

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrada Ponente: CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicado: 25000-23-26-000-2004-2043-02

Demandante: NINFA MERCEDES ARIAS Y OTROS

**Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA COMO SUCESOR
PROCESAL DEL HOSPITAL SAN RAFAEL DE GIRARDOT
(Suprimido mediante Decreto Departamental 141 de 2008)**

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Instancia: SEGUNDA

Sistema: ESCRITURAL

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado; se procede a proferir sentencia de segunda instancia, con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Girardot, en el presente medio de control de reparación directa.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El 30 de septiembre de 2004 (fls. 5-16), Ninfa Mercedes Hernández Arias, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos Diana Marcela Salazar Hernández y Darien Salazar Hernández, y los señores María Luisa Arias y Víctor Hernández Muñoz, instauraron, por conducto de apoderado judicial, demanda de reparación directa en contra de la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot; en razón

de los presuntos perjuicios causados con ocasión de la falla presunta en la prestación de servicios médicos, que le ocasionaron la muerte a Dillan Esteban Hernández Arias.

1.1.1. Pretensiones

Se determinaron de la siguiente forma en el libelo introductorio:

1. Que se declare que la **E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE GIRARDOT**, es administrativamente responsable de los perjuicios morales causados a los señores **NINFA MERCEDES HERNÁNDEZ ARIAS** (MADRE) y a los menores **DIANA MARCELA SALAZAR HERNÁNDEZ** (HERMANA) y **ARIEL SALAZAR HERNÁNDEZ** (HERMANO) y los señores **MARÍA LUISA ARIAS Y VÍCTOR HERNÁNDEZ MUÑOZ** (ABUELOS) con motivo del fallecimiento de su menor hijo hermano y Nieto **DIILAN ESTEBAN HERNÁNDEZ ARIAS** (q.e.p.d) hecho derivado de la falla presunta en la prestación de servicios médicos.
2. Que la y la **E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE GIRARDOT** es administrativamente responsable de indemnización futura y del perjuicio fisiológico de carácter psicológico que causa la pérdida del neonato **DIILAN ESTEBAN HERNÁNDEZ ARIAS** (q.e.p.d) a **NINFA MERCEDES HERNÁNDEZ ARIAS** (MADRE) y a los menores **DIANA MARCELA SALAZAR HERNÁNDEZ** (HERMANA) y **ARIEL SALAZAR HERNÁNDEZ** (HERMANO) y los señores **MARÍA LUISA ARIAS Y VÍCTOR HERNÁNDEZ MUÑOZ** (ABUELOS)
3. Que la **E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE GIRARDOT** es responsable administrativamente por el lucro cesante y el daño emergente ocasionado con la pérdida del menor **DILLAN ESTEBAN HERNÁNDEZ ARIAS** (q.e.p.d) a **NINFA MERCEDES HERNÁNDEZ ARIAS** (MADRE) y a los menores **DIANA MARCELA SALAZAR HERNÁNDEZ** (HERMANA) y **ARIEL SALAZAR HERNÁNDEZ** (HERMANO) y los señores **MARÍA LUISA ARIAS Y VÍCTOR HERNÁNDEZ MUÑOZ** (ABUELOS)
4. Condénese en consecuencia la **E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE GIRARDOT** como reparación del daño ocasionado. a pagar a los accionantes los perjuicios de orden moral y material, daño futuro, perjuicio psicológico, lucro cesante y daño emergente los cuales se estiman como mínimo en:
 - 4.1. A la señora **NINFA MERCEDES HERNÁNDEZ ARIAS** la suma de (\$177.918.840) equivalente a 496.98 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
 - 4.2. El señor **VÍCTOR HERNÁNDEZ MUÑOZ** la suma de (\$177.918.840) equivalente a 496.98 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
 - 4.3. La señora **MARÍA LUISA ARIAS** la suma de (\$177.918.840) equivalente a 496.98 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
 - 4.4. Para la menor **DIANA MARCELA SALAZAR HERNÁNDEZ** la suma de (\$177.918.840) equivalente a 496.98 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
 - 4.5. Para el menor **DANIEL SALAZAR HERNÁNDEZ** la suma de (\$177.918.840) equivalente a 496.98 salarios mínimos mensuales legales vigentes.Sumas que son aproximadas o aquellas que resulten probadas en el proceso.
5. Sobre el total de las sumas que correspondan a favor de los demandantes deberán liquidarse la indexación que determina el artículo 178 del C.C.A. en la que se deberá contemplar el factor prestacional y con relación a los daños Morales se deberá tener en cuenta la certificación que expida el Banco de la República con relación al gramo oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia final y la certificación del departamento administrativo nacional de estadística DANE sobre los índices de precios al consumidor.
6. La entidad demandada cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

7. *En caso que no se haga oportunamente el pago, la entidad condenada liquidará los intereses comerciales y moratorios hasta que se de (sic) cabal cumplimiento a la sentencia que puso fin al proceso, conforme a lo previsto en el artículo 177 del CCA"*

1.1.2. Hechos

Señala la parte demandante que el 10 de mayo de 2003 a las 19:30 horas, la señora Ninfa Mercedes Hernández Arias llevó a su hijo menor Dillan Esteban Hernández Arias, de 3 meses de edad, al servicio de urgencias del hospital por síntomas asociados a gripa, siendo atendido por el galeno José Vargas, quién define manejo con impresión diagnóstica de infección respiratoria aguda, dando salida con trimetropin sulta, suero fisiológico nasal, y acetaminofén.

Durante la noche del 10 de mayo y el día 11 siguiente, la señora Hernández Arias siguió las recomendaciones médicas. Con todo, el día 12 el menor estuvo inapetente, mientras que el 13 el niño siguió enfermo, se sentía mal, comenzó a moverse, se notaba agitado, intranquilo y con fiebre y al trasladarse la madre con el citado menor al servicio de urgencias aproximadamente a las 2:30 AM, fue valorado por el galeno de turno, Dr. Jesús Antonio Duarte, quien dispuso la aplicación de una inyección; limitándose el otro médico en servicio, Dr. Gustavo Díaz a ojear la historia clínica y sin valorar físicamente al paciente, autorizándole el egreso al menor a las 5:30 am.

El menor Dillan Esteban empeoró en casa, sin tolerar los medicamentos vía oral, y a las 11:00 am su madre nuevamente lo llevó al servicio de urgencias del Hospital. El profesional de la medicina que valoro al menor coordinó la aplicación de una inyección y la realización de unos exámenes, cuyos resultados se obtuvieron dos horas después; siendo revisados por el Dr. Gustavo Díaz, quien remitió al menor a observación por posible cuadro de meningitis.

Con ocasión de las malas condiciones de salud, el menor presenta convulsión. Es valorado por el médico pediatra hasta las 5:00 pm, quién ante la imposibilidad de canalizarle la vena, intenta acceso central venoso.

Posteriormente Dillan Esteban presenta paro cardiorrespiratorio que no responde a maniobras de reanimación. Fallece a las 6:20 pm con ocasión de una neumonía atípica primaria.

1.1.3. Argumentos de la parte actora

La parte actora pretende la reparación administrativa por los hechos anteriormente narrados, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad por daños ocasionados por la falla en el servicio en que incurrió el Hospital San Rafael de Girardot al no brindar la atención debida al menor fallecido. Considera que existen pruebas fehacientes de la negligencia en que incurrió el personal médico por cuanto la atención fue inoportuna, ineficaz, deficiente y tardía respecto a la solicitud de valoración del médico especialista.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot

La parte accionada se opuso a las súplicas formuladas por los demandantes. Califica de negligente el proceder de la madre del menor al no dirigirse de inmediato al servicio de urgencias para poner de presente al médico de turno los síntomas padecidos por su hijo. Concluye que no hubo falla del servicio, por cuanto considera que la atención brindada se ajustó a los protocolos y a la medicina basada en la evidencia.

Propuso el medio exceptivo de caducidad, con fundamento en el artículo 136 del C.C.A.

1.3. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El 31 de julio de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Girardot, profirió sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Después de realizar la valoración probatoria, concluyó que se configuró el daño antijurídico autónomo sufrido por los demandantes con ocasión del fallecimiento de su familiar recién nacido, relativo a la pérdida de oportunidad. Argumenta que si bien hay incertidumbre respecto a si el perjuicio se iba a evitar, es decir, si los médicos hubiesen podido hacer algo para salvarle la vida al menor; hubo una mala *praxis*. Del historial clínico y las piezas probatorias de la actuación ética disciplinaria es inexpugnable para el juez de primera instancia que el médico que auscultó físicamente al lactante de 3 meses de edad a las 2:30 de la madrugada y detectó respiración rápida (frecuencia respiratoria de 60 veces por minuto); no consideró posible el diagnóstico de neumonía, pese a la presencia de signos que, según la Guía de Infección Respiratoria Aguda diseñada por El Ministerio de Salud, así lo sugerían. Por una imprecisa interpretación de los registros del historial clínico, el

galeno que analizó dicha historia a las 4:30 am, estimó el manejo debía hacerse en casa al estimar que la frecuencia respiratoria había sido de 20x, ordenando valoración por consulta externa; sin siquiera haber verificado la frecuencia respiratoria y el cuadro febril que aquejaba al menor, pretermisión que deja abierta la duda sobre sí, de haberlo hecho, hubiera brindado un manejo médico distinto a fin de evitar el trágico desenlace.

Considera que hubo certeza de una pérdida de oportunidad, por cuanto el hecho que el menor hubiera persistido con vida hasta la tarde del 13 de mayo de 2003, cuando desde hacía 3 días ya se había distinguido el diagnóstico de infección respiratoria aguda; configura la existencia de la esperanza o expectativa, de que de haberse manejado consistentemente por la institución hospitalaria el mentado cuadro clínico, podía haberse superado o soslayado el funesto resultado.

Para el *a quo* existe certeza sobre la extinción de la posibilidad de evitar el perjuicio por cuanto la probabilidad de obtener el adecuado manejo de su enfermedad se truncó de modo definitivo cuando se autorizó el egreso del menor a la madrugada del 13 de mayo de 2003, sin siquiera realizarle una mínima auscultación física; pese a que los médicos tratantes en el servicio de urgencias desde el 10 de mayo y en horas tempranas del día 13, detectaron signos asociados a la neumonía que, en últimas, marcó el deceso del menor.

Por lo tanto, reconoció a la señora Ninfa Mercedes Hernández Arias la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a los demandantes Diana Marcela Salazar Hernández, Darién Sebastián Salazar Hernández y Víctor Hernández Muñoz la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno. No obstante, se abstuvo imponer condena alguna a favor de la señora María Luisa Arias.

La decisión de la citada providencia transcribe:

“PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADA la excepción de caducidad formulada por la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE GIRARDOT (o la entidad que haga sus veces) a pagar las siguientes sumas de dinero:

(i) Por concepto de perjuicios Morales a favor de la señora NINFA MERCEDES HERNÁNDEZ ARIAS cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

(ii) Por concepto de perjuicios morales a favor de cada uno de los actores DIANA MARCELA SALAZAR HERNÁNDEZ, DARIÉN SEBASTIÁN SALAZAR HERNÁNDEZ y VÍCTOR HERNÁNDEZ MUÑOZ la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la data de ejecutoria de esta sentencia

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones formuladas por la parte actora.

QUINTO: ORDÉNASE a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE GIRARDOT (o a la entidad que haga sus veces) dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: sin condena en costas.

SEPTIMO: En firme esta sentencia devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hubiere, previa liquidación de los mismos y archívese el expediente dejándose constancia de ello.”

1.3.1. De la objeción por error grave del dictamen de Medicina Legal

Dentro de la oportunidad procesal la parte accionante presenta objeción grave al dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal – Unidad Girardot (fls. 96-100 c1a). De conformidad con el artículo 238 numeral 6 del C.P.C., la objeción fue decidida por el juez de primera instancia en la sentencia. Al confrontar el dictamen con los elementos de convicción que obran dentro del plenario, observa la carencia de identidad suficiente para concluir su idoneidad y completitud. Por lo anterior declaró próspera la objeción formulada en su contra. Contra esta decisión no se interpusieron recursos.

1.4. TRÁMITE PROCESAL

La sentencia de primera instancia fue proferida el treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019) (fls.111-129 c7). El apoderado de la parte accionada interpuso recurso de apelación el 16 de agosto de 2019. (fls.135-147). El 1 de octubre de 2019 se celebró la audiencia de conciliación, la cual fue declarada fallida. En el trámite de la misma se concedió el recurso de alzada y se remitió el expediente al Tribunal (fl. 163 c7).

El proceso fue remitido a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, asignado al despacho del magistrado Carlos Alberto Vargas Bautista (fl. 167 C7).

El 23 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación en segunda instancia y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fls. 168-169 C7).

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada solicita que sea revocada la sentencia impugnada y que se nieguen las pretensiones de la demanda por carencia de fundamentos jurídicos y fácticos. Sostiene que, aunque existen los elementos de “hecho y daño”, no es posible

imputar responsabilidad por una actuación u omisión del Departamento ni del Hospital de Girardot.

Apoiada en el dictamen de Medicina Legal, sostiene que no existe relación de causalidad entre la presunta falla del servicio por parte de la administración y el daño; requisito indispensable para que pueda declarar la responsabilidad del Departamento y de la Secretaría de Salud.

Adjunta un análisis de la sentencia condenatoria realizada por un médico cirujano especialista en auditoría de servicios de salud y un artículo científico sobre neumonías atípicas.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.6.1. De la parte accionante

La actora no presentó alegatos de conclusión.

1.6.2. Del accionado

Reitera los argumentos expuesto en el recurso de alzada solicitando revocar el fallo impugnado y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

1.6.3. El delegado del Ministerio Público ante este despacho guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

2.1.1. Jurisdicción y competencia

De conformidad con el artículo 134 del C.C.A. la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de aquellos procesos en que se debate la responsabilidad extracontractual del Estado, asunto sobre el que versa el *sub judice*. Así las cosas, basta que se controvierta aquella respecto de entes públicos como el departamento de Cundinamarca y el Hospital San Rafael de Girardot, para que se tramite la controversia ante esta jurisdicción, por estar sometido al derecho público.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo es competente para desatar el recurso de decisión interpuesto contra la providencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Girardot, por ser su superior jerárquico.

2.1.2. Caducidad de la acción

En tratándose de la acción de reparación directa, el artículo 136 del C.C.A., dispone:

“(…)

8. *La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.*

(…)”

Dado que el fallecimiento del menor Dillan Esteban Hernández Arias tuvo ocurrencia el día 13 de mayo de 2003 (fl. 5 c2), y que la presentación de la demanda fue el 30 de septiembre de 2004 (fl. 17 c12), se evidencia que la misma se presentó en los términos de ley.

2.1.3. Legitimación en la causa por activa

Ninfa Mercedes Hernández Arias (Madre), Diana Marcela Salazar Hernández, Darien Salazar Hernández (Hermanos) y Víctor Hernández Muñoz (abuelos) (fls. 1-5 c2) acreditaron su parentesco con el menor Dillan Esteban Hernández.

2.1.4. Legitimación en la causa por pasiva

La ESE Hospital San Rafael de Girardot, fue liquidada y suprimida mediante Decreto Departamental 141 de 2008, siendo sucesor procesal el Departamento de Cundinamarca; por tanto, éste tiene capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, ser representada extrajudicial y judicialmente y se encuentra llamada a responder por el presunto daño causado a la accionante, de conformidad con el artículo 68 (numeral 2) del CGP.

2.2. PRUEBAS

Fueron oportunamente incorporados al proceso:

- Registro civil de nacimiento de Dillan Esteban Hernández Arias, Diana Marcela Salazar Hernández, Darien Salazar Hernández y la mamá de estos: Ninfa Mercedes Hernández Arias. (fls. 1-4 c2).
- Certificado de defunción del menor Dillan Esteban Hernández Arias. (fl. 5 c2)
- Copia de la historia clínica del menor Dillan Esteban Hernández Arias. (fls. 9-41 c2)

- Dictamen pericial elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica Girardot (fls. 44-55 c1A).
- Aclaración de dictamen pericial el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica Girardot (fls. 92-94)
- Copia del proceso ético disciplinario No. 1806 remitido por el Tribunal de ética Médica de Cundinamarca. (fls. 1-293 c3).

2.3. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

Esta Corporación decidirá la alzada en atención a los argumentos del recurso de apelación, por ser la entidad accionada la única que controvierte el fallo y en la medida en que no se advierte causal alguna de las enunciadas en los artículos 320 y 328 del CGP, para ampliar el margen decisorio del *ad quem*¹ cuando hay apelante único.

En tal sentido, corresponde a la Sala determinar si el Hospital San Rafael de Girardot E.S.E. (liquidado) administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios causados a Ninfa Mercedes Hernández Arias, Diana Marcela Salazar Hernández, Darién Sebastián Salazar Hernández y Víctor Hernández Muñoz, por la presunta pérdida de oportunidad a la que fue sometido el menor Dillan Esteban Hernández Arias; con ocasión de la atención brindada por el centro asistencial los días 10 y 13 de mayo de 2003.

Para la Sala, hay lugar a confirmar la sentencia impugnada y por ende se encuentra demostrada la responsabilidad administrativa del Hospital San Rafael de Girardot E.S.E. por la pérdida de oportunidad de sobrevivir del menor Dillan Esteban Hernández Arias; al no haber recibido un manejo clínico adecuado a su diagnóstico inicial de infección respiratoria aguda, pasando por alto las señales de alarma propias de una neumonía, que puso fin a su vida.

2.4. HECHOS PROBADOS

El menor Dillan Esteban Hernández Arias acudió a la unidad de urgencias del hospital a las 19:30 del 10 de mayo de 2003 desde las 17:14 de ese día, habiendo sido el motivo de la consulta el hecho que desde hace más o menos 3 días

¹ De acuerdo con los artículos 320 y 328 del CGP, los límites al ámbito de decisión de los jueces en segunda instancia pueden soslayarse excepcionalmente: (i) si existe el deber legal de decidir de oficio algún asunto no planteado, (ii) en caso de que la parte que no apeló adhiera al recurso, y (iii) cuando para la modificación reclamada por el impugnador único fuera indispensable reformar puntos que desmejoren su situación.

presentaba fiebre no cuantificada, congestión nasal, rinorrea amarillenta y tos seca. (fl. 44 c3).

La revisión por sistemas arrojó que el menor presentaba inapetencia al paso que el examen físico determinó 120 x de frecuencia respiratoria, temperatura afebril, pulmones buena ventilación, respiración ruda, roncus, no estertores, no sibilancias, ruidos cardiacos rítmicos normales, abdomen normal, extremidades normal, sistema nervioso central fontanelas normo tensas. El diagnóstico dado por el médico tratante José de Vargas fue el de infección respiratoria aguda (fl. 44 c3). (Subrayado fuera de texto)

Se probó que el 13 de mayo de 2003 a la 2:21 am, reingresó el menor por urgencias, por cuanto desde hacía 5 días presentaba fiebre asociada a tos y chillido respiratorio, habiendo referido la madre que le suministró acetaminofén y *descenfriolito*. El examen físico determinó que el menor registraba FC (frecuencia cardiaca) 80x, FR (frecuencia respiratoria) 20x [60x]², cardiopulmonar ruidos cardiacos rítmicos regulares, no soplos, ruidos respiratorios presentes ambos campos pulmonares. Abdomen: blando, depresible, ruidos intestinales positivos, extremidades normales.

El médico tratante diagnosticó: 1. Síndrome febril agudo y 2. Virosis, ordenando así la realización de paraclínicos (cuadro hemático y plaquetas), cuyo resultado fue normal, esta anotación se registra por el Dr. Gustavo Díaz sin indicar la hora, quien también anotó "control por consulta externa". En consecuencia, ordenó aplicar una ampolla de dipirona 200 mg, y que habría nueva valoración con resultados (fl. 33 c3).

A las 12:40 am del 13 de mayo de 2003, acude nuevamente el menor al servicio de urgencias por cuanto el paciente presenta hace más o menos 3 días: tos, rinitis, fiebre, diarrea, epistaxis, vomito. De la revisión por sistemas, se determinó que el paciente registraba FC 110x, FR 60x, temperatura 38.5, mucosas secas, ORL congestivo, ostocopia: tímpano derecho congestivo, cuello: adenopatía, tórax: ruidos cardiacos rítmicos, murmullo en ambos campos pulmonares, abdomen: normal. Neurológico: irritable. Ante ello, el médico tratante fijó como diagnósticos: IDX: 1. Otitis media aguda, 2. BNM Bronconeumonía? y 3. Síndrome meníngeo?, ordenando así la realización de paraclínicos y decidiendo la conducta a seguir (f. 43 C3).

² El número 20 es ilegible en la historia clínica, la frecuencia de 60x fue corroborada por el Dr. José Antonio Duarte (médico que atendió al menor) en la diligencia de descargos llevada a cabo por el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca el 15 de abril de 2008. (fls. 193 y 195 c3)

A las 16:30, en el formato de epicrisis diligenciado por el galeno Gustavo Díaz, se anotó que el menor hijo de Ninfa Fernández se encontraba en mal estado arrojando el examen físico febril irritable mirada fija estableciendo como diagnóstico meningoencefalitis y como conducta valorativa manejo por pediatría (FL. 43 C3).

A las 16:40, conforme a las notas de enfermería, el infante ingresó al servicio de urgencias, en malas condiciones generales; presentando convulsiones severas, a lo que se dio aviso al doctor Godoy, quién ordenó pasar a reanimación; se solicitó urgentemente al pediatra de turno (fl.9 c2).

A las 17:00, según nota de evolución diaria, el paciente ingresó por posible meningoencefalitis. Se inicia ssn 5M CC kg día, dipirona 200 miligramos, oxígeno 3 lts/mint. Observación neurológica. P/ valoración por pediatría (fl. 45 c1A).

Con registro de la misma hora, en la hoja de evolución diaria hospitalaria, se indicó que el paciente presentaba: fiebre, irritabilidad, intolerancia a la vía oral, emesis en proyectil- en dos ocasiones-, desviación de la mirada. Tratado con acetaminofén y TMP –SMX sin mejoría.⁴

A las 17:10, se señala en las notas de evolución diarias, por el médico Dr Rafael Godoy lo siguiente: siente sin poderle canalizar vena a pesar de muchos intentos, presenta convulsión tónico-clónica generalizada, cianosis, por lo que se pasa a reanimación, comienza con bradicardia, y disneas, se avisa a pediatría quién se presenta inmediatamente en el servicio y se inicia reanimación durante 50 minutos, al cabo de los cuales, fallece (fl. 34 c3).

Con registro en la misma hora, en la hoja de evolución diario hospitalaria, el pediatra tratante consignó: se atiende llamado de urgencias por lactante menor 5 m con mirada fija, movimientos tónico-clónicos generalizados, se intenta acceso venoso femoral sin éxito, presenta bradicardia por lo cual se procede a realizar intubación orotraqueal tubo N° 4 sin complicaciones, se reinicia masaje cardiaco extremo de adrenalina 0.01mg por tubo oro traqueal cada 5 minutos, continuando masaje externó sin éxito. Sobre los 20 minutos se inició ritmo bradicardia que mejora con 0.2 de atropina, 0.2mg por tubo oro traqueal recuperando ritmo, pero cae nuevamente, se intentó acceso intravenoso tibial izquierdo sin éxito, se coloca catéter yugular interno derecho, se coloca 200 cc L. Ringer, continuando masaje cardiaco, adrenalina 0.1 mg Im N°2 sin éxito, suspender maniobras a las 18:25. Luego de una hora de maniobras, pupilas

midriáticas, se realizó punción lumbar post mortem, con autorización familiar (fl. 46 c1A).

Del resultado de la necropsia, realizada el 14 de mayo de 2003, se concluyó que el cerebro, las meninges, y el corazón del menor Dillan Esteban Hernández Arias, se encontraban normales. Su pulmón infiltrado linfocitario intersticial y peri bronquial, hemorragias focales subpreurales e inter alveolares y liquido de edema intra-alveolar. Diagnóstico, según biopsia post mortem: 1. neumonía atípica primaria y 2. edema agudo de pulmón. (fl. 52c1A)

El 26 de febrero de 2008, el doctor Norberto Salamanca León, Magistrado Instructor perteneciente al Tribunal Seccional de Ética Médica de Cundinamarca, elaboró informe de conclusiones sobre el proceso ético N° 1806 promovido por la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot, mismo que tuvo como origen la queja presentada por la señora Ninfa Mercedes Hernández Arias sobre la atención médica brindada a su hijo de 3 meses. Al relacionar la documentación recaudada, historial clínico, examen de necropsia y las versiones libres de los galenos que intervinieron en la atención, concluyó que:

Se trata de un caso desafortunado que evoluciona hasta el fallecimiento del paciente en el cual la conducta de los médicos que intervinieron en el manejo de este niño no fue la adecuada dado que se trata de un lactante menor con cuadro febril de más de 5 días de evolución el cual había que prestarle una atención más acuciosa y por lo menos dejarlo hospitalizado para realizar todos los estudios que están indicados en el cuadro febril del lactante menor. (fl. 178 c3)

Sobre el proceder del Dr José Antonio Duarte, quién atendió al menor el 13 de mayo de 2003 a las 2:30 am, *encuentra un paciente febril con tratamiento instaurado 3 días antes. Sin respuesta al manejo se limita a tomar un cuadro hemático y aplicar antipirético. El doctor debió trasladar inmediatamente al niño al servicio de observación y comentarlo al pediatra de turno. Aún sin esperar los resultados del cuadro hemático. (fls. 178-179 c3)*

En cuanto a la actuación del doctor Gustavo Orlando Díaz Barrera, médico que valoró por primera vez al menor el 13 de mayo de 2003 a las 4:30 am, refirió que: *su intervención es criticable, por cuanto no examinó al paciente nuevamente, en la segunda oportunidad en que lo valora con el fin de precisar la evolución de su cuadro clínico, se limitó a interpretar el cuadro hemático y le dio salida sin verificar por lo menos en qué condiciones se encontraba el paciente siendo exigible por lo menos una nueva toma de temperatura. Destaca que en su segunda intervención el doctor Díaz Barrera ante el llamado de enfermería evalúa al paciente a las 16:00 horas encontrando ya un paciente pre mortem. Aclara que la atención médica*

del Dr. Díaz Barrera a las 16:00 del día 13 de mayo actuó con diligencia desarrolló una conducta ajustada a la lex artis y congruente con el estado clínico del menor, mas no fue así su intervención de las 4:30 am, la que valora el cuadro hemático y ordena control por consulta externa. (fl. 179 c3)

Sobre el proceder del Dr Alberto Jaramillo Velázquez, quien valoró al menor a las 12:40 horas del 13 de mayo de 2003, destacó que *a pesar de encontrar un paciente con deshidratación y signos meníngeos no realiza ninguna actividad congruente con el estado clínico presentada por el menor. Dilató la atención que debió prestarse con mayor prontitud, ordenando que el paciente permaneciera en sala de espera en lugar de iniciar un manejo acorde a las condiciones de acuerdo al diagnóstico que él ya había dado. El menor requería hospitalización, observación continua, manejo con líquidos intravenosos, realizar punción lumbar y una interconsulta inmediata con el pediatra de la institución, conductas que no se realizaron. (fl. 179 c3)*

De la diligencia de descargos realizada el 15 de abril de 2008 al doctor José Antonio Duarte, se destaca que *a las 2:30 AM atiende a lactante menor de 3 meses, que presenta fiebre, tos, movilización de secreciones de 5 días de evolución, recibiendo tratamiento ordenado 3 días antes con acetaminofén, trimetropin sulfa. Al examen físico: FC: 84. Fr 60. Peso 6ks. Temperatura 38.7. mucosas húmedas, sin alteraciones respiratorias ni neurológicas; con diagnosticó de síndrome febril agudo y virosis, ordena aplicar dipirona y realizar cuadro hemático. (fl. 191 c3)*

Así mismo, resalta el médico interviniente que, *el menor al momento de ser atendido no presentaba signos que hicieran pensar en un compromiso grave de su estado de salud; ya que no estaba deshidratado, presentaba leve aumento de la frecuencia respiratoria que se atribuyó a la fiebre la cual se confirmó con la toma de temperatura. Anotó que la frecuencia respiratoria de 60 no era normal porque el paciente estaba febril y es una de las causas de qué puede aumentar la frecuencia respiratoria. (fl. 195 c3)*

En la diligencia de descargos del 6 de mayo de 2008 realizada al Dr. Gustavo Orlando Díaz, puntualizó que, *según se advirtió en la historia clínica de las 2:30 AM, la frecuencia respiratoria era de 20 y no de 60, añadiendo que en el examen físico no había ningún signo que le indicará que se trataba de una patología grave más bien que se trataba de una patología viral. Así mismo al responder al Tribunal de Ética Médica si el niño regresó con fiebre a las 4:30 AM respondió el médico que: yo realmente no valoré al paciente, yo vi la historia clínica a las 4:30 de la*

mañana le habían colocado una dosis de dipirona de acuerdo al peso de él. Yo me basé básicamente en la historia clínica y en lo que estaba consignado. (fl. 208 c3)

El 16 de junio de 2008 la apoderada del Dr. José Antonio Duarte solicitó la terminación del proceso ético por prescripción de la acción. En decisión del 5 de agosto de 2008, se accedió a lo solicitado. (fls. 254 – 255 c3)

2.5. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagra lo referente a la responsabilidad del Estado. Indica que la administración “responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Esto quiere decir, que desde la perspectiva constitucional se previó una fórmula general de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, por acción u omisión de las ramas del poder público.

De la norma constitucional en cita se puede concluir que para imputar responsabilidad a la administración es necesario verificar la existencia de un daño antijurídico, es decir, aquél que la persona no estaba en obligación de soportar, así como efectuar un juicio de imputación, a fin de determinar si jurídica y fácticamente es atribuible a la entidad demanda, o si por el contrario se configura una causal de exoneración de responsabilidad – fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima y/o hecho exclusivo y determinante de un tercero – así como la concurrencia de culpas en la producción del daño.

En el régimen subjetivo de responsabilidad como sistema clásico de imputación, impera la tesis de la culpa, falta o falla del servicio, a través de la cual se pretende indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, o lo que es lo mismo, consiste en la causación de un daño por una persona de derecho público que no ha actuado como debía hacerlo.

De igual forma, el Consejo de Estado ha establecido un régimen de responsabilidad sin culpa u objetiva, que se aplica de forma residual a la falla del servicio y puede darse en dos supuestos, bien por haberse causado por el rompimiento de la carga pública de igualdad – daño especial – o un daño anormal – riesgo excepcional -, esto es, bajo una óptica objetiva de responsabilidad.³

³ Sentencia C.E. 27 de febrero de 2013. 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334).

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad estatal por la prestación del servicio de salud, debe diferenciarse el subsistema administrativo que ofrece las condiciones logísticas, de organización y materiales, del subsistema del acto médico propiamente dicho, para efectos de plantear de manera adecuada el problema y afrontarlo con las herramientas o presupuestos probatorios pertinentes. Desde la anterior perspectiva, la falla del servicio médico puede darse por omisión, negligencia o inoportunidad en la realización de las gestiones administrativas o asistenciales para que el acto médico pueda llevarse a cabo o cumplirse de manera adecuada, así como en la ejecución misma del acto médico⁴.

El Consejo de Estado ha utilizado varios criterios para la determinación de la falla del servicio de salud. En una primera etapa se aplicó la falla probada plena (hasta 1992), lo cual implicaba que el demandante debía probar la falla, el daño y el nexo de causalidad. Al mismo tiempo se aplicó este régimen en dos niveles: i) para evaluar las deficiencias de funcionamiento administrativo o logístico de los servicios médicos y ii) para evaluar el acto médico propiamente dicho. En una segunda etapa (después de 1992) se aplicó la falla probada restringido a lo administrativo, es decir, el demandante debía probar las deficientes condiciones de funcionamiento administrativo o logísticas de los servicios médicos; y con respecto al acto médico se aplicó la falla del servicio presunto y al demandante sólo se le exigía probar el daño y el nexo causal, mientras que la entidad demandada podía exonerarse si: i) acreditaba la actuación oportuna, prudente, diligencia y con pericia; o ii) rompía el nexo causal por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero. En una tercera etapa (después del 2000), se aplicó la carga dinámica de la prueba plena que consistió en que también el paciente o demandante podría estar en mejores condiciones de probar los hechos y no solamente la entidad demandada, sin embargo, el nexo causal debe estar acreditado (probado o por lo menos inferido), aunque admite prueba indiciaria (casi siempre por la dificultad probatoria), es decir, se aplica la teoría de la causa probable del daño.

En 2006, la Jurisprudencia del Consejo de Estado volvió a asumir la posición de que en los casos de responsabilidad médica se debe aplicar la falla probada del servicio,

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente número 17.733 (R-0079), CP. Enrique Gil Botero. "Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la lex artis y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea.

advirtiendo que en estos casos deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, advirtiendo eso sí que para probar dichos elementos “(...) se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. (...)”⁵

Por otra parte, de conformidad con el fallo apelado y su impugnación, en el presente caso se analizará la reparación administrativa de los daños ocasionados a los accionantes por la presunta pérdida de oportunidad a la que fue sometido el menor Dillan Esteban Hernández Arias por parte del Hospital San Rafael de Girardot; al no haber recibido un manejo clínico adecuado a su diagnóstico inicial de infección respiratoria aguda, pasando por alto las señales de alarma propios de una neumonía que puso fin a su vida.

Al respecto, cabe precisar que para el caso *sub lite* la sala deberá dar aplicación a lo que el Consejo de Estado y la doctrina han llamado la “pérdida de oportunidad”, que ha sido entendida por dicha Corporación⁶ en los siguientes términos:

“Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente.

Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.”

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacios. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Expediente No. 15772

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 09 de mayo de 2012. Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

Igualmente, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha precisado⁷ los requisitos para que se estructure la pérdida de oportunidad a fin de obtener reparación judicial. De su jurisprudencia se extrae lo siguiente:

“El daño autónomo por pérdida de oportunidad ha sido definido, bien como la pérdida definitiva de un beneficio respecto del cual existían razonables posibilidades de ser alcanzado, o bien como el padecimiento de un perjuicio que tenía reales probabilidades de ser evitado, sin que en momento alguno existiera certeza de un desenlace favorable a la víctima. (...)

De acuerdo con lo anterior, la Sala ha señalado que los requisitos cuya concurrencia se precisa para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás (...)

(iii)), es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”.

De acuerdo a las providencias citadas, la sala observa que la pérdida de oportunidad es aplicable al asunto que ocupa la atención como pasará a explicarse, pues en el caso se evidencia que el menor DILLAN ESTEBAN HERNÁNDEZ ARIAS contaba con (i) una oportunidad perdida, (ii) una imposibilidad definitiva de evitar el detrimento, y (iii) era potencialmente apto para pretender evitar las consecuencias generadas por su condición médica.

2.6. DEL DAÑO

Para determinar la responsabilidad del Estado, como primera medida debe acreditarse la existencia de un daño en tanto se configura como el primer elemento

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, sentencia del 30 de noviembre del 2017, Radicado: 05001-23-31-000-2005-03194-01(42956), C.P.: Danilo Rojas Betancourt, Actor: Luz Mery Ochoa Peña y otros, Demandado: Departamento de Antioquia.

de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio.

En el presente caso, el daño consiste en la pérdida de la oportunidad del menor Dillan Esteban Hernández Arias de recibir una atención médica adecuada en aras de mantenerse con vida y recuperar su salud.

De acuerdo con el historial clínico, a las 2:30 am del 13 de mayo de 2003, el menor de 3 meses de edad acudió por segunda vez al servicio de urgencias por síntomas de 5 días de evolución, relacionados con fiebre, tos y chillido respiratorio con registro de fiebre y frecuencia respiratoria de 60 veces por minuto. Desde hacía tres días se le había diagnosticado infección respiratoria aguda⁸. La valoración efectuada a las 12:40 horas de ese día arrojó como diagnóstico “bronconeumonía”.

La Guía de Atención de la Infección Respiratoria Aguda del Ministerio de Salud, establece los protocolos de atención médica para este tipo de pacientes. Respecto al diagnóstico y tratamiento consagra:

La clasificación para el manejo estándar de casos de IRA está basada en signos claramente definidos que orientan ante todo dos decisiones de tratamiento: prescribir o no antimicrobianos y tratar al niño en la casa o referirlo para su Hospitalización.

Como la auscultación del tórax en condiciones ideales y por personal muy calificado, predice sólo alrededor de la mitad de los casos de neumonía en niños, se buscan otros signos que son mejores pronósticos de acuerdo a estudios clínicos multicéntricos:

- *Respiración rápida*
- *Tiraje*
- *Signos de enfermedad muy grave*

La respiración rápida o taquipnea es un indicador sensible y específico de la presencia de neumonía. Se considera que la frecuencia respiratoria está elevada cuando:

- *La frecuencia respiratoria es mayor de 60 veces por minuto en lactantes menores de 2 meses.*
- *La frecuencia respiratoria es más de 50 veces por minuto en os lactante de 2-11 meses.*
- *La frecuencia respiratoria es de 40 o más veces por minuto en niños de 1 – 4 años.*

El médico que auscultó al lactante el día 13 de mayo a las 2:30 am, detectó frecuencia respiratoria de 60x, de respiración rápida o taquipnea que, dentro de un diagnóstico previo de Infección Respiratoria Aguda; constituye un signo de enfermedad muy grave. A pesar de ello no consideró el posible diagnóstico de neumonía, solicitando cuadro hemático con plaquetas.

⁸ Subrayado por la sala.

Posteriormente, a las 4:30 am, pasa el menor a valoración del Dr. Gustavo Orlando Díaz Barrera, quien interpreta el cuadro hemático como "normal", ordena tratamiento sintomático y control por consulta externa, sin que le paciente fuese valorado por segunda vez.

Por la edad del paciente, el diagnóstico de Infección Respiratoria Aguda del 10 de mayo de 2003, con un cuadro de evolución de 5 días, debió trasladarse inmediatamente al servicio de observación y al servicio de un pediatra. Aunado a ello, el no haber sido considerado los signos de enfermedad muy grave como razón para un posible diagnóstico de neumonía, inducen a considerar que dejó de suministrarse un diagnóstico y tratamiento adecuados, con lo que se despojó a la paciente de la posibilidad de recobrar sus condiciones de salud y en tal medida de la oportunidad o expectativa de superar el resultado funesto.

Con la autorización del egreso del menor sin una segunda valoración del médico tratante, pese al diagnóstico inicial de Infección Respiratoria Aguda, así como los signos de indicadores específicos de presencia de una neumonía, eliminó toda posibilidad de que el menor obtuviese un adecuado manejo de su enfermedad.

Así las cosas, al encontrarse probado la existencia de daño antijurídico, se procederá a realizar el estudio para determinar si este es imputable a la demandada.

2.7. DE LA IMPUTACIÓN

Como quedó demostrado con las pruebas que obran dentro del plenario, el servicio de urgencias al cual acudió el menor Dillan Esteban Hernández Arias, los días 10 y 13 de mayo de 2003, fue proporcionado por la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot.

El niño de tres meses ingresa al servicio de urgencias el día 10 de mayo de 2003, a las 19:30 horas con motivo de la presencia de fiebre por más de tres días, congestión nasal, rinorrea amarilla, tos seca. El médico de la entidad le diagnostica Infección Respiratoria Aguda, recetando medicamentos y tratamiento en casa.

El 13 de mayo de 2003 a las 2:30 am reingresa al servicio de urgencias con historia de 5 días de evolución de fiebre, asociado a tos, y movilización de secreciones, recibiendo el tratamiento ordenado 3 días antes. Es valorado por el Dr. José Antonio Duarte, hallando al paciente con frecuencia cardíaca de 84x, respiratoria de 60x, temperatura de 38.7. A pesar de la sintomatología y el diagnóstico inicial de

Infección Respiratoria Aguda, brindó manejo atendiendo al cuadro febril, aplicando medicamento y ordenando realización de cuadro hemático.

Su impresión diagnóstica fue de síndrome febril agudo y virosis, sin dejar registro en la historia clínica sobre el cuadro de neumonía que sugería la sintomatología del paciente, de conformidad con la Guía de Atención de la Infección Respiratoria Aguda del Ministerio de Salud.

A las 4:30 de ese día, el Dr. Gustavo Díaz valoró la historia clínica. Al analizar los resultados del cuadro hemático y plaquetas ordena la salida del menor sin realizar una toma de temperatura ni verificar la frecuencia respiratoria, a pesar del diagnóstico inicial de infección respiratoria aguda.

A las 12:40 pm del 13 de mayo de 2003 reingresa nuevamente el menor, el cual es atendido por el Dr. Alberto Jaramillo Velásquez. Del examen físico que le realiza encuentra frecuencia cardiaca de 110 por minuto, frecuencia respiratoria de 60 por minuto, temperatura de 39.5 grados. Impresión diagnóstica: Otitis media aguda, bronconeumonía interrogada. Solicita cuadro hemático, rayos x de tórax y nueva valoración.

Por solicitud de la enfermera, el Dr. Gustavo Díaz Barrera estudia nuevamente al paciente a las 4:00 pm, advirtiendo el mal estado del menor, ordena punción lumbar y manejo por pediatría, quien interviene solo a las 17:10 horas con labores de reanimación que resultaron infructuosas.

Conforme al resultado de necropsia se estableció que Dillan Esteban Hernández Arias presentó neumonía atípica primaria y edema agudo de pulmón.

Se demuestra que el menor recibió un manejo clínico inadecuado al diagnóstico inicial de Infección Respiratoria Aguda. Se omitió la frecuencia cardiaca de 60x como signo de enfermedad grave asociada a un posible cuadro de neumonía. El médico tratante de las 2:30 am del día 13 de mayo brindó manejo de cuadro febril. Posteriormente, valoran su historia clínica, ordenando su salida sin haber realizado un nuevo examen físico, para determinar su temperatura y frecuencia respiratoria.

De esta manera, encuentra la sala que la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot no utilizó los recursos de valoración que se encontraban a su alcance para establecer un diagnóstico y manejo clínico adecuado; lo cual impidió iniciar el tratamiento médico correspondiente frustrando la legítima expectativa de sobrevivencia y recuperación del menor.

2.8. NEXO DE CAUSALIDAD

La evolución jurisprudencial sobre la responsabilidad en los eventos en que el daño consiste en la pérdida de una oportunidad ha conducido a que actualmente se prefiera el estudio del caso bajo el régimen de falla probada, dentro del cual los elementos de la responsabilidad pueden acreditarse a través de cualquier medio de convicción, indiciarios inclusive. Este criterio ha sido precisado particularmente frente al nexo de causalidad en los siguientes términos⁹:

[...] en circunstancias en las que no fuera posible esperar certeza o exactitud sobre la existencia de un nexo causal entre la falla y el daño, el mismo podía tenerse por acreditado si se observaba un “*grado suficiente de probabilidad*”¹⁰, sin embargo, dicha posición fue precisada en el sentido de indicar que hacía referencia al hecho de que el nexo de causalidad puede demostrarse por vía indirecta, es decir, a través de indicios, pero que en ningún momento constituía una excepción al deber que le asiste a la parte demandante de acreditar lo que tradicionalmente se ha denominado como el vínculo de causalidad¹¹ que debe existir entre la falla y el daño para que se estructure la responsabilidad de la administración¹².

Así las cosas, bajo el entendido que el daño acreditado es la pérdida de la oportunidad de que el menor Dillan Esteban Hernández Arias sobreviviera al cuadro de neumonía que le aquejaba y que le resulta imputable fáctica y jurídicamente a la entidad accionada, puesto que incumplió el deber de atención médica adecuada, correspondía a los actores demostrar que entre la falla en el servicio médico y la pérdida de oportunidad existe un vínculo de causalidad.

Al respecto, la Sala advierte que fue la falta de sujeción a los protocolos de atención médica y diagnóstico lo que impidió que el menor fuera tratado oportunamente frente al cuadro de neumonía que sugerían los signos con que ingresó en la madrugada del 13 de mayo de 2003 al servicio de urgencias de la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot, tesis que fue acreditada con la respectiva historia clínica, el dictamen pericial y, especialmente, el informe de conclusiones del Tribunal

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 2 de mayo de 2012. Rad. No. 52001-23-31-000-2003-01349-01(33140)A, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Por ejemplo: Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “*en el sentido de que la paraplejía sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia*”, debía tenerse en cuenta que “*aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar*”, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

¹¹ Sobre las dificultades que dicha terminología implica puede leerse la sentencia de la Subsección B de 29 de agosto de 2013, exp. 29133, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹² Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se sostuvo: “*En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’, que permita tenerlo por establecido. // De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios*”.

Seccional de Ética Médica de Cundinamarca dentro del sobre el proceso ético N° 1806 promovido por la ESE Hospital Universitario San Rafael de Girardot. Si al lactante se le hubiera suministrado el tratamiento a la neumonía que la *lex artis* sugiere frente a los signos que presentaba, se le habría protegido la esperanza de vida, aun si el desenlace fatal se hubiera concretado, dado que las obligaciones en la atención médica son de medio y no de resultado, así como porque el derecho lesionado es el de la expectativa de sobrevivir.

Dicho de otro modo, al no atender los signos del menor como una sospecha de neumonía, pese a que así lo sugerían, se le privó del tratamiento adecuado y oportuno, clara señal de que entre la inadecuada práctica médica y la pérdida de oportunidad de recuperación existe un vínculo de causalidad, conforme lo acreditado por los demandante, sin que la contraparte demuestre circunstancia ajena alguna que hubiera conducido al tratamiento tardío.

No son de recibo entonces las afirmaciones de la parte recurrente en torno a que la los actores no acreditaron el nexo de casualidad, porque los elementos del juicio relevan lo contrario. Adicionalmente, los informes o conceptos que aporta con su escrito de impugnación no pueden ser incorporados como pruebas, debido a que no fueron esgrimidos en las etapas que la ley procesal prevé para el efecto.

2.9. CONCLUSIÓN

De conformidad con el material probatorio y el análisis realizado en la presente providencia, la sala concluye que se configuró un daño antijurídico por la pérdida de oportunidad de sobrevivencia del menor DILLAN ESTEBÁN HERNÁNDEZ ARIAS, el cual es atribuible fáctica y jurídicamente a la E.S.E. Hospital San Rafael de Girardot y por ello oponible a su sucesor procesal, el departamento de Cundinamarca.

2.10. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Dado que este proceso fue iniciado en 2004 y se rige por el C.C.A. esto es el Decreto 01 de 1984, en materia de costas se aplica dicha normatividad.

Por ende, de conformidad con el artículo 171 del C.C.A., al no haberse observado temeridad o mala fe, esta sala se abstendrá de condenar en costas.

Demandante Ninfa Mercedes Hernández Arias y otros
Demandado Departamento de Cundinamarca Como Sucesor Procesal Del Hospital San Rafael De Girardot -
Cundinamarca
Radicado 2043 2004

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia del 31 de julio de 2019 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Girardot, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: No habrá lugar a condena en costas por los argumentos referidos.

TERCERO: Notificar por secretaría la presente providencia.

QUINTO: Una vez ejecutoriada esta providencia, previas las anotaciones secretariales de rigor, **REMITIR** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en sala según Acta del de septiembre de 2020.



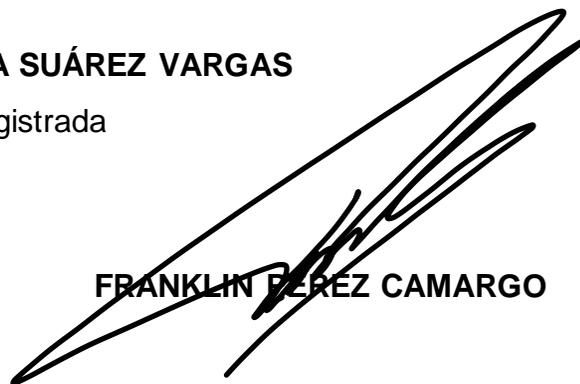
CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS

Magistrada



**HENRY ALDEMAR BARRETO
MOGOLLÓN**

Magistrado



FRANKLIN PÉREZ CAMARGO

Magistrado