



Radicado: 08001233300420130035602 (59550)
Demandantes: Jaime José Palencia Ortega y otros

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Reparación directa
Radicación: 08001233300420130035602 (59550)
Demandantes: Jaime José Palencia Ortega y otros
Demandados: Distrito de Barranquilla y otros

Tema: Responsabilidad médica. Muerte de una menor por una fractura craneoencefálica. Se sustituye la condena por «pérdida de oportunidad» por la indemnización total de perjuicios. Los medios de prueba y, particularmente, el dictamen pericial, evidencian que la falta de atención oportuna fue determinante en la muerte de la paciente. Se confirma la condena solidaria al Distrito y Caprecom, porque la primera entidad tenía a su cargo el servicio médico de la menor y la segunda prestó el servicio médico.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra la sentencia dictada el 1° de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La decisión es del siguiente tenor:

«Primero: DECLÁRESE probadas las excepciones de ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social», «imposibilidad jurídica de prestar servicios de salud y consecuentemente suministrar información de orden asistencial al proceso judicial y “falta de legitimación en la causa por pasiva” propuestas por la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social.

Segundo: DECLÁRESE probadas las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva, “ausencia de conducta”, “ausencia de culpa”, propuestas por la IPS Universitaria de Antioquia.

Tercero: Declárese no probadas las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva” y “carencia de presupuestos jurídicos de responsabilidad”, propuestas por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

Cuarto: Declárese administrativa y solidariamente responsables al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom IPS- Caprecom EICE en liquidación, a pagar a las personas que a continuación se relacionan las siguientes sumas de dinero:

1. Efrén Orlando Palencia Vargas



- 1.1. *Por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de tres millones setecientos setenta y seis mil nove pesos con treinta y seis centavos (\$3.776.009,36).*
 - 1.2. *Por perjuicios morales: el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)*
 2. *Ingrid María García Llerena*

Por perjuicios morales Por perjuicios morales: el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)
 3. *Aldair Palencia García, Sharimar Palencia García, Jaime José Palencia Ortega y Mercedes Vargas de Palencia*

Por perjuicios morales: el equivalente a doce punto cinco (12.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...) para cada uno.
- Sexto (sic): Niéganse las demás pretensiones de la demanda*
- Séptimo: Sin costas (art. 188 de la Ley 1437 de 2011)».*

Esta Subsección es competente para conocer el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA. El Tribunal Administrativo del Atlántico era competente para conocer el proceso en primera instancia, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 152 del mismo código.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 13 de julio de 2017. Mediante auto del 3 de agosto de 2017 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión. La parte demandante presentó alegatos de conclusión y las demandadas no presentaron alegaciones. El Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia de primera instancia porque la pérdida de oportunidad de recuperación de la menor estaba acreditada.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- La demanda que dio origen al proceso fue interpuesta el 9 de abril de 2013 por los familiares¹ de la menor Pamela Palencia García (en adelante, «los demandantes») contra la Nación Ministerio de Salud y Protección Social, el Distrito de Barranquilla y Caprecom, para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por la muerte de Pamela Palencia García (en adelante, «la menor» o «la paciente») como consecuencia de las omisiones en el diagnóstico y tratamiento en la atención médica prestada entre 25 de febrero y el 1º de marzo de 2011.

2.- En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

¹ Efrén Orlando Palencia Vargas (padre); Ingrid María García Llerena (madre); Aldair Palencia García; Sharimar Palencia García (hermanos); Jaime José Palencia Ortega y Mercedes Vargas de Palencia (abuelos paternos).



« 2.1.- La Nación Colombiana – Ministerio de Salud y Protección Social- Alcaldía Distrital de Barranquilla- Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla- Caprecom- Hospital Pediátrico de Barranquilla son responsables administrativa y comercialmente a todos los daños y perjuicios tanto materiales o patrimoniales, como extrapatrimoniales, perjuicios o daños morales subjetivos, vulneración a sus derechos fundamentales como son el Derecho a la vida por alteraciones a las condiciones de existencias, fisiológicos, derecho a la salud en conexidad con el derecho al menor, derecho a la familia, ocasionados a los ciudadanos Efen Orlando Palencia Vargas padre, Ingrid Maria García Llerena madre, y en representación de sus hijos Aldair Palencia García, Sharimar Planeica García hermanos, Jaime José Palencia Ortega y Mercedes Vargas de Palencia abuelos paternos, por la muerte en falla del servicio por negligencia médica de que fue víctima la menor Pamela Palencia García quien falleció según informe médico el día 01 de marzo de 2011.

2.2. Como consecuencia de la declaración anterior, solicito a la Nación Colombiana- Ministerio de Salud y Protección Social- Alcaldía Distrital de Barranquilla- Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla- Caprecom- Hospital Pediátrico de Barranquilla a pagarles a mis poderdantes por concepto de daños y perjuicios morales subjetivos, originados por la muerte en falla del servicio por negligencia médica de la menor Pamela García (sic) en la cuantía de 300 SMMLV para cada uno de los solicitantes: (...)

Para un total por perjuicio moral de 1200 SMMLV (...)

2.3.- Como consecuencia de la declaración de responsabilidad solicito a la Nación La Nación Colombiana – Ministerio de Salud y Protección Social- Alcaldía Distrital de Barranquilla- Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla- Caprecom- Hospital Pediátrico de Barranquilla a pagar a mis apoderados (sic) el resarcimiento del daño o perjuicio extrapatrimonial causado por la violación de diversos derechos, entre ellos el derecho a la vida por alteraciones a las condiciones de existencia, fisiológicos, derecho a la salud en conexidad con el derecho al menor, derecho a la familia, a razón de 150 SMMLV, por cada derecho conculcado, lo que resuelto en 600 SMMLV.

(...)

Para un total de perjuicio extrapatrimonial de 3600 SMMLV (...)

2.4. Como consecuencia de la declaración de responsabilidad a la La Nación Colombiana – Ministerio de Salud y Protección Social- Alcaldía Distrital de Barranquilla- Secretaria de Salud Distrital de Barranquilla- Caprecom- Hospital Pediátrico de Barranquilla, a pagar a favor de Efen Orlando Palencia Vargas padre, Ingrid Maria García Llerena madre, y en representación de sus hijos Aldair Palencia García, Sharimar Planeica García hermanos, Jaime José Palencia Ortega y Mercedes Vargas de Palencia abuelos paternos, por concepto de perjuicio psicológico causado por la muerte en falla del servicio por negligencia médica de que fue víctima la menor Pamela Palencia García, la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada una de las víctimas indirectas (...)

Para un total por perjuicio extrapatrimonial de 600 SMMLV.

(...)

Daño o perjuicio material:

Indemnización por lucro cesante:



El perjuicio material por lucro cesante es evidente, en la medida en que el Señor Efren Orlando Palencia Vargas padre de la menor fallecida percibía ingresos mensuales en promedio de \$700.000 M/L, al desempeñarse como pintor de muebles en la ciudad de Barranquilla, El estar dedicado tiempo completo a la recuperación de su hija postrada en su salud a causa de caída de una altura de 1,60 mts le generó el despido de este, ocasionándole un perjuicio material por lucro cesante en la medida en que no se pudo dedicar a su trabajo habitual.

Indemnización por daño emergente.

Los perjuicios causados por la muerte en falla del servicio por negligencia médica de que fue víctima la menor Pamela Palencia García, generó un daño emergente de cinco millones de pesos \$5.000.000 m/l a causa de la contratación del abogado para la defensa en el proceso penal cursado en la fiscalía delegada de vida No. 41 de la ciudad de Barranquilla. Se generaron unos gastos funerarios y de bóveda equivalente a \$730.000 m/l, gasto por inhumación en cementerio Calancala de Barranquilla por valor de \$350.000 M/L, gasto de buses para el sepelio, arreglos florales, elementos de aseo para la permanencia de la menor hospitalizada, transporte de los familiares de su casa al hospital pediátrico, equivalentes a \$500.000 pesos m/.

Indemnización debida:

Será el periodo de su desempleo, es decir un (1) año. La renta actualizada será de:

Salario	Índice final	Índice inicial	Renta actualizada
\$700.000	112,15	107,12	\$732.869,68

La indemnización debida será:

Renta actualizada	Interés	Número de meses	Total
\$732.869,68	24	12	\$10.905.100,82

Total indemnización por lucro cesante: \$10.905.100,82 M/L

Total Indemnización por daño emergente: \$6.888.974,98 M/L

Total liquidación perjuicios materiales futuros: \$525.203.068,15

(...)

Total perjuicios materiales \$542.997.1423, 95 M/L».

3.- Las pretensiones se fundaron en las siguientes afirmaciones:

3.1.- El **25 de febrero de 2011**, a las 18:30 horas, la menor cayó de una altura de 1,60 metros y sufrió un golpe en el pómulo derecho. Inmediatamente fue llevada al centro de salud Camino Murillo, que pertenecía a la red de salud del Distrito de Barranquilla y era administrado por Caprecom. Allí, el médico de turno le recetó naproxeno y cafeína, y le dio de alta.

3.2.- Una hora después de regresar a su casa, la menor presentó vómito con sangre, por lo que sus padres la volvieron a llevar al centro de salud, en donde



otro médico de turno les indicó que era mejor que la llevaran al Hospital Pediátrico de Barranquilla. Les indicó que el traslado en ambulancia era muy demorado, por lo que les recomendaba que la llevaran en taxi; los padres efectuaron el traslado de esa manera.

3.3.- La paciente llegó al hospital pediátrico, que también pertenecía a la red de salud del Distrito de Barranquilla y era administrado por Caprecom, a **las 20:30 del 25 de febrero de 2011**, donde fue atendida por el médico de turno. Él les preguntó si se le había aplicado hielo y les recriminó que el traslado no se hubiera realizado en ambulancia.

3.4.- En la madrugada del 26 de febrero de 2011 la menor convulsionó en cuatro ocasiones, por lo que le suministraron medicamentos para la convulsión, pero no se le prestó ninguna atención adicional.

3.5.- A las **8:30 horas del 26 de febrero de 2011** le tomaron una radiografía en la que no se observó fractura en el cráneo. Respecto del estado de la menor, el médico de turno les indicó que se requería un TAC cerebral, pero que en ese momento no había quién lo hiciera.

3.6.- Durante la mañana del 26 de febrero de 2011 la menor presentó nuevamente vómito con sangre, movimientos involuntarios de las manos, falla cardiaca y dificultad para respirar. El médico de turno informó a los padres que se debía realizar cirugía de urgencia, y estos la autorizaron.

3.7.- La menor fue intervenida de urgencia para hacerle un procedimiento en el que se le drenó la sangre de la zona del golpe; este terminó a las 11:00 horas y, según los médicos, fue exitoso. Sin embargo, después de la cirugía la menor no reaccionó, por lo que fue llevada a la unidad de cuidados intensivos, en donde permaneció hasta su fallecimiento, el 1° de marzo de 2011 a las 23:55 horas.

3.8.- En la necropsia realizada al cadáver de la menor se detectó que su muerte fue causada por una fractura craneoencefálica que no fue detectada por los médicos tratantes, ni en el centro de salud, ni en el Hospital Pediátrico de Barranquilla.

3.9.- Se imputa responsabilidad en la atención médica porque en ninguno de los centros asistenciales se le prestó la debida atención a la menor; en especial, los demandantes sostienen que los demandados nunca diagnosticaron la fractura que a la postre causó su muerte.

3.10.- El daño se imputa al Distrito de Barranquilla por ser la entidad que tenía a su cargo la prestación del servicio médico de la menor, y por eso fue llevada por sus padres a un centro de salud y a un hospital propiedad de la entidad territorial. Dicha imputación se hace de manera solidaria con Caprecom, que fue la entidad que prestó el servicio porque administraba los servicios médicos del centro de salud y del hospital donde fue atendida la menor.



B.- Posición de las entidades demandadas

4.- El Distrito de Barranquilla se opuso a las pretensiones. Alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual fundamentó en que, si bien la menor fue atendida en centros médicos de su propiedad, la prestación del servicio de salud fue entregada a Caprecom mediante convenio interadministrativo. En consecuencia, Caprecom era entidad la única entidad responsable de los daños causados por los tratamientos médicos prestados. Adicionalmente, indicó que la atención de la paciente fue diligente y oportuna, aseveración que no desarrolló concretamente respecto del tratamiento médico brindado.

5.- El Ministerio de Salud presentó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no tiene a su cargo la prestación del servicio de salud.

6.- Caprecom no contestó la demanda. En los alegatos de primera instancia señaló que la atención de la menor fue correcta, pues se le realizaron los exámenes necesarios, se le suministraron los medicamentos y fue inclusive atendida en cuidados intensivos.

6.1.- No está probado que la atención médica fuera determinante en la muerte de la menor. Señala que en la historia clínica no consta que, cuando la menor fue llevada al centro de salud, los padres informaran que había sufrido un golpe en la cara, ni que hubiese tenido que ser llevada en taxi al Hospital Pediátrico.

6.2.- Está probado que la muerte de la menor fue consecuencia de las heridas que recibió al caer y no de omisiones de los médicos tratantes.

7.- En el auto admisorio de la demanda, el tribunal vinculó a la IPS Universitaria de Antioquia porque, para la fecha de la presentación de la demanda, era la nueva administradora del Hospital Pediátrico de Barranquilla. La vinculada presentó excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no tuvo a su cargo la prestación del servicio médico.

C.- Sentencia recurrida

8.- En la sentencia del 1° de noviembre de 2016, el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró (i) la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y de la IPS Universitaria de Antioquia; (ii) la responsabilidad solidaria del Distrito de Barranquilla y Caprecom. Condenó a estas dos entidades al pago de perjuicios morales y materiales con fundamento en la pérdida de oportunidad de mejora de la menor. Lo anterior con base en las siguientes consideraciones:

8.1.- En el proceso se acreditó que la atención de la menor estuvo a cargo de Caprecom, en virtud de la existencia de un convenio con el Distrito de Barranquilla. Por esta razón, las dos entidades eran solidariamente responsables de los daños que se hubiesen causado con la misma. La cláusula de indemnidad



pactada en el convenio no era oponible a las víctimas que no lo suscribieron, punto en el cual citó la jurisprudencia del Consejo de Estado.

8.2.- De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado cuya evolución se presenta ordenadamente en el fallo: (i) aunque se superó la aplicación de la «presunción de falla», la causalidad debe darse por probada cuando exista una suficiente probabilidad sobre el hecho de que el daño fue generado por la actuación médica (ii) cuando no se logre acreditar dicha relación, es legítimo condenar a la entidad demandada por la «pérdida de oportunidad» que generó la actuación médica o la negligente atención del paciente.

Con tal objeto hizo referencia a la sentencia del 28 de abril de 2005², proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la que se abandonó la tesis de la falla presunta y se dijo:

«Debe advertirse, además, que para que haya lugar a reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad»

8.3.- Con base en el dictamen pericial practicado por Medicina Legal, el tribunal determinó que existió negligencia médica en la atención de la menor. En el dictamen se concluyó que la paciente no fue debidamente diagnosticada, lo que conllevó que no fuera atendida de manera correcta y le restó la oportunidad de recuperación.

8.4.- Indicó que en este caso se presentó una pérdida de oportunidad derivada de la negligencia médica. Consideró que si bien debía declararse la responsabilidad de las demandadas, el monto de los perjuicios debía ser reducido al 25% y señaló:

«No obstante como ha quedado develado, si bien es cierto que la paciente fue ingresada por haber sufrido una grave caída, no menos cierto es que esa condición obligaba al servicio médico distrital a desplegar una conducta más ágil, envolvente, intensa en pos de obtener por lo menos un diagnóstico temprano y eficiente que indicara el tratamiento a seguir, y es por eso que la Sala entiende que si bien era impredecible la evolución y más el desenlace de la lesión cerebral padecida por la menor Pamela. Falencia García, quedaba la posibilidad de que si se hubiera tenido a partir de las 6:30 p.m. del 25 de febrero de 2011, la requerida hospitalización con la realización de los exámenes pertinentes, la conclusión hubiera sido diferente; por esto es consecuente que el caso sub examine se encuentra dentro de una falla del servicio cuyo daño provocado no consiste en. sí en haberle causado o no haberle evitado la muerte al menor, sino que este daño consiste en lo que la doctrina y la jurisprudencia ha delineado como la falta de oportunidad para sobrevivir o curarse.

Se reitera, las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho

² Sección Tercera, expediente 14786.



dañoso debe encontrarse plenamente acreditada y que no constituye un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido nexo.

Pues bien, aunque en este asunto, como se ha dicho en líneas considerativas anteriores, no puede concluirse con certeza que la no práctica oportuna de los exámenes técnicos o especializados en la paciente antes de su deceso habría contado con la eficacia causal necesaria para comprometer responsabilidad alguna, lo que sí resulta absolutamente claro es que las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencia! al momento de prestar el servicio de salud, excluyen la diligencia y cuidado con que se debió.

Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la prestación del servicio médico hubiere actuado con la debida diligencia, la víctima, habría, recuperado su salud, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de esa manera, esto es con la prontitud y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder a la paciente el chance u oportunidad de recuperarse» (resaltado fuera del texto original).

8.5.- En relación con los perjuicios y los montos definidos por la sentencia de unificación por daños extrapatrimoniales en caso de muerte, decidió lo siguiente:

a.- Negó el lucro cesante reclamado, pues no se demostró que el padre de la menor hubiera perdido su trabajo por tener que cuidarla durante su estancia en el hospital.

b.- Accedió al daño emergente en lo relativo al pago de los honorarios del abogado para presentar la denuncia penal, cuyo valor redujo en un 50% por tratarse de un caso de pérdida de oportunidad.

c.- Condenó al pago del 50% del valor de los gastos funerarios y de la bóveda para el entierro de la menor.

D.- Recurso de apelación

9.- En su recurso de apelación, Caprecom solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones. Su inconformidad se centra en los siguientes puntos:

9.1.- No se probó la falla en el servicio médico; por el contrario, está acreditado que la actuación de los médicos tratantes fue correcta y oportuna. Con la historia clínica se acredita que el tratamiento dado a la menor fue correcto, que los medicamentos y exámenes que se le hicieron fueron los adecuados y que la afirmación de los demandantes relativa a que la niña no fue transportada en la ambulancia no fue probada. Por el contrario, los testimonios recibidos en el curso del proceso evidencian que las afirmaciones de la demanda no son ciertas:

«Tampoco se prueba en el proceso que a la menor la llevaron nuevamente al camino Murillo y que allí le dijeron a los padres que tomara un taxi por no haber ambulancia y que la llevara directamente al Hospital pediátrico; sobre este hecho



lo que encontramos son contradicciones en las versiones que rinden los padres, ya que por un lado el padre informa que estando en su casa, decide llevar nuevamente a la menor al puesto de salud; mientras que la madre afirma que el padre de la menor decide ir solo al puesto de salud. En todo caso, no está probado en el proceso que se le haya negado la atención médica a la menor cuando supuestamente es llevada por segunda vez al puesto de salud del murillo y de allí tampoco está probado que no fue trasladada en ambulancia, como correspondía. Lo que sí se prueba con los testimonios y declaraciones que obran en el proceso es que, en su casa, después de pasada una hora de haber sido la niña atendida en el puesto de salud Camino Murillo; la niña presenta vomito y sangrado por boca y nariz; es decir, una sintomatología distinta a la presentada cuando es atendida la primera vez en el camino Murillo. Todo lo anterior, deja sin piso jurídico, la conclusión del fallador de primera instancia de que se perdieron más de cuatro horas sin atención medica efectiva desde que la menor fue llevada al camino Murillo hasta que llego al Hospital Pediátrico; ya que la situación debe ser analizada en el contexto real de las pruebas obrantes en el expediente».

9.2.- Agrega que con el dictamen pericial se acreditó que la muerte de la menor fue causada por las heridas que sufrió como consecuencia de la caída y no por la atención médica.

«En el presente caso, no obra prueba que evidencie que la causa de la muerte de la menor PAMELA VALENCIA GARCIA sea consecuencia de una falla en el servicio médico. El informe pericial de Necropsia No. 2012010108001000070 indica que la muerte de la menor se produjo a causa de una caída. Así concluye el informe pericial: "En síntesis con la información aportada hasta el momento por la autoridad y los hallazgos de necropsia, la muerte en mi opinión se conceptúa como VIOLENTA PROBABLEMENTE ACCIDENTAL Y SU CAUSA servicio médico, no obra prueba que el deceso de la menor haya sido consecuencia de la supuesta falla médica. **Lo que determinó la muerte del infante fueron las consecuencias de un golpe sufrido desde una altura de 1 metro con 60 centímetros**».

9.3.- No se probó la pérdida de oportunidad, pues no se demostró que, si hubiera sido atendida con base en un diagnóstico diferente, se hubiese mejorado. Para este efecto, Caprecom cita la jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se desarrolla el punto de la pérdida de oportunidad. Textualmente señala:

«Ahora y si en gracia de discusión aplicásemos la teoría de la probabilidad, no se dan en el caso sub-judice los presupuestos exigidos para endilgarle responsabilidad a la Entidad Promotora de Salud demandada y condenada demandada y condenada por el a-quo. Y son varias las razones que soportan su no aplicabilidad. Así por ejemplo, no estuvo presente, uno de los requisitos indispensables para su aplicación como lo es el elemento de certeza consistente en que las supuestas fallas de CAPRECOM consistentes en no prestar una atención debida y ágil a la menor PAMELA PALENCIA, hubiese impedido que la infante muriera. Solo existió el elemento incierto; de que si efectivamente se hubiese operado el mismo día de la caída de la menor y no al siguiente hubiese mejorado su salud. Dicho en otras palabras, la causalidad no fue probable, ni posible, ni mucho menos cierta.

Conviene citar las Sentencias de la Sala de lo Contencioso de fechas 11 de agosto de 2010 y 7 de julio 2011 Expedientes 18.593 y 20.139: "De acuerdo con esta concepción, entonces, "la doctrina de la perdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal", **por manera que no deben catalogarse coma "pérdida de chance" ni los eventos en las cuales si existe**



la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño -pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la integra reparación será lo jurídicamente procedente-, ni aquellos supuestos en las que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes -pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna-: por consiguiente solo hay lugar a aplicación de la figura de la pérdida de chance "... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada».

10.- En su recurso de apelación, el Distrito de Barranquilla indica lo siguiente:

10.1.- No tenía a su cargo la prestación del servicio, pues entregó sus centros asistenciales a Caprecom mediante un convenio interadministrativo. De acuerdo con lo señalado por esta entidad «si la muerte se produjo por una falla en el servicio como establece el fallo (el responsable) debe ser el prestador del servicio y no mi apadrinada». Además, en virtud de la cláusula de indemnidad contenida en el convenio, el Distrito no puede ser declarado responsable por la prestación de los servicios médicos.

10.2.- En todo caso la atención médica fue debida y oportuna.

11.- Los demandantes solicitan la modificación de la sentencia en relación con el monto de los perjuicios reconocidos, lo cual fundamentan de la siguiente manera:

11.1.- En el proceso se acreditó la negligencia médica; por ello debía accederse al valor total de los perjuicios definidos por la sentencia de unificación del Consejo de Estado y no a un monto por una pérdida de oportunidad, pues la atención sí fue la causante de la muerte de la menor.

11.2.- Debió accederse al lucro cesante futuro de la menor, pues era claro que en algún momento de su vida accedería al mercado laboral.

11.3.- Por tratarse de una menor, debió condenarse a los perjuicios por daños a bienes convencionalmente protegidos.

II. CONSIDERACIONES

E.- Asuntos procesales

12.- La Sala se pronunciará de fondo porque la demanda fue presentada oportunamente: el daño se causó el 1° de marzo de 2011, fecha en la que falleció la menor; la parte demandante presentó solicitud de conciliación el 1° de marzo de 2013, que se declaró fallida el 8 de abril de 2013; y la demanda se presentó el 9 de abril de 2013, esto es, dentro del término de dos (2) años previsto en el artículo 164 del CPACA.



13.- El Distrito de Barranquilla y Caprecom están legitimados en la causa por pasiva porque el centro de salud Camilo Murillo y el Hospital Pediátrico de Barranquilla, que fueron las instituciones médicas donde se produjo el daño, pertenecen al Distrito y eran administradas por Caprecom cuando ocurrieron los hechos. En otros términos, el servicio de salud estaba a cargo del Distrito y quien lo prestó fue Caprecom.

13.1.- En cuanto a la responsabilidad solidaria entre quien tiene a cargo el servicio de salud y quien lo presta a nombre de este, la Subsección³ ha señalado:

«Los servicios de salud de los afiliados a las EPS se prestan directamente o mediante la contratación de instituciones prestadoras de servicios salud o profesionales de la salud; por esta razón, frente a la víctima los dos son deudores solidarios por los perjuicios que causen en la prestación del servicio, punto sobre el cual la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

«Ahora bien, el que se hiciera énfasis en la solidaridad existente entre la EPS y la IPS, no constituye un desafuero porque la atención fue brindada en esta última por un encargo preestablecido de la primera y son dos personas jurídicas diferentes (...).
(...)

En vista de que el presente litigio se dirigió contra la EPS a la cual estaba afiliado el padre del menor beneficiario y una de las IPS asignadas por aquella entidad para brindar atención médica a sus usuarios, relaciones que tuvieron por ciertas, ninguna duda queda sobre la unidad de objeto prestacional que les extiende a ambas sociedades la carga de resarcir los daños inferidos al paciente, como en forma atinada concluyó el sentenciador»⁴

13.2.- En el presente asunto se encuentra acreditado que las entidades médicas en las que se prestó el servicio eran propiedad del Distrito y que el servicio de salud lo prestaba Caprecom a nombre del primero en virtud del convenio suscrito para el efecto, por lo cual, son solidariamente responsables.

13.3.- En relación con la alegada ausencia de responsabilidad del Distrito por la existencia de una cláusula de indemnidad suscrito con Caprecom, la Sala confirma el planteamiento del tribunal, relativo a que ese pacto contractual estipulación no es oponible a la víctima del daño.

F.- Decisión a adoptar y plan de exposición

14.- La Sala modificará la sentencia de primera instancia que disminuyó el monto de la condena aplicando el concepto de pérdida de oportunidad y, en su lugar, condenará por la totalidad de los perjuicios. El análisis del informe pericial de necropsia practicado luego de la exhumación del cadáver evidencia que la niña murió como consecuencia de una fractura que no fue diagnosticada ni advertida

³ Sentencia del 30 de noviembre de 2023 INT. 60508.

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de agosto de 2020, radicado interno SC2769-2020.



en las entidades que la atendieron, lo que impidió que se tomaran las medidas médicas correspondientes a superar este tipo de fractura.

14.1.-La entidad médica demandada, luego de conocer la grave imputación hecha en la demanda y de advertir lo concluido en el informe pericial de necropsia, no realizó ninguna actividad probatoria dirigida a controvertir la experticia, a evidenciar la razón técnica por las cuales la fractura que presentaba la menor no pudo detectarse con los exámenes practicados a la menor, o a demostrar que, así se hubiese detectado la fractura desde el principio, la menor de todos modos habría muerto: no obstante estar demostrado que no detectó la fractura en el cráneo, por lo que no hizo nada frente a ella, se limitó a indicar – sin aportar ningún medio de prueba– que fue el golpe lo que en realidad causó la muerte de la niña.

14.2.- En relación con los perjuicios, se condenará por la totalidad de los perjuicios materiales a los que accedió la primera instancia y se aumentará el monto de los perjuicios morales para reconocer el tope establecido por la jurisprudencia unificada por muerte. No se accederá a conceder los perjuicios por «bienes convencionales», pues estos sólo fueron pedidos en la apelación y, además, porque como lo ha señalado esta Sala en otra oportunidad «no constituye una nueva categoría de daño (autónomo) que deba ser indemnizado»⁵, y en todo caso no se reúnen los presupuestos jurisprudenciales⁶

15.- En la primera parte se expondrán las razones por las cuales se demostró la responsabilidad de las instituciones médicas en donde se prestó el servicio a la menor; en la segunda, los motivos por los cuales en este caso no era aplicable la reducción de la condena por «pérdida de oportunidad»; y en la tercera parte se realizará la liquidación de perjuicios.

Primera parte: La responsabilidad de las instituciones médicas donde se prestó el servicio a la menor

16.- Con los medios de prueba obrantes en el expediente, la Sala concluye que la omisión de diagnóstico fue la causa determinante en la muerte de la menor. Está evidenciado que las entidades médicas no se enteraron de que la menor había sufrido una fractura en el cráneo y que dicha fractura fue lo que generó su muerte. La hipótesis que planteó Caprecom en sus alegatos, según la cual la niña habría muerto de todos modos como consecuencia de la fractura, no cuenta con ningún respaldo probatorio en el expediente.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de julio del 2023, expediente 53426 con ponencia de este despacho y aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

⁶ Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.



17.- A partir de la historia clínica, la exhumación del cuerpo y el informe pericial de necropsias, la Sala concluye que están acreditadas las siguientes afirmaciones de la demanda:

17.1.- La menor ingresó al centro de salud Camino Murillo por un golpe sufrido en la cara como consecuencia de una caída; allí fue valorada por el médico de turno, quien le recetó naproxeno y cafeína, y le dio de alta.

17.2.- Posteriormente, y ante la presencia de vómito con sangre, fue llevada en un taxi al Hospital Pediátrico de Barranquilla. Allí le tomaron rayos X, pero no le detectaron la fractura que tenía en el cráneo. Después de varias horas hospitalizada, presentó nuevamente vómito y convulsiones, por lo que le suministraron medicamentos anticonvulsionantes. Doce horas después de su ingreso presentó movimientos involuntarios de sus manos, insuficiencia cardiaca y dificultad para respirar; por ello fue ingresada de urgencias a cirugía y se le drenó sangre de la herida. Después de salir de cirugía fue remitida a cuidados intensivos, en donde nunca mostró señales de recuperación y falleció el 1° de marzo de 2011.

17.3.- La menor falleció como consecuencia de una fractura frontal craneoencefálica que no fue detectada en el tratamiento médico. Esta conclusión se infiere de lo indicado en la necropsia y en el dictamen practicado por Medicina Legal, en donde con toda claridad se señaló que en los dos centros médicos donde fue atendida no se realizó un diagnóstico adecuado y oportuno que era necesario, teniendo en cuenta todos sus síntomas y practicando y analizando los exámenes realizados. Ese diagnóstico era necesario para tratar la fractura. Para la Sala, este dictamen es suficiente para concluir que las omisiones médicas en las que incurrió Caprecom fueron determinantes en la muerte de la niña.

18.- La prueba de la relación de causalidad no se deduce de determinar cuál es la «probabilidad prevalente», porque aquí no se discute si un hecho ocurrió, no ocurrió o cómo ocurrió. Lo que el juez hace en este caso es analizar el dictamen pericial, determinar cuáles son sus conclusiones (describir su contenido) verificar cuáles son sus fundamentos, y establecer si ese medio de prueba permite lógica y racionalmente inferir que la omisión de la entidad médica debe considerarse como una causa determinante de del daño. Es evidente que en cualquier caso de responsabilidad médica, ningún perito puede afirmar de manera contundente que, de haberse realizado la intervención o el tratamiento indicado, el paciente se habría salvado. Ello no puede conducir a que, en todos los casos, la indemnización de un daño que se estime causado por la omisión médica porque se concluye que fue determinante para generarlo, deba reducirse.

19.- El planteamiento expuesto por Caprecom, según el cual la historia clínica y las declaraciones rendidas por los familiares de las víctimas desvirtúan la consideración hecha en la sentencia acerca de la negligencia de las entidades médicas, no puede admitirse por la Sala.



19.1.- Caprecom no contestó la demanda y no ejerció su derecho de contradicción sobre la exhumación y el informe pericial de necropsia que fueron trasladados del proceso penal adelantado por la muerte de la menor y de los que se le corrió traslado en este proceso. Si consideraba que el dictamen se rindió sin tener en cuenta la historia clínica, así debió advertirlo dentro de su contradicción, o debió haber aportado o allegado otra experticia, o aportar otros documentos o exámenes de la historia que pudieran llevar a una conclusión contraria. Se anota aquí, por ejemplo, que en la historia clínica no aparecen las imágenes diagnósticas sino un informe del radiólogo, y que el TAC que se allegó fue uno practicado después de la intervención quirúrgica de la menor.

19.2.- Si consideraba que, contrario a lo dicho por la madre de la menor en su entrevista⁷ ante la Fiscalía, la niña fue transportada en la ambulancia, la entidad debió contestar y negar afirmación y además probar lo contrario, porque ella era la que estaba en capacidad de hacerlo.

19.3.- Tampoco es admisible la afirmación de Caprecom según la cual la causa de la muerte fue la caída de la niña: esto no lo dice la perita y si la entidad pretendía evidenciar que la omisión en el diagnóstico de la fractura fue irrelevante y, por ende, la muerte de la niña se causó de manera exclusiva por la caída (el daño no lo generaron las omisiones sino la culpa de la víctima), esta entidad tenía la carga de acreditar lo anterior. Contrario a lo alegado en la apelación de las entidades condenadas, el dictamen no concluye que la herida de la menor irremediablemente fuera la causa de su muerte; por el contrario, señala que podía ser tratada y que la falta de diagnóstico fue determinante en que no se le atendiera a tiempo y, por lo tanto, en su posterior deceso.

19.4.- Las conclusiones del dictamen no fueron objeto de contradicción por las entidades demandadas que, además, no presentaron pruebas que sustentaran lo que ahora alegan: que está probado «que la causa de la muerte fue la herida». Pretenden ahora alegar un hecho de la víctima fundado en que la gravedad del accidente llevó a su muerte, lo cual no sólo no es probado, sino que por el contrario se desvirtúa con el dicho de la perita, que se señala que existió una omisión de diagnóstico y que la misma fue determinante para que la menor no fuera atendida a tiempo.

20.- La Sala tiene claro que la carga de la prueba en la responsabilidad médica le incumbe a la parte demandante y que es a esta a quien le corresponde acreditar el daño y su causación por la acción o la omisión de la entidad demandada. Ello no exonera a la entidad de probar las excepciones que proponga (hechos nuevos que enerven la pretensión de la demanda), ni de cumplir sus cargas procesales (contestar la demanda, pronunciarse sobre los hechos que son de su resorte y explicar aquellos que afirme que no son ciertos)⁸

⁷ Folios 686 y siguientes del expediente

⁸ Tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 96 del CGP: 2. Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan



y ejercer su derecho de contradicción frente a los medios de prueba. Y tampoco permite desconocer que la actitud pasiva y omisiva en el proceso genera, por el contrario, indicios en contra de la demandada.

La historia clínica

21.- Según la historia clínica⁹, la paciente acudió a las 18:30 horas del 25 de febrero de 2011 al centro de salud Camino Murillo, propiedad del Distrito de Barranquilla y administrado por Caprecom, donde se le trató por un «trauma en ojo derecho aproximadamente 101 de evolución, con edema, (...), no pérdida de agudeza visual». Tras ser examinada fue remitida a su casa con receta de «naproxeno y cefalexina».

21.1- La paciente ingresó al Hospital Pediátrico de Barranquilla a las 20:30 horas del 26 de febrero de 2011 y consta en la anotación que a su ingreso presentaba un trauma craneoencefálico. Se señala que presentó «vómito» y se encontraba «somnolienta». En las notas de atención se indica que se le aplicó «solución salina».

21.2.- Se señala que por haber presentado vómito y convulsiones a las 7:30 horas del 27 de febrero de 2011, la paciente fue ingresada a la UCI, donde le aplicaron «relajante muscular».

21.3.- Aproximadamente a las 8:30 horas del 27 de febrero de 2011 se le tomaron rayos X, sin que en los mismos se encontrara ninguna fractura; posteriormente, se lee que la menor presentó movimientos involuntarios, por lo cual se ordenó una cirugía de urgencia, que fue autorizada por los padres de la menor. Se le practicó un «drenaje de hematoma epidural y reducción de fractura de bóveda craneana», y fue trasladada nuevamente a la UCI.

21.4.- En las anotaciones posteriores se lee que el estado neurológico de la menor fue empeorando y que falleció el 1° de marzo de 2011, a las 23:55 horas.

El informe pericial de necropsia

22.- El dictamen pericial rendido por Medicina Legal¹⁰, fue trasladado del proceso penal y se practicó luego de la exhumación del cadáver. El mismo está acompañado de un registro fotográfico que lo sustenta.

22.1.- El informe pericial de necropsia fue rendido en el proceso penal adelantado por los mismos hechos para establecer las causas de la muerte de la menor; para hacerlo, se ordenó la exhumación del cadáver, con base en el cual se realizó el dictamen.

y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciera así, se presumirá cierto el respectivo hecho.

⁹ Obrante a folios 47 a 83 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹⁰ Folios 584 a 590 cuaderno No. 1 del expediente.



22.2.- En el acta de exhumación que obra en el expediente¹¹, se encuentran las imágenes de la manera en que se exhumaron de los restos óseos de la menor; también se encuentran las fotografías de su cráneo, en las que se identifica la zona en la que se realizó la intervención y la fractura que no fue diagnosticada en la atención médica.

23.- Las conclusiones iniciales del dictamen fueron las siguientes:

«El caso trata de una niña de 10 años de edad, quien el día 25 de febrero del 2011 cae del sardinel cercano a su casa a una altura aproximada de 1.60 metros sufriendo trauma contundente en cráneo facial por la cual consulta en dos ocasiones siendo finalmente atendida en una tercera ocasión presentando signos y síntomas de trauma cráneo encefálico severo por lo cual finalmente es operada falleciendo el 1^o de marzo de 2011 a las 11:55 pm.

La necropsia realizada en día 24 de febrero del 2012 mediante procedimiento de exhumación esquelética total del cráneo y corificación de las estructuras restantes **con presencia de fractura frontal derecha que compromete borde orbitario derecha lineales no diastasadas que compromete un área de 2 cm, en forma de Y que se extiende al etmoides**, presentando además orificio de craneotomía con diámetros cruzados de 5 x 4.5 cm. En las otras estructuras óseas no se reconocen alteraciones morfológicas. **La fractura craneofacial hallada por sí misma es capaz de producir la muerte, lo cual es correlacionado con los hallazgos quirúrgicos aportados donde se establece el drenaje de hematoma epidural** y reducción de fractura de bóveda craneana, lo que además produjo una hipertensión endocraneana el cual no pudo ser resuelto a pesar de la intervención médico-quirúrgica.

<<Cabe anotar **que la oportunidad en la intervención, médica en estos casos favorece el pronóstico**>>.

23.1.- De esta opinión inicial de la perita, en la cual se confirman las anotaciones de la historia clínica y las afirmaciones de la demanda sobre el tratamiento a la paciente, se destaca que es claro que la niña presentaba una fractura <<frontal derecha que compromete el borde orbitario ... en un área e 2 centímetros en forma de Y>> y que esa fractura es distinta del orificio de la craneotomía. No hay duda entonces de que la niña sí sufrió una fractura que **no** fue detectada por las entidades médicas. El hecho de que se indique que esa fractura por sí misma es capaz de producir la muerte y que está correlacionada con el hematoma epidural, lo que evidencia es que –ante la ausencia de cualquier tratamiento médico– esa fractura produce el hematoma y produce la muerte. Al final, la perita precisa que «la oportunidad de la intervención médica en estos casos favorece el pronóstico». Y esto no permite deducir, como lo hace Caprecom, que la intervención médica era irrelevante porque la fractura era mortal. Eso no lo dice la perita en ninguna parte.

23.2.- En la contradicción del dictamen que se surtió en este proceso de reparación directa, Caprecom no ejerció ningún derecho; en sus alegatos, por el

¹¹ Folios 572 a 582 del expediente.



contrario, objetó el hecho de que a la perita se le hubiesen hecho preguntas sugestivas, con lo cual desconoce que la limitación al tipo de preguntas no está prevista para las que se le formulan a los peritos. El artículo 228 del CGP, por el contrario, señala que son admisibles las preguntas insinuantes y asertivas: es legítimo que la parte intente *concretar* las respuestas del perito y confirmar o descartar de esta forma la afirmación que pretende acreditar con el dictamen. Eso fue precisamente lo que hizo en este caso el apoderado de la parte actora

23.3.- En la ampliación a su dictamen, la perita resolvió las siguientes cuestiones:

“1. La paciente recibió el 25/02/2011 en el puesto de salud CAMINO Murillo del barrio La Alboraya, atención oportuna, adecuada y diligente, pericialmente adecuada de conformidad con la Lex Artis y suficiente para salvaguardar la vida de la menor?

No.

2. Si de acuerdo a los protocolos médicos y a la lex Artis y los protocolos médicos resultaba adecuado prescribir medicamentos a la menor, sin realizar imágenes que revelaran el estado actual y compromiso de los tejidos duros y blandos en cabeza de conformidad con el motivo de consulta?

No.

3. Establecer si de conforme a la Lex Artis, el trato dado a la menor, en el sentido de que se le prescribió medicamentos (sic) anunciados en fórmula de Naproxeno, Cefaloxina y Garamicina en crema, además de la aplicación de un medicamento mediante inyección.

No, se debió realizar un diagnóstico adecuado y excluir los diagnósticos diferenciales antes de formular.

4. Establecer si fue adecuado el proceder de la galeno ANA GUARDO RODRIGUEZ en el sentido de no dejar bajo observación a la menor durante un periodo de tiempo que permitiera verificar la no afectación grave de órganos vitales por el golpe recibido por la menor, es decir, darle salida de inmediato con prescripción de medicamentos?

No fue adecuado

5. Establecer si de acuerdo a la Lex Artis medica y tras la inasistencia (sic) de atención medica de la menor por parte de sus padres al haber presentado episodios de vómitos y sangrado en casa y el taxi donde era trasladada al Hospital Pediátrico de Barranquilla siendo las 20:30 horas del 25 de febrero de 2011, si recibió atención oportuna y adecuada según el motivo de consulta?

Debió ser remitida en ambulancia que le garantizara los cuidados médicos que requería durante el traslado y no recibió atención oportuna ni adecuada

6. Establecer si el tratamiento dado a la menor, especialmente en relación con dejado en una camilla con acompañamiento de sus padres durante la noche, resulta adecuado y conforme a la Lex Artis médica, dado el motivo de consulta ?

No fue adecuado.

7. Establecer si dentro de los protocolos médicos y a la Lex Artis médica, si la paciente recibió atención oportuna, real y concreta, específicamente por la práctica del TAC y la placa de Rayos X prescrito medicamento, pudiéndose verificar la hora de orden y la práctica de estas imágenes?

La atención no fue oportuna.

8. De acuerdo a los hallazgos en el protocolo de necropsia y la historia clínica del Hospital pediátrico, establecer si realmente los resultados y hallazgos en la placa



de rayos X y en el TAC se corresponde con la no existencia de fracturas de huesos distintas a las ocasionadas en el procedimiento de intervención médica. Es decir si los resultados de estas ayudas diagnósticas son o no coincidentes con los hallazgos en huesos en la cabeza de la víctima?

Los hallazgos de necropsia luego de exhumación no son consistentes con la interpretación de los estudios de imagenología en cuanto a la fractura observada y relacionada con el trauma sufrido. Es decir no fue Diagnosticada. -

9 .Establecer si la oportunidad en tiempo en que se dieron las placas de rayos X y TAC así como la lectura fueron oportuno, adecuado, conforme con la realidad de la lesión en la cabeza de la menor y si las mismas determino (sic) o no la intervención la intervención quirúrgica médica. Determinar si la tardía realización de placas y de rayos X y de TAC fueron determinantes en la producción de la muerte de la menor PAMELA PALENCIA VARGAS, valga decir por no atención, atención tardía, atención inadecuada y no conforme con la urgencia que quería (sic) de acuerdo a los protocolos médicos y la Lex Artis de atención médica por urgencias para el caso específico?

El tiempo de toma y lectura de las imágenes diagnósticas no fue oportuno y su lectura diagnóstica no fue adecuada, teniendo en cuenta la fractura encontrada en el procedimiento de necropsia mediante exhumación y los hallazgos intraoperatorios de hematoma epidural fronto-parietal derecho y reducción de fractura de bóveda craneana el diagnóstico mas temprano, en este caso hubiese favorecido el pronóstico del mismo.”

CONCLUSIÓN

Se trató de una muerte VIOLENTA PROBABLEMENTE ACCIDENTAL Y SU CAUSA CAÍDA DE ALTURA, que requería Necropsia Medico-legal y cuya atención médica no fue oportuna, con errores que van desde el **diagnóstico de inicio subestimándose la severidad del trauma** hasta el proceso de remisión y traslado de la paciente con francos signos de hipertensión endocraneana (lesión grave capaz de producir la muerte). Se deben evaluar por otro observador especializado (medico radiólogo) las placas de RX que a folio 36 se describe como "Lo normal en radiografía de cráneo simple" o si de acuerdo con la historia clínica se requerían de forma inmediata otras proyecciones **que exploraran mejor la órbita derecha teniendo en cuenta los signos de trauma evidentes en esta zona**. Adicionalmente si bien el abordaje médico-quirúrgico fue el indicado en estos casos, **la realización oportuna en tiempo hubiese favorecido el pronóstico”**.

24.- De conformidad con las respuestas y conclusiones de la perita, se encuentra probado que las entidades médicas incurrieron en una omisión de diagnóstico de la menor, especialmente, porque nunca detectaron (no lo evidenciaron en la historia clínica, ni lo comunicaron a los padres de la menor) la fractura que a la postre llevó a su muerte. No hay duda de que la radiografía no se realizó o no se leyó correctamente (solo obra el informe de lectura) y no hay duda de que haber subestimado sin justificación alguna la severidad del trauma permite inferir que la actividad médica fue determinante en el daño. Un diagnóstico oportuno adecuado y serio, que –como lo indica la perita– debe tener en cuenta los demás síntomas que presentaba la niña, habría permitido adoptar una conducta médica dirigida a evitar oportunamente las consecuencias de la fractura en el cerebro o a intervenirla de manera más rápida para evitar su muerte.



Las declaraciones rendidas en el proceso penal

25.- En su apelación, Caprecom señala que las declaraciones rendidas en este proceso contradicen lo dicho en la demanda en cuanto a la atención y el traslado de la menor del centro de salud al Hospital. Al respecto, lo primero que se debe indicar es que en el presente trámite no se practicaron testimonios, y que en el expediente obra la entrevista rendida por la madre de la menor en el proceso penal, la cual fue trasladada al expediente.

25.1.- En la declaración se narran los hechos relacionados con el traslado de la niña al centro de salud y al hospital; se señala que el médico del centro de salud les dijo que «no tenían ambulancia», y que en el hospital «no nos quisieron permitir la entrada porque la niña no llegó remitida por el PASO MURILLO en una ambulancia».

25.2.- La declaración de ninguna manera desvirtúa que existieran omisiones en la atención médica, mucho menos recae sobre el diagnóstico de la menor, y no desdice la historia clínica ni el informe pericial de necropsia acerca de que no se hubiese diagnosticado o tratado para la fractura que llevó a la muerte.

La conducta procesal de la parte

26.- El artículo 280 del CGP dispone que el juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. Y en este caso es evidente que la conducta procesal de Caprecom es un indicio de responsabilidad en su contra. Caprecom no contestó la demanda; por lo tanto, no presentó pruebas; tampoco contradijo el dictamen pericial ni aportó otro dictamen. No llamó a declarar a quienes intervinieron en la atención de la paciente ni presentó documentos que no están en la historia clínica, como las imágenes diagnósticas, para explicar por qué razón no se detectó la fractura. Limitarse a esbozar el argumento según el cual la fractura irremediablemente habría producido la muerte de la niña, sin ofrecer ningún medio probatorio dirigido a acreditarlo, termina convirtiéndose en un indicio en contra suya.

Segunda parte: La inaplicabilidad de la reducción de la condena a partir de la noción de <<pérdida de oportunidad>>

27.- La pérdida de oportunidad es una noción que fue utilizada por la jurisprudencia, en un primer momento, para reducir el monto del perjuicio cuando se constata que lo que se le afectó a la víctima fue simplemente la *expectativa* de obtener determinado ingreso o beneficio. Con base en ese criterio se estimó, por ejemplo, que cuando a un contratista del Estado, en la mitad de la ejecución del contrato, se le decretaba ilegalmente la caducidad y era inhabilitado para celebrar contratos estatales durante cinco años, podía reclamar dos tipos de indemnización: (i) la correspondiente a la utilidad que dejó de percibir por la no ejecución de todo el contrato; y (ii) la correspondiente a la *pérdida de oportunidad*



de celebrar otros contratos con el Estado durante el lapso de la inhabilidad, que también le habrían reportado utilidades. La *pérdida de oportunidad* correspondiente al segundo daño se determina como un porcentaje de la utilidad de los contratos que el demandante habría podido celebrar porque frente a ellos solo habría tenía una *expectativa*. Pero, lo que es importante destacar es que la condena por este perjuicio solo procede cuando está demostrada una conducta ilícita del demandado y lo que resulta incierto es si el daño que se reclama (no obtención de la utilidad por la celebración de otros contratos) puede, en realidad, atribuirse a dicha conducta y en qué proporción.

28.- En materia médica se ha acudido al mismo criterio en casos en los que, de una parte, está probada la gravedad de las lesiones del paciente, la naturaleza o el estado de avance de su enfermedad, o está acreditado que por el tipo de intervención a la que debía someterse, las posibilidades de que pudiera sobrevivir o recuperarse eran mínimas y, de otra parte, también está acreditado que en la atención del paciente se incurrió en una negligencia médica. Si está probado que la negligencia no fue la causante del resultado final por las condiciones en que se encontraba el paciente, pero que la negligencia médica sí *contribuyó* a causar tal resultado, se estima plausible condenar a la entidad médica a reparar un porcentaje o una parte del daño, porque se considera que la paciente tenía una *posibilidad* de sobrevida que fue truncada por la negligencia médica en su atención.

29.- Tanto la jurisprudencia, que en este caso se cita en los alegatos de Caprecom, como la doctrina, han advertido que esta solución no puede adoptarse en la forma anteriormente descrita. La doctrina ha criticado la indebida utilización de este concepto señalando que en muchos casos en los que está probado que la negligencia médica no tuvo ninguna incidencia en el daño, de todos modos es condenada a indemnizarlo parcialmente. Mientras que, en otros casos, estando probado que tal negligencia fue la generadora del daño, se reduce su obligación indemnizatoria acudiendo a este concepto¹², que fue exactamente lo que se hizo en la sentencia de primera instancia.

30.- Para desarrollar este punto, lo primero que vale la pena advertir es que la teoría de la *causa eficiente* como criterio para determinar la relación de causalidad entre el *hecho o la omisión* y el *daño*, enseña que tal presupuesto solo se dará por demostrado cuando se concluya que, eliminando mentalmente el hecho o la omisión, el daño no se habría producido; si se demuestra que así se elimine mentalmente ese antecedente, el daño de todos modos se habría producido, la conclusión será la contraria: el hecho o la omisión no pueden

¹² Así las cosas, hay que reaccionar frente a una utilización abusiva de la oportunidad perdida, consistente en reparar parcialmente daños sobre cuya conexión causal no hay dudas razonables, o perjuicios que nada tienen que ver con el hecho ilícito, porque sin este es muy probable que hubieran seguido padeciéndose. En el primer caso hay abuso por defecto, pues la víctima deja de obtener parte de la reparación a la que tenía derecho y en el segundo lo hay por exceso pues el Agente no fue el causante, o es poco probable que lo fuera. La oportunidad perdida es, pues, la fórmula con que proporcionar tutela en supuestos de estricta y se incertidumbre, no una técnica con que reducir la indemnización de daños ciertos ni un instrumento con que vincular a quien casi con toda seguridad no causó el perjuicio (Luis Medina Alcoz, La teoría de la pérdida de oportunidad, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 92).



considerarse como causa del daño. La demora de la ambulancia en transportar a una persona a la que le causaron varios disparos *mortales* no puede considerarse como causa del daño si se concluye que así hubiese llegado a tiempo al hospital el herido no habría podido sobrevivir. Esa conclusión no es la que se deduce en este caso de las pruebas antes analizadas: lo que se infiere aquí es que la falta de diagnóstico de la fractura impidió adoptar las medidas médicas dirigidas a salvar la vida de la menor.

31.- La determinación de lo que hubiese ocurrido si no se hubiera presentado la omisión, en muchas ocasiones, representa un desafío difícil de cumplir y sobre todo de manera objetiva, porque corresponde a un análisis *contrafactual* en el cual el juez debe preguntarse ¿qué habría ocurrido si la acción u omisión imputable al demandado no se hubiese presentado? Y en materia médica, donde la respuesta debería ser suministrada por el perito, la práctica muestra que el análisis tampoco es fácil por la tendencia de los expertos a no dar respuestas categóricas que la ciencia rechaza, o también por el mandato de imparcialidad que impera en relación con los dictámenes judiciales. Por eso es tan importante la precisión del CGP en relación con la admisión de preguntas asertivas e insinuantes referida anteriormente.

32.- La teoría de la pérdida de oportunidad permite entonces considerar que, en eventos en los cuales esté probada la acción o la omisión (falta médica) y la relación de causalidad no esté acreditada en forma absoluta, sino que se ha demostrado técnicamente que de no existir el hecho o la omisión es *probable* que el paciente no hubiese sufrido el daño o se hubiese sanado, pueda condenarse al demandado, no por la totalidad, sino por una parte del daño. En estos casos la doctrina sugiere que el perito es quien debe determinar cuál era la probabilidad que existía de un resultado exitoso si se hubiese realizado la intervención o el tratamiento que no se hizo; y sugiere que el grado de probabilidad en lo posible sea indicado en el propio dictamen. Y cuando la doctrina se refiere a la pérdida de oportunidad en materia médica como un *daño autónomo*, no se refiere –de ninguna manera– a un perjuicio *adicional* para reconocerle a la víctima. La pérdida de oportunidad representa un *daño autónomo* porque es diferente al daño <<global>> que debe ser reparado cuando se establezca la relación causal entre la falta médica y el daño, que es lo que ocurre en este caso.

<<Se ha convertido en “autónomo” el perjuicio resultante de la pérdida en materia de responsabilidad hospitalaria. El juez administrativo había rechazado hablar de un daño autónomo o distinto, bajo el pretexto del principio de la reparación integral del perjuicio sufrido, con base en el cual solo condenaba al establecimiento de salud a reparar de manera entera el perjuicio corporal. Por su parte el Juez ordinario ha siempre distinguido teóricamente el perjuicio derivado de la pérdida de la oportunidad del perjuicio corporal global sufrido por el paciente denominado también perjuicio final. De este modo se ha rechazado la lógica de todo o nada porque en realidad lo que se repara no es el daño realizado sobre el cual sobre el cual no existe certeza de que no se habría producido si la falta no se hubiese cometido. sino la pérdida de la posibilidad de evitarlo, que debe existir de forma cierta...>>



<<La evaluación de la pérdida de oportunidad consiste en operar un cálculo destinado a cuantificar la importancia de la oportunidad perdida o en otros términos a evaluar la probabilidad ... Para proceder al cálculo de esta fracción del perjuicio corporal global hace falta que el Juez administrativo puede determinar la posibilidad perdida por el paciente de sobrevivir o de sanar. El concurso del experto médico surge de manera esencial para este particular: él es quien puede calcular la tasa de la probabilidad: cuál fue la oportunidad perdida de sobrevivir o de sanarse como consecuencia de la falta médica>>¹³.

33.- En este caso –se itera– el análisis de los medios probatorios y particularmente del dictamen pericial llevan a la Sala a concluir que la falta de diagnóstico de la fractura fue determinante en la muerte de la niña. Del dictamen no se infiere que ella tuviera simplemente una probabilidad de salvarse si hubiese sido diagnosticada oportunamente ni mucho menos que su muerte fuera una consecuencia irremediable del accidente que sufrió.

Tercera parte: Liquidación de perjuicios

34.- Teniendo en cuenta que las omisiones médicas fueron determinantes en la muerte de la menor, la Sala modificará la liquidación de perjuicios para conceder la totalidad de los perjuicios materiales a los que se condenó en primera instancia, y para condenar por el tope de perjuicios morales de conformidad con lo determinado en la postura unificada de esta Sección para perjuicios morales por muerte, así:

34.1.- Por perjuicios materiales: la sentencia de primera instancia accedió a la suma de tres millones setecientos setenta y seis mil nueve pesos con treinta y seis centavos (\$3.776.009,36), equivalentes al cincuenta por ciento del valor de los gastos que el padre de la menor acreditó que asumió como consecuencia de la muerte. La Sala accederá al valor total de estos perjuicios, los cuales para la fecha de la sentencia de primera instancia correspondían a siete millones quinientos cincuenta y dos mil dieciocho pesos con setenta y dos centavos (\$7.552.018,72). El anterior valor será actualizado conforme a la siguiente fórmula:

$$Ri^* (\text{IPC final})/(\text{IPC inicial}) = Ra$$

Donde Ra (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, Ri (renta inicial) es el valor de la condena, el IPC inicial es el vigente al momento de la sentencia de primera instancia y el IPC final es aquel vigente al momento de proferirse la presente providencia, así:

$$\$7.552.018,72 \times (142,92 \text{ IPC julio de 2024}) / (92,73 \text{ IPC agosto 2016}) = \$11.639.539,69$$

¹³ Violla, Francois, Les grandes décisions du droit medical, LG.D.J., Paris, 2009, 630.



El valor actualizado de la condena por daño emergente es de once millones seiscientos treinta y nueve mil quinientos treinta y nueve pesos con sesenta y nueve centavos (\$11.639.539,69).

32.2.- Por perjuicios morales:

a.- Para Efrén Orlando Palencia Vargas e Ingrid María García Llerena, padres de la menor el equivalente a cien salarios mínimos legales (100 SMMLV).

b.- Para Aldair Palencia García; Sharimar Palencia García (hermanos); Jaime José Palencia Ortega y Mercedes Vargas de Palencia (abuelos paternos), el equivalente a cincuenta salarios mínimos legales vigentes (50 SMMLV).

32.3.- La Sala negará los perjuicios por lucro cesante de la menor solicitados en la apelación pues estos no fueron pretendidos en la demanda.

G.- Costas

33.- Como el recurso de apelación de los demandantes prosperó y los presentados por el Distrito de Barranquilla y Caprecom no, estas entidades deben ser condenadas en costas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 188 del CPACA. Estas serán tasadas y liquidadas por el tribunal de primera instancia, de acuerdo con los artículos 365 y 366 del CGP, e incluirán las agencias de derecho.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia dictada el 1° de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual quedará así:

«Primero: DECLÁRESE probadas las excepciones de ausencia de responsabilidad por parte del Ministerio de Salud y Protección Social», “imposibilidad jurídica de prestar servicios de salud y consecuentemente suministrar información de orden asistencial al proceso judicial y “falta de legitimación en la causa por pasiva” propuestas por la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social.

Segundo: DECLÁRESE probadas las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva, “ausencia de conducta”, “ausencia de culpa”, propuestas por la IPS Universitaria de Antioquia.

Tercero: Declárese no probadas las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva” y “carencia de presupuestos jurídicos de



responsabilidad”, propuestas por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

Cuarto: Declárese administrativa y solidariamente responsables al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones Caprecom IPS- Caprecom EICE en liquidación, a pagar a las personas que a continuación se relacionan las siguientes sumas de dinero:

1.- Efrén Orlando Palencia Vargas

1.1.- Por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de once millones seiscientos treinta y nueve mil quinientos treinta y nueve pesos con sesenta y nueve centavos (\$11.639.539,69).

1.2.- Por perjuicios morales: el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.- Ingrid María García Llerena

Por perjuicios morales: el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)

3.- Aldair Palencia García, Sharimar Palencia García, Jaime José Palencia Ortega y Mercedes Vargas de Palencia

Por perjuicios morales: el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Sexto (sic): Niéganse las demás pretensiones de la demanda

Séptimo: Sin costas (art. 188 de la Ley 1437 de 2011)».

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas y agencias en derecho al Distrito de Barranquilla y a Caprecom, las cuales se fijarán y liquidarán por el tribunal de primera instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente a su tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Presidente

Aclara voto

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado

Aclara voto