceptivo, afirmó que el médico de turno del hospital, dado que la salud del infante corría peligro y ante la ausencia de los elementos suficientes para garantizar su recuperación, ordenó remitirlo a otra institución de mayor nivel. Empero, el Hospital de Sabanalarga no le dispensó atención preferente, permaneciendo allí un tiempo considerable *"y cuando por fin se obtuvo la orden para trasladarlo a la Clínica San Rafael, era demasiado tarde ya que se produjo su deceso. Fue esto último lo que realmente causó ese trágico desenlace".*

Municipio de Ponedera

No contestó la demanda.

2.1.4 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda tiene nota de presentación personal en la Oficina Judicial de Barranquilla, correspondiéndole, por reparto, al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad (fl. 30), despacho que mediante auto del 13 de septiembre de 2007, ordenó corregirla (fl. 32).

Mediante auto del 10 de octubre de 2007, se rechazó la demanda, decisión frente a la cual se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron rechazados por extemporáneos, a través de proveído del 29 de noviembre de esa anualidad (fls. 43 a 45); sin embargo, en esa misma decisión, se dejó sin efectos jurídicos el auto recurrido, ordenándose, en consecuencia, la admisión de la demanda.

El 9 de septiembre de 2009 (fl. 59), se admitió la renuncia de poder presentada por el apoderado de E.S.E Hospital de Ponedera.

Por auto del 21 de julio de 2011 (fl. 61), se ordenó dar cumplimiento a ordenación contenida en el numeral 2º del 9 de septiembre de 2009.

El 23 de mayo de 2012, se aperturó el ciclo probatorio (fls. 66 a 67).

Por auto del 25 de julio de 2012, el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Barranquilla, en cumplimiento a los Acuerdos PSAA

11-8417, PSAA 8947 de 2011 y PSAA 12-9524 de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, avocó el conocimiento del asunto (fl. 278).

Mediante proveído del 22 de octubre de 2012, se negó el reconocimiento de personería al apoderado del E.S.E Hospital de Ponedera (fl. 281).

A través de providencia del 28 de febrero de 2014, se fijó nueva fecha para llevar a cabo audiencia de recepción de testimonios (fl. 284).

El 13 de mayo de 2014, se amplió el período probatorio (fl. 296 y 297).

Mediante proveído del 7 de septiembre de 2015, se ordenó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, rendir el dictamen pericial encomendado (fl. 314).

Luego, en virtud del Acuerdo No. PSAA15-10414 del 30 de noviembre de 2015, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se decidió que los despachos de los jueces de descongestión de esta jurisdicción, pasarían a ocupar un despacho permanente del mismo nivel, categoría y especialidad, quienes continuarían con el trámite de los procesos orales, escritos o mixtos que venían conociendo hasta su terminación. En consecuencia, se ordenó la remisión del presente asunto al Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Barranquilla, despacho que mediante auto del 11 de diciembre de 2015, avocó conocimiento del proceso (fl. 315 y 316).

Posteriormente, mediante Acuerdo No. CSJATA17-363 del 20 de enero de 2017, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, ordenó la redistribución de los procesos que cursaban en los Juzgados 13 y 14 Administrativos a este despacho, el cual a través de proveído del 31 de marzo de 2017, aprehendió el asunto.

Por auto de 23 de enero de 2020, se corrió traslado común a los sujetos procesales por el término de 10 días hábiles para que presentaran alegatos de conclusión, derecho del cual no hicieron uso las partes (fl. 326).

Ministerio Público

En esta oportunidad, se abstuvo de rendir concepto.

3. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

Validez procesal

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal, sin que se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

Previo al estudio del fondo del asunto, se analizará, oficiosamente, la falta de legitimación en la causa por activa, respecto de uno de los demandantes.

Acerca de ese instituto, se dicho que, *"es un presupuesto anterior y necesario para dictar sentencia de mérito y hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente. Está legitimado en la causa por activa quien tiene la vocación para reclamar la titularidad de un derecho otorgado por la ley y, específicamente, cuando se interponen demandas en ejercicio del medio de control de reparación directa, quien demuestre en el proceso su condición de perjudicado con la acción u omisión que produjo el daño cuya indemnización se reclama."* [1]

Acorde a lo anterior, se advierte que al interior del extremo activo de la litis, se presentó la señora Marleny Morales López, abuela de Leiner Pérez Medina (q.e.p.d); empero, no allegó prueba demostrativa de su parentesco en segundo grado de consanguinidad, en punto a acreditar la la condición en que dice actuar en el proceso, esto es, el registro civil de nacimiento de la madre del menor, Sirlis Patricia Medina Fontalvo, única prueba válida para acreditar la filiación, de conformidad al artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, según el cual los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. Por lo tanto, en ausencia de documento, se declarará, oficiosamente, probada la falta de legitimación en la causa por activa.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Problema Jurídico.

El problema jurídico se contrae a determinar si la E.S.E. Hospital de Ponedera es responsable administrativamente por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, con ocasión de los servicios médico suministrado al menor, Leiner Pérez Medina (q.e.p.d).

En ese orden, se analizará:

a) Acreditación del daño antijurídico padecido por los demandantes.

b) Si este puede imputarse a las demandadas y a qué título.

Con el propósito de abordar la respuesta ese interrogante, el despacho analizará los siguientes subtemas: i) Cláusula General de Responsabilidad. ii) Elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. iii) La omisión como criterio de imputación de responsabilidad.

i) Cláusula General de la Responsabilidad.

El fundamento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado está consagrado en artículo 90 de la Carta Política, cuyo contenido señala: *"El Estado responderá*

[1] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

Esa premisa normativa es la génesis de la constitucionalización de la cláusula general de responsabilidad del Estado, cuyo análisis fue objeto de estudio en la sentencia C -832 de 2001, así:

> *"Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"[2] de la responsabilidad del Estado[3] y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados[4] y de su patrimonio[5], sin distinguir su condición, situación e interés"[6].*

ii) Elementos de la Responsabilidad

El contenido del primer inciso del artículo 90 ibídem, indefectiblemente permite concluir que la responsabilidad del Estado, está soportada en dos (2) pilares o elementos estructurales, a saber: i) el daño antijurídico y; ii) la imputación al Estado.

- Sobre el daño antijurídico

El concepto del daño antijurídico ha sido decantado por la jurisprudencia, a partir de la premisa constitucional anteriormente señalada, entendiendo que se trata de aquella lesión causada a un bien o un interés tutelado o tolerado por el

---

[2] En precedente jurisprudencial constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

[3] La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

[4] Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

[5] "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

[6] La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

ordenamiento jurídico que la víctima, en tanto titular del mismo, no tiene el deber jurídico de soportar.

Sobre ese tópico, el H. Consejo de Estado, ha señalado:

> *"[l]a cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado implica que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, entendiéndose por daño antijurídico "el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo"[7]"[8].*

A partir de esa noción, la Alta Corporación ha indicado que *"no importa si el actuar de la Administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella"[9].*

Por su parte, la Guardiana de la Carta Política, a luz del fundamento dogmático del artículo 90 Superior, se ha pronunciado sobre el daño antijurídico, de la siguiente manera:

> *"6- La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. Así, la ponencia para segundo debate en la Plenaria de la Asamblea Constituyente señaló lo siguiente sobre este tema:*
>
> (…) *La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.*
>
> *La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa*

---

[7] [11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

[8] Consejo de Estado, sentencia del 6 de junio de 2007, exp. 25000-23-26-000-1990-06968-01(16460), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

[9] Consejo de Estado, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400), C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En cuanto al concepto de daño antijurídico se ha precisado: *"De allí que, esa circunstancia cierta y personal es constitutiva de una alteración negativa respecto de un estado de cosas, lo que determina la existencia del daño, mientras que la antijuricidad está dada por la inexistencia del deber jurídico de soportar esa afectación – la pérdida de la posesión material– respecto de unos terrenos sobre los cuales ejercían los derechos conferidos por la posesión efectiva de la herencia, ya que el ordenamiento jurídico no impone esa carga a los demandantes.// Como se aprecia, el daño antijurídico es el ingrediente jurídico sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos elementos: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la ocupación material de los inmuebles por una población específica) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada*". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de noviembre de 2012, exp. 05001-23-31-000-2003-02308-01(37046), C.P. Enrique Gil Botero.

en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

(…) *7- Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"*[10] [11].

- Sobre la imputación al Estado

La imputación se refiere a que el hecho o conducta sea efectivamente atribuible al Estado; es decir, que el daño antijurídico se pueda endilgar al Estado.

En palabras del tratadista español, Eduardo García de Enterría *"la imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar el daño, con base en la relación existente entre aquel y este".*

El Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha precisado que el estudio de la imputación debe realizarse en dos (2) niveles. Al respecto, ha señalado:

"Como se advierte, este segundo elemento tiene dos niveles, el ámbito fáctico y la órbita jurídica, con la primera se determina, identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante), mientras que con la segunda, se establece el deber normativo el fundamento jurídico de la responsabilidad de reparar o resarcir la lesión irrogada Es así como desde el plano fáctico de la imputación está plenamente acreditado que el daño es atribuible a la entidad demandada"[12]*.*

(…)"

[10] Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.
[11] Sobre el tema, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia C-1149 del 31 de octubre de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; sentencia C-918 del 29 de octubre de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; sentencia C-038 del 1 de febrero de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.
[12] CONSEJO DE ETADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).

- La omisión como criterio de imputación de responsabilidad

En el terreno de la responsabilidad administrativa del Estado, la omisión se circunscribe a una acción determinada, cuya no realización da lugar a su existencia. No hay omisión en abstracto, sino siempre y en todo caso, de una acción concreta. De allí se desprende que, el autor de una violación al contenido obligacional, debe estar en condiciones de poder realizar la acción. En caso contrario, mal podría hablarse de omisión. Omisión no es, pues, un simple no hacer nada, es no realizar una acción que el sujeto está en situación obligacional de poder y deber hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo, han de estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. La omisión estatal es, entonces, la omisión de la acción esperada. De todas las acciones posibles que un servidor puede realizar, al ordenamiento jurídico sólo le interesa aquella que la administración pública espera que el servidor haga, porque el ordenamiento jurídico le impone el deber legal de realizarla.

La responsabilidad administrativa omisiva consiste, por tanto, en la inobservancia de una acción previamente fijada o establecida, que el servidor tenía la obligación de efectuar y que, además, podía hacer. En consecuencia, se trata estructuralmente de la infracción a un deber jurídico. Lo esencial en este tipo de responsabilidad, se reitera, es el incumplimiento de un deber, al omitirse una acción ordenada con base en el ordenamiento jurídico y, por tanto, esperada, precisando que la omisión también puede presentarse como una infracción de resultado, al vincularse el dejar de hacer a una consecuencia con efectos dañosos.

Dentro de la teoría general de responsabilidad patrimonial del Estado encontramos dos regímenes de imputación jurídica, denominados: responsabilidad con falla y responsabilidad sin falla. Dentro del primer régimen encontramos las clásicas teorías de la falla del servicio que puede ser probada y presunta.

La falla del servicio centra su estudio en el aspecto subjetivo de la administración. Se encarga de analizar si en la manifestación estatal medió culpa, la cual se determina por la ausencia de prestación de un servicio, irregularidad en la misma o prestación tardía. Se caracteriza por ser un tipo de responsabilidad directa, por cuanto quien responde es la administración, como tal, independientemente de la identificación del agente causante del daño, siempre y cuando se acredite que fue un miembro de la entidad pública.

De antaño, el Máximo Tribunal de lo Contencioso – Administrativo, ha discurrido de manera prolija acerca de la responsabilidad por omisión, desde la óptica del incumplimiento del deber legalmente establecido. Entre otras, en sentencia del 5 de agosto de 1994; Exp. No. 8487; C.P Dr. Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

> "(…)
>
> *En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño*

antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(…)"

Posteriormente, en sentencia del 8 de marzo de 2007; Exp. No. 2000-02359-01(27434) C.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez, se sostuvo:

"(…)

Esta corporación ha establecido que en los casos en los que se estudia la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio. Es decir, que debe establecerse que los perjuicios reclamados son imputables al incumplimiento de una obligación determinada. (…) para atribuir responsabilidad al Estado por omisión consistente en el incumplimiento de un deber legal se debe establecer i) que existía la obligación y que la misma no fue cumplida satisfactoriamente y ii) que la omisión fue la causa del daño, es decir, que de no haberse incurrido en la omisión de cumplimiento de obligaciones atribuidas por el ordenamiento jurídico no se hubiese materializado el daño.

(…)"

De manera más reciente, la sentencia del 3 de octubre de 2016; Exp. No. 1999-02059-01(40057); C.P Dr. Ramiro Pazos Guerrero, abordó el tema de la omisión como criterio de imputación de responsabilidad, así:

"(…)

"La jurisprudencia de esta Corporación ha fijado el alcance del análisis de la imputación, para efectos de determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa del Estado, sin que para ello resulte necesario verificar la existencia de una relación causal entre la conducta que se reprocha y el daño"[13]*:*

> *Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la Administración Pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.*

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

> *En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.*
>
> *No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (sic)[14].*
>
> *Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción), previa la constatación de que una trasgresión se enmarca en una específica proposición normativa, es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal y como desde hace varios años se viene demostrando por el derecho penal, lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (v.gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto. Lo anterior, como quiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante)[15].*

*Ahora bien, para que pueda predicarse la existencia de una **falla en la prestación del servicio médico**, la Sala ha precisado que se requiere la demostración de que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de*

---

[14] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

[15] En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos" (Se resalta) Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.

> *la ocurrencia del hecho dañoso[16]. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance[17].*
>
> (…)"

Efectuadas esas precisiones teóricas y jurisprudenciales acerca de los elementos de la responsabilidad estatal y la imputación jurídica, corresponde, entonces, dilucidar el asunto sometido a estudio. Veamos:

5. CASO CONCRETO

5.1 Acervo probatorio

Al informativo se allegaron los siguientes medios de prueba:

- Fotocopias autenticadas de los registros civiles de nacimiento y defunción del menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d) (fls. 22 y 23).
- Fotocopia autenticada del registro civil de nacimiento de Adán José Pérez Medina (fl. 24).
- Fotocopia autenticada del registro civil de nacimiento de Adán Andrea Carolina Pérez Medina (fl. 25).
- Orden médica del 26 de agosto de 2005, por medio del cual se solicitó parcial de orina y proteinuria al azar al menor Leiner Pérez (q.e.p.d.) (fl. 26).
- Orden médica expedida el 28 de agosto de 2005, a través de la cual se solicitó electrocardiograma por diagnóstico de taquicardia al referido menor (fl. 27). Adicionalmente, se extendió formulación del medicamento dicloxacilina y acetaminofén (fl. 28).
- Fotocopia autenticada del proceso ético disciplinario adelantado por el Tribunal de Ética Médica del Atlántico en contra el médico Jorge Casalins (fls. 69 a 262).
- Fotocopia de historia clínica No. 16543 del 26 de agosto de 2005, expedida por la E.S.E Hospital de Ponedera (fl. 8 cdno. de pruebas).
- Fotocopia de historia clínica del menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.), expedida por la E.S.E Hospital de Ponedera, calendada 28 de agosto de 2005 (fl. 9 cuaderno de pruebas).
- Fotocopia de la orden remisoria del menor Leiner Pérez Medina, expedida por la E.S.E Hospital de Ponedera el 29 de agosto de 2005 (fl. 10 cdno. de pruebas).

[16] Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 17149, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
[17] En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 14726, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

- Fotocopia de órdenes de enfermería de la E.S.E Hospital de Ponedera (fl. 31 cdno. de pruebas).

- Fotocopia de la epicrisis del menor Leiner Pérez Medina, expedida por el Hospital Departamental de Sabanalarga (fls. 19 a 20).

- Fotocopia de la historia clínica No. 23850 del 29 de agosto de 2005, expedida por la Clínica San Rafael (fls. 19 a 20).

5.1.2 Análisis del *sub judice*

Análisis de las pruebas y hechos probados

a. ACREDITACIÓN DEL DAÑO

En el sub-examine, a partir de las pruebas regular y oportunamente allegadas al expediente, fluye acreditado lo siguiente:

El 26 de agosto de 2005, aproximadamente a las 7:00 P.M, el menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.) ingresó al servicio de consulta externa de la E.S.E. Hospital de Ponedera, debido a estar *"hinchado"*, con cuadro de *"edema palpebral*, fiebre y *brote en pabellón auricular derecho"*, siendo atendido por la médico adscrita a esa entidad, quien le diagnosticó "*CELULITIS RETROAURICULAR DERECHA Y SÍNDROME NEFRÍTICO",* ordenándosele la realización de un analítica parcial de orina y proteinuria al azar. Además, le formuló *dicloxacilina* de 250 mg y acetaminofén. Ese mismo día fue dado de alta.

El 28 de agosto de 2005, a las 7:35 p.m, el referido infante ingresó al servicio de urgencias de la E.S.E. Hospital de Ponedera, con cuadro clínico de taquicardia, dificultad respiratoria y oliguria. Con posterioridad a la valoración efectuada por el médico tratante, le suspendieron los medicamentos arriba mencionados, diagnosticándosele "*Anafilaxia Medicamentosa* y *Cardiopatía en estudio".*

A las 8:45 p.m, se dispuso el egreso del mencionado centro asistencial, con orden de hemograma, electrocardiograma y el fármaco reflufin pues, a juicio del profesional de la salud que lo atendió, el paciente había presentado mejoría con relación a la *"taquipnea"*[18]*.*

El 29 de agosto de 2005, a las 4:30 a.m, el infante reingresó en brazos de su progenitora a la misma entidad sanitaria, esta vez con dificultad respiratoria y taquicardia, a raíz de lo cual se le ordenó oxígeno por cánula nasal y solución salina al 0.9%, estableciéndose como diagnóstico "*Síndrome de dificultad respiratorio 2rio* (sic)*, Anafilaxia Medicamentosa* y *Cardiopatía??*" (sic). Adicionalmente, se ordenó valoración por pediatría. A las 5:15 a.m de esa misma

[18] La taquipnea es la respiración anormalmente rápida (aunque algunos argumentan que es inexacta porque la inhalación rápida difiere de la respiración), la hiperventilación es el aumento de la frecuencia o profundidad de la respiración a niveles anormales causando niveles reducidos de dióxido de carbono en la sangre y la hiperpnea es cualquier aumento en la frecuencia o profundidad respiratoria que no es norma. Es causada por varias condiciones respiratorias o cardíacas, en estas se incluyen alergias leves, asma o el esfuerzo físico. Se produce por una falta de oxígeno al sistema respiratorio o la incapacidad de transportar suficiente oxígeno al corazón. También se produce por enfermedades graves que afectan a la respiración y que generalmente son mortales. Igualmente la taquipnea es producida por enfermedades pulmonares. Tomado de https://es.wikipedia.org/wiki/Taquipnea

data, el menor presentó incremento de disnea y leve cianosis peribucal, razón por la cual se llamó "*insistentemente a S1*", pero no respondieron, decidiéndose remisión al Hospital de Sabanalarga "*con oxígeno*".

A las 6:20 a.m, el menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.), ingresó al servicio de urgencias del Hospital Departamental de Sabanalarga, con "*Mal estado general*", por dificultad respiratoria con *"tirajes subcostales".* En ese momento, se le diagnosticó "*Síndrome de dificultad respiratoria secundario* e *Insuficiencia cardiaca congestiva",* con evolución clínica desfavorable, valorándose por pediatría, especialidad que precisó sospecha de *"insuficiencia cardiaca congestiva"*, disponiéndose a las 7:35 p.m remisión a la Clínica San Rafael, centro hospitalario de III nivel. En la respectiva orden, se consignó lo siguiente: *"Síndrome de dificultad respiratoria secundaria, Insuficiencia cardiaca congestiva, Cardiopatía en estudio y Síndrome anémico*, "*con cuadro clínico de +- 1 día de evolución caracterizado por dificultad respiratoria progresiva que ha ido avanzando hasta en reposo…"*

Luego, a las 8:10 a.m, el paciente ingresó al servicio de UCIP de la mencionada clínica, previa remisión del Hospital Departamental de Sabanalarga "*en malas condiciones generales, con palidez generalizada, mucosa oral húmeda, cuello móvil, con dificultad respiratoria…"*, "*mal perfundido, pálido, diaforético y taquicardico"*, valorado por pediatría, presentando durante la prestación del servicio, *"paro cardiorespiratorio"*, sin respuesta a 25 minutos de reanimación.

A las 10:50 a.m, el médico pediatra tratante, Dr. Mauricio Guerrero, informó que el paciente falleció, debido a la presencia de *"falla cardiorespiratoria",* lo cual se documentó en la respectiva epicrisis.

De la sinopsis clínica resumida en precedencia, el despacho advierte que, pese a que el 28 de agosto de 2005, a las 7:35 p.m, el menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.) ingresó al servicio de urgencias de la E.S.E. Hospital de Ponedera, con taquicardia, dificultad respiratoria y oliguria, con plan de observación y oxígeno por cánula nasal, el médico adscrito a ese centro asistencial, a las 8:45 p.m, es decir, transcurrida una (1) hora y diez (10) minutos desde la admisión del paciente, procedió a otorgarle el alta, porque supuestamente había presentado mejoría; empero, frente a los antecedentes sintomatológicos advertidos desde el ingreso, debió continuar en observación y remitirlo oportunamente a un hospital de mayor nivel, con el fin de posibilitarle la realización de los exámenes de rigor y brindar un manejo oportuno y adecuado de la enfermedad, máxime que desde ese momento se tenía sospecha de la presencia de una cardiopatía, conforme se consignó en la historia clínica.

Entonces, resultaba necesario que ante al cuadro sintomatológico descrito, se mantuviera en instancia intrahospitalaria al menor, con el propósito de indagar más sobre su salud, a fin de garantizar la remisión adecuada y en tiempo hacía la institución del grado de complejidad requerida. No desconoce el despacho que el ejercicio de la medicina comporta riesgos cuyo control escapa a la ciencia, haciendo ajena a esa actividad la completa exactitud, así como cualquier pretensión de infalibilidad, pues las condiciones inherentes a la propia salud del paciente y su forma de reaccionar a los tratamientos, tornan, en ocasiones, imposible garantizar un resultado exitoso; sin embargo, en el asunto sub-judice, la

controversia se traslada al escenario en el que el paciente tenía derecho a recibir una atención adecuada, permaneciendo en el centro hospitalario demandado, con el fin de analizar detenidamente su evolución.

De otra manera, la falla consistió en no agotar todas las previsiones que la *lex artis* sugería a efectos de atemperar la enfermedad del menor. A lo que se agrega que el medicamento dicloxacilina, recetado en la primera oportunidad que acudió a dicha institución (26 de agosto de 2005), le produjo *"anafilaxia medicamentosa"*, reacción de hipersensibilidad del organismo originada, según la literatura médica[19], principalmente, por alimentos y fármacos, la cual es potencialmente mortal, asociándose clínicamente a la aparición de manifestaciones cutáneas, relacionadas con alteraciones cardiovasculares, respiratorias o gastrointestinales. Esa reacción, tornaba imperativo, con mayor razón, el despliegue de acciones tendientes a vigilar y/o hacer seguimiento a la condición del paciente.

De acuerdo a lo expuesto, se evidencia que la pérdida de la oportunidad en este caso, tiene su génesis en irregularidades en la prestación del servicio médico en las cuales incurrió la entidad accionada, específicamente, la omisión de mantener al paciente bajo observación, a fin de efectuar estricto seguimiento, con el propósito de asegurar una efectiva y real impresión diagnostica que posibilitara la remisión oportuna a un hospital de III nivel; sin embargo, ocurrió que desde su egreso el cuadro clínico se agudizó, evidenciándose así una infracción obligacional de diligencia y cuidado que incidió el truncamiento de la posibilidad de mejorar o sobrevivir.

Es de resaltar que desde que el menor fue dado de alta (8:45 p.m.), hasta su reingresó a urgencias (4:00 a.m), no transcurrieron más de ocho (8) horas, momento para el cual, como se consignó en la historia clínica, presentaba inestabilidad, cianosis peribucal, disnea y taquicardia, vale decir, la sintomatología de Leiner Pérez Medina se fue degenerando o transformando en una de mayor de gravedad, estructurándose la falla a partir de haber dado de alta al paciente, el 28 de abril de 2005, sin definir, de manera contundente, la verdadera causa de sus dolencias.

Así pues, se reprocha la falla del servicio, cuya ocurrencia se traduce en la pérdida de oportunidad del paciente, quien dejó de recibir la atención oportuna, respecto a síntomas que evolucionaron con grave peligro para su vida, demostrándose así el nexo existente entre la perdida de la oportunidad y la falencia de la administración.

Al respecto, resulta oportuno traer a colación lo señalado en el artículo 3° del Decreto 412 de 1992, relativo a la atención inicial de urgencia, cuyo contenido señala:

> *"**ARTICULO 3o. DEFINICIONES**. Para los efectos del presente Decreto, adoptanse las siguientes definiciones:*
>
> *1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de*

[19]https://www.elsevier.es/es-revista-offarm-4-articulo-anafilaxia-clinica-tratamiento-X0212047X11011351

atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denomínase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

(…)"

De ese contenido normativo, se desprenden tres (3) acciones que deben realizarse en la atención inicial de urgencia, en un paciente con patología o síntomas de esa naturaleza, así:

- Realización de acciones tendientes a estabilizar al paciente en sus signos vitales.

- Elaboración de un diagnóstico de impresión, a partir de los síntomas observados en el paciente.

- Definición del destino inmediato de la persona, el cual podrá consistir en:

a) Continuar la atención de urgencia

b) Remitir al paciente de manera inmediata al nivel de atención y grado de complejidad requerida.

Si bien no puede decirse que la negligencia en la praxis médica haya causado la muerte del paciente, sí es evidente que la adopción de decisiones en contravía de lo dispuesto en la normativa señalada, tales como permitir su egreso del Hospital de Ponedera, impidiendo vigilar la evolución de sus síntomas y determinar la remisión oportuna al nivel superior para la debida valoración, le restó oportunidades de sobrevivir, por lo cual en el presente asunto estaríamos en presencia de lo que doctrinaria y la jurisprudencialmente se denomina perdida de la oportunidad, pues si bien en este caso es incierta la posibilidad de sobrevivencia, sí hay certidumbre en lo relativo a que desde que el menor fue dado de alta, su salud empeoró. Por lo tanto, sin duda alguna, a la ES.E. Hospital de Pondera le es atribuible el daño antijurídico irrogado a las familiares de la víctima directa, como consecuencia de las deficiencias asistenciales que llevaron al desenlace fatal que terminó con el deceso del menor.

Con base en lo anterior, se encuentra demostrada la cadena de omisiones atribuible a la E.S.E. Hospital de Ponedera, de atender con rigor la evolución y demorar la remisión del menor a otro centro asistencial que contara con mejores recursos profesionales y clínicos, para su atención y práctica de exámenes diagnósticos. *Contrario sensu*, de haberse desplegado las acciones echadas de menos, hubiese gravitado a favor del paciente un margen de posibilidad susceptible de revertir la complejidad de su estado de salud.

Entonces, la muerte del menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.), no es lo que determina el daño aquí demostrado, sino la pérdida de oportunidad que tuvo el mismo de recuperar su salud. Es decir, en el presente asunto no puede concluirse con la fuerza de convicción necesaria, que los errores de la accionada en la atención médica propiamente dicha, puedan erigirse en las causas determinantes del deceso, las cuales son desconocidas, pues en autos no reposa informe forense que hubiese permitido determinar, en grado de certeza, la razón de su fallecimiento, amén de que la apoderada judicial de la parte actora, desistió de la práctica de informe técnico científico de Medicina Legal a las historias clínicas del menor; sin embargo, no es menos cierto que las omisiones analizadas, son incompatibles con la diligencia y cuidado que debió desplegar la institución médica, para una atención eficaz, pronta, eficiente y principalmente integral, dada la condición de salud del paciente.

Por lo tanto, resulta diáfana la pérdida de oportunidad de recobrar la salud del paciente, dado que la E.S.E, le restó oportunidades a la víctima para sobrevivir pues, se reitera, no realizó seguimiento riguroso, ni la remisión oportuna a otra institución de mayor complejidad, con resultados adversos para el paciente, situación que, además, da al traste con la falla alegada por la apoderada de la parte actora, consistente en error y/o mal diagnóstico, cuestión que ciertamente es imposible de determinar en el sub lite, en tanto, se reitera, no obra necropsia realizada al menor, que permita establecer, a ciencia cierta, la causa del fallecimiento.

b. TITULO DE IMPUTACIÓN

Conforme a lo anterior, el daño antijurídico padecido por los familiares del menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.) sí debe repararse, por cuanto la omisión señalada en líneas anteriores, comprometió la responsabilidad patrimonial de la E.S.E. Hospital de Ponedera, a través de la pérdida de oportunidad.

En *sub lite*, a partir del acervo probatorio al cual se hizo referencia, puede inferirse que en el escenario en que se prestó el servicio, se hizo omitiendo el principio de integridad, aspecto imprescindible en toda atención médica, acerca del cual el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, ha señalado:

> *"La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. (...). Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal "que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada"*[20].

[20] Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

> *"Todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"*[21].

A lo que, según dicho pronunciamiento, se agrega:

> *"hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda* (sic)*.*

Con base en los aspectos fácticos anteriormente probados, aunado al principio de integridad en la prestación del servicio de salud, se concluye que ninguno de los comportamientos censurados, se acompasa con el deber ser que predica del principio en comento, pues lo reprobado en demasía por el despacho, consiste en que desde el 28 de agosto de 2005, data en la que el paciente reingresó con taquicardia, dificultad respiratoria y oliguria, fue dado de alta, absteniéndose de efectuar la remisión a un hospital de superior nivel, conducta que contrasta con el concepto de diligencia; *Contrario sensu,* cuando el servicio es defectuoso y no se suministra tratamiento o procedimiento médico oportuno, se vulnera el derecho a la salud, en el su componente de efectiva recuperación física, tal como ocurrió en el *sub examine.*

Indudablemente, los actores involucrados en el comportamiento omisivo, faltaron al cumplimiento de las obligaciones de protección médico - asistenciales para con el menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d), lo cual conllevó a que su estado de salud experimentara un deterioro fatal.

Conforme lo anterior, el despacho considera que la E.S.E Hospital de Ponedera está llamada a responder patrimonialmente en este proceso; empero, no a raíz de la muerte de dicha persona, sino **por la pérdida de la oportunidad** en recuperar su salud.

A esta altura del debate, se torna imperioso y oportuno analizar la figura de ***"pérdida de oportunidad"* o *"pérdida de chance"* como modalidad del daño a reparar.**

La pérdida de oportunidad o de chance, ha sido definida por el tratadista Álvaro Luna Yerga[22] así: *"… la doctrina de la pérdida de oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la*

---

[21] Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.
[22] LUNA YERGA, Álvaro, "Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la
responsabilidad civil médico sanitaria", en *Indret. Revista para el análisis del Derecho,* 288, pp. 3-4;
accesible en http://www.indret.com/pdf/288 es.pdf.

cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquél diligentemente"

A su turno, la jurisprudencia ha señalado que estos conceptos son próximos a otros como: ocasión, probabilidad o expectativa, los cuales comparten un elemento común alusivo a aquello que ocurre entre el momento actual y futuro, entre el caso hipotético y seguro o entre algo cierto o incierto. Con base en lo anterior, un sujeto debe tener la misma posibilidad entre conseguir algo a favor o en contra, pero si el hecho cometido por un tercero impidió tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades, estamos frente a la *perdida de oportunidad o de chance.*

En ese sentido, se denomina *pérdida de oportunidad o de "chance",* a aquel evento en el cual una persona que se encontraba en poder conseguir un beneficio, ganancia o provecho o de evitar una pérdida, pero por la actuación de un tercero, generó la incertidumbre de saber si esta ocasión beneficiosa, ganancia o provecho se hubiese producido o de evitar una pérdida, por lo que esta oportunidad en sí misma, es un interés jurídico que si bien no ha sido catalogado por la jurisprudencia como un derecho subjetivo, faculta a aquella persona que lo ha visto salir de su patrimonio, por la frustración que se da al hacerse imposible la probabilidad de un acontecimiento, el derecho de solicitar el resarcimiento de ese perjuicio.

La oportunidad, bajo estas circunstancias, es una modalidad de daño que se caracteriza por coexistir dos elementos: la incertidumbre y la certeza. Aquí juega un papel importante resaltar que lo que se reprocha es la oportunidad y no el resultado mismo, sea de obtener un beneficio o la perdida que se pretende eludir; es decir, la frustración de la probabilidad que se tenía de obtener ese beneficio o la perdida que se pretendía eludir.

El tratadista, TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance,* cit., p. 35., señala los elementos necesarios para que pueda considerarse que estamos frente a una pérdida de oportunidad, así:

> *"… se requiere, ante todo, como en los demás casos de daños patrimoniales, una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que podría haber presentado si este último no hubiese sucedido. Pero a continuación, como sólo se trata de la frustración de un beneficio potencial, la doctrina ha aconsejado llevar a cabo un razonado balance de sus perspectivas en pro y en contra, de cuyo resultado podrá entonces deducirse la procedencia o no del resarcimiento de aquella y, en caso afirmativo, posibilitar también la fijación de la cuantía de un monto indemnizable, que guarde proporción con la ganancia esperada y que se perdiera, como igualmente con las demás circunstancias del caso".*

Por su parte, el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010 Dte: Pedro Emilio Valencio y Otros, Ddo: Departamento de Antioquia y Otro, Rad: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593); C.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez, se analizaron los elementos de esa figura, de la siguiente manera:

> *"(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes;*
>
> *(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de un indemnización que el porvenir podría convertir en indebida9; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.*
>
> *Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían—;*
>
> *(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que "no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida"."*

El establecimiento de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, concretado en la pérdida de chance o posibilidad de obtener un beneficio o de no sufrir un perjuicio, siempre que tal posibilidad no aparezca como incierta o meramente eventual, deviene fundado, pues la responsabilidad por fallas en la prestación del servicio médico, según la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo

Contencioso Administrativo, no sólo deriva por la muerte o lesiones corporales, sino que también constituyen daños indemnizables, aquello que implique vulneración del derecho a recibir atención oportuna y eficaz. De allí que, ese Alto Tribunal haya señalado que "*Los únicos daños indemnizables en estos eventos no son la muerte y las lesiones corporales; también están comprendidos, entre otros, los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz*"[23].

Acorde a esos lineamientos, en el asunto que concita el estudio del despacho, si la E.S.E. Hospital de Ponedera hubiera dado cumplimiento al deber de brindar la atención integral, de acuerdo a los cánones de la *lex artis,* esto es, dejar al menor bajo observación, a fin de hacerle seguimiento estricto a la evolución del cuadro clínico de taquicardia, dificultad respiratoria y oliguria, se hubiese podido determinar la remisión oportuna a un centro asistencial de III nivel, con el propósito de dispensarle el servicio especializado requerido y posibilitar la práctica de exámenes diagnósticos, en punto a definir el tratamiento adecuado, evitando al paciente la pérdida del *"chance"* u oportunidad de recuperarse.

En esas condiciones, para el despacho, resulta evidente que las conductas descritas, le restaron oportunidades a la víctima de sobrevivir pues, como se precisó, reingresó a la mencionada institución hospitalaria con un nuevo cuadro patológico; empero, transcurrida una (1) hora, fue dado de alta, pese que debió permanecer en observación, con el objetivo de practicarle exámenes o analizar desde la óptica médica, posibles impresiones diagnósticas que con criterio acucioso, hubiesen permitido indagar con mayor exhaustividad la dolencia presentada por el paciente y definir su remisión a otra institución de salud. En otras palabras, se le privó de la posibilidad oportuna de que fuera valorado oportunamente por un médico especialista en un hospital o clínica de superior nivel.

De todo lo anterior, se concluye probada la falencia en la atención médica prestada la víctima directa; sin embargo, se relieva que no es posible aseverar que su muerte se hubiere evitado, automáticamente, de haber permanecido en observación y disponerse la remisión a la Clínica San Rafael, pues en las foliaturas obran las historias clínicas de cuyo contenido se desprende la existencia de una cardiopatía en estudio, síndrome de dificultad respiratoria e insuficiencia cardiaca congestiva. Adicionalmente, en el informe radiológico, producto de estudio de rayos X de tórax, se halló "*infiltrado en ambos hemitorax pulmonares con daño intersticial, a predominio de hemitorax pulmonar derecho"*. Esas condiciones clínicas, aunadas a la ausencia del informe técnico – científico, impiden tener certeza acerca de las causas de su deceso; empero, se itera, la omisión de la entidad demandada de realizar una evaluación clínica completa e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico, si hubiese permanecido en observación, privó al paciente de la posibilidad de restablecer o mejorar su estado de salud respecto a las patologías que lo aquejaban.

[23] Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

En efecto, el daño evidenciado es la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó a la víctima la posibilidad de acceder a una atención que, dentro de lo probable, le hubiera prolongado la expectativa de vida.

Corolario de lo anterior, resulta posible afirmar, sin hesitación, que las conductas descritas a lo largo de esta decisión, estuvieron desprovistas de la diligencia y cuidado con que se debió actuar, para una eficaz prestación del servicio público de salud. Y pese a que tampoco existe certidumbre en cuanto a que si hubiere actuado con la mencionada diligencia, la víctima habría recuperado totalmente su salud, lo cierto es que en presencia del cuidado y rigor necesarios, el paciente no habría perdido la oportunidad o chance de recuperarse.

Siendo así, el despacho declarará la responsabilidad de la E.S.E. Hospital de Ponedera, por la pérdida de la oportunidad que tuvo el menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d).

Dado que se trata de una entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, deviene inane e infructuoso, realizar un análisis valorativo respecto a la responsabilidad del municipio de Ponedera, ya que aquélla entidad no depende de ese ente territorial.

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

Como se ha precisado a lo largo de esta decisión, el perjuicio materia de indemnización en este caso, es la falta de oportunidad que tuvo el menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.) de recibir integralmente los servicios de salud, a fin de lograr su recuperación y no la falla en el acto médico propiamente dicho. Por lo tanto, el análisis del despacho se circunscribió a la prestación del servicio de salud al cual dicho paciente tenía derecho, aspecto que, como se analizó en precedencia, desconoció las condiciones de integralidad que garantizaran los derechos de protección y recuperación de la salud, contenido en el artículo 49 de la Constitución Política.

Ahora, para la liquidación de daños por pérdida de oportunidad el H. Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia del 5 de abril de 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Exp.No. 17001-23-31-000-2000-00645-01 (25706), señaló que debe establecerse, por un lado, cuál era la indemnización que correspondería a los demandantes en caso de que se indemnizara por la muerte de la víctima directa, como también el porcentaje de la oportunidad perdida. De tal manera que, la reparación quedaría circunscrita a este último rubro, aplicado para la indemnización plena por muerte primeramente mencionada. Al respecto, se dijo:

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

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

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

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

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

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos… en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de

> *la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada*".

En el sub-judice, se pidió la indemnización por la muerte del menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.), cuyo fallecimiento, según el introductorio, se produjo *"sin duda, debido a la falta de tratamiento oportuno de la patología presentada*". No obstante, de conformidad a lo expuesto en líneas anteriores, únicamente se acreditó la pérdida de una oportunidad de sobrevida bajo las circunstancias analizadas.

Ahora, en las foliaturas se carece de fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía el paciente de escapar del evento fatal. En esa hipótesis, el criterio fijado por la jurisprudencia transcrita en precedencia para la liquidación de la indemnización, es el siguiente:

> "(..,)
>
> *vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos… en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada*[24]".

En sentencia del 28 de agosto de 2014; Exp. No. 2001-00731-01(26251); C.P Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el H. Consejo de Estado - Sección Tercera unificó su jurisprudencia en cuanto al reconocimiento y tasación de los perjuicios morales, oportunidad en la cual precisó que el concepto del perjuicio moral se compone del dolor, aflicción y, en general, los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

[24] Ibídem

Para la reparación del daño moral, en caso de muerte[25], se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los que se determinaron así:

a) Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv).
b) Nivel No. 2. Se ubica en la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.
c) Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.
d) Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.
e) Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Ahora, en el *sub judice* el despacho advierte al proceso compareció la señora **Sirlis Patricia Medina Fontalvo,** en calidad de madre de quien en vida se identificaba como Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.), parentesco dentro del primer grado de consanguinidad que se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento de Leiner Pérez Medina (q.e.p.d), esto es, se ubica en el primer nivel de cercanía afectiva, correspondiéndole, según el criterio jurisprudencial de pérdida de oportunidad, 50 S.M.L.M.V. De igual manera, integra el extremo activo del a litis los jóvenes **Adán José Pérez Medina** y **Andrea Carolina Pérez Medina,** en calidad de hermanos del menor Leiner Pérez Medina (segundo nivel de cercanía afectiva), parentesco que se probó con los respectivos registros civiles de nacimiento. En consecuencia, se tasará por este concepto indemnizatorio a cada uno de ellos, el equivalente a 25 S.M.LM.V.

Así mismo, compareció el señor **Adán José Pérez Morales**, padre del menor fallecido; empero, al legajo no se acompañó memorial – poder conferido a profesional del derecho para que llevara a cabo su representación judicial. No obstante, importa precisar que el H. Consejo de Estado, acerca de la insuficiencia de poder, ha señalado:

> *"La jurisprudencia de la Sala ha considerado que la ausencia de poder para actuar en un proceso constituye la causal de nulidad*

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014. Exp. 26.251 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y Exp. 27.709 M.P. Carlos Alberto Zambrano.

> *prevista en el artículo 140, numeral 7 del C. de P. C., consistente en la indebida representación por carencia total de poder, también ha dicho que dicha causal es saneable, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 4 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil del C.PC (…) como quiera que en el presente asunto la parte demandada (…) guardó silencio frente a la ausencia total de poder de la señora María Mirella Rodríguez Gallego, lo cual pudo advertirlo dentro del término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda, la Sala considera que dichas nulidades quedaron saneadas y, por tanto, estudiará si hay lugar a acceder a la reparación de los perjuicios deprecados en favor de éstos."*[26]

Siguiendo esa orientación, dado que en la contestación (fls. 48 a 51), no se desplegó contradicción alguna en relación a la falta de poder, tal irregularidad debe entenderse saneada, razón por la cual se tasarán perjuicios morales al señor **Adán José Pérez Morales,** quien se encuentra ubicado en el primer nivel de cercanía afectiva (primer grado de consanguinidad), acreditado con el registro civil de nacimiento de su hijo Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.). En consecuencia, según el criterio jurisprudencial de pérdida de oportunidad, le corresponderían 50 S.M.L.M.V.

Finalmente, se deprecó el reconocimiento de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, con ocasión de los gastos funerarios en que incurrieron los demandantes; empero, a los autos no se allegó prueba demostrativa que permita acceder a ese rubro. De tal manera que, la indemnización comprenderá únicamente el perjuicio moral originado, a raíz de la privación de la oportunidad de sobrevida del menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.)

Costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, el despacho se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.- Declarar probada, de oficio, la falta de legitimación en la causa por activa**,** respecto de la señora Marleny Morales López, acorde a las motivaciones precedentes.

Segundo.- Declárese administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. Hospital de Ponedera, por la pérdida de oportunidad de sobrevida del menor Leiner Pérez Medina (q.e.p.d.), fallecido el día 29 de agosto de 2005, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

[26] Consejo de Estado. Sentencia del 25 de marzo de 2015. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-00891-01(34276). MP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, condénese a la E.S.E. Hospital de Ponedera a pagar a cada uno de los demandantes, la indemnización de perjuicios morales por la pérdida de oportunidad:

DEMANDANTE	PARENTESCO	SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE A LA ÉPOCA DE LOS HECHOS ($308.500)
SIRLIS PATRICIA MEDINA FONTALVO	MADRE – I NIVEL	$19.075.000.oo, equivalentes a (50) SMLMV
ADÁN JOSÉ PÉREZ MORALES	PADRE – I NIVEL	$19.075.000.oo, equivalentes a (50) SMLMV
ANDREA CAROLINA PÉREZ MEDINA	HERMANA- II NIVEL	$9.537.500.oo, equivalentes a (25) SMLMV
ADÁN JOSÉ PÉREZ MEDINA	HERMANO – II NIVEL	$9.537.500.oo, equivalentes a (25) SMLMV

Cuarto.- Las sumas reconocidas a título de indemnización de perjuicios morales por pérdida de la oportunidad, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = R.H \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R), se obtiene multiplicando el valor histórico (R H), que es la suma que deberá pagarse los demandantes, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor I.P.C. certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, entre el I.P.C, vigente en la fecha que ocurrió el suceso.

Quinto.-Denegar las restantes súplicas de la demanda, en consonancia con las motivaciones precedentes.

Sexto.- Las condenas impuestas se cumplirán y pagarán de conformidad a los artículos 176 y 177 del C.C.A. (modificados por el art. 60 de la Ley 446 de 1998).

Séptimo.- Sin costas.

Octavo.- Notifíquese personalmente esta decisión al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho Judicial

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN GABRIEL WILCHES ARRIETA
JUEZ