



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

JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	08001-33-31-012-2008-00319-00
Medio de control	Reparación Directa
Demandante	Jesús Salvador Henao López – Elvia García Fontanilla
Demandado	E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla – EPS Salud Total S.A. – Clínica del Mar S.A.
Juez	Juan Gabriel Wilches Arrieta

Los señores Jesús Salvador Henao López y Elvia García Fontanilla, actuando a través de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“1°. – Al Sr(a) Juez de lo Contencioso Administrativo del Circuito de Barranquilla pido se sirvan declarar que las empresas: Empresa Social del Estado E.S.E. HOSPITAL METROPOLITANO DE BARRANQUILLA (CARI), de esta ciudad, solidariamente a La CLINICA DEL MAR S.A y a la empresa SALUD TOTAL S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD (E.P.S.), con domicilio principal en la ciudad de Bogotá y agencia en esta ciudad, son solidariamente responsables de la muerte (sic) menor de nombre SIMON HORACIO HENAO GARCIA, hijo de los accionantes, quien falleció en esta ciudad el día 27 de octubre de 2006, como consecuencia de una deplorable falla del servicio.

Con base en el anterior pronunciamiento se condene a las empresas E.S.E HOSPITAL METROPOLITANO DE BARRANQUILLA (CARI), de esta ciudad, CLINICA DEL MAR S.A y a la empresa SALUD TOTAL S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD (E.P.S.), todas de esta ciudad, a pagar a los actores por concepto de indemnización o reparación directa y cumplimiento, en dinero efectivo y en medida y cuantía que se establezca en el decurso de la misma, que se determinará en la condena en concreto de conformidad con el Art. 307 y s.s. del C. de P.C. las siguientes o aproximadas sumas:

PERJUICIOS MATERIALES

- a) *Por concepto de DAÑO MATERIAL, por haber truncado un proyecto de vida con su negligente y omisiva conducta que se constituyó en la causa directa y mediata del fallecimiento del menor SIMON HORACIO HENAO GARCIA, de siete meses de edad, quien fue víctima del coloquialmente llamado paseo de la muerte, en un repudiable hecho que evidenció la FALLA DE SERVICIO en materia de asistencia del servicio de salud. Este rubro lo estimo en la suma DOSCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS (\$270.000.000) m/L. Los cuales resultan de liquidar las sumas dinerarias que podrían llegar a percibir en el futuro los demandantes de su finado hijo, durante su vida productiva probable, de no haber fallecido por falta de asistencia médica.*

- b) *COSTAS PROCESALES y AGENCIAS EN DERECHO. Las que se causen en este proceso a costas de los demandados en caso de oponerse a la presente acción.*

PERJUICIOS MORALES

- a) *CONSISTENTES en el sufrimiento y aflicción moral, que de suyo trae el padecimiento de una lesión que ocasiona graves daños fisiológicos como los padecidos por la accionante, con lo cual no solo se le han dejado escuelas (sic) por incapacidad permanente, sino que le ha afectado su desarrollo personal, familiar y social. Este tipo de daño es de incalculable estimación en términos económicos. Sin embargo en estos casos la ley no ha encontrado otra forma de hacer un resarcimiento efectivo sino representado en dinero en efectivo, tasándolo en salarios mínimos, que para el caso estimo en DOSCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES, que yo pido para cada uno de los accionantes; que deberán pagar al Estado Colombiano a mis patrocinados, por decreto de ese despacho.*
- b) *Condenar a reconocer y pagar todas las sumas de dinero que resulten de liquidar los conceptos demandados, con la debida corrección monetaria liquidada hasta la fecha del pago efectivo. En su defecto, a reconocer y pagar los intereses que legalmente corresponden liquidados hasta la fecha del pago efectivo.*
- c) *Se ordene a las entidades demandadas E.S.E HOSPITAL METROPOLITANO DE BARRANQUILLA (CARI), de esta ciudad, CLINICA DEL MAR S.A y a la empresa SALUD TOTAL S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD (.E.P.S.), dar cumplimiento al fallo que recaiga en el presente proceso, dentro de los términos previstos en el artículo 176 y 177 del Decreto 01 de 1.984”.*

1. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

1.1 DE HECHO:

Los demandantes, señores Jesús Salvador Henao López y Elvia García Fontanilla, están afiliados al Régimen Contributivo en Salud, a través de la Empresa Promotora Salud Total E.P.S, en calidad de cotizante y beneficiaria, respectivamente.

El 17 de marzo de 2006, la señora García Fontanilla dio a luz al menor Simón Horacio Henao García quien, a los pocos meses de vida, le fue diagnosticada “*Cardiopatía Congénita*”, patología que le provocaba acumulación de líquidos en los pulmones, a raíz de lo cual requirió asistencia médica especializada.

Posteriormente, el 26 de octubre de 2009, el referido infante fue sometido al procedimiento quirúrgico denominado “*Corrección de Velo Paladar*”, el cual se llevó a cabo en la Clínica del Mar S.A. Dicha intervención, según la información suministrada por el cirujano maxilofacial a la madre, fue exitosa.

Ese mismo día, horas más tarde, Simón Horacio Henao García presentó complicaciones post operatorias, a raíz de las cuales fue necesario trasladarlo a la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos; empero, la referida institución de salud no contaba con ese servicio, razón por la que iniciaron los trámites para el traslado a otra institución; inclusive, se comunicaron con Salud Total EPS, entidad que no resolvió ese requerimiento, pese a que el menor necesitaba ventilación mecánica, misma que se le suministró transcurridas siete (7) horas después de la finalizado el procedimiento, lapso en el que el niño sufrió un paro cardiorrespiratorio.

En vista de esa situación, los hoy demandantes acudieron a la Defensoría del Pueblo, con el propósito de solicitar asesoría para interponer acción de tutela, orientada a lograr la prestación del servicio de salud a su hijo, en aras de salvaguardarle el Derecho Fundamental a la Vida.

Luego, aproximadamente a las 11:30 p.m., el menor fue trasladado a la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, institución donde le prestaron la atención necesaria; empero, falleció el día 27 de octubre del 2006, a las 8:30 A.M.

2.2 DE DERECHO:

Como fundamentos normativos se invocaron los siguientes:

- Constitución Política: Artículos 2°, 6°, 11, 44, 49 y 90
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 86 y 90
- Ley 100 de 1993: Artículo 162

2.3 CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En resumen, se planteó la configuración de una falla del servicio, pues las entidades demandadas, se sustrajeron de actuar con la diligencia debida para proteger la salud e integridad de Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), omisión que, a la postre, ocasionó su deceso.

Aseveró que la prestación de los servicios de salud requeridos por el menor, se obtuvo a través del mecanismo constitucional de tutela; sin embargo, fue deficiente, pues a pesar de tratarse de un procedimiento de alto riesgo, el paciente fue intervenido en la Clínica del Mar, institución que carecía de camas en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, servicio al cual debió ingresar concluida la cirugía, con la finalidad de manejar posibles complicaciones post operatorias, que en el caso concreto, ocurrieron, dado que el menor presentó problemas respiratorios.

Señaló que las accionadas se abstuvieron de actuar con prontitud, como lo exigían las circunstancias, teniendo en cuenta que el procedimiento quirúrgico finalizó a las 10:00 a.m., y solo hasta las 5:30 p.m., del mismo día, se procedió a colocarle ventilación mecánica, la cual para ese momento resultaba insuficiente para superar las complicaciones presentadas. Por ese motivo, fue remitido a la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, entidad que le ofreció la atención médica adecuada; no obstante, el menor falleció el 27 de octubre de 2006, como resultado del mal manejo post operatorio.

Adujo que en el sub lite, están acreditados los presupuestos configurativos de la falla del servicio, pues las demandadas tenían la obligación legal de prestar el

servicio a la salud a Simón Horacio Henao García; sin embargo, eludieron colocar en funcionamiento los recursos necesarios para cumplir con esa obligación, ocasionándole un daño cierto al menor, imputable a la administración.

2.4. CONTESTACIÓN

2.4.1 E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla

La E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no se demostró la falla del servicio alegada.

Arguyó que en la narración de los hechos del libelo introductorio, se prescindió lo relativo a la delimitación de las circunstancias atribuibles a esa entidad.

Mencionó que de la historia clínica allegada al proceso, se concluía que el 26 de octubre de 2006, a las 11:30 p.m., el menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), fue ingresado a la Unidad Pediátrica de Cuidados Intensivos de la E.S.E. Cari, en donde se le suministró la atención y cuidados requeridos de manera óptima y oportuna. sin embargo, conforme se afirmó en la demanda, el 27 de octubre de 2006, dadas las precarias condiciones de salud del paciente, falleció.

Aseguró que en autos no se demostró irregularidad alguna en la actuación desplegada por su representada y el personal médico asistencial en la atención dispensada al menor Simón Horacio, quien fue atendido de forma inmediata; empero, no respondió al tratamiento y medicamentos suministrados.

Planteó que en el caso concreto, se soslayó lo concerniente a la acreditación de la falla del servicio imputable a esa entidad y menos la relación de causalidad entre aquélla y el daño, razón por la cual, mal se podría declarar la responsabilidad patrimonial de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla.

Propuso las siguientes excepciones: (i) Inexistencia de relación de causalidad entre el deceso y la supuesta falla del servicio; (ii) Inexistencia de la obligación para demandar.

De otro lado, llamó en garantía a Seguros del Estado S.A., entidad que expidió la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 068501521, vigente para la ocurrencia de los hechos, cuyo objeto consistía en garantizar eventuales demandas por lesiones corporales y/o daños materiales a bienes de terceros, ocurridas por el giro normal de la actividad de esa institución de salud.

2.4.2 Clínica del Mar S.A.

La Clínica del Mar S.A., por conducto de apoderada, aseguró constarle únicamente los hechos e informaciones consignadas en la historia clínica del menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), en la cual se documentó lo atinente a la intervención quirúrgica que le fue realizada en las instalaciones de esa institución, por el médico especialista, doctor Jorge Leyva Beltrán.

Se opuso a los argumentos planteados por los demandantes, pues sus actuaciones, en nada, desconocieron normas de rango constitucional o legal.

Precisó que para la época de los hechos, la entidad contaba con la tecnología y equipos necesarios para realizar el procedimiento quirúrgico de corrección de fisura de paladar, intervención en la cual se logró dicho objetivo.

Afirmó que frente a las complicaciones post-quirúrgicas presentadas por el niño, que ameritaron nivel de atención de mayor complejidad, ese establecimiento, a través del personal médico especializado, ordenó la remisión expedita del paciente a un centro hospitalario con UCI pediátrica; sin embargo, ésta no fue aceptada de forma inmediata por las instituciones de salud contactadas, razón por la cual mientras se adelantaba dicho trámite, el menor fue ingresado a la UCI neonatal, suministrándosele el soporte ventilatorio mecánico necesario.

Aclaró que la cirugía realizada el 26 de octubre de 2006, no terminó a las 10:00 a.m., como se dijo en el libelo demandatorio, pues inicio a las 7:55 a.m., y finalizó a las 8:55 a.m. de ese día.

Presentadas las complicaciones, el paciente fue atendido por el médico pediatra de la clínica, quien a las 9:20 a.m., ordenó la remisión a la UCI pediátrica, a la que fue ingresado solo hasta que la E.S.E. Cari, lo aceptó.

Arguyó que de los elementos probatorios aportados con escrito genitor, no se acreditó que la intervención quirúrgica practicada al menor, fuera la causa de su deceso. Además, la prestación del servicio de salud a cargo de esa entidad, fue diligente y oportuna.

Formuló la excepción de Inexistencia de nexo causal.

De otro lado, llamó en garantía a la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A., y a los señores Jorge Eduardo Leyva Beltrán y Daldo Danilo del Carmen Trujillo Armella.

2.4.3 Salud Total E.P.S S.A.

A través de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que los hechos originarios del deceso de Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.), eran ajenos a la actuación de su prohijada, pues las complicaciones post-operatorias, fueron el resultado de un procedimiento quirúrgico realizado de manera particular en la Clínica del Mar, institución que, además, tenía la responsabilidad de trasladar al paciente a la UCI pediátrica; empero, la trasladó a esa prestataria de salud, la cual impartió el manejo requerido, dentro de las posibilidades existentes en la red de prestadores de la ciudad de Barranquilla.

Propuso las siguientes excepciones: i) Falta de legitimación en la causa por pasiva de Salud Total S.A. EPS - S; ii) Los hechos y pretensiones no son responsabilidad de Salud Total S.A. EPS – S, dado que cumplió sus obligaciones como entidad promotora de salud; iii) Inexistencia de prueba de la negligencia de Salud Total S.A. EPS – S en la atención médica suministrada por la Clínica del Mar S.A.; iv) Inexistencia de nexo causal entre la conducta generadora del daño y el daño; v) Inexistencia de culpa médica o administrativa frente a los daños reclamados por el demandante; vi) Excesiva tasación de los perjuicios; vii) Genérica; viii) Inexistencia de responsabilidad civil contractual; ix) Ausencia de responsabilidad civil; x) Ausencia de daño atribuible a Salud Total S.A. EPS – S; xi) Ausencia de requisitos

para declarar civilmente responsable a Salud Total S.A. E.P.S – S; xii) Falta de Legitimación en la causa por activa; xiii) Salud Total S.A. EPS – S, no ordenó manejo médico alguno respecto al tratamiento dispensado al menor Simón Horacio Henao, pues la conducta médica fue determinada exclusivamente por el personal médico de la Clínica del Mar S.A.

Llamó en garantía a la demandada, Clínica del Mar S.A., “...por considerar que Salud Total S.A. E.P.S.-S., tiene derecho a que la sentencia se resuelva sobre la relación sustancial y los pagos de las indemnizaciones a que hubiere lugar entre estos y la llamada en garantía...”.

2.4.4 Liberty Seguros S.A. (Llamada en garantía)

La sociedad Liberty Seguros S.A., a través de apoderada, se opuso a los hechos, pretensiones y pruebas solicitadas por la parte demandante, así como a la cuantía de los perjuicios, pues se limitaron a solicitar el pago de sendas sumas de dinero; sin embargo, no acreditaron la causación de perjuicios.

Propuso las siguientes excepciones: i) Ausencia de los elementos que estructuran responsabilidad del doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán; ii) Inexistencia de nexo de causalidad entre los servicios médicos prestados por el referido profesional de la medicina y el deceso del menor Simón Horacio Henao García; iii) Riesgo Inherente; iv) Ausencia de prueba del presunto daño y su cuantía; v) Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad del doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán en los hechos generadores de la demanda; vi) Inexistencia de solidaridad frente a Liberty Seguros S.A.; vii) Limite de obligación a cargo de Liberty Seguros S.A., por el porcentaje asumido en el coaseguro existente; viii) Deducible; ix) Limite de cobertura del valor asegurado; x) Innominada y cualquier otra excepción que resulte probada dentro del proceso.

2.4.5 Jorge Eduardo Leyva Beltrán (Llamado en garantía)

El profesional de la salud, señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán, a través de apoderado, se opuso las pretensiones de la demanda. Expuso que la atención médica prestada al menor fallecido, se ajustó a lo descrito en la *lex artis* y los protocolos médicos. Además, su deceso no tuvo relación de causa – efecto con la atención que dispensó al paciente.

Propuso las excepciones denominadas: i) Ausencia de responsabilidad por ausencia de dolo o culpa grave; ii) Inexistencia de relación de causalidad (nexo causal) entre la conducta del doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán y los daños alegados; iii) Las obligaciones de los profesionales de la salud son de medios y no de resultado; iv) Inexistencia de la obligación; v) Excesiva tasación de daños y perjuicios; vi) Innominadas.

2.4.5 Ministerio Público

En esta oportunidad, se abstuvo de emitir concepto.

3. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Barranquilla, despacho que mediante proveído del 13 de noviembre de 2008, ordenó corregirla (fl. 98).

Subsanada la falencia anotada, por auto del 24 de junio de 2009 (fls. 101 a 102), se admitió el introductorio, ordenándose la notificación personal de las entidades accionadas.

Mediante proveído del 23 de marzo de 2011 (fls. 502 a 503), se admitieron los llamamientos en garantía formulados por la E.S.E. Hospital Universitario Cari y Salud Total S.A. E.P. En esa misma decisión, se rechazó por extemporánea la solicitud de llamamiento en garantía presentada por la Clínica del Mar S.A., a Liberty Seguros S.A., y se negó la vinculación al proceso de los señores Jorge Leyva Beltrán y Daldo Trujillo.

Por auto del 6 de abril de 2011 (fl. 506), se concedió el recurso de apelación interpuesto por la Clínica del Mar S.A., en contra de la providencia del 23 de marzo de ese mismo año.

En decisión del 7 de junio 2013 (fls. 513 a 525), el H. Tribunal Administrativo del Atlántico, revocó los numerales 2° y 4° de la providencia recurrida. En su lugar, negó el llamamiento en garantía formulado por Salud Total S.A. E.P.S a la Clínica del Mar S.A., y admitió el realizado por esta última a los señores Jorge Leyva Beltrán y Daldo Trujillo.

En virtud del Acuerdo No. PSAA-12-9781 del 18 de diciembre de 2012, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que dispuso dar continuidad a las medidas de descongestión, el proceso fue redistribuido, correspondiéndole al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Barranquilla, el cual en proveído del 29 de julio de 2013, avocó el conocimiento, oportunidad en la que ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior (fl. 527).

A través de providencia del 8 de abril de 2014 (fl. 529), se ordenó requerir al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Barranquilla, a fin de que remitiera los dineros recibidos por concepto de gastos procesales.

El 27 de marzo de 2015 (fl. 566), se concedieron los recursos de apelación interpuestos por los señores Jorge Eduardo Leyva Beltrán y Daldo Trujillo Armella en contra del auto del 7 de junio de 2013, proferido pro el H. Tribunal Administrativo del Atlántico.

En providencia del 17 de abril de 2015 (fl. 568), se dejó sin efectos jurídicos el auto adiado 27 de marzo de esa misma anualidad, concediéndose en efecto suspensivo los recursos de apelación interpuestos por los llamados en garantía.

Luego, el 13 de abril de 2016 (fls. 576 a 578), se dejó sin efectos la providencia de fecha 28 de septiembre de 2015. En consecuencia, se inadmitieron los recursos de apelación interpuestos por los llamados en garantía en contra del proveído del 7 de junio de 2013.

El 9 de noviembre de 2016 (fls. 585 al 587), el Tribunal Administrativo del Atlántico - Sección "C", negó la solicitud de ilegalidad presentada por el llamado en garantía, señor Jorge Leyva Beltrán.

En cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJATA17-363 del 20 de enero de 2017, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos, redistribuyó el proceso, correspondiéndole al Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla, despacho que aprehendió el conocimiento de la litis mediante auto del 19 de mayo de 2017 (fl. 591).

El 19 de mayo de 2017 (fls. 592 a 593), se resolvió obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior en proveído del 7 de junio de 2013.

El 9 de octubre de 2017 (fl.594), se admitió el llamamiento en garantía formulado por el señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán a Liberty Seguros S.A.

Mediante auto del 25 de mayo de 2018 (fl. 506), se ordenó estarse a lo resuelto en decisión del 9 de octubre de 2017, en lo atinente al llamamiento en garantía formulado por el señor Leyva Beltrán. Además, se reconoció personería a los apoderados de la E.S.E Cari.

El 18 de octubre de 2018 (fls. 808 al 811), se aperturó el ciclo probatorio.

A través de proveído adiado 2 de noviembre de 2018 (fls. 819 a 820), se resolvió no reponer el auto de pruebas.

Mediante providencia del 23 de noviembre de 2018 (fl.836), se fijó nueva fecha para llevar a cabo la recepción de testimonios.

Mediante auto del 20 de noviembre de 2019 (fl. 928), se corrió traslado a las partes del Oficio No. UBBAQ-DSATL-05931-2019, expedido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En decisión del 30 de septiembre de 2020, se negó la solicitud de fijación de nueva fecha para interrogatorio de parte al llamado en garantía, señor Daldo Danilo Trujillo Armella.

A través de proveído del 18 de noviembre de 2020, se corrió traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión, derecho que fue aprovechado por los apoderados de los llamados en garantía, señores Jorge Eduardo Leyva Beltrán y Daldo Danilo Trujillo Armella, Salud Total S.A. EPS-S y Liberty Seguros S.A.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Jorge Eduardo Leyva Beltrán (Llamado en garantía)

El apoderado del señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán, manifestó que entre la Clínica del Mar S.A., y su poderdante, no existía vinculo legal o contractual, razón por la cual correspondía liberársele de *"...cualquier pretensión encaminada a responder total o parcialmente por los dineros que tenga que pagar la CLINICA DEL MAR S.A. EN LIQUIDACION, ante una eventual sentencia condenatoria"*.

Puntualizó el llamamiento en garantía, exige el requisito, *sine qua non*, de existencia del referido vínculo. Y como la Clínica del Mar se abstuvo de acreditar esa exigencia, correspondía desestimar las pretensiones formuladas por dicha entidad en contra de su representado.

Adujo que los reproches contenidos en la demanda, estaban relacionados con la función de aseguramiento en salud, a cargo de la respectiva entidad promotora de salud, más no a la atención odontológica prestada por el señor Leyva Beltrán.

Señaló que las complicaciones post - operatorias del menor, finalizado el procedimiento de reconstrucción de velo faríngeo, no correspondía atenderlas al llamado en garantía, sino a profesionales de la salud, conforme lo afirmó el médico pediatra, doctor Rodolfo Toloza.

Indicó que la falta de una unidad de cuidados intensivos en la Clínica del Mar S.A., de ninguna manera, fue la causa de los problemas cardiopulmonares originarios del deceso del menor, sino las patologías de base padecidas por aquél, de acuerdo a las conclusiones del Tribunal de Ética Médica del Atlántico.

Por lo anterior, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, como las que pudiesen derivarse del “llamamiento en garantía” formulado por la Clínica del Mar S.A.

4.1.2 Daldo Danilo Trujillo Armella (Llamado en garantía)

Manifestó que la notificación del llamado en garantía, se realizó transcurridos más de noventa (90) días, desde la fecha en que el llamamiento fue admitido, excediendo el término dispuesto en el artículo 56 del C. de P.C.. Por consiguiente, dicha notificación, devenía ineficaz y, por ende, de efecto vinculante.

Agregó que el llamamiento en garantía formulado a su procurado, era improcedente, pues entre éste y la Clínica del Mar S.A., no existía vínculo contractual o legal alguno, que lo obligara a resarcir o reembolsar total o parcialmente la condena que eventualmente impuesta a la mencionada institución de salud.

Especificó que, *“el acto anestésico dispensado por mi poderdante a favor del paciente Simón Horacio Henao García con desarrollo de la cirugía de reconstrucción funcional del velo del paladar el día 26 de Octubre de 2006 en las instalaciones de la Clínica del Mar S.A. de la ciudad de Barranquilla, fue realizado exitosamente en cumplimiento de los protocolos de anestesia correspondientes y sin que se presentara complicación anestésica alguna en el transcurso del mismo o después de él, sin perjuicio de que en la recuperación de la cirugía se haya decidido trasladar al paciente a la Unidad Neonatal de Cuidados Intensivos del centro clínico previamente enunciado”*.

4.1.3 Salud Total S.A. E.P.S.

Reitero que los daños y perjuicios reclamados por la parte actora, no eran imputables a esa entidad, pues en el proceso se acreditó que el menor Simón Horacio García Henao, ingresó a la Clínica del Mar de forma particular, esto es, sin mediar autorización alguna de Salud Total E.P.S.

Insistió en que no se demostraron los elementos constitutivos de la falla del servicio. Y tampoco se acreditó negligencia de la entidad que satisfizo el traslado del menor a una UCI pediátrica, de acuerdo a la disponibilidad de camas existentes.

4.1.4 Liberty Seguros S.A. (Llamada en garantía)

Se ratificó en las razones expuestas en la contestación. Solicitó denegar las pretensiones de la demanda y exonerar de responsabilidad a esa sociedad.

5 CONSIDERACIONES

5.1 Validez procesal

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

5.2 Excepciones

Previo a estudiar el fondo del asunto, se analizarán las excepciones propuestas:

5.2.2 Salud Total S.A. EPS –S

5.2.1.1 Falta de legitimación en la causa por pasiva

Se argumentó que los demandantes se limitaron a señalar que Salud Total E.P.S., fue negligente en la prestación del servicio, aserto a partir del cual resultaba imposible determinar si lo imputado era la responsabilidad por el hecho de un tercero, esto es la Clínica del Mar S.A.; o por el contrario, se cuestionaba la remisión del paciente a la UCI pediátrica, obligación que, según los accionantes, correspondía a dicha promotora de salud.

Acerca de la legitimación en la causa, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“(…)

La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado

(…)

Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo

puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso.¹

(...)"

Ahora, la capacidad para ser parte hace referencia a la posibilidad de constituirse en extremo de la litis, vale decir, demandante o demandado.

En el *sub examine*, fluye acreditado que el menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), estaba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de Salud Total E.P.S, en calidad de beneficiario de su padre, señor Jesús Salvador Henao, quien funge en calidad de cotizante desde el 6 de mayo de 2002.

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), a fin de garantizar la salud de los colombianos, objetivo para el cual se crearon Entidades Promotoras de Salud, definidas por dicha norma, como entidades de naturaleza pública, privada o mixta, responsables de la afiliación y registro de los usuarios e igualmente del recaudo de las cotizaciones. Su función básica, es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio (POS), hoy PBS, a sus afiliados²; además, deben cumplir las funciones señaladas en el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, de cuya lectura se concluye que les corresponden dos (2) tipos de funciones: la primera, relativa a la gestión del aseguramiento; la segunda, concerniente a la protección de la salud, prestando directamente el servicio o a través de las IPS.

En ese orden, a la luz de la legislación sobre la que se edifica el Sistema de Seguridad Social en Colombia, se concluye que Salud Total E.P.S., está legitimada en la causa por pasiva, pues dentro de sus funciones está la relativa a garantizar la calidad de la prestación de los servicios de salud a sus asegurados.

Colorario de lo expuesto, la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta, carece de vocación de prosperidad, pues dicha demandada, además de ostentar capacidad para hacer parte, su función principal se circunscribe a garantizar la prestación del servicio de salud a sus usuarios, aspecto que precisamente se cuestionó en el presente litigio.

5.2.1.2 Falta de Legitimación en la causa por activa.

Salud Total S.A. EPS – S., se limitó a enunciar dicha excepción; empero, omitió exponer argumento alguno para respaldarla.

5.2.1.3 Excesiva tasación de los perjuicios.

Señaló que el juez debe plegarse a los límites trazados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo atinente al monto indemnizable de los perjuicios morales, sin perder de vista la certeza de existencia del daño moral.

El argumento en que se hizo descansar esta excepción, se analizará en el evento de prosperar las súplicas de la demanda.

¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación de jurisprudencia, 25 de septiembre de 2013, exp. 20.420.

² Artículo 177 Ley 100 de 1993.

5.2.1.4 Los hechos y pretensiones de la demanda, no son responsabilidad de Salud Total S.A. EPS –S., dado que cumplió sus obligaciones como entidad promotora de salud.

Se adujo que el menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), ingresó a la Clínica del Mar S.A., como usuario particular, razón por la cual la entidad promotora de salud, carecía de injerencia en la prestación de los servicios de salud.

Respecto a lo anterior, constituye uno de los puntos centrales del debate judicial. Por lo tanto, su estudio está reservado al fondo de la controversia.

5.2.1.5 Inexistencia de prueba de negligencia de Salud Total S.A. EPS –S., en la atención médica suministrada en la Clínica del Mar S.A.

5.2.1.6 Inexistencia del nexo causal entre la conducta generadora del daño y el daño.

5.2.1.7 Ausencia de la culpa médica o administrativa frente a los daños reclamados por el demandante.

5.2.1.8 Inexistencia de responsabilidad civil extracontractual.

5.2.1.9 Ausencia de responsabilidad civil.

5.2.1.1 Inexistencia de daño atribuible a Salud Total S.A. EPS – S.

5.2.1.11 Ausencia de los requisitos para declarar a Salud Total S.A. EPS –S., civilmente responsable.

5.2.1.12 Salud Total S.A. EPS – S., no expidió orden de manejo médico respecto al tratamiento dispensado al menor Simón Horacio Henao, pues la conducta médica fue exclusivamente determinada por el personal médico de la Clínica del Mar S.A.

Respecto a las excepciones previamente enlistadas, la entidad promotora de salud demandada se limitó a enunciarlas; empero, se abstuvo de exponer los argumentos sobre los cuales se hicieron descansar. En todo caso, dada que las mismas se están dirigidas a enervar las pretensiones de la demanda, su análisis acometerá al estudiar el fondo de la controversia.

5.2.1.13 E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla

5.2.1.14 Inexistencia de relación de causalidad entre el deceso y la supuesta falla del servicio.

Indicó que autos no se acreditó que el fallecimiento del menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), fue originado por falla del servicio atribuible a la atención médica a cargo de los profesionales de la salud de ese centro hospitalario o por la aplicación de un tratamiento deficiente e inoportuno al paciente.

Como el anterior argumento exceptivo, está inescindiblemente relacionado con la materia litigiosa, su estudio se acometerá al analizar el fondo de la controversia.

5.2.2.2 Inexistencia de la obligación para demandar.

Se arguyó que en el expediente no se demostró actuación irregular alguna del personal médico y asistencial de la entidad que causara la muerte del menor Simón Henao García (q.e.p.d).

Esta excepción constituye parte del fundamento en las pretensiones de la demanda, motivo por el cual su estudio se abordará en las consideraciones de la sentencia.

5.2.3 Clínica del Mar S.A. en Liquidación

5.2.3.1 Inexistencia del nexo causal.

Señaló que era indispensable acreditar la relación de causalidad entre la actuación desplegada por la entidad y el daño.

Arguyó que, en el *sub judice*, esa institución de salud realizó las conductas médicas universalmente aceptadas en el servicio prestado al menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d); además, no se demostraron faltas contra la ética médica y los deberes a su cargo.

El despacho estima que dichas razones están inescindiblemente ligadas a las pretensiones. Por consiguiente, su examinarán al estudiar el caso concreto.

5.2.4 Liberty Seguros S.A. (Llamado en garantía)

5.2.4.1 Ausencia de los elementos que estructuran responsabilidad del Doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán.

Indicó que para endilgar responsabilidad al doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán, era necesario demostrar la ocurrencia del daño, su imputabilidad al demandado y la obligación de repararlo.

Añadió que en los casos de responsabilidad médica, el nexo de causalidad es un requisito indispensable, cuya ausencia torna imposible efectuar el juicio de imputación de responsabilidad.

Dicha excepción se estudiará al momento de analizar el fondo del asunto, pues guarda estrecha relación con lo pretendido en la demanda.

5.2.4.2 Inexistencia del nexo de causalidad entre los servicios médicos que se suministraron por parte del Dr. Jorge Eduardo Leyva Beltrán y el deceso del menor Simón Horacio Henao García.

Afirmo que para endilgarle responsabilidad al Dr. Leyva Beltrán, debe existir una relación de causa-efecto entre la conducta de aquél y el daño alegado por el paciente, en este caso el deceso del Simón Horacio Henao García, lo cual no sucede toda vez que el doctor Jorge Eduardo realizó adecuadamente el procedimiento quirúrgico al menor, observando los protocolos médicos necesarios.

Aseveró que la conducta desplegada por el asegurado, Dr. Leyva Beltrán, fue acorde a la *lex artis* de la patología y estado de salud de Simón Horacio, así que mal se podría imputar responsabilidad alguna por el fallecimiento del menor.

Como quiera que las razones expuestas guardan estrecha relación con el fondo de la litis, se analizarán al estudiar el fondo de la controversia.

5.2.4.3 Riesgo inherente

Aseguró que en el caso sometido a estudio, existió un riesgo inherente, dadas las condiciones en las que el menor ingresó al centro hospitalario; además, no se evidenció negligencia, imprudencia, impericia o violación del reglamento del personal médico asistencial.

Así planteada la excepción, su estudio se abordará al resolver de fondo las pretensiones.

5.2.4.4 Ausencia de prueba del presunto daño y su cuantía.

Adujo que la parte actora se limitó a determinar una suma por concepto de lucro cesante, sin detallar el origen de la misma, y la certeza acerca de la vida productiva probable de infante.

Acerca del daño emergente, se opuso a su reconocimiento, pues a los autos no se aportó prueba, siquiera sumaria, de los gastos de transporte, medicinas, elementos quirúrgicos y funerarios enunciados por los demandantes.

Dicha excepción, se analizará únicamente en el evento de prosperar las pretensiones de la demanda.

5.2.4.5 Inexistencia de obligación indemnizatoria por ausencia de responsabilidad del doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán en los hechos.

Manifestó que esa entidad asumiría obligaciones, siempre y cuando se establezca la responsabilidad civil del asegurado, señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán, de conformidad a las condiciones generales y particulares de la póliza de responsabilidad civil médica.

La aseguradora no es responsable de los perjuicios derivados por errores u omisiones atribuibles al asegurado, incluso si es declarado responsable.

Añadió que, en caso de resultar adversa la sentencia al señor Leyva Beltrán, estaría obligada al pago de dichas sumas, menos el deducible pactado.

El presente medio exceptivo se analizará si y solo sí existe sentencia condenatoria en contra del profesional de la salud, señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán.

5.2.4.6 Inexistencia de solidaridad frente a Liberty Seguros S.A.

Indicó que la existencia de la póliza en la cual ampara parte de la responsabilidad en que pueda incurrir el asegurado, no significa en que la entidad sea solidariamente responsable con aquél, pues no ejecutó un hecho generador de responsabilidad,

solo actúa de garante en el pago de la indemnización a la cual eventualmente se condene al señor Leyva Beltrán.

Al igual que la excepción anterior, esta solo se estudiará si se profiere sentencia condenatoria en cabeza del señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán.

5.2.4.7 Límite de la obligación en cabeza de Liberty Seguros S.A., por el porcentaje asumido en coaseguro existente.

Señaló que en virtud de la celebración de contrato de seguro con el señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán, recogido en la póliza de seguro de responsabilidad civil médica No. 890000, la aseguradora asumió únicamente el 70% del riesgo asegurado y de la eventual indemnización que hubiere que hacer con afectación a la mencionada póliza. Además, aclaró que el treinta por ciento (30%) restante fue asumido por Seguros la Equidad.

Esta excepción será analizada en caso de existir sentencia condenatoria en contra del asegurado.

5.2.4.8 Deducible

Manifestó que, en el evento de una condena en contra de su asegurado, Dr. Jorge Eduardo Leyva Beltrán, el deducible deberá ser asumido por este.

Dicha excepción se estudiará en el evento de proferirse sentencia condenatoria en contra del señor Leyva Beltrán.

5.2.4.9 Limite de cobertura del valor asegurado.

Indicó que en el evento determinarse la responsabilidad del asegurado en la ocurrencia del daño, esa entidad solo estará obligada a responder por el valor asegurado.

El argumento anterior, será objeto de análisis en el evento de profiere sentencia estimatoria de las pretensiones en contra del asegurado.

5.2.4.10 Innominada y cualquier otra excepción que resulte probada en el presente proceso

Señaló que se proponga cualquier medio exceptivo que se demuestre en el decurso del proceso.

Jorge Eduardo Leyva Beltrán (Llamado en garantía)

5.2.5.1 Inexistencia de responsabilidad por ausencia de dolo o culpa grave.

Adujo que, en materia de responsabilidad administrativa y médica, para declarar la responsabilidad del profesional, se requiere la existencia de dolo o culpa grave en su actuación, misma que en el caso concreto, no se demostró, pues respecto a las patologías padecidas por el menor Simón Horacio, previo a la intervención quirúrgica, fue sometido a valoración por diversos especialistas, a fin de que éstos

conceptuaran acerca de la viabilidad del procedimiento; es decir, no existió actuación alguna prevalida de dolo o culpa grave.

Esta excepción se resolverá al analizarse el fondo de la litis contestatio, pues los argumentos en que se hizo descansar guardan íntima relación con las pretensiones.

5.2.5.2 Inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán y los daños alegados.

Aseveró que el daño padecido por los actores, no es atribuible a su actuación, pues las complicaciones post - operatorias presentadas por el menor, se originaron como consecuencia de las patologías de base padecidas por aquél, circunstancia que evidenciaba la ausencia de nexo causal y, por ende, la imposibilidad de enrostrarle responsabilidad.

Como esta excepción guarda estrecha relación con asunto debatido, se analizará al estudiar el fondo de la controversia.

5.2.5.3 Las obligaciones de los profesionales de la salud son de medio y no de resultado.

Manifestó que las obligaciones de los profesionales de la salud, se circunscriben a hacer todo lo posible para mejorar la condición del paciente bajo sus cuidados; sin embargo, de ninguna manera, implican que la atención brindada conduzca infaliblemente a la sanación de las dolencias de aquél.

Aseveró que satisfizo las obligaciones a su cargo, verbigratia, suministrar asistencia médica adecuada al menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), a fin de procurarle una mejor calidad de vida, disminuir el riesgo de bronco aspiración y mejorar su capacidad nutricional.

Teniendo en cuenta que esas razones se refieren al fondo de la litis, se analizarán en las consideraciones de la sentencia.

5.2.5.4 Inexistencia de la obligación.

Reiteró lo argüido en la contestación, respecto a su actuación diligente, cuidadosa y apegada a los protocolos médicos.

Lo anterior constituye uno de los puntos centrales del debate judicial; en consecuencia, su estudio se hará al analizar el fondo de la controversia.

5.2.5.5 Excesiva tasación de daños y perjuicios.

Señaló que la parte actora tasó excesivamente los daños y perjuicios reclamados, sin demostrar su ocurrencia.

Que el lucro cesante debe determinarse a partir del daño cierto, real y no hipotético, como en este caso, pues las patologías padecidas por el menor Simón Horacio Henao (q.e.p.d), impedían establecer con certidumbre que alcanzara edad productiva.

Esta excepción se analizará en caso de proferirse sentencia condenatoria en contra del profesional de la salud, señor Jorge Eduardo Leyva Beltrán.

5.2.5.6 Innominadas.

Señaló que se acoge a las excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

5.3 Problema Jurídico

En el sub-judice, el problema jurídico se contrae a determinar si la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, la Clínica del Mar S.A. en Liquidación, Salud Total S.A. EPS – S., y los profesionales de la salud, doctores Jorge Eduardo Leyva Beltrán y Daldo Danilo Trujillo, son administrativamente responsables por los daños y perjuicios irrogados a los demandantes, con ocasión de la supuesta prestación deficiente del servicio médico suministrados al menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d).

En ese orden, se analizará:

- a) Acreditación del daño antijurídico padecido por los demandantes.
- b) Si es susceptible de imputarse a las demandadas y bajo qué título.

A fin de absolver el interrogante formulado, se abordarán 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 responsabilidad

El fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado está consagrado en artículo 90 de la Carta Política, cuyo contenido señala: *“El Estado responderá 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”³ de la responsabilidad del Estado⁴ y se

³ 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.

⁴ 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

erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁵ y de su patrimonio⁶, sin distinguir su condición, situación e interés⁷.

ii) Elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado

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.

El daño antijurídico

El concepto del daño antijurídico ha sido decantado por la jurisprudencia, a partir de la premisa constitucional anteriormente como aquella lesión causada a un bien o un interés tutelado por el 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”^{8,9}.

A partir de esa noción, dicha 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”¹⁰.*

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.

⁵ 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.

⁶ “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.

⁷ 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.

⁸ [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.

⁹ 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.

¹⁰ 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 antijuridicidad 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*

Por su parte, la Gardiana 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 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"^{11 12}.

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 pueda enrostrarse 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”*.

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.

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

¹² 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.

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”¹³.

(...)

iii) La omisión como criterio de imputación de responsabilidad.

En el terreno de la responsabilidad estatal, la omisión se circunscribe a una acción determinada, cuya falta de realización, origina su existencia. La omisión en abstracto, es inexistente pues, todo caso, requiere una acción concreta. De allí se desprende que, el autor de desconozca determinado contenido obligacional, debe estar en condiciones de poder realizar la acción. En caso contrario, mal podría predicarse la existencia de omisión. Por consiguiente, en manera alguna, constituye un simple dejar hacer, pues, se reitera, se trata de no realizar una acción que el sujeto está en situación obligacional de satisfacer. Todas las cualidades constitutivas de la acción en sentido activo, han de estar a disposición del sujeto, en punto a la 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 lo tanto, en la inobservancia de una acción previamente fijada o establecida, que el servidor tenía la obligación de realizar y, 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, existen dos (2) regímenes de imputación jurídica, denominados: responsabilidad con falla y responsabilidad sin falla. Dentro del primer régimen, encontramos la clásica teoría de la falla del servicio.

La falla del servicio centra su estudio en el aspecto subjetivo de la administración, circunscribiendo su estudio a si en la manifestación estatal, medió culpa, la cual se determina por la ausencia de prestación del servicio, irregularidad o prestación

¹³ CONSEJO DE ESTADO 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).

tardía. Se caracteriza por ser un tipo de responsabilidad directa, se predica de la administración como tal, independientemente a la identificación del agente causante del daño, siempre y cuando se acredite vínculo con 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, en sentencia del 3 de octubre de 2016; Exp. No. 1999 – 02059 – 01 (40057); C.P Dr. Ramiro Pazos Guerrero, se 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”¹⁴:

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.

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)¹⁵.

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)¹⁶.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁶ 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.

*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 la ocurrencia del hecho dañoso¹⁷. 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 alcance¹⁸.*

(...)"

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:

5.4 Caso concreto

5.4.1 Acervo probatorio

Al informativo se allegaron los siguientes medios de prueba:

- Fotocopia del carnet de afiliación a la EPS Salud Total, correspondiente al señor Jesús Salvador Henao López (fl. 18).
- Fotocopia del Registro Civil de Nacimiento del menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), con indicativo serial No. 39533221, expedido por la Notaría Tercera de Valledupar (fl. 19).
- Fotocopia del carnet de afiliación del menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d) (fl. 20).
- Fotocopia del derecho de solicitud elevada por el señor Henao López a Salud Total EPS el 12 de mayo de 2006 (fl. 21).
- Fotocopia del carnet de la señora Elvia María García Fontanilla, al Sistema de identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales (fl. 22).
- Fotocopia recibo de caja, por valor de Ciento Diez Mil Pesos (\$110. 000.oo), expedido por la Funeraria Los Andes (fl. 23).
- Fotocopia de artículo de prensa del diario El Heraldó (fl. 24).
- Fotocopia del estado de cuenta con corte a 27 de octubre de 2006, emitido por la Clínica del Mar S.A. (fls. 25 a 26).
- Fotocopia de letra de cambio en blanco aceptada por la señora Elvia María García Fontanilla (fl. 27).
- Fotocopia de recibo de caja, por la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500. 000.oo), diligenciado por la Clínica del Mar S.A., por concepto de gastos clínicos (fl. 28).
- Fotocopia de la declaración jurada rendida por la señora Elvia María García Fontanilla ante la Defensoría del Pueblo (fls. 29 a 30).
- Fotocopia del informe de estudio genético realizado a Simón Horacio Henao García (q.e.p.d) (fls. 31 a 32).

¹⁷ Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 17149, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ 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 certificación suscrita por el doctor Jesualdo Morelli Socarrás (fl. 33).
- Fotocopia de recetario médico de Salud Total EPS, en cuyo contenido se advierte el el visto bueno cardiólogo, para realizar procedimiento denominado “*corrección de fisura palatina*” (fl. 34).
- Fotocopia del escrito de tutela presentada en contra de la Salud Total EPS, por el señor Jesús Salvador Henao López en representación de su menor hijo, Simón Horacio Henao García (q.e. p.d) (fls. 35 a 37).
- Fotocopia de la orden de salida de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla (fl. 38).
- Fotocopia de epicrisis de la unidad de cuidados intensivos de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla (fls. 42 a 44).
- Fotocopia del certificado de defunción del niño Henao García (fl. 41).
- Fotocopia de la historia clínica de Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), diligenciada por la Clínica del Mar S.A. (fls. 44 al 51).
- Fotocopia historia clínica de traslado de AMI (fl. 52).
- Fotocopia de resultados de exámenes de laboratorios realizados a Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.) (fls. 53 a 56).
- Fotocopia de evolución médica de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla (fls. 57 a 63)
- Fotocopia reporte de electroencefalograma (fl. 64).
- Fotocopia de reporte de doppler cardiológico realizado a Simón Horacio García Henao (fls. 65 a 66).
- Fotocopia de Epicrisis de Médicos Ltda. IPS del referido menor (fls. 67 a 68).
- Fotocopia reporte de tac de cráneo simple realizado al niño García Henao (fl. 69).
- Fotocopia Eco Aba Test (fl. 70).
- Fotocopia epicrisis de médicos Ltda. IPS, adiada 17 de marzo de 2016 (fls. 71 a 72).
- Fotocopia evolución médica de Médicos Ltda. IPS (fls. 73 a 74).
- Fotocopia informe eco cardiográfico (fls. 75 a 81).
- Fotocopia informe RX. Tórax (fl. 82).
- Historia Médica de fecha 17/03/2006 (fls. 83 al 86).
- Registro civil de defunción de Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.), indicativo Serial No. 06328958 de la Notaria Décima de Barranquilla (fl. 103).
- Fotocopia de la Historia de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla de Simón Horacio Henao García (fls. 129 a 164).
- Certificado expedido por la Secretaria de Salud del Distrito de Barranquilla - Oficina de Proyecto Garantía de Calidad, calendado 10 de abril de 2006 (fls. 190 a 191).
- Fotocopia de la historia clínica de Salud Total EPS (fls. 192 a 249).
- Fotocopia de la bitácora de remisión del menor Simón Horacio Henao García (fls. 337 a 345).
- Póliza de Seguro No. 167075, expedida por Liberty Seguros S.A. (fl. 501).
- Fotocopia de la póliza de Responsabilidad Civil Médica No. 890000, expedida por Liberty Seguros S.A. (fls. 621 a 631).
- Fotocopia de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad médica (fls. 637 a 643).
- Fotocopia de la hoja de vida del doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán (fls. 659 a 676).
- Fotocopia de la carta dirigida a la doctora Ana María Cadena Buitrago solicitándole la realización de dictamen pericial (fls. 677 a 678).

- Fotocopia del dictamen pericial sobre la atención médica del paciente Simón Horacio Henao García (q.ep.d) (fls. 679 a 683).
- Fotocopia del estudio de informe genético del 27 de septiembre de 2006 (fls. 690).
- Fotocopia de certificación de aval médico del neurólogo infantil, doctor Jesualdo Morelli Socarras (fls. 691 a 694).
- Fotocopia de remisión de servicios avalando la realización del procedimiento quirúrgico al menor Simón Horacio Henao García, desde el punto de vista cardiológico (fl. 695).
- Fotocopia de permiso para intervención quirúrgica, anestésica o procedimiento especial (fl. 696).
- Fotocopia del fallo proferido por el Tribunal de Ética Médica del Atlántico el 12 de mayo de 2010 (fls. 741 a 748).
- Fotocopia del fallo proferido por el Tribunal de Ética Odontológica de Bolívar el 11 de marzo de 2011 (fls. 749 a 756).
- Fotocopia de la diligencia de declaración jurada rendida por el doctor Alex Enrique Santiago Retamoso ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico (fls. 840 al 842).
- Fotocopia de la declaración jurada rendida por el señor Jesús Salvador Henao López ante el Tribunal Seccional de ética Médica del Atlántico (fls. 902 a 904).
- Fotocopia de la declaración jurada rendida por la señora Elvia María García Fontanilla ante el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico (fls. 905 a 906).

5.4.2 Análisis de las pruebas y hechos probados

5.4.2.1 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 octubre de 2006, aproximadamente a las 7:00 a.m., el menor Simón Horacio Henao García ingresó a la Clínica del Mar S.A., de manera particular, con el propósito que le fuera practicado el procedimiento quirúrgico denominado “*Reconstrucción Funcional Primaria de Velo*”. Con posterioridad a esa cirugía, presentó complicaciones, consistentes en disminución de la saturación de oxígeno, a raíz de lo cual requirió soporte ventilatorio con “*ambú¹⁹*”, oxígeno y traslado a unidad de cuidados intensivos pediátricos.

Dado que la Clínica del Mar S.A., no contaba con dicha unidad, el menor fue trasladado ese mismo día a la uci pediátrica de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, con diagnóstico de “*Dificultad respiratoria*”.

El 27 de octubre de 2006, Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.) falleció, como consecuencia de una falla respiratoria. A los autos se allegó el respectivo registro civil de defunción.

¹⁹ Resucitador Silicona Oval diseñado para la ventilación manual, desde pacientes neonatos hasta adultos. www.ambu.es

De acuerdo a esas probanzas, sin hesitación, cabe afirmar que el daño antijurídico sufrido por los demandantes, representado en la muerte de su hijo Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.), deviene acreditado.

Establecida lo anterior, corresponde al despacho analizar la imputación, con el fin de determinar si, en el caso concreto, la misma puede atribuirse a la entidad pública hospitalaria y las restantes demandas. En caso afirmativo, si tienen el deber jurídico de resarcir los perjuicios.

5.4.2.2 Título de imputación

Pese a que la demanda se dirigió en contra de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, Salud Total EPS y Clínica del Mar S.A en Liquidación, de la lectura del introductorio, se colige que la atribución de responsabilidad se radicó en la última, pues a pesar pese de que el menor superó la la cirugía de alto riesgo a la que fue sometido, se censuró que en el post – operatorio hubo inasistencia médica y técnica, constitutiva de falla del servicio, **“pues la Institución prestadora del servicio de salud debía prever los riesgos postoperatorio (sic), manteniendo la disponibilidad de una UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS, no dejar al azar la suerte de la vida de las personas que son sometidas a intervenciones quirúrgicas de alto riesgo, como la que ilustra esta acción”**. (Negrillas fuera de texto).

De igual manera, se endilgó responsabilidad a la EPS Salud Total, con motivo de la negativa de esa entidad en ordenar **“internamiento en sala de cuidados intensivos, argumentado que no había camas disponibles”**.

En el caso específico de la responsabilidad del Estado por la actividad médica hospitalaria, el régimen aplicable es el **de falla probada del servicio**²⁰, bajo el entendido que se trata de una obligación de medio, requiriéndose probar la actuación, el daño y el nexo causal.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado en materia médico-asistencial, ha sido uniforme en señalar que responsabilidad del Estado puede surgir en distintos momentos y estadios de la atención. Al respecto, ha precisado que todas aquellas actuaciones del servicio componen el denominado **“acto médico complejo”**, el cual está integrado por: i) los actos puramente médicos, vebigratia, intervenciones, suministro de medicamentos y demás procedimientos realizados directamente dentro del proceso de atención; ii) los actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico (incluyendo las obligaciones de seguridad); y iii) los actos extramédicos, que comprenden los servicios complementarios pero necesarios para adelantar la atención médica, como el alojamiento y la alimentación.

Valga recordar que, por regla general, se ha sostenido la tesis que en la actividad médica la obligación es de medio, más no de resultado; también se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno mal podría comprometer un determinado resultado, porque éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras particularidades

²⁰Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a lo que se expone el paciente.

Sobre ese tópico, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, ha señalado:

“(…) Ha sido reiterada la jurisprudencia que apunta a señalar que la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que por regla general conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance conforme a la lex artis para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho. (...)”²¹

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista que en esta materia resulta aplicable el principio general del derecho, según el cual “nadie está obligado a lo imposible”. Por ende, resulta desproporcionado obligar indirectamente al médico a que sea infalible en todas las etapas del proceso de atención y que, además, tenga certeza absoluta de la efectividad de los procedimientos y medicamentos suministrados.

Bajo ese prisma, respecto a la responsabilidad estatal por falla en la prestación del servicio de salud, el despacho examinará este punto, con fundamento en lo que aparece acreditado:

A las foliaturas se allegó el documento intitulado “NOTAS DE ENFERMERIA”, de cuya lectura se extrae la actuación desplegada por la Clínica del Mar en la prestación de servicio de salud a Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.), a saber:

“Octubre 26/06

*7:00 parte menor de edad procedente de admisión ingresa a cirugía para procedimiento Qx acompañado por camillero para ...ilegible Dr. Leyva. Se viste con bata gorro y polaina.
Peso 4 kilos
Se traslada al quirófano en brazos del auxiliar.*

*7:30 Se coloca en camilla se colocan monitores Sat 94% fc 140
Inicia anestesia por el Dr. Trujillo
Coloca mascara con ... ilegible oxígeno y óxido nitroso
Se canaliza con ms
Colocación + fijación de tubo endotraqueal
Asepsia la cara con ...(ilegible)*

*7:55 Inicia acto quirúrgico corrección velo paladar Dr. Leyva (ilegible)
Presenta cianosis en boca, cuello... ilegible*

²¹ Sentencia del 27 de enero de 2016; Exp. No. 20001-23-31-000-2001-01559-01(29728); C.P Dr. Hernán Andrade Rincón.

(...)

Se solicita valoración por pediatría acude el Dr. Ramiro Alvis quien valora y ordena pasar un ... (ilegible)

9:20 (ilegible)

10:33 presenta convulsión ... (ilegible)

11:00 Se aplica medicación y se proporciona ambú

11:15 Sat 83 Fc 174 se continua oxigenación

11:20 Se necesita terapia respiratoria se canaliza ...ilegible... veces miembro superior izquierdo

*11:55 a.m. se observa ... ilegible...
Sat 92% Fc172*

12:30 Sat 70% se da ambú nuevamente sat 90 % se coloca terapia respiratoria

1p.m. Sat 80% se ...ilegible. Traslado UCI pediátrica en diferentes instituciones y has sido posible ...ilegible... el auditor de salud total.

1:30 nueva terapia respiratoria sat 90% FC 170x se pasa a padre se observa dormido, tranquilo sat 92% FC 170x

1:45 valoración pediátrica Dr. Tovar quien insiste en pasar a uci pediátrica urgente la que ha sido difícil, continuar revisión. Se intenta en general del norte, reina catalina, prevenir, metropolitano, la...ilegible... universidad del norte uci pediátrica ya que muchos tienen es uci neonatal.

2:00 p.m. val Dr. Tovar Sat 88%

2:10 ilegible... en pañal val Dr. Trujillo.

2:50 Sat 92% FC 160

3:45 Se traslada a UCI neonatal para observación hasta conseguir ... (ilegible)... uci pediátrica Sat 92% Fc162

3:45 ingreso lactante menor de sala de cirugía en brazo de auxiliar en turno y acompañado de pediatra se coloca en ... ilegible Con O2 nebulizado al 100%por cuadro de Hood se analiza vena en miembro superior izquierdo se inicia mezcal de DAO 5% 500 cc + 3.5 cc de natrol y katrol 5 cc pasando 10 cc x hora por bomba de ...(ilegible).

*4:00 ilegible... recién nacido en muy mal estado general
Se llama a la línea prestadora de salud y se habla con la Sra. Carmen Mora. Se observa sudoroso y palidez generalizada olor fétido y se aspira secreciones sanguinolentas por nariz y boca.*

4:25 Se llama al Sisben barranquilla red de urgencias Carlos dice que no le corresponde y dice llamar al Sisben Magdalena

5:00 Se procede a entubar por el Dr. Tovar con TDT 4.0 se retira y se le coloca TOT 3.5 mm se aspira con sonda nelaton #8 salida de gran cantidad de secreciones sanguinolentas.

5:00 Se pasa Ketalav 0.8 mg iv diluido y lento valorado por el Dr. Trujillo (anestesiólogo)

5:45 Se pasa ... ilegible ... lento y diluido. Se pasa furosemida. Se llama a reina catalina el Dr. Carreño acepta menor lactante, pero admisión no acepta la remisión RN en muy mal estado general continua con ... (ilegible).

5:45 diciendo que no tiene cama para paciente cardíaco

6 ilegible... RN en mal estado se habla con el Dr. Harol Maestre ... ilegible.

6:10 ilegible... reina catalina y general del norte que ellos habían solicitado cama. Se da ambú ... ilegible ... Sat de 48% ... ilegible... cianosis generalizada.

6:30 se llama a la clínica general del norte pidiendo la cama dice que llamemos en unos minutos.

6:30 se sangre para ...ilegible... Hemograma Vs6 pcr valorado x el Dr. Leyva ...(ilegible).

6:30 se pasa sonda orogástrica ...(ilegible)... sangre digerida

6:30 se le realiza lavado gástrico saliendo gran cantidad se pasa elanopril 5mg diluido en 10 cc AD se pasa 0.2 cc x sonda menor lactante en mal estado se da ambú ...(ilegible).

6:40 se llama a la clínica general del norte y contesta el Dr. Sánchez pediatra que no hay cama en uci pediátrica ...ilegible.

6:50 lactante continua muy mal se continua sonda ambú Sat 72% se conecta ...(ilegible).

7 ... (ilegible) conecta a ventilación mecánica ...ilegible...

7 p.m. lactante menor en cama calórica post quirúrgico con cierre de paladar hendido muy delicado en estado crítico despierto (ilegible) ... pálido bajo ventilación mecánica fO2 100% ilegible ... con venoclisis...(ilegible) ...se coloca sonda orogástrica a drenaje libre se observa salida de secreción sanguinolenta por sonda.

7:00 valoración por la Dra. Consuelo De La Cruz.

7:10 se llama a la clínica del norte y el Dr. Sánchez dijo que no hay cama
Paciente despierto sat 76% 66%Dra consuelo ordeno pasar ... ilegible...7:35 pte continua ... sat 58% 56% (ilegible).

8:00 p.m. infusión. Se inicia infusión ...ilegible... se observa salida de secreción sanguinolenta por fosa nasal se aspiró secreción pte continua despierto en muy mal estado ... (ilegible)...

9 p.m. orino en pañal. Cambio

9:20 p de pañal. Valoración por el dr Leyva y hablo con la dra consuelo

9:20 p.m. se inicia infusión de midazolom 2cc + ilegible...

10 p.m. se llama la cari dra consuelo hablo con la red de urgencias y le informo el estado del pte y dijeron que volvieran a llamar en 10 minutos.

10:10 se llama nuevamente al cari y acepto la remisión ...(ilegible).... Paciente continua desaturado despierto en estado crítico

10:25 se llama al servicio de ambulancia ami y dice que ya viene

10:40 orino en pañal. Cambio de pañal

11:30 se traslada paciente en estado crítico al cari en ambulancia medicalizada entubado con ambú con presión positiva sedado con solo ...ilegible... saturación 42% ...(ilegible)..."

Así mismo, en la historia clínica se consignó lo siguiente:

“pre – operatorio Fisura Velar

26/X/2006 Reconstrucción funcional primaria de velo.

- I) Intubación 0.7*
- II) ilegible*
- III) Infiltración de arteria*
- IV) Ilegible... de plexo neural y vycril 3.0*
- V) Lavado con suero*
- VI) Extubado sin complicaciones”*

“26/X/06

Anestesia

Paciente en POP inmediato. corrección velo. Antecedente de ca - Estenosis pulmonar leve. Agenesia cuerpo calloso. durante la cirugía buena estabilidad hemodinámica y pulmonar, se extuba sin complicaciones se traslada a recuperación. Comienza a presentar disminución de SO₂ por lo cual se da soporte ventilatorio con Ambú y oxígeno, patrón respiratorio irregular por lo que se decide pasar a unidad de cuidado intensivo.”

“Paciente de 7 meses de edad en posoperatorio inmediato de agenesia de velo paladar con patología de base agenesia de cuerpo calloso con estenosis de arteria pulmonar en el quirúrgico inmediato presenta episodio de convulsiones tonicoclónicas generalizadas episodio de cianosis y dificultad respiratoria en sala de recuperación quirúrgica, se regulan las convulsiones con Valium fenobarbital, se mantiene con oxígeno con mascara fio2 al 100% líquidos endovenosos basales, se solicita traslado a UCI pediátrica.

Por deterioro del estado general se traslada a UCI neonatal donde ingresa por descompensación hemodinámica

secundaria la patología de base. Se deja con furosemida por edema pulmonar... (ilegible).”

“Paciente de 7 meses de edad que ingresa a la unidad por presentar Dificultad respiratoria convulsiones tónico clónicas y cianosis, paciente con antecedentes diagnóstico de agenesia de cuerpo callosos estenosis pulmonar leve comunicación interauricular. El examen físico de ingreso frecuencia cardíaca 165 frecuencia respiratoria 75 saturación 75% no deformidad de cabeza enoftalmo mucosa oral seca tórax signos de dificultad respiratoria pulmones movilización de secreciones ruidos cardíacos y ausculto soplo en foco pulmonar. Abdomen blando depresible no megalias. Extremidades de mal llenado capilar hipotónicas. Sistema nervioso central poco activo y poca respuesta a estímulos impresión diagnóstica.

(...)

- 1) SDR secundaria. Edema Pulmonar
- 2) Estenosis pulmonar leve.
- 3) Comunicación interauricular
- 4) agenesia del cuerpo calloso”.

“4:15 p.m

- 1) ayuno hasta nueva orden
- 2) LEV DAD 5% 500cc
Natrol 12.5 cc
Katrol 5 cc
- 3) o2 cámara cefálica con fio2 al 100%
- 4) HNB con B2 gotas + 3 cc ssal 0.9% cad 20 mto x IH
- 5) Dipirona 1 amp iv ahora
- 6) s/s Rx de torax
- 7) csv y ac

(...)

(ilegible).”

“26/10/06

6:00 p.m. Hace 4 horas, se intenta remitir al paciente a uci pediátrica (clínica Reina Catalina – Hospital Metropolitano – clínica gral del norte) sin conseguir la aceptación del paciente.

Actualmente crítico, sedado en...(ilegible) 48/6/06/40/200%

(...) ilegible

26/10/06 Lactante menor con Dx

- cierre paladar hendido
- edema pulmonar
- Cardiopatía congénita (Estenosis Pulmonar)
- Agenesia de Cuerpo Calloso NAR

Paciente en condiciones críticas en ARM

48/6/06/40/100

Asincrónico con el ventilador muy difícil adaptarlo a ARM

SAT: 67 – 82%

Ilegible

FC: 172 Fr: 40 I: 37°C

Pálido... ilegible

Estornudos

(...) ilegible

11:00 p.m. Se remite Pte UCI P (ESE CARI)
Condiciones críticas con ARM
40/4/06/40/100% SAT: 83% FC:156
TAM: 58 Buen llenado Copilar
Bajo sedación y relajación”.

De esa sinopsis clínica se desprende que el 26 de octubre de 2006, a las 7:00 a.m., el menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.), ingresó a la Clínica del Mar S.A., a fin de que le fuese practicada cirugía de corrección de fisura del velo, procedimiento que fue llevado a cabo por el doctor Jorge Eduardo Leyva Beltrán, exitosamente; sin embargo, en la etapa de recuperación, el paciente presentó complicaciones que ameritaron su remisión a la UCI pediátrica, servicio del cual carecía esa institución de salud, razón por la cual se dispuso la realización de los trámites administrativos pertinentes, a fin de llevar cabo lo ordenado por el médico tratante.

Como se acotó, el argumento medular de la demanda, se hizo consistir en el traslado tardío del menor a la uci pediátrica, obligación que, según los demandantes, estaba a cargo de la Clínica del Mar y Salud Total EPS. Para dilucidar ese aspecto, se solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses emitir dictamen, en el cual debía absolver el siguiente interrogante: *“Si el procedimiento medico posquirúrgico fue adecuado y especifique si era absolutamente necesario el respirador y la asistencia en UCI para estabilizar al recién operado que presentaba problemas de respiración después de la cirugía o si por el contrario el grado de complejidad era tal que impedía salvar su vida”.*

En respuesta a ese punto, señaló:

“EXAMEN CLINICO FORENSE ACTUAL: No se realiza, ya que el MNEOR SIMON HENAO GARCIA falleció el 27 de octubre del 2006 y no se realizó necropsia médico legal.

COMENTARIOS: En este caso en particular se deslumbra un CASO RELACIONADOS CON PROBLEMAS ADMINISTRATIVOS, los cuales son frecuentes por las fallas den la oportunidad de la prestación del servicio (demoras en la atención de urgencias, en la valoración por especialistas o en remisión a instituciones de mayor complejidad); la negativa a prestar el servicio por diversas razones y las que se derivan de las deficiencias en recursos humanos, de infraestructura y/o de insumos disponibles.

Por lo tanto muy respetuosamente se solicita a la Autoridad Judicial que se apoye en las instancias administrativas a las cuales compete el manejo de tales situaciones. No obstante lo anterior, los hallazgos de la necropsia pueden contribuir a establecer su incidencia en la muerte del paciente, pero esta no fue realizada.

CUESTIONARIO:

1-“Oficiele Al Instituto de Medicina Legal Seccional barranquilla, para que remita copia del protocolo de necropsia

practicado al cadáver de SIMON HORACIO HENAO GARCIA Registro Civil 39533221 fallecido el 27 de octubre del 2006”.
R. Después de haber realizado un plan de búsqueda de protocolos de necropsia a nombre del menor SIMON HORACIO HENAO GARCIA, con documento de identificación previamente relacionado, se le informa a la Autoridad concedora del caso que al menor NO SE LE PRACTICO NECROPSIA MEDICO LEGAL.

Es de tener en cuenta que dentro de los folios se encontraba un certificado de defunción que fue diligenciado por un médico clínico (no legista) y que la causa básica de la muerte (que se entiende como enfermedad o evento que desencadena la secuencia que llevo a la muerte) fue determinada como natural, y en caso de realizarse la necropsia, debió haber sido una Necropsia Clínica.

2-“De igual manera solicito se remita a la demandante al Instituto Nacional de Medicina Legal a fin de que el médico forense emita un dictamen sobre el procedimiento médico, especialmente para que certifique si definitivamente era absolutamente necesario el respirador y la asistencia en UCI para estabilizar el recién operado que aquejaba problemas de respiración después de la cirugía o si por el contrario el grado de complejidad de la cirugía era tal que imposible salvar su vida”.

R. En cuanto a determinar si el procedimiento médico, la necesidad del respirador y la asistencia en UCI del menor por problemas de respiración después de la cirugía, esta debe ser determinadas por factores de riesgo establecidos por su médico tratante y las posibles complicaciones que se podrían derivar de la cirugía teniendo en cuenta los antecedentes clínicos de importancia del menor.

Vale la pena resaltar que la Necropsia Médico legal y de la información que se deriva de su procesamiento, integrados en el contexto del caso, constituyen una herramienta de gran valor para orientar la investigación criminal, pero es este caso no se realizado dicho procedimiento para confirmar manera y causa de muerte”.

De lo expuesto, se concluye que sin la práctica de la necropsia clínica, resultaba imposible determinar si la causa de la muerte del menor Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), se originó debido a la tardanza en el traslado a una uci pediátrica, una vez presentó la dificultad respiratoria.

Sin embargo, en autos se probó que la Clínica del Mar remitió al paciente a su unidad de cuidados intensivos neonatal, pese a tratarse de un paciente de siete (7) meses de edad, servicio donde le prestaron atención médica, a espera del respectivo traslado.

En la declaración jurada rendida al interior del proceso ético-disciplinario adelantado por el Tribunal Seccional de Ética Médica del Atlántico, el pediatra neonatólogo, especialista en cuidados intensivos neonatales, doctor Alex Enrique Santiago Retamozo, afirmó:

“PREGUNTADO: *¿Diga el declarante si sabe para que fue citado a este despacho?* **CONTESTO:** *Si. Dos puntos*

importantes, sé que el paciente es un menor de 7 meses de vida con algunos problemas neurológicos y operado de labio leporino, además de desnutrición y bajo peso. Peso aproximado 4 kilos, el cual sufrió unas complicaciones postquirúrgicas con requerimiento de asistencia respiratoria mecánica. **Lo cual por el peso del paciente puede ser manejado con el tipo de respiradores existentes en la unidad de cuidados intensivos neonatal, los cuales son los llamados de presión y no de volumen, son ventiladores que perfectamente son usados en niños menores de 10 kilos. Además los equipos tipo monitores y el personal idóneo e (sic) la UCI NEONATAL pueden manejar.** En la literatura existe información sobre este tipo de respirador los cuales se usan en estos pacientes. La experiencia que tengo en el manejo de pacientes en la unidad de cuidados intensivos tanto pediátrica como neonatal de la Clínica la Asunción durante más de 8 años, me dan la certeza de decir que este tipo de ventilador son usados en niños de estos pesos hasta 10 kilos, ya que pesos mayores requieren ventiladores llamados de volumen. PREGUNTADO: Diga el declarante, cree usted posible que este niño en mal estado general, desnutrido, le favoreció el uso del ventilador durante su estadía en la clínica. CONTESTO: Si, ya que los existentes en la unidades (sic) neonatal son los adecuados para este bebé.

(...)

PREGUNTADO. Diga el declarante, siguiendo el caso del menor planteado, de condiciones ya anotadas y que en su momento requirió el servicio de unidad de cuidados intensivos, **diga entonces cual sería la diferencia entre la atención que el mismo pudo haber recibido en una UCI pediátrica y la que se podría brindar en una UCI NEONATAL. En este caso en particular. CONTESTO. Desde el punto de vista tanto médico como de equipos (ventilador, monitores) no hay diferencia, lo único sería el manejo de dosis de alguna medicación.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Esa injurada permite concluir que la atención prestada por el personal médico y asistencial de la Clínica del Mar, fue idónea, pues estuvo encaminada a mejorar las condiciones de salud del paciente. Y a pesar de la tardanza en el traslado a una UCI pediátrica, por falta de disponibilidad de camas en otros centros hospitalarios de alta complejidad, dicha circunstancia escapaba a la esfera de funcionamiento de la clínica demandada.

Así mismo, se practicó interrogatorio de parte al profesional de la salud, doctor Jesús Salvador Henao López, quien al ser interrogado acerca de si el doctor Jorge Leyva se negó a algún requerimiento respecto a la atención del menor fallecido, contestó:

“Quiero resaltar que el doctor Jorge Leyva estuvo siempre atento con lo que sucedía con él bebe y digo además, que los culpables del deceso de mi bebe son directamente la clínica del mar por la actitud engañosa, por haberle dicho al doctor Jorge Leyva, que contaban con una uci pediátrica, siendo que allí en esas instalaciones tenían atención directamente al

neonato. Y a salud total porque, obrando de mala fe encontrar (sic) de los derechos constitucionales como es el derecho a la vida, el derecho a la familia y en especial el derecho a la salud, lo cual se constituye como un delito en Colombia, ya que las leyes dicen que no debe haber ninguna excepción para la atención en ningún centro clínico, independientemente de si se tiene EPS, o alguna empresa de seguridad en salud, ya que fue Salud Total quien negó hasta el momento de la muerte, los servicios hospitalarios a los cuales tienen derecho todas las personas en especial, los niños y los adultos mayores.” (Subrayado fuera de texto).

En dicha diligencia, relato lo ocurrido el día previo al fallecimiento de Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), de la siguiente manera:

“si bien es cierto el doctor Jorge Leyva Beltrán más que mirarlo como médico especialista, había prácticamente un lazo de amistad, ya que al contactarlo para realizar el procedimiento de velo facial, se interesó mucho por el caso de mi hijo, quien a su vez nos invitó a su fundación CRIPLAP, es una fundación dedicada para ayudar a la población menos favorecida, nos habló del procedimiento y los riesgos que se corrían al realizar esa intervención quirúrgica, que para efectos de realizarla pidió constancia de los especialistas para llevarla a cabo, nos contactó con el doctor Daldo Trujillo para que nos explicara el proceso de anestesiología quien nos explicó también los riesgos que se corrían en dicha operación, quedando como candidato para cirugía, el día 25 de Octubre de 2006, fue programada la cirugía en la Clínica villa Country donde acudimos puntualmente en horas de la mañana , el niño fue ingresado a la sala de preparación pero luego más tarde nos informa el doctor Daldo Trujillo que no se podía llevar a cabo ese procedimiento en dicha clínica y ya después de haber analizado las instalaciones quirúrgicas no se contaba con una UCI pediátrica para atender una eventualidad, que pudiera surgir de dicha cirugía. Entonces el doctor Leyva nos manifiesta que nos llamaría durante el día para reprogramar nuevamente la cirugía ya en horas de la tarde, recibimos la llamada, y nos da a conocer la nueva clínica, donde se realizaría la cirugía. Al día siguiente 26 de octubre de 2006, nos encontramos en las instalaciones de la Clínica del Mar, entonces el me comenta que había que pagar el alquiler del quirófano y la asistencia de la instrumentadora, por lo cual yo le entrego el dinero para el pago de estos servicios, se había pronosticado que la cirugía duraría entre 15 y 30 minutos, lo cual nos causó gran preocupación porque pasaban las horas y no teníamos información del bebe, a eso del medio día el doctor Jorge Leyva sale del quirófano y nos comenta que se habían presentado algunos problemas, pero que el bebe ya se encontraba en recuperación, entonces me da el permiso para entrar a ver al niño cuando entré, encuentro a mi bebe canalizado y con cánulas de oxígeno, la enfermera de turno me dice, el niño se encuentra bien quédate con el allí y estas pendiente a la saturación, la cual debería estar al 100%, durante ese tiempo su saturación se mantenía entre 80 y 90%. A la hora del cambio de turno, me encontraba con el niño cargado, porque estaba algo irritado por la cirugía y llega un médico de turno y me dice: “salgase que el niño será pasado a la UCI”, mientras yo me quitaba la ropa quirúrgica me comenta la Tía de mi esposa que el niño

como que se complicó, porque pregunte y me dijeron que tenían que entubarlo y colocarle respiración asistida. Yo preocupado me asome por la ventana que da a la UCI y pude divisar al mismo médico colocándole los equipos, yo inmediatamente me comuniqué con el doctor Jorge Leyva y lo coloqué al tanto de lo sucedido, el cual al rato llegó a la clínica y lo puse al tanto de lo sucedido (sic), él entró a la UCI y cuando sale nos dice que el niño está complicado y que había que trasladarlo, yo lo increpe y le dije: “que cual era el motivo, el médico que cuando hicieron los estudios previos a la cirugía, en la clínica, le habían dicho que contaba con una UCI pediátrica para atender cualquier eventualidad y que donde tenían al niño en esa UCI solo prestaba el servicio de UCI neonatal, que por eso el niño tenía la dificultad respiratoria. Lo acompañe al centro de servicio de la Clínica del Mar para que se comunicaran con la EPS Salud Total, y no dieran un traslado a una clínica donde se le pudieran brindar los servicios requeridos. La muchacha nos dice que en Salud Total le habían dicho que lo dirigieran a la Clínica Reina Catalina, ellos se comunican con la Clínica Reina Catalina para confirmar el traslado, la respuesta que nos dan es que Salud Total ni siquiera había llamado para dicho traslado. El doctor Jorge Leyva muy preocupado le dice a mi esposa que se dirija a Salud Total y hablara con la coordinadora médica Carmen Mora, dicha señora hace una llamada delante de ella y le dice a mi esposa que regrese a la clínica que ya estaba coordinado lo del traslado. En camino a regreso mi esposa me llama y me dice que le diga al doctor Leyva que ya había autorizado el traslado. La clínica se comunica nuevamente con Reina Catalina y de allá nos dicen que no hay autorización para recibir el paciente. Pude notar la preocupación del doctor Leyva y me dice que me vaya de inmediato para Salud Total. Cuando llego allá una de las que presta el servicio al cliente, me dice que la coordinadora está en una reunión con los médicos, le comente lo que estaba sucediendo y me dice: “en esa puerta está la reunión, yo no te puedo dar el permiso, si quieres ves y entra que por cuenta de ella, de la coordinadora, se te va a morir tu bebe”. Demoré un buen rato tocando la puerta, al ver que no abrían comencé a tocar lo más fuerte posible para que abrieran, cuando ella abre la puerta efectivamente había una reunión con los médicos, le dije que por favor se apersonara de mi caso que mi hijo se estaba muriendo en la Clínica del Mar. Ella me contestó que ya había hecho todas las llamadas, que no podía hacer más nada y que la Clínica del Mar debía encargarse. Cuando llego a la clínica le dije al doctor Leyva lo que había sucedido allá, entonces él aún más preocupado comenzó a llamar a toda la red de urgencias, pero no conseguía como trasladarlo. Entonces él me dice que el niño está empeorando, que tenemos que hacer algo para solucionar ese inconveniente clínico. Él se retira de la clínica que estaría pendiente, que cualquier cosa lo llamara. En la clínica solo permitían un solo acompañante por lo cual mi esposa queda al pendiente de lo que sucedía. Mi esposa a esos de las 11:30 de la noche, con un documento del Sisben que tenemos del departamento del Magdalena, se logra por fin el traslado a la ESE CARI. Mi esposa no le permite (sic) quedarse allá, regresa a la casa. Ella me dice “papi yo creo que el niño se va a morir”, me dice que está muy mal. Posteriormente, al día siguiente, en horas de la mañana, nos dirigimos a la Defensoría del Pueblo de la ciudad, allá nos

atendió la directora Gloria Lamus encargada de esa oficina. Un señor Dr. Francisco, no recuerdo el apellido, comenzó a elaborar una tutela encontrar (sic) de la EPS Salud Total, para obligarlos a través de la justicia que nos brindarán los servicios médicos para que atendieran a nuestro bebe, argumentando todos lo que estaba sucediendo con toda esta situación. Cabe resaltar también, que no era un hecho nuevo, porque ya la EPS cuatro meses atrás nos habías instalar una acción, para que nos diera una cita con un genetista. Siendo las ocho de la mañana estando en la defensoría, mi esposa recibe una llamada de su Tía donde le habían dicho que nos acercáramos al hospital porque el niño había fallecido. Esto se vuelve una noticia en toda la ciudad, ya que fue trasmitida por radio atlántico, el heraldo y CV noticias, donde se decía que nos habían hecho el paseo de la muerte con nuestro bebe. Gracias a estos medios, pudieron entregarnos al niño, ya que había sido retenido por supuesto, debía cancelar una deuda que era el costo de la estadía del bebe en la ESE CARI. Cuando vamos de camino al pueblo con el cuerpo del niño, pasada la media noche recibo la llamada del doctor Jorge Leyva expresándome sus condolencias, y me decía que no me preocupara por los saldos que habían quedado de la cirugía. En la clínica del mar no me querían entregar las historias clínicas hasta que no pagara lo servicios generados en la UCI, por lo cual debí firmar unas letras en blanco como soporte de pago”.

En todo caso, nótese que el ingreso a la unidad de cuidados neonatales, contribuyó en el objetivo de búsqueda del mejoramiento de la salud de Simón Horacio Henao García (q.e.p.d) durante su permanencia en dicho establecimiento de salud. Además, no se puede obviar el hecho de que el menor tenía antecedentes médicos de base que pudieron influir en las complicaciones post-quirúrgicas presentadas por aquél.

Es decir, no fluye prueba directa o indirecta que permita considerar que la tardanza de la Clínica del Mar S.A. y Salud Total E.P.S., en el traslado del menor Simón Horacio Henao García a la UCI pediátrica, sea la causa eficiente de su fallecimiento, ocurrido en la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, amén de que en las foliaturas se carece de elemento probatorio que acredite la reducción de la posibilidad de supervivencia del neonato, de haberse realizado oportunamente el traslado.

De otra manera, no puede decirse que la negligencia médica haya causado la muerte del paciente. Y tampoco que la demora en la adopción de decisiones, le restó oportunidades de sobrevivir, en punto a afirmar lo que doctrinaria y la jurisprudencialmente se ha denominado como pérdida de una oportunidad, figura que, en todo caso, exige que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar la vida y que dicha expectativa haya sido frustrada por omisiones o actuaciones erradas en el actuar médico.

Ahora, en lo atinente a que la Clínica del Mar S.A., llevó a cabo un procedimiento quirúrgico de “alto riesgo” al menor, adoleciendo de unidad de cuidados intensivos pediátrica, el despacho advierte que en autos se carece de elementos de prueba que permitan determinar esa connotación de riesgo quirúrgico de la mencionada cirugía. Adicionalmente, a los autos se allegó certificación emitida por la Secretaria

de Salud del Distrito de Barranquilla - Oficina de Proyecto Garantía de Calidad, documento en el cual consta el Registro Especial de Prestaciones de Servicios de Salud de dicha clínica, así:

COD	SERVICIO	MODALIDAD		GRADO DE COMPLEJIDAD		
		AMB	HOS	BAJA	MEDIA	ALTA
HOSPITALARIO						
101	GENERAL ADULTO		X		X	
102	GENERAL PEDIATRICA		X		X	
105	CUIDADADO INTERMEDIO NEONATAL		X		X	
108	CUIDADADO INTENSIVO NEONATAL		X			X
112	OBSTETRICIA		X		X	
QUIRURGICO						
203	CIRUGIA GENERAL	X	X	X		
204	CIRUGIA GINECOLOGICA	X	X	X		
205	CIRUGIA MAXILOFACIAL	X	X	X		
207	CIRUGIA ORTOPEDICA	X	X	X		
209	CIRUGIA OTORRINOLARINGOLOGIA	X	X	X		
210	CIRUGIA ONCOLOGICA	X	X	X		
212	CIRUGIA PEDIATRICA	X	X	X		
213	CIRUGIA PLASTICA	X	X	X		
214	CIRUGIA VASCULAR Y ANGIOLOGICA	X	X	X		
215	CIRUGIA UROLOGICA	X	X	X		
CONSULTA EXTERNA						
320	GINECOBSTETRICIA	X			X	
353	TERAPIA RESPIRATORIA	X		X		
URGENCIAS						
501	SERVICIO DE URGENCIAS	X			X	
APOYO DIAGNOSTICO Y COMPLEMENTACION TERAPEUTICA						
710	RADIOLOGIA E IMÁGENES DIAGNOST.			X		
714	SERVICIO FARMACEUTICO				X	

De esos apartados, se advierte que la referida institución de salud, no tenía en su registro de servicios UCI pediátrica, razón por la cual mal podía exigírsele esa obligación.

Al margen de lo anterior, cabe resaltar que la parte actora no cuestiono la actuación desplegada por la E.S.E Hospital Universitario Cari de Barranquilla, al cual fue trasladado Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.); sin embargo, a continuación, se detallará el contenido de la respectiva epicrisis durante su permanencia en dicho centro hospitalario:

“MOTIVO DE INGRESO: Dificultad respiratoria
MOTIVO DE EGRESO: muerte
DIAGNOSTICO INICIAL: 1) Lactante menor desnutrido
2) Posquirúrgico-Paladar hendido
3) Falla respiratoria
4) Cardiopatía congénita
DIAGNOSTICO FINAL: 1) Lactante dismorfico
2) Falla respiratoria: edema pulmonar
a) Síndrome respiratorio adulto
3) Cardiopatía congénita

4) *Agenesia de cuerpo caloso*

MANEJO EN UCI: Ventilación mecánica, adrenalina (sic), ceftrizóna, dopamina, penitidina, bicarbonato de sodio, glóbulos rojos empaquetados.

*PROCEDIMIENTO EN UCI: - Colocación de tubo traqueal
-Canalizan vena*

EVOLUCION EN UCI: Paciente ingres remitido de Clínica del Mar intubado, con ventilación de transporte donde realizan la corrección quirúrgica de paladar blando, realizó en el posoperatorio dificultad respiratoria, ...falta respiratoria se realiza intubación se le administra enalapril, furosemida, morfina y presenta convulsión tónico clónica generalizada con AP: agenesia de cuerpo caloso, estenosis pulmonar, comunicación interauricular, hospitalizaciones (+) bronconeumonía, QX (+) ... bilaterales.

Examen físico: paciente cianótico mal perfundido, papilar isocóricas, pobre respuesta

Tórax RSCSRS no soplo, pulmones...pulmonar bilateral, llenado capilar 5 seg

SV: FC 112'' FR 36 SPO 65% se inició ventilación mecánica, soporte inotrópico dopamina con poca respuesta, adrenalina infusión presento acidosis metabólica con...bicarbonato...

Presenta paro cardíaco, se reanima no respuesta fallece a las 8:30 A.M."

De precedente, se colige la atención médica necesaria y oportuna a Simón Horacio Henao García (q.e.p.d), quien llegó a centro hospitalario en estado crítico.

En cuanto a la actuación desplegada por Salud Total E.P.S., al encuadernamiento se arrió copia del documento en el cual consta la gestión adelantada por esa Entidad Promotora de Salud, con el propósito de materializar el traslado del neonato a una UCI pediátrica. Allí, se consignó lo siguiente:

*“Reina catalina ----- no contesta
Reina Catalina Alfonso Zapata no disponibilidad de cardiología ped no aceptan paciente.
C. Asunción Barranquilla -----ocupado
C. Asunción Barranquilla viola yenny Castañeda 3604075 fax se envía R de Hc
C. Asunción Barranquilla viola yenny Castañeda no camas en uci pediátrica
C. Ami -----ocupado
Bals de lezo ----- no contesta
Cartagena del Mar----- no contesta
C. de la mujer Tatiana Claudia Palomino no cuenta con uci pediátrica
La Milagrosa----- no contesta
La Milagrosa ----- no contesta
c/del mar ----- Erika rodríguez está en uci neonatal y no tienen uci pediátrica, ha hecho ... ilegible... y está estable lo han conectado en toda la red pero ha sido imposible conseguir cama
c/reina catalina Luis 3583904 llamar
c/reina catalina no contestan
c/reina catalina no contesta jefe Yurley Harry llamar al 3583904
c/reina catalina Mónicailegible....solicita faz al 3783080
c/prevenir no contestan*

c/prevenir ...no tiene uci pediátrica
c/reina catalina no contestan a 3 llamadas
c/reina catalina no contestan
hosp. Universidad del Norte no contestan
c/reina catalina no contestan
c/reina catalina 3583904 Mónica no hay camas Dra. Carmen Redondo
C/Asunción Biola pasa llamada pero no contestan
c/Asunción 142-162 Jimmy Castañeda se comenta se espera para rta
C/Asunción 3604045 se envía fax...
c/gral del Norte op 6 no contestan 6 llamadas
H/Universidad del Norte no contestan
H/universitario Metropolitano no contestan
c/cervantes Mabell no manejan UCIP
H/Universidad del norte no contestan
c/general del norte no contestan
c/gral del norte no contestan
c/Asunción ocupado 3 llamadas
c/Asunción no contestan

(...)

c/ del mar Erika Rodríguez confirma pte lo remitieron de urgencia a las 11+30pm del 26 de octubre pte en pésimas condiciones se remitió al cari hosp universitario.”.

De acuerdo a lo anterior, es posible concluir que una vez enterada la E.P.S acerca de la necesidad del traslado de Simón Horacio Henao García (q.e.p.d.) a una UCI pediátrica, realizó las gestiones encaminadas a materializarlo, sin olvidar que las complicaciones post-quirúrgicas se presentaron con posterioridad a la realización del acto quirúrgico adelantado de manera externa, esto es, por fuera del ámbito de competencias y funciones de dicha Entidad Promotora de Salud.

En suma, a partir de los elementos de convicción allegados durante el ciclo probatorio, no emerge demostrada responsabilidad de la Clínica del Mar S.A., Salud Total S.A. E.P.S, como tampoco de la E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla, decisión que se extiende a los llamados en garantía, doctores Jorge Eduardo Leyva Beltrán y Daldo Danilo Trujillo Armella. Así mismo, a Seguros del Estado y Liberty Seguros S.A.

Costas

Dado que la parte vencida no demostró una aptitud temeraria, desleal ni dilatoria no procede la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto 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,

Radicación: 08001-23-31-012-2008-00319-00
Demandantes: Jesús Henao López y Elvia María García Fontanilla
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario Cari de Barranquilla – Clínica del Mar S.A. – Salud Total S.A.
EPS
Acción: Reparación Directa

FALLA:

Primero. - Denegar las pretensiones de la demanda, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo. - Sin costas.

Tercero. - Notifíquese personalmente esta decisión al Agente del Ministerio Público Delegado ante este despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN GABRIEL WILCHES ARRIETA
JUEZ

Firmado Por:

JUAN GABRIEL WILCHES ARRIETA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 015 ADMINISTRATIVO DE BARRANQUILLA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

3bde685320261595f351b712543e604da8d76e1761d94b989eb8f10931ac0a0d

Documento generado en 17/03/2021 04:37:29 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>