

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA

Distrito de Barranquilla, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Medio de control	Reparación Directa
Radicado	08001-33-31-006-2015-00413-00
Demandante	Verónica Llanos Cantillo Y Otros
Demandado	Nación- Superintendencia Nacional de Salud y Otros
Juez	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

ASUNTO

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario contencioso administrativo, promovido a través del medio de control de reparación directa, por los señores Verónica Llanos Cantillo y Otros, contra Nación- Superintendencia Nacional de Salud y Otros.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda.

1.1.1. Pretensiones.

Eleva la parte actora, las pretensiones que seguidamente se transcriben:

“PRIMERA. Se declare a la parte demandada administrativa y extracontractualmente responsable de los perjuicios y daños antijurídicos ocasionados a la parte actora por la muerte de su menor familiar SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS, los cuales fueron el resultado de omisión administrativa y una grotesca falla en la prestación del servicio médico que culminó con su inmerecida muerte, con negligencia por parte de la demandada y vulneración de los derechos humanos.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Reparación Integral solicitamos:

SEGUNDO. Se condene a la demandada a pagar a la parte demandante los perjuicios (materiales e inmateriales) que se encuentran discriminados en el acápite de la "VIH. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA" de este libelo demandatorio.

TERCERO. Se le dé estricto cumplimiento a la sentencia, conforme lo disponen los artículos 192, 193, 194, 195 y 197 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "OPACA" (Ley 1437 de 2011 y sus reformas).

CUARTO- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi poderdante, conforme a lo establecido en el artículo 188 del "CPACA".

QUINTO. - Se profiera cualquier otra declaración y/o condena que sea compatible a este medio de control judicial de Reparación Directa y al concepto de Reparación Integral".

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

1.1.2. Hechos.

Como fundamentos fácticos de las pretensiones de demanda, la parte actora relata los que a continuación se resumen:

Primero y segundo: Alegan que, el menor Sergio Luis Carpintero Llanos nació el 29 de junio de 2001 y vivió en el Municipio de Baranoa en el seno de una familia de escasos recursos, humilde, trabajadora y unida. Agregan que el menor era alegre que disfrutaba sus actividades lúdicas, dedicaba tiempo a la academia y familia.

Tercero y cuarto: Aducen que, en materia de salud, el menor Sergio Luis Carpintero Llanos estaba afiliado a la liquidada SOLSALUD EPS y al Municipio De Baranoa y que en el mes de noviembre de 2009 le diagnosticaron *“LEUCEMIA LINFOIDE AGUDA”*.

Quinto: Expresan que, a partir del 27 de marzo del año 2012 y mediante Resolución No. 000671 de esa fecha, la Superintendencia Nacional de Salud intervino a SOLSALUD EPS, y desde esa fecha comenzó a administrarla.

Sexto: Afirman que, desde la intervención de la EPS inicio el calvario, martirio y padecimiento del menor y su familia, ya que la superintendencia no ordenó, ni proporcionó un tratamiento oportuno y eficaz de la enfermedad del menor hasta el día de su injusta muerte, sino por el contrario, fue un tratamiento negligente e inhumano, propio del Sistema de Salud en Colombia, en donde la dilación de los trámites internos burocráticos y la dilación de atención al paciente fue lo que sobresalió o prevaleció. Agregan que la dilación o negligencia es más notoria por el hecho de que los médicos tratantes del menor habían concluido que era necesario efectuarle una operación de *“Trasplante Hematopoyético de Sangre de Cordón Umbilical”* o *“Trasplante de Médula”* con carácter urgente. Y que nunca se dio la orden, ni se avaló dicho trasplante, a pesar que el 27 de septiembre de 2012, la Fundación Integral de Salud *“FISA”*, solicitó autorización para realizar el trasplante advirtiendo que era con carácter; *“Urgente por Riesgo de Muerte”*.

Séptimo, octavo, noveno: Manifiesta que, el mismo 27 de septiembre de 2012, a través de representante, el menor interpuso acción de tutela en contra de la intervenida y administrada SOLSALUD EPS, y el Juzgado 20 Civil Municipal de Barranquilla decretó la práctica del trasplante como medida cautelar y, además, en la sentencia ordenó de manera definitiva dicho procedimiento. Sin embargo, no fue cumplida la orden constitucional a pesar de haberse promovido incidente de desacato para ese efecto.

Decimo: Dicen que, paralelamente al proceso constitucional de tutela, la familia del menor junto con sus vecinos y compañeros de escuela, denunciaron públicamente los hechos ante el Municipio de Baranoa, el Secretario de Salud del Departamento del Atlántico, el Presidente de la República y medios de comunicación.

Décimo primero: Narran que, el día 29 de enero de 2013, y con tan solo 11 años de edad, falleció en forma inmerecida el menor Sergio Luis Carpintero Llanos (Q.E.P.D.), fruto de la vulneración de sus derechos humanos y de la omisión, indolencia e indiferencia del Estado, pues ninguna de las entidades accionadas hicieron algo ante la grave y delicada situación de salud del menor, ocasionando la desdicha, la amargura y la impotencia de toda una familia (daño moral) y un daño antijurídico que no tenían el deber jurídico de soportar. También se alteraron las condiciones de existencia de esta familia.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

Décimo Segundo: Alegan que, la principal responsable de la muerte del menor para este caso es la Superintendencia Nacional de Salud, aunque las demás entidades demandadas también tienen responsabilidad jurídica en el asunto, habiendo ocurrido lo que se conoce como "omisión administrativa" y "falla en la prestación del servicio".

Concluye que, *"la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD es indudablemente la principal y mayor responsable en el presente caso, porque desde el 27 de marzo del año 2012 mediante Resolución No. 000671 de esa fecha esta INTERVINO a la EPS del menor SOLSALUD S.A y a partir de dicha fecha la ADMINISTRÓ. Lo anterior, sin mencionar el hecho no menos importante de que tal entidad es la encargada de ejercer además la inspección, control y vigilancia de la salud, lo cual en este caso tampoco hizo bien"*.

Y que *"Los entes territoriales GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO y ALCALDÍA DE BARANOA por ser entes territoriales gestores del servicio de salud. En el caso de la GOBERNACIÓN DEL ATLÁNTICO, también por el hecho de habersele notificado o puesto en conocimiento al Secretario de Salud del Departamento del Atlántico, tal problemática de omisión en la atención de la salud del menor fallecido, sin que este hiciera algo a cambio. Y en el caso de la ALCALDÍA DE BARANOA, también por estar afiliado el menor en materia de salud ante esta. La ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR "OCBP" y la FUNDACIÓN INTEGRAL DE SALUD "PISA", son responsables por ser las IPS o instituciones de salud a cargo del menor o que prestaban servicio de salud al menor en la época del siniestro"*.

1.2. Contestación de la demanda.

1.2.1. Departamento del Atlántico.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en las razones que pasan resumirse:

Alega que, la parte actora no demuestra dentro de los hechos relatados ni tampoco dentro de las consideraciones realizadas, la imputabilidad del daño a la supuesta omisión de la Gobernación del Atlántico.

Añadió que, no se demuestra por parte del apoderado del demandante la existencia de una falla del servicio; o que la misma en caso de quedar demostrada tenga una conexión directa con el daño causado.

Propone excepciones de falta de legitimidad por pasiva e inexistencia de responsabilidad.

1.2.2. Hospital Universitario Cari E.S.E.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en las razones que pasan resumirse:

"Nos oponemos a todas y cada una de las pretensiones formuladas por los actores, ante la INEXISTENCIA DE LA FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO CLÍNICO, HOSPITALARIO Y MÉDICO y DE INEXISTENCIA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD infundadamente aducida, por cuanto se evidenció por parte del Hospital Universitario CARI

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

E.S.E., la diligencia, calidad, oportunidad e idoneidad en su actuar tanto en la atención como en los procedimientos utilizados durante la permanencia del menor Sergio Luis Carpintero Llanos en las instalaciones del Hospital, y por ello no se encuentra el Hospital Universitario Cari E.S.E. vinculado como demandado, ya que el menor fallece el día 29 de enero de 2013 en las instalaciones de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S”.

Propone excepciones de inexistencia de nexo de causalidad, improcedencia de la solicitud de reconocimiento de perjuicios al “daño a la vida de relación, y excesiva tasación de perjuicios morales.

1.2.3. Fundación Hospital Universitario Metropolitano

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en lo que se resume:

“El menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS, el día nueve (09) de octubre de 2012, ingresó al servicio de PEDIATRÍA de la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO con un cuadro de LEUCEMIA LINFOIDE AGUDA, diagnosticada hace tres (03) años, manifestó la madre que hace dos (02) días había terminado ciclo de Quimioterapia (tercera línea). Durante el ciclo no presentó fiebre, no tiene signos de sangrado, no tienen dolor abdominal, no tiene diarreas. Presentó los siguiente reportes paraclínicos HB: 11g/dl; HTC: 30.7%; LEUCOS: 200 10³/mm³; PLAQUETAS: 1100 10³/mm³; VCM: 84 u/m³; HCM: 30pg; RDW: 13.8; PT: 16.4% segundos; PTT: 26.5% segundos; BUN: 7.2 mg/dl; CREATININA: 0.5mg/dl; TGO: 1240 U/L; GTZ: 785 U/L; BILIRRUBINA: 2.8mg%; NA: 134.7 mmol/l; K: 3.95; CL: 101.1 mmol/l, persiste con trombocitopenia severa y riesgo de sangrado y función hepática comprometida con tiempos de coagulación conservados, leucopenia marcada, se considera aislamiento externo, por riesgo de sangrado, impresiones diagnósticas:

- 1. Neutropenia febril alto riesgo*
- 2. Leucemia linfoide aguda*
- 3. Adolescente bajo de peso y talla*
- 4. Caries dental.*

Al menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS, durante su estancia en las instalaciones de mi representada recibió toda la atención médica idónea y en forma oportuna de acuerdo al diagnóstico establecido, recibió todos los tratamientos médicos y medicinas ordenados por los especialistas tratantes hasta el día treinta (30) de octubre de 2012, fecha en la cual egresa de la institución en regulares condiciones generales con afectación importante de su patología de base enfermedad linfoide, con manejo, persiste con recuento de neutrófilos y plaquetas en 40.000. El paciente egresa del servicio de Pediatría en silla de ruedas, sin dificultad respiratoria, tolerando la vía oral, despierto, consciente, orientado, con fórmula médica y recomendaciones.

No obstante lo anterior y de acuerdo a la pruebas documentales aportadas por el apoderado de la parte demandante y lo narrado en los hechos de la demanda y la presente contestación, queda demostrado más allá de toda duda razonable que mi representada FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO actuó conforme a los protocolos médicos en la atención del menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS (Q.E.P.D.) al ingreso a la institución hasta la fecha de su egreso, sin transgredir en ningún momento derechos fundamentales del menor ni mucho menos incurriendo en “OMISIONES ADMINISTRATIVAS” y/o “FALLAS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIO MEDICO”. Por lo anteriormente expuesto y probado en este proceso, no pueden prosperar las pretensiones de la demanda en contra de la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO, pues no tienen soporte jurídico ni probatorio que sustente dichas pretensiones”.

Por otro lado, propuso las excepciones de inexistencia de nexo causal, de falta de elementos que estructuren responsabilidad, de prescripción y de cobro de lo no debido.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

1.2.4. E.S.E. Hospital Niño Jesús de Barranquilla.

Manifestó en resumen y esencia, lo siguiente:

“La E.S.E. HOSPITAL NIÑO JESÚS DE BARRANQUILLA, no tiene obligación alguna de indemnizar ni contractual ni extra contractualmente a los demandantes, ya que ningún hecho suyo le ocasionó la muerte al menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS, debido a que por parte de los galenos y especialistas del Hospital Niño Jesús se le practicaron y aplicaron todos y cada uno de los procedimientos médicos que en su momento necesitó la paciente, desde el instante mismo de su ingreso a la ESE Hospital Niño Jesús. Inclusive sin desconocer los antecedentes clínicos de la paciente que son de gran envergadura y prolongados en el tiempo, hasta su traslado a un centro hospitalario de mayor complejidad, en este caso la Clínica Bonadona de la ciudad de Barranquilla. Por lo demás, se tiene que mi representada atendió oportuna, diligente y cuidadosamente al menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS, con todo el cuidado requerido por el padecimiento de su enfermedad, desde su estancia en el hospital hasta su traslado”.

Por otro lado, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de relación de causalidad.

1.2.5. Superintendencia Nacional de Salud.

Indicó que, no existe relación de causalidad entre el daño invocado y las funciones de vigilancia, inspección y control de la Superintendencia. Agregó que la parte actora desconoce esas funciones y que no tiene claridad sobre sus efectos e implicaciones jurídicas.

Manifestó que, no le es posible controlar todas y cada una de las acciones de las entidades prestadoras del servicio de salud, y que tampoco tiene responsabilidad por los actos del agente liquidador de la E.P.S. Solsalud.

Alega que, el daño fue causado por el hecho de un tercero y por tanto no le asiste responsabilidad.

Por otro lado, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, hecho de un tercero, inexistencia de la obligación, causa eficiente.

1.3. Contestación de los llamados en garantía.

1.3.1. Respuesta del llamado en garantía que la Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A. le hizo a Mapfre seguros Generales de Colombia S.A.

Afirmó que “teniendo en consideración de que obran piezas procesales que demuestran que se obró con la diligencia y el cuidado necesarios, que excluyen cualquier imputación de culpa, no es posible encontrar probada la falla en la prestación del servicio médico de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S., por la total negligencia demostrada en todas las fases de la atención médica suministrada al paciente SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS con ocasión a sus patologías”.

Alegó que, no es solidariamente responsable con los demandados en una eventual condena,

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

ya que la fuente de obligaciones emana de un contrato de seguros, razón por la cual la aseguradora solo responde según lo pactado en la caratula de la póliza, en las Condiciones Generales y lo previsto por las normas legales que rigen el Contrato de Seguros según lo dispuesto por el Código de Comercio.

Adicionalmente, manifestó, que *“En efecto, el día 29 de enero de 2013 la ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S. no poseía póliza vigente pues la Compañía MAPFRE había expedido la Póliza R.C. Profesional Clínicas y Hospitales No. 1001311000354 con vigencia desde el 03 de marzo de 2011 hasta el 02 de marzo de 2012, es decir mucho tiempo antes de la fecha en que falleció el menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS que fue el 29 de enero de 2013, y sin embargo esta póliza fue cancelada por expresa voluntad de la ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S. en fecha 26 de julio de 2011”*.

Y que *“Del mismo modo, luego de verificar en nuestro sistema la existencia de otras pólizas contratadas por la ORGANIZACIÓN CLÍNICA BONNADONA PREVENIR S.A.S. que se encontraran vigentes en la época de ocurrencia del siniestro, encontramos que la Compañía MAPFRE había expedido la renovación de la Póliza R.C. Profesional Clínicas y Hospitales No. 1010311000063 para que tuviera vigencia desde el 30 de junio de 2012 hasta el 29 de junio de 2013, pero esta póliza fue anulada el día 07 de septiembre de 2012 por falta de pago de la prima, ocasionándose la terminación automática del contrato de seguro. En prueba de lo afirmado aportamos certificados de renovación y de reversión de la póliza No. 1010311000063”*.

Por otro lado, propone excepciones de inexistencia de la obligación de indemnizar por la diligencia en el cumplimiento total de las obligaciones a cargo de la entidad de salud o médico tratante, y ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad profesional médica.

1.3.2. Respuesta del llamado en garantía que la Fundación Hospital Universitario Metropolitano le hizo a Mapfre seguros Generales de Colombia S.A.

Contestó en la siguiente forma, que se resume:

“Se aclara que la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA no ha incurrido de ninguna manera en una omisión administrativa o falla en la prestación del servicio, toda vez que el menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS solo fue atendido en la institución a partir del 09 de octubre de 2012 y hasta el 30 de octubre de 2012, ingresando al servicio de pediatría con un cuadro de leucemia linfoide aguda diagnosticado 3 años antes y presentando cuadro febril por lo cual fue atendido realizándose exámenes paraclínicos y brindándose el tratamiento correspondiente durante el tiempo que permaneció en el hospital, siendo dado de alta despierto, consciente, orientado, sin dificultad respiratoria, tolerando vía oral, con formula médica y recomendaciones debido a la afectación importante presentada por su patología de base.
(...)

La sociedad MAPFRE SEGUROS GENERALES COLOMBIA S.A. se opone y objeta la cuantificación de los rubros discriminados por el demandante referente a presuntos perjuicios con ocasión al fallecimiento del menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS definidos por el actor como perjuicios materiales, morales y daño a la vida de relación, pues no nace la obligación de indemnizar por parte de la aseguradora por cualquier pago que se pretenda de la Póliza R.C. Profesional Clínicas y Hospitales No. 1001 21 7000447, toda vez que estos

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

perjuicios no fueron causados como tampoco resultan probados, ya que según documentos médicos allegados al proceso nuestro asegurado realizó de manera pertinente y adecuada toda la atención suministrada al paciente durante el tiempo en que fue atendido en la institución, siguiendo con las reglas de la lex artis y protocolo médico, razón por la cual no se genera una responsabilidad médica en cabeza de la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA.

Es cierto lo manifestado en este hecho sobre la contratación de la póliza R.C. Profesional Clínicas y Hospitales No. 1008213000090 entre la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA y mi representada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., la vigencia y el objeto del seguro. Sin embargo, se aclara que teniendo en cuenta que dicha póliza se expidió bajo la modalidad de cobertura Claims Made, se tiene como fecha de siniestro y/o reclamación al asegurado la fecha del auto que ordenó vincular al proceso como litisconsorte necesario a la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA, que fue el 03 de mayo de 2017, y por lo tanto la póliza a afectar sería la R.C. Profesional Clínicas y Hospitales No. 1001217000447 expedida por mi representada a favor de la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA, con vigencia desde el 20 de enero de 2017 hasta el 19 de enero de 2018.

Es cierto, pues la cobertura de la póliza expedida por mi representada se otorgó en la modalidad Claims Made con fecha de retroactividad desde el 20 de enero de 2011, encontrándose dentro de ese periodo la época en la que se brindó atención médica al menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS en la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO DE BARRANQUILLA, que fue entre el 09 de octubre de 2012 y el 30 de octubre de 2012. No obstante, es menester aclarar que para determinar si existe o no cobertura del contrato de seguros se debe tener en cuenta la carátula de la póliza y las condiciones particulares aplicables al contrato de seguro que anexo a la presente contestación y que dan cuenta de los amparos, exclusiones, definición de siniestro, límite de cobertura, deducibles, entre otros”.

Por otro lado, propuso las excepciones de inexistencia de nexo causal, de falta de elementos que estructuren responsabilidad, indebida cuantificación de perjuicios, carga de la prueba, delimitación legal y contractual de cobertura de la póliza y límite del valor asegurable e indebida cuantificación de perjuicios.

1.3.3. Respuesta del llamado en garantía que el Hospital Universitario CARI E.SE., le hizo a la Fiduprevisora S.A.

Manifestó en resumen y esencia que:

“En escrito de demanda, los demandantes solo se limitan a solicitar el pago de sumas de dinero de las cuales mi representada no se encuentra en mora de cancelarle, más si tenemos en cuenta que no solo le basta al actor solicitar tales sumas, sino que debe demostrar con las pruebas legal y oportunamente recaudadas por que le corresponde pagarlas a la demandada. (...)

Además, debemos tener en cuenta que el apoderado de la parte demandante solo se limita a fijar un valor por concepto de lucro cesante, pero no discrimina de donde sale esa suma, siendo que no hay certeza alguna que el menor fallecido pudiera tener una vida productiva, que le generara ingresos, sin dar aplicación a los lineamientos establecidos por la jurisprudencia colombiana para la liquidación de los perjuicios.

No puede pretender la parte demandante que con solo mencionarlo estemos en presencia de un lucro cesante, el cual debe por disposición legal probarlo en el proceso. Con relación a la solicitud de daño emergente realizada por los demandantes, manifestamos nuestra oposición al respecto, siendo que se solicita el reconocimiento y pago de este perjuicio, por concepto de gastos de transporte, drogas, elementos quirúrgicos y gastos funerarios, pero no se aporta

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

prueba ni siquiera sumaria de que en efecto se haya hecho un desembolso por parte de los demandantes por estos conceptos.

(...)

Ahora bien, trayendo lo anterior al caso en concreto, encontramos que no puede declararse la existencia de perjuicios por concepto de daño a la vida de relación toda vez que como se deduce de lo expuesto, este perjuicio consiste en las consecuencias que en razón de una lesión, se producen en la vida de relación de quién las sufre, por lo que no es factible reconocer este perjuicio a los familiares del menor fallecido, por tratarse el perjuicio a la vida de relación de un perjuicio que debe ser indemnizado a quién lo sufre de manera personal y no a sus familiares.

(...)

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, no puede imputarse responsabilidad alguna al HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., toda vez que, la atención prestada al menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS en las diferentes oportunidades que ingresó a las instalaciones del hospital, no se presentó falla del servicio clínico, médico y hospitalario en la atención que le fue suministrada, y por ende, la misma no guarda relación con el infortunado deceso del menor.

(...)

De lo anterior se desprende que no existe ningún tipo de omisión ni mucho menos negligencia por parte del personal médico que atendió al menor en el HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., quedando así demostrado que no se encuentran acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil, toda vez que la conducta desplegada por los mismos, fue acorde a la lex artis de la patología y el estado en el que el menor fue ingresado, por lo que no podría imputársele responsabilidad alguna al HOSPITAL UNIVERSITARIO CARI E.S.E., por la muerte del menor.

(...)

(...) se debe aclarar al despacho que las coberturas de las pólizas No. 1000022 y 1001373 que sirvieron de fundamento para la vinculación de mi representada están estrictamente sujetas a las condiciones generales que regulan su estado y alcance, las causales de exoneración, límites asegurados, deducibles, exclusiones, etc., de tal manera que cualquier pronunciamiento debe sujetarse a tales condiciones contractuales”.

1.3.4. Respuesta al llamamiento en garantía de la Unión Temporal Instituto Cancerológico y de Trasplante Hemato Poyetico del Caribe Ut.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en las razones que pasan resumirse:

“Es cierto que la UNION TEMPORAL a través de la unidad Hemato oncología pediátrica adscrita al Hospital Cari valoró al paciente por medio de la doctora YATHI JIMENEZ CASTILLO, pero también lo es que, realizó unas ordenaciones médicas de acuerdo a la lex artis y en concordancia con el contrato de asociación 341 -QUIMIOTERAPIA DE RESCATE y valoración por trasplantologo. Frente a estas ordenaciones, el paciente fue remitido a la FUNDACION INTEGRAL DE SALUD FISA quien, para la fecha de los hechos, prestaba el servicio de salud a la EPS SOLSALUD. Esta entidad FUNDACION INTEGRAL DE SALUD FISA ejecutó la quimioterapia de rescate tal como se prueba con el mismo dicho de los demandado y con el historial médico del menor sin embargo respecto a la valoración de trasplantologo o posible trasplante, esta fue una obligación netamente de la ASEGURADORA SOLSALUD quien debía procurar ubicar al menor en una IPS al interior del país que contara con el servicio requerido sin embargo ante ello, desconocemos las labores hechas por tal entidad pues el paciente no volvió a consultar ante mi representada.

La doctora YATHI JIMENEZ CASTILLO, quien fungió como médica tratante del menor tanto en el hospital Cari como en Clínica Bonnadona, señaló en evolución del 21 de diciembre de 2012 que el paciente padecía de Leucemia linfoide aguda Pre 8 en noviembre de 2009

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

recibiendo tratamiento en el CARI y con recaída el 5 de mayo de 2012, recibiendo protocolo BFMREZ; se remite a FICSA (FUNDACION INTEGRAL DE SALUD FISA), por ser la entidad prestadora de servicios de salud de SOLSALUD quien inicia tratamiento de rescate con ciofarabina/CTX/VP16 ciclo que termina el 7 de octubre de 2012.

Desconocemos las atenciones posteriores, trámites administrativos o gestiones que realizó la entidad FUNDACION INTEGRAL DE SALUD FISA y la EPS SOLSALUD para ejecutar la valoración por trasplantólogo y determinar si era procedente o no un trasplante pues se trataron de intervenciones clínicas y administrativas AJENAS a la UNION TEMPORAL y que ésta no estuvo obligada a ejecutar pues no era un servicio que ofertara o tuviese habilitado”.

Propone excepciones de: (i) Falta de la legitimación en la causa por pasiva respecto a la unión temporal, (ii) No existe responsabilidad de la Unión Temporal Instituto cancerológico y de trasplante Hemato Poyetico del Caribe UT sobre los hechos y pretensiones de la demanda, (iii) Inexistencia de relación de causalidad entre los actos de carácter médico del equipo médico de la organización clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. y el daño alegado, (iv) Inexistencia de las obligaciones Solidarias entre las personas demandadas.

1.4. Alegatos de conclusión.

1.4.1. Parte actora.

Manifiesto lo siguiente:

“Que al NIÑO SERGIO LUIS CARPINTERO le diagnosticaron una LEUCEMIA que en ese momento fue de BAJO RIESGO en el mes de noviembre de 2009. El caso de este niño se volvió de PÚBLICO CONOCIMIENTO.

(...)

Que el MENOR cumplió su tratamiento de manera regular por un poco más de 2 años desde la fecha de su diagnóstico hasta enero de 2012, v hasta el mes de marzo del mismo año no tuvo recaída.

(...)

Que precisamente a partir del mes de marzo del año 2012, la Eps del menor Solsalud fue Intervenido y comenzó a ser Administrada por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante Resolución No. 000671 del 27 de marzo del año 2012 (proferida por esta última).

(...)

Que a partir del mes de mayo del 2012 se cometió una cadena de errores, de tal manera que i) el tratamiento de la enfermedad del menor fue negligente. Además de ello ii) tampoco se autorizó o avaló el trasplante de médula que el menor requería, configurándose los dos títulos de imputación que venimos alegando desde la demanda; "Falla en la Prestación del Servicio Médico" y "Omisión Administrativa". Reiteramos no uno, sino los dos títulos de imputación se configuraron en este caso.

(...)

Que por la cadena de errores cometidos y vislumbrados en: la negligencia en el tratamiento de la enfermedad del menor (a partir de marzo del 2012) y después la posterior no autorización de su trasplante de médula, por tales razones falleció el menor Leucémico. Cabe resaltar, primero, que la historia clínica no registra otra patología distinta a la Leucemia, y segundo, que el menor falleció de un "Paro Cardio-Respiratorio" (ver folio 292) que es la causa de muerte de las personas que mueren a raíz de una Leucemia no tratada eficazmente (las personas Leucémicas mueren por Paros Cardio-Respiratorios), lo cual es de amplio conocimiento en la ciencia médica.

(...)"

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

1.4.2. Unión Temporal Instituto Cancerológico y de Trasplante Hemato Poyetico del Caribe Ut.

Luego de hacer un análisis de las pruebas practicadas, concluyó lo siguiente:

“De conformidad a lo anteriormente expuesto, se pudo evidenciar Señor Juez, que la declaración de responsabilidad extracontractual en contra de mi representada, no da lugar, toda vez que no existió responsabilidad Civil ni administrativa alguna por la muerte del menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS ya que la UNION TEMPORAL INSTITUTO CANCEROLOGICO Y DE TRASPLANTE HEMATO POYETICO DEL CARIBE UT brindó un servicio de salud acorde a lo contratado con el HOSPITAL CARI, es decir, brindó el servicio de Hematología pediátrica y frente al cual, dio las ordenaciones médicas del caso.

Es evidente señor Juez que la pruebas testimoniales y documentales apuntan a que el menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS falleció por que su EPS SOLSALUD v LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD no le autorizaron el trasplante de médula ósea o trasplante de cordón que sus médicos tratantes v otras IPS que lo valoraron con anterioridad le ordenaron por lo tanto no es de nuestro servicio médico el cuestionado sino el de otras entidades. En ese orden de ideas, es claro que en evento de que se determinara que los demandantes sufrieron un perjuicio que debe ser indemnizado, deberá correr por cuenta de SOLSALUD EPS y de las entidades estatales obligadas a la vigilancia de esta toda vez que mi representada no puede ser sujeto pasivo de las pretensiones de la presente demanda por no existir una imputación clara sobre el actuar de la UNION TEMPORAL”.

1.4.3. E.S.E. Hospital CARI.

Alegó, en resumen, que:

“De la revisión minuciosa de cada una de la foliatura contentiva del expediente de la referencia, así como de los elementos probatorios arrimados, no se encuentra uno solo con el que se provoque la demostración de responsabilidad alguna por parte de mi representada, no está demostrado el nexo causal entre el hecho generador del daño y el daño probado. Lo que lo que sí se encuentra demostrada es la atención diligente y eficiente que en su momento fue desplegada por parte del HU CARI E.S.E, razón por la cual le solicito al señor juez denegar las pretensiones respecto a mi representada”.

1.4.4. Mapfre Seguros Generales de Colombia.

Luego de realizar análisis de la cuestión probatoria, concluyó que:

“Así las cosas, es evidente que dentro del plenario no existe prueba alguna que comprometa el actuar de la ORGANIZACIÓN CLINICA BONNADONA PREVENIR S.A., la FUNDACIÓN HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO y/o los médicos tratantes, quienes en todo momento actuaron conforme a los cánones de atención que le eran exigibles.

En este orden de ideas, frente al problema jurídico que se planteó respecto de si las entidades demandadas y vinculadas son administrativamente responsables por los daños causados a los demandantes con ocasión a la omisión del trasplante de medula del menor Sergio Luis Carpintero Llanos, la respuesta debe ser negativa, ya que se demostró que no existe nexo causal entre el acto médico y los perjuicios reclamados, pues queda claro con todas las pruebas obrantes en el proceso que esos daños obedecen a circunstancias ajenas a las instituciones, a la normal evolución de la enfermedad y a la reacción del organismo del paciente”.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

1.4.5. Hospital Niño Jesús de Barranquilla.

La parte accionada aduce que, durante la litis, la parte demandante no demostró que el Hospital Niño Jesús a través de su personal médico tuvo incidencia en el fallecimiento del niño Sergio Luis Carpintero Llanos. En efecto, concluyó que:

“Vislumbrando todo el actuar dentro del proceso en que se alega, no pudo la parte demandante demostrar los nexos causales que pudiesen endilgar las responsabilidades administrativas a los demandados y mucho menos, determinada responsabilidad médica en contra de la ESE Hospital Niño Jesús de Barranquilla que en tal sentido no es la circunstancial real”.

1.4.6. Organización Clínica Bonnadona Prevenir S.A.S.

Alegó, en esencia, que:

“(…) la Organización clínica Bonnadona Prevenir S.A.S. no cuenta con el servicio de trasplante de Médula ósea ni lo tiene habilitado ante la Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla y no intervino en la atención médica del menor para la fecha de los hechos. Solo hasta el 20 de diciembre de 2012 que el menor requirió los servicios de consulta externa v urgencias de la IPS que represento por prestar quebrantos de salud propios de la enfermedad de base que padecía para la realización de algún procedimiento que su médico tratante le haya ordenado previamente.

No obstante, la muerte del menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS se debió a un hecho de la naturaleza humana y que constituye un caso de fuerza mayor, donde el personal médico de la entidad que represento no tuvo nada que ver con su origen. El fallecimiento del menor se debió al desarrollo propio y complicaciones de la enfermedad de base que padecía - LEUCEMIA LINFOIDE AGUDA sumado a ello las complicaciones propias de la enfermedad como fueron RECAIDA DE LA ENFERMEDAD; EDEMA TESTICULAR BILATERAL; ORQUIEPIDIDIMITIS; TROMBOCITOPENIA entre otras y a pesar de recibir un tratamiento adecuado a cada una de estas complicaciones, no se logró la recuperación medular persistiendo su deterioro progresivo y falleciendo en la Unidad de Cuidados Intensivos pediátrica”.

1.4.7. Fundación Hospital Universitario Metropolitano.

Alegó, en esencia, lo siguiente:

“Que de acuerdo a la Constancia de Habilitación en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, expedido por la Oficina de Garantía de Calidad, adscrita a la Secretaría de Salud Distrital de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, que reposa a folios 1388 a 1391 del expediente, se demuestra claramente que para el periodo en el cual se le prestó el servicio médico al menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS (Q.E.P.D.) del día nueve (09) de octubre de 2012 al treinta (30) de octubre de 2012, mí representada FUNDACION HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO, a pesar de ser una entidad de salud con nivel de complejidad III, no tenía habilitado los servicios de HEMATO-ONCOLOGIA, ni contaba con la infraestructura, equipos biomédicos o el personal médico especializado para realizar el procedimiento de TRANSPLANTE HEMATOPOYETICO DE SANGRE DE CORDON UMBILICAL o TRANSPLANTE DE MEDULA, el cual era el procedimiento al que debió ser sometido el menor para la mejoría de su salud, de acuerdo a su médico tratante.
(…)

Que el día nueve (09) de octubre de 2012, el menor SERGIO LUIS CARPINTERO LLANOS (O.E.P.D.), Ingresó a la FUNDACION HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO, por remisión que realizó la CLINICA ATENAS, que durante su estancia hospitalaria recibió tratamiento médico para subirle las plaquetas, que era observado diariamente por su médico

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

tratante Dr. WILLIAM BARCENAS - que a pesar de no hacer parte del staff médico de mi representada, tuvo permiso para atenderlo por la enfermedad que padecía el menor - y que fue dado de alta el día treinta (30) de octubre de 2012, en buenas condiciones y sin fiebre.
(...)

Que no se cuenta en el expediente con una PRUEBA PERICIAL que permita establecer que la causa de la muerte del menor SERGIO CARPINTERO LLANOS (Q.E.P.D.) fue producto de una presunta falla médica ocasionada por la atención médica recibida en las instalaciones de la FUNDACION HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO durante el período del nueve (09) de octubre de 2012 hasta el día treinta (30) de octubre de 2012 o por una omisión de realizar un trasplante de médula ósea por parte de mi representada.
(...)

Con relación al objeto del litigo, queda demostrado que mi representada no es responsable administrativamente por los daños antijurídicos reclamados por el fallecimiento del menor SERGIO CARPINTERO LLANOS en relación con la omisión en el trasplante de médula ósea requerido, toda vez que tal como quedó demostrado con las pruebas aportadas al expediente, mi representada no tenía ni tiene habilitados los servicios de HEMATO-ONCOLOGIA, para realizar trasplantes de médula ósea y cuando estuvo a cargo de la atención de la salud del menor fallecido siempre lo hizo con diligencia y de forma oportuna.
(...)

Con relación al reconocimiento y pago de perjuicios por concepto de Daño Emergente, Lucro Cesante, Daños Morales y Daño a la vida de relación por parte de mi representada FUNDACION HOSPITAL UNIVERSITARIO METROPOLITANO, como vinculada oficiosa en calidad de litisconsorte necesario, quedó demostrado que los hechos que fundamentan las pretensiones no fueron demostrados y que no le atañe responsabilidad administrativa alguna por el fallecimiento del menor SERGIO CARPINTERO LLANOS, toda vez que no existe un nexo de causalidad entre la atención médica suministrada por mi representada y el fallecimiento del menor”.

1.5. Concepto del ministerio público

El Ministerio Público no emitió concepto.

1.6. Trámite procesal.

El conocimiento de la demanda correspondió, por reparto, a esta agencia judicial, en auto de fecha 27 de noviembre de 2015 se admitió.

Notificados los sujetos procesales de la admisión, fue contestada la demanda por los entes públicos accionados.

Luego, el 19 de septiembre de 2018, fue celebrada audiencia inicial conforme lo dispuesto en auto de sustanciación que la convocó.

El 04 de octubre de 2018 se instaló la audiencia de pruebas.

Mediante auto de fecha 15 mayo de 2019, se cerró el periodo probatorio y se ordenó a las partes rendir alegatos de conclusión, por escrito, dentro de los 10 días siguientes.

El 18 de diciembre de 2020, se dictó auto de mejor proveer, que ordenó la práctica del dictamen pericial al Instituto Nacional de Cancerología.

Realizado el peritazgo y allegado al expediente, fue celebrada audiencia de contradicción

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

del dictamen el 22 de septiembre de 2022.

Vencido el término de traslado para alegar, ingresa el proceso a Despacho para dictarse sentencia, en los términos de esta providencia, lo que se continúa haciendo conforme a las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El despacho es competente para conocer del presente asunto, al tratarse de una demanda de reparación directa cuya cuantía no excede a los 1000 SMLMV, conforme lo señala el numeral 6° del artículo 155 del CPACA.

2.2. Validez de la actuación

Revisadas las actuaciones procesales, no se observa alguna irregularidad procedimental que conlleve a declarar la invalidez de lo actuado hasta esta instancia procesal.

2.3. Problema jurídico

Se deberá establecer si las entidades demandadas, son administrativa y patrimonialmente responsable, de los presuntos perjuicios causados a la parte demandante, con ocasión de la muerte del menor Sergio Luis Carpintero Llanos.

De resultar positivo lo anterior, se deberá establecer las responsabilidades y porcentajes para indemnización de los perjuicios reclamados.

Hechas las precisiones que anteceden, pasará el Despacho a enlistar los medios de prueba aportados, para realizar pertinente análisis del caso concreto con el fin de establecer si aparecen acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado.

2.4. Tesis.

El Despacho sustentará como tesis que, en el presente caso ocurrió la pérdida de oportunidad, en tanto que se privó al menor Sergio Luis Carpintero Llanos de la posibilidad de acceder a todos y cada uno de los ciclos de quimioterapia que debían suministrársele a razón de la leucemia que padecía.

2.5. De la responsabilidad patrimonial del Estado y de los títulos de imputación.

La norma que contiene la cláusula de responsabilidad del Estado es el artículo 90 de la Constitución Política, según la cual *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

La norma constitucional arriba transcrita señala que, para el surgimiento del deber de reparación patrimonial del Estado, basta la existencia de un daño antijurídico y su imputabilidad al servicio público, es decir, debe constatarse que un asociado sufrió un

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

menoscabo en su patrimonio (*lato sensu*) que legalmente no estaba en la obligación de soportar.

Si la persona no está obligada a soportar el daño, se entiende que éste es antijurídico y por tal motivo debe responder el Estado, por conducto del organismo al que le sea imputable, bien por acción u omisión. A *contrario sensu*, si el damnificado tenía la obligación de soportar el daño, ha de entenderse que no reviste connotaciones antijurídicas y no pasa de ser una simple carga pública, lo cual no amerita resarcimiento patrimonial¹.

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han coincidido en señalar que para que dicha responsabilidad opere, deben confluir los siguientes elementos, los cuales se resumen en daño antijurídico e imputabilidad²:

1. El *Daño antijurídico*, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima y sin el cual no existe responsabilidad.
2. El *Hecho Dañino*, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El *Nexo Causal*, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

Ahora, en cuanto a los regímenes o títulos de imputación, desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, y aún hoy, existen 3 regímenes de responsabilidad principales, sin perjuicio de otros -*privación injusta de la libertad, error jurisdiccional y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*³- que han venido desarrollándose que, pese a la aparente independencia, bien pueden ser encuadrados, de una u otra forma, en los títulos tradicionales de falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial⁴.

El primer régimen, denominado falla en el servicio, el cual debe aplicarse al *sub examine*, comporta el incumplimiento de los deberes que, conforme al orden jurídico, deben cumplir las autoridades públicas. La falla existe cuando hay incumplimiento total de los deberes, igualmente si la Administración cumple, pero lo hace de manera tardía o de una forma defectuosa. El régimen de falla en el servicio, desde el punto de vista de la distribución de la

¹ Para identificar si se está en presencia de una carga pública o de un daño antijurídico, la misma Carta Política se encarga de señalar algunas pautas, que deben ser analizadas por el Juez que conoce del proceso, pues ambos (Carga pública y daño antijurídico) suponen eventualmente menoscabo patrimonial. Una de dichas pautas, y quizá la más importante, es el artículo 11 Constitucional, según el cual el derecho a la vida es inviolable; por lo tanto no habrá pena de muerte. La norma indica, a todas luces, que la muerte de una persona en ningún evento, constituirá una carga pública, pues ni aún el Estado a título de sanción punitiva, puede privar del más importante derecho fundamental a una persona.

Igualmente existen pautas importantes en el artículo 95 Superior que establece los deberes del ciudadano, señalando entre otros el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad; colaborar con la recta y eficaz administración de justicia, etc.

² Resumidos modernamente en los conceptos daño antijurídico e imputación.

³ Figuras consagradas en los artículos 65 y ss. de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

⁴ Entre esos regímenes encontramos, por ejemplo, los derivados de la responsabilidad judicial, previstos en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, a saber: privación injusta de la libertad, error jurisdiccional y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

carga probatoria, se sub-clasifica en: falla probada y falla presunta. Se trata en realidad del mismo régimen, sólo que, en unos casos la falla debe probarse y en otros se presume.

En el régimen de riesgo excepcional, por el contrario, no existe falla alguna, pues tiene lugar cuando, en el curso de una actuación legítima del Estado, se coloca a las personas en riesgo de verse expuestas a sufrir un detrimento en sus vidas, integridad o patrimonio. Dicho riesgo es excepcional frente a los que normalmente deben verse expuestas las personas, como resultado de la convivencia en sociedad.

El daño especial, a su vez, comprende diferentes eventualidades en atención a que se trata de un régimen subsidiario. En otras palabras, el asunto se estudiará bajo la óptica del daño especial cuando no es posible adecuar la situación a ninguno de los otros regímenes antes mencionados (Falla y riesgo). Para configurarse la responsabilidad por daño especial, al igual que cualquier otro régimen, es necesaria la presencia de un daño antijurídico, traducido en una ruptura frente a las cargas públicas, por lo cual en atención al principio de solidaridad, fundante del Estado Social de Derecho, los asociados deben concurrir a tratar de restablecer el equilibrio que debe existir en la distribución de dichas cargas, que es el precio de la vida en sociedad.

Hechas las precisiones que anteceden, pasará el Despacho a realizar pertinente análisis del caso concreto con el fin de establecer si aparecen acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado. Con tal propósito, inicialmente se entrará a determinar si está probado en debida forma la existencia de un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, verificado ello, si resulta imputable a la entidad demandada.

2.6. Caso concreto - análisis de los elementos que configuran la responsabilidad estatal.

2.6.1. Sobre el daño antijurídico – su existencia.

El artículo 90 constitucional enseña que el Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

La disposición en comento es el principal sustento de la responsabilidad del Estado en Colombia, según la cual es posible afirmar que sin daño antijurídico no hay responsabilidad pública. Por tanto, es el primero de los elementos que debe analizarse en juicios de este tipo, en la medida en que es el daño, lo que se atribuye o imputa al ente estatal.

Lo anterior impone la necesidad de definir el concepto de **daño**, para identificar si en el *sub examine* se ha configura éste o si, por el contrario, es ausente. Al iniciar esa tarea encontramos providencia del H. Consejo de Estado⁵, en la cual y a partir de la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual, describió variados componentes que permiten saber qué es el *daño*.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 73001-23-31-000-2000-00870-01(24879). Acción De Reparación Directa (Apelación Sentencia).

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

Manifestó el Alto Tribunal que el concepto de daño incluye, entre otros, los siguientes componentes: (i) el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio y (ii) la lesión de un interés o con la alteración “*in pejus*” del bien idóneo para satisfacer aquel interés.

Entonces, todo menoscabo o lesión que padezcan los actores, en sus bienes, persona, derecho o interés, significa *daño*, y para que este daño sea indemnizable, debe ser antijurídico, es decir, la persona que lo alegue no debe tener la obligación de soportarlo.

Así, dentro de la encuadernación reposa **Registro Civil de Defunción** que prueba la muerte del menor **Sergio Luis Carpintero Llanos**. Por otro lado, reposan respectivos Registros Civiles de Nacimiento que acreditan el parentesco del finado con las personas que integran la parte actora.

Con lo anterior, se muestra el primero de los elementos de la responsabilidad estatal: el *daño antijurídico*, el cual tiene esa connotación porque ni la víctima directa ni las personas que integran la parte actora tenían el deber de soportar dicha muerte. Ello es así, porque no aparece prueba que brinde convicción sobre la obligación que tenían los actores o el menor, de sobrellevar el deceso.

Constatado lo anterior, se valorarán los medios de convicción relevantes y a partir de su análisis se determinará si el daño es imputable o no, a las entidades demandadas.

2.6.2. Valoración de pruebas relevantes

En el expediente existen distintos medios de convicción relevantes, que se relacionan a continuación:

✓ **Registro Civil de Defunción:** prueba la muerte del menor Sergio Luis Carpintero Llanos, ocurrida el 29 de enero de 2013.

La prueba es idónea, porque según el H. Consejo de Estado, “*De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro Civil de las Personas, todos los hechos o actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, deben constar en el correspondiente registro civil. La muerte de una persona, sea por causas naturales o violentas, es un hecho que modifica su estado civil, por tal motivo debe registrarse y sólo puede acreditarse mediante la copia del correspondiente registro civil de defunción*”⁶.

✓ **Registros Civiles de Nacimiento:**

Registro Civil de Nacimiento con Indicativo Serial No. 31719104, donde aparece inscrito Sergio Luis Carpintero Llanos como nacido el 29 de junio de 2001, y hace

⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206) Actor: INES DOMICO DOMICO Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

constar que sus padres son los señores Amílcar Emilio Carpintero Polo y Verónica Llanos Cantillo.

Registro Civil que prueba que la señora Rosa Cantillo de Llanos era abuela del menor Sergio Luis Carpintero.

Registro Civil que prueba que Valentina Rosa Carpintero Llanos era hermana del menor Sergio Luis Carpintero.

Registro Civil que prueba que Silvana María Llanos Cantillo era tía del menor Sergio Luis Carpintero.

Los mencionados registros son conducentes para demostrar los hechos que se han descrito precedentemente, de acuerdo con lo considerado por el H. Consejo de Estado en providencia radicada con el número: 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206)⁷.

✓ **Factura de pago:** prueba el pago de \$ 2.765.500 por concepto de gasto fúnebres, suscitados por la muerte de Sergio Luis Carpintero Llanos.

✓ **Certificación** en la que se hace constar que Sergio Luis estaba afiliado a Solsalud E.P.S., régimen subsidiado municipio de Baranoa Atlántico.

- **Historias clínicas:** Fueron aportadas historias clínicas resaltándose las expedidas por las siguientes entidades: (i) Hospital Universitario C.A.R.I. E.S.E.; (ii) Organización Clínica Bonnadona Prevenir; (iii) Fundación Integral de Salud; (iv) Hospital Niño Jesús.

Integrando los documentos contentivos de las historias clínicas, fue aportado **prescripción médica** expedida el 27 de septiembre de 2012 por galeno de la Fundación Integral de Salud, donde autoriza trasplante de médula a Sergio Luis Carpintero Llanos, de manera urgente por riesgo de muerte.

Pues bien, el contenido de las historias clínicas, resultan de vital importancia en el esclarecimiento de los hechos materia de debate. Ello, dado que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, al reconocer la naturaleza de documento público que ostenta, ha dejado en claro que la historia clínica brinda convicción sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos que allí se consagran. Así mismo, ha expresado que la historia clínica también ilustra al juzgador sobre la determinación de aquellos hechos o procedimientos que no tuvieron ocurrencia en el servicio médico.

Al respecto, dijo el Alto Tribunal que:

“La jurisprudencia de esta Sección, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos: “Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró

⁷ *Ibídem.*

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

(art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía”⁸.

✓ **Certificación del Ministerio de la Protección Social:** se hace constar que, el menor Sergio Luis Carpintero Llanos, hace parte del régimen subsidiado en salud y que estaba afiliado a Solsalud E.P.S., desde el 01 de octubre de 2016.

✓ **Resolución No. 000671 del 27 de marzo de 2012**, “por medio de la cual se adopta MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA DE TOMA DE POSESIÓN INMEDIATA DE LOS BIENES, HABERES Y NEGOCIOS Y DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA ADMINISTRAR EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EPS Y EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPSS DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD E.P.S. S.A. con NIT 804.001.237-5, COMO INSTITUTO DE SALVAMENTO Y PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA PÚBLICA”.

Los documentos mencionados provienen de autoridad pública y no fueron objeto de tacha de falsedad ni desconocimiento, luego entonces tienen la vocación probatoria para demostrar los hechos a los que hacen referencia.

✓ **Copia de sentencia** expedida por Juzgado 20 Civil Municipal de Barranquilla, con la que ordenó a la E.P.S. Solsalud, autorizar y practicar a Sergio Luis Carpintero Llanos, procedimiento denominado “TRASPLANTE HEMATOPOYETICO DE SANGRE DE CORDON UMBILICAL”.

Lo decidido por la mentada autoridad judicial no comporta cosa juzgada ni pleito pendiente, que pueda servir como causa de pronunciamiento inhibitorio o como impedimento para resolver de fondo este asunto.

✓ **Notas periodísticas y fotografías:** el Despacho no dará pleno valor probatorio a esos medios documentales aportados, porque como lo ha dicho el Consejo de Estado, “la información difundida en los diferentes medios de comunicación, ya que los recortes de prensa aportados al proceso no generan, por sí solos, certeza sobre la ocurrencia y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos referidos”⁹.

✓ **Informe pericial del Instituto de Nacional de Cancerología**, realizado por la Doctora Magda Alejandra Calderón Gasca, del cual se destaca lo siguiente:

“8. Atendiendo a su conocimiento, experticia, experiencia en el campo de la medicina en la especialidad de Oncología. Explique al Despacho en qué consiste la patología de Leucemia Linfóide Aguda y cuáles son sus causas. Si es curable o no.

La leucemia linfóide aguda es un tipo de cáncer en la sangre, y de la médula ósea, en el cual la médula ósea (tejido dentro de los huesos, que produce las células sanguíneas), se caracteriza por la proliferación de una célula maligna que reemplaza las células normales e infiltra órganos y tejidos

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, Actor Evangelina Morales, Demandado ISS. Radicación 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360).

⁹ Ver entre otras providencias: Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A, providencia expedida el veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018) y radicada con el número 25000-23-25-000-2008-00942-01, siendo C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas y Actor Santiago Vélez Penagos y demandado Ministerio De Hacienda Y Crédito Público.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

En los niños con leucemia, la médula ósea produce glóbulos blancos que crecen sin control y se propagan por el torrente sanguíneo.

Causas: Se desconoce la causa exacta de la mayoría de las leucemias en niños. La mayoría de los niños con leucemia no presenta ninguno de los factores de riesgo conocidos. Se ha encontrado que ciertos cambios en el ADN (ácido desoxirribonucleico) del interior de las células normales de la médula ósea pueden causar que crezcan fuera de control y se conviertan en células de leucemia.

Curabilidad: Para la leucemia linfocítica aguda, la tasa de supervivencia a 6 años (indica el porcentaje de personas que vive al menos 5 años una vez detectado el cáncer, y el término porcentaje significa cuántas personas de cada 100) es de 60 hasta casi 90 % en los niños menores de 15 años, y desde 28 hasta más de 75 % en los adolescentes de 15 a 19 años. Con factores que inciden esa supervivencia, con la asignación de riesgo de la leucemia.

9. Indique al Despacho cómo se trata la patología Leucemia Linfocítica Aguda. Deberá explicar cómo se van decantando las opciones de tratamiento hasta llegar la decisión más extrema que puede haber en estos casos para salvar la vida de los pacientes. Cuál ha sido su experiencia con este tipo de pacientes.

La opción de tratamiento estándar de la leucemia linfoblástica aguda infantil recién diagnosticada es la Quimioterapia.

El tratamiento de la leucemia linfoblástica aguda (LLA) infantil de riesgo alto durante las fases de inducción remisión, consolidación / intensificación y mantenimiento siempre incluye a la quimioterapia combinada.

Se administra quimioterapia intratecal y sistémica para prevenirlo tratar la diseminación de las células leucémicas al encéfalo y la médula espinal. Algunas veces, también se administra radioterapia dirigida al encéfalo.

De acuerdo a la respuesta de la enfermedad al tratamiento, y el protocolo de tratamiento que se haya seguido, en algunos casos muy específicos puede requerirse el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas y / o terapias adicionales.

Mi experiencia en pacientes con leucemia linfocítica aguda, se asemeja lo descrito en la literatura médica, en la cual se hace referencia que los desenlaces dependen de múltiples factores, como la clasificación de riesgo de la leucemia y respuesta de la enfermedad al tratamiento.

10. Explique al Juzgado, si la afectación clínica de la patología en alusión es mayor o menor en un menor de edad que en un adulto. En cualquiera de los dos casos, explique en que consiste esa afectación.

Hay muchas diferencias entre la leucemia linfocítica aguda en niños y adultos, no es que haya una afectación clínica mayor o menor, la sintomatología es igual.

Los signos y síntomas de los pacientes con leucemia, tanto niños como adultos, pueden ser:

Fiebre.

Hematomas o sangrados fáciles.

Petequias (manchas planas, como puntitos de color rojo oscuro debajo de la piel producidos por un sangrado).

Dolor de huesos o articulaciones.

Masas que no duelen en el cuello, las axilas, el estómago o la ingle.

Dolor o sensación de saciedad debajo de las costillas.

Debilidad, sensación de cansancio o aspecto pálido. Pérdida de apetito.

11. En términos generales, cuál es la expectativa de vida de un paciente con diagnóstico de Leucemia Linfocítica Aguda. Indique qué porcentaje de probabilidad de superar la patología y qué porcentaje de mortalidad reviste la enfermedad.

La tasa de supervivencia a 5 años (indica el porcentaje de personas que vive al menos 5 años una vez detectado el cáncer, y el término porcentaje significa cuántas personas de cada 100) para las personas menores de 20 años es del 85-89 %. Desde otro punto de vista, a los 5 años del diagnóstico, habrán muerto el 11 % de los pacientes aproximadamente por la enfermedad. Sin embargo, las tasas de supervivencia dependen de diversos factores, entre ellos, las características biológicas de la enfermedad y la edad de la persona. Adicionalmente, para países de recursos bajos o medios la tasa puede llegar a ser 20 % menos.

12. Indique el tiempo con el que cuenta el paciente diagnosticado con Leucemia Linfocítica Aguda para recibir el tratamiento que, según la lex artis médica se acostumbra en estos cuadros clínicos.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

En término generales el tiempo desde el diagnóstico al inicio del tratamiento es de 24 horas. El tiempo total del tratamiento de primera línea de la leucemia linfode aguda es de 104 semanas.

13. Indique cuál es el tratamiento que, según los protocolos médicos en la materia, se acostumbre

a prescribir por los especialistas en Oncología para generar una expectativa de vida en los pacientes afectados con Leucemia Linfode Aguda.

El manejo de la leucemia linfode aguda comprende un tratamiento sistémico para el control de la enfermedad hematológica y extra hematológica (sistema nervioso central, testículos, ojo y otros sitios). A nivel mundial existen grupos colaborativos de investigación que apoyan el estudio de la leucemia linfode aguda en niños, como el grupo alemán llamado Berlín - Frankfurt - Münster (BFM), los norteamericanos Children's Oncology Group (COG) St. Jude Hospital, y el italiano Asociazione Italiana Oncologia Ematologia Pediátrica (AIEOP), entre otros.

Los protocolos de estos grupos en forma general incluyen las siguientes etapas: Inducción a la remisión; quimioterapia al sistema nervioso central con o sin radioterapia; consolidación / intensificación; tratamiento de continuación o mantenimiento y en algunos casos específicos trasplante de células progenitoras hematopoyéticas. Sin embargo, esto no garantiza la cura de la enfermedad.

14. Teniendo en cuenta la información general sobre la enfermedad aludida, indique a esta Judicatura, teniendo por sustento de su respuesta la información contenida en la Historia Clínica, cuáles eran las reales expectativas de vida que tenía el menor Sergio Luis Carpintero Llanos, cuando en el mes de noviembre de 2009 le fue entregado el diagnóstico de Leucemia Linfode Aguda.

Al momento del diagnóstico inicial de la enfermedad, los pacientes con leucemia linfode aguda de riesgo estándar, tienen una tasa de supervivencia a 5 años para las personas menores de 20 años es del 85-89%, esto basado en cifras de países desarrollados, para países de recursos bajos o medios la tasa puede llegar a ser 20 % menos.

15. Teniendo por sustento de su respuesta la información contenida en la Historia Clínica, indique a este estrado judicial, si el tratamiento que se surtió bajo el protocolo BFM 2002 desde diciembre 2009, hasta enero de 2012, correspondió al que se acostumbra a implementar por la especialidad de Oncología en estos casos, más aun, tratándose de menores de edad.

Sí. El protocolo del grupo alemán BFM (Berlín - Frankfurt - Münster) es uno de los muchos protocolos usado como tratamiento de la leucemia linfode aguda.

16. ¿Sírvasse indicarle al Juzgado, cuáles son las complicaciones previsibles o esperadas que podría presentar el menor Sergio Luis Carpintero Llanos con la implementación del tratamiento que se surtió bajo el protocolo BFM 2002 desde diciembre 2009, hasta enero de 2012? Indique que afectaciones en órganos o funciones vitales podía traer la enfermedad y cuáles afectaciones colaterales podría traer el tratamiento.

Relacionadas al tratamiento : Neutropenia febril (disminución de los glóbulos blancos y fiebre), disminución de las plaquetas , disminución de los glóbulos rojos , infecciones graves que amenazan la vida , sangrado que puede amenazar la vida , fiebre , necesidad de transfusiones, mucositis (inflamación de las mucosas oral , gastrointestinal) , caída del pelo, alteración de la función cardíaca ; alteración de la función hepática , alteración de la función renal , disminución del apetito , vómito , diarrea , pérdida de peso , alteración la fertilidad , cansancio , alteración del sueño. Desarrollo de neuropatía periférica. Hipertensión arterial, hiperglicemia, diabetes mellitus, retraso en la talla. Alteración de la función tiroidea, pancreatitis. Segundas neoplasias (presentar otro cáncer), trastornos del aprendizaje. Muerte relacionada al tratamiento.

Relacionadas a la enfermedad: Neutropenia febril (disminución de los glóbulos blancos y fiebre), disminución de las plaquetas, disminución de los glóbulos rojos, infecciones graves que amenazan la vida, sangrado que puede amenazar la vida, fiebre, necesidad de transfusiones, alteración de la función hepática, alteración de la función renal, pérdida de peso, cansancio. Progresión de la enfermedad, enfermedad refractaria al tratamiento. Recaída de la enfermedad.

Muerte.

17. ¿Sírvasse expresarle al Despacho, a qué se debió la recaída temprana que presentó el menor Sergio Luis Carpintero Llanos en el mes de mayo de 2012?

Hasta un 30 % de los pacientes con leucemia linfode aguda tratada, tendrá una recaída, a pesar de haber logrado una remisión completa.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

A la fecha, aun no es claro porque recaen muchos de estos pacientes. Inciden factores como las anomalías citogenéticas de la enfermedad (si hay alteraciones genéticas en las células leucémicas), edad del paciente, la clasificación del riesgo de recaída de la enfermedad (estándar, intermedio o alto), la enfermedad mínima residual.

18. *¿Sírvese dar su opinión frente al protocolo BFM REZ que ante su temprana recaída fue implementado para el tratamiento del menor hasta el 19 de julio de 2012? ¿El tratamiento ordenado se encontraba acorde con las condiciones clínicas del paciente y el avance de la enfermedad?*

El manejo de la recaída de una leucemia linfóide aguda, al igual que al diagnóstico, comprende un tratamiento sistémico para el control de la enfermedad hematológica y extra hematológica (sistema nervioso central, testículos, ojo y otros sitios). Existiendo numerosos protocolos provenientes de diferentes grupos a nivel mundial, uno de los cuales es el BFM REZ (quimioterapia de rescate para leucemias linfoides agudas en recaída) elaborado por el grupo alemán llamado Berlín - Frankfurt - Münster (BFM), con medicamentos que se reciben en la primera línea de tratamiento, sin embargo, a diferentes dosis.

El tratamiento ordenado estuvo acorde, este es uno de los protocolos que puede usarse en pacientes con recaída de leucemia linfóide aguda.

19. *¿En su opinión, el tratamiento que se le practicó al paciente ante su recaída estuvo acorde con la capacidad de respuesta de su organismo? ¿Fue oportuno el tratamiento? ¿Fue oportuna la atención?*

El tratamiento de acuerdo al protocolo BFM REZ es uno de los muchos protocolos que pueden administrarse a los pacientes con una leucemia linfóide aguda en recaída, posteriormente, ante la refractariedad de la enfermedad, y la no respuesta después de 3 ciclos con el protocolo BFM REZ, se decidió iniciar el tratamiento con clofarabina, etoposido (vp - 16) y ciclofosfamida, llegando a tener una médula ósea con 6 % de blastos, sin embargo, solo recibió 1 ciclo de ese tratamiento en octubre 2012, en diciembre 2012 ingresa en graves condiciones al hospital, con edema testicular, probablemente secundario a la enfermedad (infiltración testicular por la leucemia, por lo que realizaron una biopsia testicular), el tratamiento se reanuda el 09 de enero de 2013, cuando recibió un segundo ciclo con clofarabina, etoposido (vp - 16) y ciclofosfamida, presentando complicaciones asociadas a la quimioterapia, y posterior fallecimiento el día 29 de enero de 2013. El paciente no recibió quimioterapia desde octubre 2012 hasta enero 2013, esto implica pérdida en la intensidad / dosis de tratamiento, la intensidad de la dosis de quimioterapia representa la dosis unitaria de quimioterapia administrada por unidad de tiempo, y puede afectar de forma negativa los desenlaces de los pacientes,

20. *Indique al Despacho, ¿qué otros tratamientos además de los anotados en preguntas anteriores debieron ser considerados por los galenos que atendieron al menor Sergio Luis Carpintero Llanos para evitar el deterioro de su salud? En caso de otras alternativas, explique al Despacho las razones que pudo haber para que no fuesen implementadas*
Ninguna.

Se implementó el tratamiento para una recaída de una leucemia linfóide aguda, y se solicitó valoración por un grupo de trasplantes de células progenitoras hematopoyéticas para llevar a cabo un trasplante.

21. *Dentro de la Historia Clínica se registra que el paciente, el 20 de junio de 2012, presentó enfermedad mínima residual del 15 %, de lo que se confirmó la refractariedad de la enfermedad. Por favor, aun tenga que referirse en términos muy técnicos. ¿Explique al Juzgado en términos sencillos, a que se refiere el concepto de - refractariedad de la enfermedad? ¿Qué generó esa situación?*

El término refractariedad hace referencia a la persistencia de células de la leucemia en la médula ósea, y el sistema nervioso central, testículos, ojos, u otros sitios, a pesar de un tratamiento intenso.

Se conocen algunos mecanismos moleculares por los que las células de la leucemia pueden adquirir resistencia a la quimioterapia, y ser una enfermedad refractaria, como modificaciones propias de las células de la leucemia para evadir la muerte celular inducida por la quimioterapia (adquieren características que las ayudan a recuperarse prontamente de los efectos de la quimioterapia). También, inciden factores como las alteraciones citogenéticas de las células de la leucemia otros mecanismos aun por dilucidar por la ciencia.

22. *Teniendo en cuenta sus conocimientos, experticia, experiencia en el campo de la medicina en la especialidad de Oncología, indique al Despacho, si la decisión de solicitar la valoración para "trasplante hematopoyético de sangre de cordón umbilical" o "trasplante de médula" y el inicio urgente de quimioterapia de tercera línea con Clofarabina fue una decisión médica oportuna; o por contrario, los médicos tratantes debieron implementar ese tipo de tratamiento desde el mismo momento en que fue diagnosticada la enfermedad? Explique sus razones.*

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

El paciente se encontraba en recaída de la leucemia, sin respuesta a la segunda línea de quimioterapia ofrecida (BFM REZ), por lo que, en esos casos, de enfermedad refractaria, se brinda una tercera línea de quimioterapia, dentro de las opciones, está la Clofarabina. Los regímenes de salvamento (rescate) tienen la intención de que el paciente logre una remisión de la enfermedad, y disminuir la enfermedad mínima residual, y según la respuesta, consolidar el tratamiento con la realización de un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (ya sea con células de un cordón umbilical, o provenientes de la médula ósea de un donante).

Se trata de regímenes de salvamento ante casos de recaída, no de primera línea, por lo que no se ofrecen como terapia inicial.

En algunos casos específicos los protocolos de primera línea proponen el trasplante de células Progenitoras hematopoyéticas. Sin embargo, esto no garantiza la cura de la enfermedad.

23. Informe a este estrado judicial, de acuerdo con la Historia Clínica y demás estudios clínicos que militan en el expediente. ¿En qué condiciones de salud se encontraba el menor Sergio Luis Carpintero Llanos, ya que para el 20 de septiembre de 2012 presentó 90 % de - Blastos Linfoides en el examen de Enfermedad Mínima Residual?

De acuerdo al informe de la citometría de flujo que permite medir la enfermedad mínima residual, el paciente tenía 90 % de blastos, quiere decir que no estaba en remisión morfológica de la enfermedad (menos de 5 % de blastos), y que continuaba en recaída.

24. Indique al Despacho su percepción profesional de los ciclos de quimioterapias ordenadas por los médicos tratantes. ¿Este tratamiento se cumplió con el rigor en cuanto a la capacidad de respuesta que frente a la enfermedad necesitaban las condiciones del paciente? En caso contrario, explique al Despacho si las quimioterapias fueron demoradas y qué consecuencias para el menor pudo traer.

El tratamiento de acuerdo al protocolo BFM REZ es uno de los muchos protocolos que pueden administrarse a los pacientes con una leucemia linfóide aguda en recaída, posteriormente, ante la refractariedad de la enfermedad, y la no respuesta después de 3 ciclos con el protocolo BFM REZ, se decidió iniciar el tratamiento con clofarabina, etopósido (vp - 16) y ciclofosfamida, llegando a tener una médula ósea con 6 % de blastos, sin embargo, solo recibió 1 ciclo de ese tratamiento en octubre 2012, en diciembre 2012 ingresa en graves condiciones al hospital, con edema testicular, probablemente secundario a la enfermedad (infiltración testicular por la leucemia, por lo que realizaron una biopsia testicular), el tratamiento se reanudó el 09 de enero de 2013, cuando recibió un segundo ciclo con clofarabina, etopósido (vp - 16) y ciclofosfamida, presentando complicaciones asociadas a la quimioterapia, y posterior fallecimiento el día 29 de enero de 2013.

El paciente no recibió quimioterapia desde octubre 2012 hasta enero 2013, esto implica pérdida en la intensidad / dosis de tratamiento, la intensidad de la dosis de quimioterapia representa la dosis unitaria de quimioterapia administrada por unidad de tiempo, y puede afectar de forma negativa los desenlaces de los pacientes.

25. Indique al Despacho. ¿En qué consiste el - Edema Testicular Bilateral- que el menor presentó para el 16 de diciembre de 2012? ¿Explique si ese cuadro clínico es consecuencia de la patología, o la pudo haber generado el mismo tratamiento que se le venía practicando?

El edema testicular que el paciente presentó y que fue motivo de ingreso a urgencias, pudo estar en relación directa con la enfermedad, por infiltración testicular por leucemia, que fue la razón por lo que se realizó una biopsia testicular

26. ¿Califique como buenas, regulares, malas o graves, las condiciones en que ingresó el menor a la Clínica Bonnadona para el 20 de diciembre de 2012? En el evento que su percepción sea que el paciente estaba grave, precise ¿Qué porcentaje de mortalidad presentada para esos momentos?

Las condiciones eran graves. No se puede precisar el porcentaje de mortalidad en este caso específico, se puede decir que los pacientes con una leucemia linfóide aguda en recaída, refractaria al tratamiento, tienen una supervivencia de 32 % a 10 años, (indica el porcentaje de personas que vive al menos 10 años una vez detectado el cáncer, y el término porcentaje significa cuántas personas de cada 100), desde otro punto de vista, a los 10 años del diagnóstico, habrá muerto aproximadamente el 68 % de los pacientes. Sin embargo, si no se logra remisión de la enfermedad, y esta sigue su curso, la supervivencia es 0.

27. ¿Explique a esta Judicatura, a que se refiere la Epicrisis de la Clínica? Bonnadona, cuando registra que el paciente recibió -Ciclo de Quimioterapia de Rescate hasta el 9 de enero de 2013? ¿Cuál era el propósito de ese tratamiento y cuáles eran las expectativas de vida del paciente para ese momento?

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

Los regímenes de salvamento (rescate) tienen la intención de que el paciente logre una remisión de la enfermedad, y disminuir la enfermedad mínima residual, y según la respuesta, consolidar el tratamiento con la realización de un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas (ya sea con células de un cordón umbilical, o provenientes de la médula ósea de un donante).

No se puede precisar el porcentaje de mortalidad en este caso específico, se puede decir que los pacientes con una leucemia linfocítica aguda en recaída, refractaria al tratamiento, tienen una sobrevida de 32 % a 10 años. Y en caso de no lograr una respuesta al tratamiento, y continuar en recaída de la enfermedad, la sobrevida es 0%.

28. El paciente registra en la epicrisis que presentó " Crisis convulsiva secundaria, tratamiento con fenitoina durante tres (3) semanas, en las cuales presentó presiones irregulares, neutropenia persistente, trombocitopenia, persistencias de fiebre, neumonía y lesión hepática: ¿Informe al despacho si bajo ese cuadro clínico el menor contaba con las condiciones mínimas para ser trasplantado, para ir a un quirófano?

El trasplante de células progenitoras hematopoyéticas no es una intervención quirúrgica, se trata de un procedimiento en el que al receptor (paciente), se le infunden por vía sanguínea, las células del donante (ya sean provenientes de un cordón o de la médula ósea de una persona). Un paciente en el que no se ha logrado la remisión completa de la enfermedad, no puede ser trasplantado, además bajo condiciones de infección como la neumonía; no puede realizarse un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas. El paciente no estaba en condiciones de realizar el trasplante.

29. Indique ¿Cuáles son las condiciones clínicas y los exámenes y estudios que debe tener y adelantar un paciente para que pueda ser sometido con éxito a una intervención quirúrgica de trasplante como tratamiento extremo y de urgencia para combatir la Leucemia Linfocítica Aguda?

El trasplante de células progenitoras hematopoyéticas no es una intervención quirúrgica, se trata de un procedimiento en el que al receptor (paciente), se le infunden por vía sanguínea, las células del donante (ya sean provenientes de un cordón o de la médula ósea de una persona).

Se requiere haber logrado remisión completa de la enfermedad y una enfermedad mínima residual negativa. Adicionalmente, no puede estar infectado.

En general, dentro de los exámenes que se realizan a un paciente que va a ser sometido a un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas se encuentran los estudios para buscar exposición previa a infecciones, se evalúa la función renal, hepática, cardíaca, pulmonar, se toman imágenes radiológicas del tórax. Se hace una evaluación odontológica, evaluación por medicina física y rehabilitación, entre otros estudios y evaluaciones que se realizan de acuerdo al caso de cada paciente.

30. Atendiendo a la cronología de las atenciones brindadas por los médicos tratantes y el sistema de salud. ¿Considera usted que la no práctica del trasplante fue la causa del deceso del menor Sergio Luis Carpintero Llanos, o que su fallecimiento se debió a la evolución de la patología y la involución de su organismo?

Los pacientes con una leucemia linfocítica aguda de precursores B. tienen riesgo de recaída, entre más temprana la recaída, esta será de peor pronóstico. Si la leucemia es refractaria, el pronóstico se hace aún más sombrío, teniendo una sobrevida alrededor del 32 % a 10 años, y si la enfermedad continua sin respuesta, el paciente se mantiene en recaída y progresión de la enfermedad, la sobrevida es 0%.

El paciente no logró nunca una segunda remisión de la enfermedad (logró la primera, con el primer esquema, es decir antes de la recaída), sin lograr la segunda remisión completa de la enfermedad no era posible realizar un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas

Hasta un 50 % de los pacientes con enfermedad en recaída / refractaria no califican para un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas.

Si hubiera logrado esta remisión completa, con una enfermedad mínima residual negativa y se hubiera trasplantado, este procedimiento tiene unas complicaciones inherentes, que implican morbilidad y mortalidad en los pacientes, los pacientes que superan esas complicaciones, pueden recaer, de acuerdo a la literatura médica, los pacientes con una recaída temprana, como fue el caso del paciente, experimentan desenlaces desfavorables, con una sobrevida libre de enfermedad de 21 a 29 % a 3 años, esto quiere decir que a 3 años del trasplante, el 71 a 79 % de los pacientes habrá presentado nuevamente una recaída a pesar del trasplante.

No considero que el no haber realizado el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas haya sido la causa del deceso, ya que no era posible realizarlo. Sin embargo, transcurrió más tiempo

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

del permitido entre los dos ciclos de la tercera línea de tratamiento (rescate con clofarabina), ya que el primer ciclo fue en octubre de 2012, y no tuvo quimioterapia nuevamente sino hasta el 29 de enero de 2013, lo que sí constituyó una demora en el inicio del segundo ciclo.

31. Finalmente, explique al Despacho si lo sabe, ¿Qué exámenes se debe practicar un paciente que aspira a ser trasplantado, y que gestiones administrativas tiene que adelantar y ante qué instituciones o autoridades debe hacerlo dentro del Sistema General del Salud?

En general, dentro de los exámenes que se realizan a un paciente que va a ser sometido a un trasplante de células progenitoras hematopoyéticas se encuentran los estudios para buscar exposición previa a infecciones, se evalúa la función renal, hepática, cardíaca, pulmonar, se toman imágenes radiológicas del tórax. Se hace una evaluación odontológica, evaluación por medicina física y rehabilitación, entre otros estudios y evaluaciones que se realizan de acuerdo al caso de cada paciente.

El paciente debe ser valorado por un grupo de trasplante de células progenitoras hematopoyéticas que solicite los estudios pertinentes para determinar si el paciente es candidato al trasplante.

Desconozco ante que autoridades debe adelantar el trámite”.

✓ **Audiencia de testimonios y audiencia de contradicción de dictamen pericial.**

En el desarrollo del proceso fueron recibidos testimonios a solicitud de parte y también se practicó audiencia de contradicción de dictamen pericial, de la cual se destaca lo siguiente (i) que la perito **se ratificó** en las conclusiones vertidas en el dictamen pericial; (ii) que estableció un porcentaje probable de vida del menor Sergio Luis; (iii) que indicó que conforme a lo consignado en las historias clínicas, las entidades que valoraron al paciente, si bien pueden alegar buena fe, sí tenían información suficiente para entender que el paciente necesitaba completar todos los ciclos de quimioterapia; (iv) que en casos como este no se aconseja traslado sucesivo del paciente, de una entidad de salud a otra, pero que en todo caso no existe prueba que demuestre que ese traslado fue la causa de muerte en el sub examine.

2.6.3. Imputación // Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

La Imputabilidad es la atribución del daño antijurídico que se le realiza a la entidad pública, la cual, estaría por ello en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial. En este caso: falla en el servicio médico.

2.6.3.1. Sobre la pérdida de oportunidad en el caso sub examine.

A partir de la valoración de los medios probatorios relevantes, se concluye que, en el presente caso se configuró la denominada pérdida de oportunidad, en tanto que se privó al menor Sergio Luis Carpintero Llanos de la posibilidad de acceder a todos y cada uno de los ciclos de quimioterapia que debían suministrársele a razón de la leucemia que padecía.

La tesis anterior pasa a justificarse en las siguientes líneas:

En tratándose de la falla en el servicio médico, el Honorable Consejo de Estado ha desarrollado y aplicado, teoría denominada “*pérdida de oportunidad*”, con la que se entiende constituida responsabilidad estatal, al demostrarse que la prestación del servicio extinguió el “*chance*” o las posibilidades que tenía la víctima de padecer un daño menor al que finalmente sufrió.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

En tal virtud, se configura “*pérdida de oportunidad*” base de responsabilidad estatal, a la conducta activa u omisiva que elimina la oportunidad que tiene el paciente de mejorar el estado de salud o de restablecerse íntegramente.

Nótese aquí, que, según la aludida posición jurisprudencial, la responsabilidad de la administración no se predica a partir del daño final (sea muerte, lesión personal o merma moral) sino a partir de la acción u omisión que impidió a la víctima gozar de la oportunidad para mejorar o restablecer su salud.

En efecto, y respecto a la referida “*pérdida de oportunidad*”, ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, lo siguiente:

“3.2.1 Pérdida de Oportunidad.

La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica(es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría”¹⁰.

En otra oportunidad indicó que:

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

(...)

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...)”¹¹.

Se ratifica pues, que, según la jurisprudencia, existe responsabilidad estatal por falla en el servicio médico, cuando por acción u omisión, se ha impedido a la víctima gozar de la probabilidad de obtener un beneficio en su salud o de evitarse un detrimento.

Pues bien, con apoyo en los anteriores planteamientos jurisprudenciales, desciende nuevamente el Despacho al proceso de la referencia, advirtiendo lo siguiente:

¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, Actor Evangelina Morales, Demandado ISS. Radicación 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360).

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias de fecha 11 de agosto de 2010 y del 7 de julio de 2011. Expedientes 18.593 y 20.139. Providencias citadas en la sentencia de fecha 26 de febrero de 2014, dentro del proceso adelantado por María del Pilar Gómez y Otros, contra el Instituto de Seguros Sociales y distinguido bajo el número 76001233100020040121002 (33492).

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

En el *sub examine*, quedó demostrado que al menor Sergio Luis Carpintero le fue realizado solo un (1) ciclo de quimioterapias de las que medicamento necesitaba.

De igual modo, se probó que la falta del trasplante de médula no se puede tener como causa eficiente de la muerte. **Pero sí existe plena certeza que, en el tratamiento en salud brindado a Sergio Luis, se omitió la aplicación de la totalidad de los ciclos de quimioterapias.**

La aplicación completa de los ciclos de quimioterapia, resultaba útil para el paciente, en atención a la gravedad de la enfermedad que padecía el menor y sus efectos en la salud de éste.

En este panorama, evidencia el Despacho (tal como lo concluyó y sustentó la especialista del Instituto Nacional de Cancerología y como se desprende de las historias clínicas aportadas), que el hecho de no recibir el paciente los ciclos completos de quimioterapia, le anuló a la víctima la oportunidad de recibir otros tratamientos idóneos, con vocación de mejorar su salud.

Ello se ratifica, al evidenciarse la naturaleza de las obligaciones médicas, que, desde una perspectiva jurisprudencial, han sido tratadas por el Honorable Consejo de Estado, de la siguiente manera:

“Para ello, resulta preciso insistir en la posición jurisprudencial reiterada por la Corporación, que señala 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”¹².

Se detiene un momento el Despacho para aclarar que existen varios aspectos que, si no se analizan debidamente, pueden oficiar como **distractores del intérprete**. Al respecto, véase:

- Podría pensarse **que el solo paso** del paciente por varias entidades de salud, puede tomarse judicialmente, como causa del daño o de la pérdida de oportunidad que sufrió la víctima.

Ello sería una conclusión procesalmente errada, porque en virtud de la prueba técnica decretada, dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Cancerología, se estableció que no solo ello propició la pérdida de oportunidad, sino que el hecho de haber estado en varias entidades de salud sin que le practicaran las quimioterapias que necesitaba, le anuló la posibilidad al paciente de recibir ese mejor tratamiento a que tenía derecho.

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 18947, C.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia que incluso sirvió de apoyo, en la sentencia de fecha 26 de febrero de 2014, dentro del proceso adelantado por María del Pilar Gómez y Otros, contra el Instituto de Seguros Sociales y distinguido bajo el número 76001233100020040121002 (33492).

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

- Podría considerarse que alguna de las entidades de salud que atendieron al paciente durante el período de octubre a diciembre en el que no se realizaron los ciclos completos de quimioterapia, puede invocar la buena fe en su favor, sobre la base que, si una entidad no consignó en la historia clínica la necesidad de los demás ciclos de quimioterapia, entonces la que siguió después no tenía la obligación de completar las quimioterapias.

Esa conclusión también sería errada, porque a pesar que el perito indicó que existe la buena fe, también informó que por las condiciones del paciente era posible advertir la necesidad de completarse todos los ciclos de quimioterapias y agregó además que de lo consignado en las historias clínicas sí existían datos que imponían el deber médico de realizar las demás quimioterapias que no fueron efectuadas al paciente.

Aclarado lo anterior, y como argumentos ratificadores de la configuración de la pérdida de oportunidad en el sub lite, plasma el Despacho los siguientes:

Ha dicho el Honorable Consejo de Estado que, en aplicación de la teoría de pérdida de oportunidad, la responsabilidad de la administración no depende de que aparezca probada la relación directa entre el daño final (sea lesión física, moral o muerte) y la conducta de la administración, sino que basta con que aparezca establecido que dicha conducta le quitó la probabilidad a la víctima de mejorar o restablecer su salud.

Sobre el tópico, ha dicho el Alto Tribunal lo siguiente:

“En otras palabras, si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandante y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance sobrevenida (sic). Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de la probabilidad de sanar”.¹³

Y a su turno, indicó que:

“...Debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes -a lo cual se hizo alusión precedentemente- en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta, su aparente proximidad -que no identificación- con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción -también referida previamente en este proveído- entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

“Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente? o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente?”

¹³ Sentencia de radicación número 11.878, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Providencia esta que incluso sirvió de apoyo al Consejo de Estado en sentencia dictada por su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, Actor Evangelina Morales, Demandado ISS. Radicación 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360).

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

- En cuanto al primer punto: “la muerte” del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público.
(...).

En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente?

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse”¹⁴.

Pues bien, en aplicación de lo que viene tratado, se aclara que, la ocurrencia de la anotada perdida de oportunidad en el *sub judice*, este Despacho no la hace consistir por encontrar probado que la muerte del menor Sergio Luis, se dio indefectiblemente porque no se le realizó el trasplante de médula.

Ahora, se enfatiza que la aludida pérdida de oportunidad se encuentra configurada, es al quedar acreditada plena relación causal entre la omisión de practicársele al menor la totalidad de los ciclos de quimioterapia y la extinción de la posibilidad que tenía el menor de gozar de la totalidad de un tratamiento que existe como medio favorecedor de la salud del paciente.

Se advierte también que, el Honorable Consejo de Estado¹⁵, fijó 3 requisitos configurativos de la pérdida de oportunidad como daño indemnizable. Requisitos estos que el Juzgado advierte acreditados en el caso de la referencia. Así:

1. En cuanto al requisito de tener certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, quedó cumplido con la probanza de la necesidad de completar todos los ciclos de quimioterapia del paciente, como mecanismo más idóneo para mejorar su salud.
2. En cuanto al segundo requisito consiste en tener certeza sobre la anulación de la oportunidad de tener la ventaja médica, se tiene que quedó cumplido al probarse que dichos ciclos no le fueron completados.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, Radicación 12548. Providencia que también sirvió al H. Consejo de Estado, como fundamento de las siguientes sentencias: (i) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, Actor Evangelina Morales, Demandado ISS. Radicación 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360) y (ii) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Hernán Andrade Rincón, Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632).

¹⁵ Ver las sentencias que se han citado, y también esta: Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencias de fecha 11 de agosto de 2010 y del 7 de julio de 2011. Expedientes 18.593 y 20.139. Providencias que incluso sirvieron de apoyo en la sentencia de fecha 25 de agosto de 2011, dentro del proceso adelantado por Carmen Elisa Forero y Otros, contra la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Otros. Distinguido bajo el número 25000-23-26-000-1997-03994-01 (19718).

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

3. El tercer requisito consiste en que la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, quedó demostrado con las conclusiones del dictamen pericial del Instituto Nacional de Cancerología que tienen soporte también, en las historias clínicas aportadas.

2.6.3.2. Sobre la protección especial por tratarse de la niñez.

Como la pérdida de oportunidad ocurrió contra un niño, esa circunstancia merece una consideración con aplicación de criterio diferenciado, por haberse tratado de una persona que, por su edad, vulnerabilidad, y debilidad, merecía protección especial de las entidades responsables.

Al respecto, se tiene que, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia¹⁶, ha realizado sucinto resumen de la normatividad reguladora de los niños como sujetos titulares de un interés superior y merecedor de protección especial. En tal virtud, se apoyará el Juzgado en los planteamientos vertidos por ese órgano constitucional hará suyos algunos de esos argumentos.

En efecto, así procede el Despacho:

❖ La Declaración de Ginebra de 1924, que fue el texto normativo que por primera vez reconoció la existencia de derechos específicos en los niños, consignó deberes y obligaciones de los adultos hacia ellos, resaltándose los que se relacionan a continuación:

- ✓ El de reconocer la necesidad de poner al niño en condiciones de desarrollarse normalmente, material y espiritualmente;
- ✓ La prioridad de su atención en caso de calamidad;
- ✓ Su fortalecimiento como ser autónomo; y,
- ✓ El deber de educarlo con miras a poner sus cualidades al servicio del prójimo.

❖ Luego, en el año 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas al aprobar la Declaración de los Derechos del Niño, consagró de manera expresa el principio del interés superior del menor de 18 años, así como el deber de proveerlo de los instrumentos necesarios para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad.

Al respecto, allí se dispuso:

“Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

➤ Por otro lado, como parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, se cuenta también con los siguientes instrumentos normativos relevantes:

¹⁶ C-113-17

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

- ❖ El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, que en su artículo 24 estableció que los niños gozarían de especial protección, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, así:

“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

- ❖ El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, cuyo artículo 10 numeral 3 se refiere a la protección del menor contra la explotación social y económica.

A propósito, reza la norma:

“(…).

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”.

- ❖ La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, aprobada por la Ley 16 de 1972, que dispuso en el artículo 19 el derecho del niño a que se tomen todas las medidas para su protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

La norma es del siguiente tenor literal:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

- ❖ La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Ley 12 de 1991, que de manera expresa previó en el artículo 3º el interés superior del menor de 18 años como mandato exigible a autoridades públicas y particulares, administrativas, legislativas o judiciales, en la aplicación de todas las medidas que involucre a dicho grupo poblacional. En este instrumento, además, se recogió un catálogo de derechos fundamentales con diversidad de facetas (de abstención y positivas - prestacionales) necesarias para su protección.

- ❖ Ahora bien, en cuanto a nuestra Constitución Política, su artículo 44 contiene los presupuestos básicos para la comprensión de los derechos de los menores de edad. Esta disposición consagra, en primer término, el carácter preponderando expreso y prevalente de sus derechos, y no solo de aquellos a los que hace referencia el mismo enunciado sino de los demás previstos en la Constitución, en la Ley y en los Tratados Internacionales ratificados por el país. En segundo término, el artículo prevé un mandato de

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

protección frente a cualquier situación que atente, entre otros aspectos, contra su condición física y moral; mandato que, además, involucra a la familia, a la sociedad y al Estado. En tercer término, consecuencia necesaria de su dignidad, se establece que la finalidad de la protección debida a los menores consiste en garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos.

De la normatividad antes relacionada el máximo órgano constitucional sentenció:

“En el ordenamiento jurídico actual, es indiscutible el reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho; que, en ejercicio de la dignidad, son partícipes activos en el destino de su propia existencia, y que, atendiendo a condiciones especiales de vulnerabilidad, deben ser protegidos integralmente por parte de la familia, la sociedad y el Estado con miras a lograr el pleno desarrollo de sus capacidades, de manera autónoma y libre. En este escenario, el interés superior del menor se constituye en un eje transversal con efecto expansivo, no solo desde el punto de vista de los destinatarios en su garantía, sino del mismo contenido de tal enunciado, dado que, siguiendo lo establecido por el Comité de la Convención de los derechos del niño en su Observación No. 14, adquiere una triple condición: de derecho sustantivo, de principio interpretativo y de norma de procedimiento”¹⁷.

Pues bien, de la regulación jurídica que ampara a la población infantil, se evidencia que el interés superior que los cubre es transversal, esto es, se aplica para cada uno de los aspectos pertenecientes a su desarrollo e integralidad como ser humano. Ello sitúa a las autoridades públicas y a los particulares (como las aquí demandadas), en la posición de cumplir ineludiblemente cada uno de los deberes que, frente a niños, tienen por el hecho de ser dichas entidades manejadas por adultos.

En este panorama, la H. Corte Constitucional tiene establecido dos (02) parámetros, que, en sus palabras, *“permiten identificar que el principio del interés superior del menor está involucrado, con el objeto de guiar su aplicación”*.

Esos dos parámetros de aplicación del interés superior que protege al niño, los concreta el Tribunal así: (i) en las condiciones jurídicas; y, (ii) en las condiciones fácticas.

Las primeras, esto es, las condiciones jurídicas, según la Corte: *“constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio pro infans: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales”*.

Las segundas, o sea, las condiciones fácticas, parafraseando a la Corte, constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos.

Entonces, se realiza un reproche especial a la conducta omisiva que se advirtió como desfavorecedora de la salud del menor Sergio Luis (Q.E.D.P.).

¹⁷ Sentencia C - 113 de 2017.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

2.6.3.3. Sobre las responsabilidades de las entidades demandadas.

2.6.3.3.1. Sobre la responsabilidad de la Organización Clínica Bonnadona Prevenir, de la Fundación Integral de Salud, del Hospital Niño Jesús y del Hospital Universitario Metropolitano.

De las historias clínicas arrojadas se desprende que las citadas entidades atendieron al paciente durante el periodo de su enfermedad, y para la época de quimioterapias descrita por el perito del Instituto Nacional de Cancerología, ninguna le efectuó ni realizó las gestiones tendientes a la realización de todos los ciclos de quimioterapia que necesitaba el paciente; quitándole con ello la posibilidad de recibir cabalmente, un tratamiento favorecedor de su enfermedad. Ello, hace que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Organización Clínica Bonnadona Prevenir, de la Fundación Integral de Salud, del Hospital Niño Jesús y del Hospital Universitario Metropolitano.

La responsabilidad de las E.S.E. que se han mencionado, se fundamenta aún más, al tenerse en cuenta lo siguiente:

La Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social y se dictaron otras disposiciones, al tratar sobre la naturaleza de las empresas sociales del estado, reza en su artículo 194 que la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado. En este escenario, a lo largo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional Colombiana, ha dejado claro que las Empresas Sociales del Estado, ***“son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas”***¹⁸ (Negrillas fuera del texto original).

Así, y atendiendo al régimen y la naturaleza de las empresas sociales del estado, el máximo órgano constitucional colombiano, principal garante de los derechos fundamentales a la vida y la salud en nuestro territorio, ha enlistado en su jurisprudencia, las características que son de la esencia jurídica de dichas empresas.

En tal virtud, ha dicho el Alto Tribunal que el objeto de las E.S.E. colombianas, se circunscribe a la prestación del servicio de salud como servicio público a cargo del Estado, y en que en esa tarea, no puede confundirse la naturaleza de tales entidades hospitalarias, con la de otros establecimientos públicos cuyas funciones desbordan el ámbito de la salud, sobre todo porque la regulación normativa de las empresas sociales del estado tiene connotación especial.

Al respecto, dijo la Corte lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el

¹⁸ Al respecto, véanse la Sentencia C-171-12 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Véase también la Sentencia C-559 de 2004, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

*Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) **que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos**, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) **que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial**; (vi) **que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa**; y (vii) que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica”¹⁹ (Negrillas del Despacho).*

En este panorama normativo, fue donde la Corte Constitucional, entidad que en los términos del artículo 241 superior “*se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*”, al pronunciarse sobre la facultad de contratación y operación administrativa de las empresas sociales del estado, indicó que a diferencia de los establecimientos públicos, la función de éstas NO CONSISTE EN TAREAS ADMINISTRATIVAS en un sentido general, SINO QUE SE RADICA ante todo EN LA ATENCIÓN EN SALUD.

En efecto, relató la Honorable Corporación, que “*las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas (...)*”.²⁰

2.6.3.3.2. Sobre la falta de responsabilidad del Municipio de Baranoa – Alcaldía Municipal y del Departamento del Atlántico – Alcaldía Departamental.

No aparece en el expediente, prueba que brinde convicción sobre la participación de las entidades territoriales mencionadas, en las acciones y omisiones que generaron la pérdida de oportunidad de la víctima. Tampoco aparece acreditado que hayan recibido quejas o reclamos por la no realización de los ciclos de quimioterapias que no fueron suministrados a la víctima, que les brindara la posibilidad de activar sus funciones de vigilancia, inspección, control, coordinación o administración en el servicio público de salud dentro de su jurisdicción por la falta de esas quimioterapias.

En consecuencia, no se declarará responsabilidad administrativa ni patrimonial del Municipio de Baranoa – Alcaldía Municipal y del Departamento del Atlántico – Alcaldía Departamental.

2.6.3.3.3. Sobre la responsabilidad de la E.P.S. Solsalud y de la Superintendencia Nacional de Salud.

2.6.3.3.3.1. Sobre la responsabilidad de la E.P.S. Solsalud.

Dicha entidad tiene responsabilidad en la pérdida de oportunidad que sufrió la víctima, por lo siguiente:

¹⁹ Al respecto, véase las siguientes sentencias: C-665 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. C-314 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-559 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰ Al respecto, véase las siguientes sentencias: C- 665 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-171-12 M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

(i) Al haber sido la entidad prestadora de salud del paciente en el periodo en que debió realizársele todas y cada una de las quimioterapias que requería y mostrarse omisiva frente a ello a pesar de conocer la situación médica del paciente al punto que la Fundación Integral de Salud le notificó sobre la suspensión de las quimioterapias al paciente y no realizó conducta para que ello no ocurriera.

(ii) Al haber mostrado negligencia frente a la situación de la víctima, al punto de desobedecer incluso orden de tutela que buscaba beneficiar la salud del paciente.

La responsabilidad de la E.P.S. Solsalud, se enfatiza, al escudriñarse la normatividad que regula a las EEPSS en Colombia, así:

La Ley 100 de 1993, en su artículo 77, al definir a las entidades promotoras de salud, indica que su función básica es la de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud a sus afiliados.

Al respecto, reza la norma lo siguiente:

“ARTICULO. 177.-Definición. Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley”. (Negrillas del Despacho).

Esa obligación básica según la misma ley en cita, artículo 178, numerales 4° y 6°, deben lograrla las entidades promotoras de salud, a través del cumplimiento de las siguientes funciones:

“4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
(...)

6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.
(...).”

Para el cumplimiento de las anotadas obligaciones, las EE.PP.SS. al tenor del artículo 180 ibídem, cuentan con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera. Se resalta aquí, que gracias al contenido del artículo 182 del compendio normativo en comento, las EE.PP.SS. reciben ingresos girados por el estado para el cumplimiento de sus obligaciones.

Al respecto, reza la norma lo siguiente:

“ARTICULO. 182.-De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud”.

En este panorama normativo, les asiste a las entidades promotoras de salud, la obligación de realizar todas y cada una de las gestiones administrativas que sean necesarias para garantizar, la atención en salud oportuna, eficaz, continua y sin dilaciones de sus afiliados.

Ello se ratifica, al evidenciarse que la Honorable Corte Constitucional, máximo órgano protector del derecho a la salud en Colombia, al tratar sobre las obligaciones y responsabilidad que tienen las EE.PP.SS. dentro del territorio nacional, ha dejado claro que cuando una entidad promotora de salud no realiza las gestiones necesarias para que el enfermo acceda a la atención o salud o logra ello de manera retardada, ya sea por negligencia o por conflictos contractuales, viola flagrantemente el derecho a la salud que tiene rango fundamental.

Al respecto, dijo el Alto Tribunal en Sentencia T-234-2013 lo siguiente:

“Cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos”.

De igual modo, ha dejado claro la Honorable Corte, que el cumplimiento de las obligaciones de las EE.PP.SS. debe ser oportuno y realizar las operaciones administrativas en el momento que requiera la enfermedad del paciente, sin que medien dilaciones que jueguen en contra de la recuperación del enfermo. En efecto ha dicho el Alto Tribunal que:

“La Sala reitera que las EPS deben cumplir con el deber de oportunidad en la prestación de los servicios médicos. Este es el derecho que ha protegido la Corporación cuando conoce de casos como el que es analizado en este fallo, en los cuales un usuario soporta dilaciones injustificadas en el acceso a tales servicios”.

2.6.3.3.2. Sobre la imposibilidad de condenar a la E.P.S. Solsalud.

No obstante, a que se advierte responsabilidad de la mentada entidad en virtud de las obligaciones que el Sistema de Salud le endilga a las EEPSS, se precisa como lo ha reconocido el Consejo de Estado²¹ que mediante Resolución 004964 del 06 de junio de 2014, se declaró terminada la existencia legal de la EPS y consecuentemente se ordenó la cancelación de las matrículas mercantiles de las sucursales y/o agencias de esta, así mismo

²¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS Bogotá, D.C., veinticinco (25) enero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00181-01 Actor: FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DEL ORIENTE COLOMBIANO Demandado: SOLSALUD E.P.S. S.A. LIQUIDADA Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

se dispuso la inscripción de la Resolución mencionada en el registro mercantil de la cámara de comercio.

Por lo anterior, y como lo dictaminó el mismo Consejo de Estado, no es posible imponer condena en contra de la E.P.S. Solsalud que está extinta.

2.6.3.3.3. Sobre la responsabilidad de la Superintendencia Nacional de Salud.

A pesar de lo considerado en el acápite anterior, se tiene que si bien no es posible imponer condena a Solsalud E.P.S. liquidada, no existe prohibición para radicar la pena contra la Superintendencia Nacional de Salud, quien fue la entidad que para el periodo en que ocurrió la pérdida de oportunidad base de la condena, había intervenido administrativa y financieramente a la EP.S. Solsalud a la que estaba afiliada la víctima. Ello se dio mediante Resolución No. 000671 del 27 de marzo de 2012, *“por medio de la cual se adopta MEDIDA CAUTELAR PREVENTIVA DE TOMA DE POSESIÓN INMEDIATA DE LOS BIENES, HABERES Y NEGOCIOS Y DE INTERVENCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA PARA ADMINISTRAR EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EPS Y EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPS DE LA SOCIEDAD SOLIDARIA DE SALUD SOLSALUD E.P.S. S.A. con NIT 804.001.237-5, COMO INSTITUTO DE SALVAMENTO Y PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA PÚBLICA”*.

La decisión anunciada se enfatiza, al evidenciarse que, a pesar de esa intervención, no se aprecia que la Superintendencia haya desplegado sus funciones de administración, coordinación, vigilancia y control para evitar que la pérdida de oportunidad censurada en esta sentencia, no tuviera ocurrencia.

2.6.3.3.4. Sobre la falta de responsabilidad del Hospital Universitario Cari E.S.E.

En el período en el que debieron realizarse los ciclos de quimioterapias que no fueron suministrados al paciente (octubre de 2012 a enero 2013), descrito por el Instituto Nacional de Cancerología en el peritaje que rindió, no medio la acción u omisión del Hospital mencionado. Por tanto, no se declarará responsabilidad administrativa ni patrimonial de éste.

2.6.4. Sobre la responsabilidad de los llamados en garantía.

2.6.4.1. Sobre la falta de responsabilidad de Mapfre seguros Generales de Colombia S.A como llamado en garantía de la Organización Clínica Bonnadona Prevenir.

Al revisarse el expediente, se evidencia que entre las 2 entidades citadas fueron suscritas 2 pólizas, así:

(i) Una de número 1001311000354 con vigencia desde el 03 de marzo de 2011 hasta el 02 de marzo de 2012. Por tanto, dicha póliza no cubre el daño evidenciado en este proceso, porque feneció antes de la ocurrencia de la pérdida de oportunidad.

(ii) La otra póliza, fue de número 1010311000063 con vigencia desde el 30 de junio de 2012 hasta el 29 de junio de 2013, pero aduce la aseguradora que *“fue anulada el día 07 de*

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

septiembre de 2012 por falta de pago de la prima, ocasionándose la terminación automática del contrato de seguro”.

Frente a ese alegato, correspondía a la Clínica Bonnadona probar que sí pagó debidamente la prima de la póliza para predicar su exigibilidad. Ello es así, en tanto que, aplicando la teoría de la carga dinámica de la prueba, está en mejor posición la Clínica de demostrar el pago que la aseguradora de probar el no pago.

No obstante lo anterior, la Clínica no demostró el aludido pago.

En consecuencia, como del artículo 1068 del Código de Comercio, se desprende la inexigibilidad del seguro cuando falta el pago de la prima, y como tal circunstancia también fue consagrada en el documento de la póliza, no se declarará responsabilidad del llamado en garantía de la Clínica Bonnadona.

2.6.4.2. Sobre la responsabilidad de Mapfre seguros Generales de Colombia S.A como llamado en garantía de la Fundación Hospital Universitario Metropolitano.

De la revisión del expediente se observa que en la relación contractual de esas 2 entidades fue expedida la Póliza R.C. Profesional Clínicas y Hospitales No. 1001217000447, con una vigencia del 20 de enero del 2017 al 19 de enero de 2018, luego entonces sí cubría dicha póliza uno de los siniestros que ampara según el contenido de ella, el cual es la responsabilidad por falla médica, que se ha probado en la conducta del Hospital Universitario Metropolitano.

Por tanto, se declarará en la parte resolutive de esta sentencia, la respectiva responsabilidad de la aseguradora, como llamado en garantía del Hospital.

2.6.4.3. Sobre la falta de responsabilidad del llamado en garantía que la E.S.E. CARI le hizo a la Fiduprevisora S.A. y a Unión Temporal Instituto Cancerológico y de Trasplante Hemato Poyetico del Caribe Ut.

Al no haberse demostrado responsabilidad de la E.S.E. CARI, por sustracción de materia, no se declarará responsabilidad de sus llamados en garantía, la Fiduprevisora. S.A. y Unión Temporal Instituto Cancerológico y de Trasplante Hemato Poyetico del Caribe Ut.

2.7. Sobre los perjuicios en el presente asunto y su reparación integral.

2.7.1. Cuestión previa.

Se evidencia que, en el acápite de pruebas documentales aportadas, el apoderado de la parte actora afirma que *“Lastimosamente no se pudo conseguir el poder de la señora Silvana Llanos Cantillo, toda vez que se encuentra en un lugar inhóspito en la Alta Guajira”.*

Ello, impide considerar legitimada procesalmente a la señora Silvana Llanos Cantillo en el presente proceso, y por tanto no se decretará indemnización de perjuicios a su favor.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

2.7.2. Parámetros para tasar la indemnización de perjuicios en tratándose de pérdida de oportunidad.

En estos casos, el honorable Consejo de Estado²² ha establecido los siguientes parámetros a tener en cuenta, los cuales se plasmarán con la utilización de las mismas palabras de esa Alta Corporación, para mayor fidelidad:

1. El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.
2. La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.
3. No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales - daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial.
4. No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.
5. El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal - perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹¹⁸ -, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.
6. Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el

²² Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección B Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, sentencia del cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017). Expediente: 25706 Radicación: 170012331000200000645-01 Actor: Ángela María Gutiérrez Campiño y otros Demandado: Cajanal y Otro.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.

2.7.3. Perjuicios morales.

En el libelo introductorio, la parte actora fundamenta la solicitud de perjuicios morales, en la muerte del menor Sergio Luis (Q.E.P.D.).

Ahora, en la sentencia antes mencionada, luego de enlistar los parámetros de indemnización, el Consejo de Estado estableció la forma de cuantificar la indemnización del perjuicio moral en casos de pérdida de oportunidad donde ha ocurrido muerte de la víctima.

En tal virtud, dijo la Corporación, que los Jueces si bien tienen discrecionalidad para calcular ello, deben acudir a la tabla establecida en la sentencia de unificación²³ que profirió para ese efecto, la cual contiene 5 niveles, así:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno – filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Pues bien, aplicando los parámetros mencionados en el acápite anterior, debe revisarse si en este proceso quedó establecido un porcentaje de sobrevida de la víctima, y de ser así, ese será el valor que ha de tomarse para reemplazar los porcentajes vistos en el cuadro.

Se tiene que, el Perito del Instituto Nacional de Cancerología, indicó que, en los casos como el objeto de estudio, el porcentaje de sobre vida es de un 30%. Y que si bien no puede determinar con precisión el porcentaje específico del paciente en el *sub examine*, se remite al citado 30% que se presenta de manera general.

Siendo así, por equidad y justicia, se tomará el citado 30% para cuantificar el perjuicio moral.

Entonces, a los señores **Amílcar Emilio Carpintero Polo y Verónica Llanos Cantillo** en calidad de **padres de la víctima directa, recibirán la suma de 30 SMLMV²⁴.**

²³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

²⁴ Que es el 30% de 100.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

La señora **Rosa Cantillo de Llanos** en calidad de **abuela de la víctima directa**, recibirá la suma de **15 SMLMV²⁵**.

La señora **Valentina Rosa Carpintero Llanos** en calidad de **hermana de la víctima directa**, recibirá la suma de **15 SMLMV²⁶**.

2.7.4. Perjuicios materiales.

2.7.4.1. Daño emergente.

En la sentencia del Honorable Consejo de Estado que es la guía para cuantificar los perjuicios en el *sub examine*, por ser precedente vertical vinculante, esa Corporación negó indemnización por este perjuicio al no encontrar prueba de su ocurrencia.

Sin embargo, aplicando esa misma regla, el Despacho aplicando el principio de equidad, sí encuentra un parámetro en el *sub examine* a partir del cual resarcir el perjuicio que sufrieron los actores en la modalidad de daño emergente.

Ese parámetro se desprende de la **factura de pago** relacionada en el acápite de medios probatorios relevantes, que demuestra el pago de **\$ 2.765.500** que hicieron los actores por concepto gasto fúnebres, suscitados por la muerte de Sergio Luis Carpintero Llanos.

Luego entonces, ese será el valor a partir del cual se calculará la indemnización por daño emergente de los actores.

Siendo así, al valor mencionado se le aplicará el mismo 30% fijado en el acápite anterior como porcentaje de sobrevida en casos como el presente, y en aplicación del principio de equidad y justicia. Por tanto, se obtiene hasta ahora un valor de **\$ 829.650**

Para obtener ello, debe aplicarse la fórmula reconocida por la jurisprudencia del honorable Consejo de estado, que es la siguiente:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma liquidada en favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, dividido por el índice inicial de precios vigente a la fecha del pago (22 de septiembre de 2014).

Entonces, a continuación, se realiza la operación:

CAPITAL	829.650
IPC FINAL	118,7
IPC INICIAL	82,01
VALOR ACTUALIZADO	1.200.822,52

²⁵ Que es el 30% de 50.

²⁶ Que es el 30% de 50.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

Por lo expuesto, que el valor actualizado que se reconocerá como indemnización por daño emergente en favor de los actores, es **\$ 1.200.822,52**.

2.7.4.2. Lucro cesante.

No se condenará en esta tipología de perjuicio, porque atendiendo que el Perito del Instituto Nacional de Cancerología, conceptúo que la víctima tenía una expectativa de vida de máximo 5 años, se tiene que como esta falleció a los 11 años, no existen entonces motivos para concluir que la víctima o su familia dejaron de recibir ingresos económicos por las actividades que hubiera realizado el menor después de finalizar estudios, como se alega en la demanda.

Lo anterior es así, porque en el mejor de los casos, según lo conceptuado por el Perito, la víctima hubiese vivido hasta la edad de 16 años, la cual, en los términos alegados en la demanda, no se considera conducente para impartir condena en la modalidad de lucro cesante, a causa de ingresos que hubiera podido tener el menor, después de terminar sus estudios académicos.

2.7.5. Perjuicios daño a la vida relación, a la salud o fisiológico.

No se impartirá orden de indemnizar este daño, porque ha sido reducido en sentencia de unificación²⁷ del honorable Consejo de Estado, **“única y exclusivamente para la víctima directa”**, y ninguno de los demandantes tiene esa calidad.

2.8. Costas:

No se impondrá condena en costas, porque (i) la demanda no fue interpuesta con manifiesta carencia de fundamento legal; (ii) no se avizora mala fe o conducta temeraria de las entidades accionadas o de los vinculados; (iii) no hay constancia dentro del expediente de gastos que imponga el reconocimiento de costas a favor de la entidad demandada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo Oral de Barranquilla**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: DECLARAR patrimonial, administrativa y extracontractualmente responsable, por la pérdida de oportunidad de sobrevida padecida por Sergio Luis Carpintero Llanos, a las siguientes entidades:

²⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sala Plena, C.P. Dra. Stella Conto Díaz Del Castillo. Sentencia de unificación de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), radicada con el número 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Actora Amparo De Jesús Ramírez Suárez y demandado Hospital San Vicente De Paul De Lorica y Otrp.

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

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

- (i) Organización Clínica Bonnadona Prevenir.
- (ii) Fundación Integral de Salud.
- (iii) E.S.E. Hospital Niño Jesús.
- (iv) Fundación Hospital Universitario Metropolitano.
- (v) Superintendencia Nacional de Salud.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** solidariamente a la Organización Clínica Bonnadona Prevenir, a la Fundación Integral de Salud, a la E.S.E. Hospital Niño Jesús, a la Fundación Hospital Universitario Metropolitano y a la Superintendencia Nacional de Salud, a pagar como indemnización de perjuicios por la pérdida de oportunidad, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápite:

▪ **Por perjuicios morales:**

A los señores Amílcar Emilio Carpintero Polo y Verónica Llanos Cantillo en calidad de padres de la víctima directa, la suma de **30 SMLMV**.

A la señora Rosa Cantillo de Llanos en calidad de abuela de la víctima directa, la suma de **15 SMLMV**.

A la señora Valentina Rosa Carpintero Llanos en calidad de hermana de la víctima directa, la suma de **15 SMLMV**.

▪ **Por daño emergente:** la suma de **\$1.200.822,52**.

TERCERO: CONDENAR a Mapfre seguros Generales de Colombia S.A, en su calidad de llamada en garantía a **REINTEGRAR** a la Fundación Hospital Universitario Metropolitano el 100% del valor de la condena impuesta a esta entidad en esta sentencia. El reintegro será exigible solo después que se haya hecho efectivo el pago de los perjuicios reconocidos a los demandantes.

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la demanda de la referencia, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER de responsabilidad a las demás entidades, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: CUMPLIR esta sentencia en los términos de los artículos 189 y 192 del CPCA y concordantes.

OCTAVO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a las partes y a la señora Procuradora, Agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho.

NOVENO: Por secretaría infórmese en su oportunidad si contra la presente sentencia se interpone recurso de apelación y una vez ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente físico y

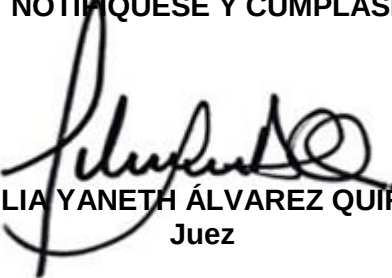


Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

Radicado No. 08-001-33-33-006-2015-00413-00

electrónico, verificándose que todas las actuaciones surtidas, estén registradas en el sistema SAMAI y en los registros internos del Juzgado.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Juez