



Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Asunto	Proceso ordinario de reparación directa
Radicación No.	11001-33-31-720-2012-00082-00
Accionantes	Jonathan Sterlin Gutiérrez
Accionado	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Sentencia No.	2019-0098RD
Tema	Muerte de menor bajo custodia del ICBF
Sistema	Escritural

Contenido	
1. ANTECEDENTES	2
2. PARTES.....	2
3. LA DEMANDA	2
3.1 HECHOS RELEVANTES	2
3.2 PRETENSIONES	4
4. LA DEFENSA.....	5
4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	5
4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES.....	6
4.3 EXCEPCIONES	6
4.4 RAZONES DE LA DEFENSA.....	8
5. TRÁMITE.....	15
6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	15
6.1 PARTE DEMANDANTE	15
6.2 PARTE DEMANDADA	17
7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	17
8. CONSIDERACIONES	17
8.1 EXCEPCIONES	17
8.2 TESIS DE LAS PARTES	19
8.2 PROBLEMA JURÍDICO	19
8.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	20
8.3.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO	20
8.3.2 ACERCA DEL NEXO CAUSAL - FALLA DEL SERVICIO	20
8.4 CASO CONCRETO	31
8.5 ARCHIVO	31
9. DECISIÓN	31



1. ANTECEDENTES

Agotadas las etapas del proceso declarativo ordinario pasa a proferirse sentencia dentro del presente proceso.

2. PARTES

Son partes del proceso las siguientes:

DEMANDANTE	
Nombre	Identificación
Jonathan Esterlin Gutiérrez	
DEMANDADO	
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	
AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Al momento del fallo la Agencia del Ministerio Público corresponde a la Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá.	

3. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda se resumen a continuación

3.1 HECHOS RELEVANTES

Los hechos se resumen conforme los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

3.1.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO

El 16 de marzo de 2010 se produjo el fallecimiento de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, mientras se encontraba bajo cuidado de la entidad demandada al interior de las instalaciones de la ASOCIACIÓN HOGAR PARA EL NIÑO ESPECIAL

3.1.2 ACERCA DEL DAÑO

El núcleo familiar de la menor fallecida estaba conformado por su madre, la señora BLANCA NIDIA GUTIÉRREZ GÓMEZ y por su hermano JONATHAN ESTERIN GUTIÉRREZ GÓMEZ.

El fallecimiento de la menor causó en su madre un profundo dolor, falleciendo el 9 de noviembre de 2010, como consecuencia de la aflicción causada por la pérdida de su hija.

El hermano de la menor se ha visto afectado por la pérdida de su núcleo familiar, disminuyendo su ritmo de trabajo y sus ganas de vivir.

Como consecuencia del fallecimiento, el demandante ha debido asistir a diferentes diligencias judiciales, notariales y administrativas, lo que le ha significado gastos de transporte y de papelería entre otros.



3.1.3 ACERCA DE LA FALLA EN EL SERVICIO

A la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ se le inició un proceso de restablecimiento de derechos el 20 de octubre de 2008 por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Zona Engativá.

Este proceso se surtió de la siguiente forma:

Fecha	Actuación
2009/03/19	Auto de apertura de investigación, proferido por el Defensor de Familia del Centro Zonal de Engativá del ICBF, ordena como medida provisional de restablecimiento de derechos reubicar a la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ en el Centro de Emergencia "Villa Servita"
2009/04/22	Oficio del Defensor de Familia remitiendo a la menor al Hogar para el Niño Especial, según cupo asignado por la funcionaria del Centro Especializado Revivir.
2009/04/23	La menor ingresa en la Asociación Hogar para el Niño Especial
2009/07/14	Mediante Resolución 079 se declara a la menor en situación de vulneración de derechos, decretándose como medida de restablecimiento su ubicación en una institución especializada para la intención de su discapacidad. Contra esta resolución no se interpusieron recursos. La menor se encontraba al cuidado y protección de la doctora Gloria María Calderón Villalva, en su calidad de Defensora de Familia, adscrita al Centro Zonal Regional Revivir de la ciudad de Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, desde el 28 de agosto de 2009

ACERCA DE LA ATENCIÓN MÉDICA BRINDADA A LA MENOR

Fecha	Evento
2010/03/01	A la menor se le realiza cirugía de corrección de traqueotomía en la Fundación Hospital La Misericordia "Homi"
2010/03/13	Se da de alta a la menor, insistiéndose en el cuidado y recomendaciones a la funcionaria de la Institución que esta al cuidado de la menor
2010/03/15	En horas de la mañana, la menor presenta un cuadro de dificultad respiratoria, siendo llevada al servicio de urgencias del Hospital San Antonio de Chía, lugar en donde se realiza terapia respiratoria aspiración de cánula de traqueotomía, y se le da de alta, indicándose los mismos cuidados del pos operatorio. La menor es reintegrada a la Asociación Hogar para el Niño Especial en horas de la tarde, sin signos de dificultad respiratoria. Hubo ingesta normal y la menor concilia el sueño sin dificultad (informe pericial de necropsia del INML y CF No. 2010010125175000026) Hacia las 20 horas se realiza limpieza de la cánula de traqueotomía y la niña concilia el sueño sin dificultad. El auxiliar de turno efectúa supervisión a las 22 y 24 horas respectivamente, encontrando a la menor dormida y sin signos de dificultad respiratoria. (información tomada de informe pericial de necropsia del INML Y CF No 2010010125175000026)
2010/03/16	A las 2:00 horas, la menor ANA MARÍA LOMBANA TRUJILLO, quien compartía la habitación con la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, informa al auxiliar de enfermería de turno LUIS ARIEL JIMÉNEZ, de la Asociación Hogar para el Niño Especial, que la menor TANIA LORENA se encontraba con dificultad respiratoria. Se inician maniobras de resucitación sin respuesta satisfactoria, falleciendo la menor.



	La menor fallecida al intentar pedir auxilio al personal de la Institución, se encontró con que la puerta se encontraba con candado, hecho por el cual solicitó ayuda a su compañera de habitación, menor quien refiere el día de los hechos: "...entonces la niña Taña me despertó, me mostraba el cuello y la cánula, yo la vi y le dije que tenía y enseguida se quitó eso del cuello y el oxígeno y se acostó en mi cama, yo la vi agitada y golpeé la puerta duro por que estaba cerrada con candado y llamé al profesor....."(Información tomada de diligencia de entrevista personal a la niña ANA MARÍA LOMBANA, proceso de protección de derechos de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ 11L-12-2008)
--	--

La parte actora precisa que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar fue creado mediante la Ley 75 de 1968 y Ley 7ª de 1979, para el cuidado y protección de los menores y fortalecer el menor de edad.

A la Asociación Hogar para el Niño Especial le fue conferida licencia de funcionamiento 3547 del 21 de noviembre de 2008, por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y suscrito contrato de aporte No. 1393 de 2008, válido hasta el 30 de junio de 2010. Decreto 2388 de 1979. La mencionada asociación es un establecimiento adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La menor padeció desde muy temprana edad "Trastorno de conducta N.O.S. (no especificado) trastorno de déficit de atención con hiperactividad, retraso mental leve y estenosis subglótica, razón por la cual requería de mayor cuidado y atención por parte de la demandada, siendo esta directamente responsable de la vida, salud y cuidado de la menor fallecida, así hayan delegado dicho cuidado en el personal de la Asociación Hogar para el Niño Especial, dadas las especificaciones y cuidados ordenados por el médico en cirugía practicada a la menor (información obtenida de la historia clínica de Tania Lorena Gutiérrez Gómez "Homi")

3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones han sido planteadas de la siguiente forma:

"1) Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, es objetivamente responsable por la muerte de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, por las acciones u omisiones presentadas durante la asistencia médica (sic) de cuidado de la menor que determinaron su fallecimiento el día 16 de marzo de 2010 en la Asociación Hogar Para El Niño Especial.

2) Se reconozca la responsabilidad administrativa por la falla en el servicio de sus agentes en el cuidado de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F), y el fallecimiento de la misma el día 16 de marzo de 2010 en la Asociación Hogar Para el Niño Especial.

3) Solicito se condene al demandado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, REPRESENTADA LEGALMENTE POR EL DOCTOR DIEGO MOLANO APONTE, O QUIEN HAGA SUS VECES, al pago equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, por concepto de perjuicios MORALES OBJETIVADOS ocasionados, a favor del aquí demandante señor JONATHAN ESTERLIN GUTIÉRREZ.

4) Solicito se condene al demandado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, REPRESENTADA LEGALMENTE POR EL DOCTOR DIEGO MOLANO APONTE, O QUIEN HAGA SUS VECES, al pago equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, por concepto de perjuicios MORALES



SUBJETIVADOS ocasionados, a favor del aquí demandante señor JONATHAN ESTERLIN GUTIÉRREZ.

5) Solicito se condene al demandado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, REPRESENTADA LEGALMENTE POR EL DOCTOR DIEGO MOLANO APONTE, O QUIEN HAGA SUS VECES, al pago equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, por concepto de perjuicios POR DAÑO EN VIDA EN RELACIÓN O "ALTERACIÓN DE CONDICIONES DE EXISTENCIA" ocasionados a favor del aquí demandante señor JONATHAN ESTERLIN GUTIÉRREZ.

6) Se condene por el demandado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, REPRESENTADA LEGALMENTE POR EL DOCTOR DIEGO MOLANO APONTE, O QUIEN HAGA SUS VECES, al pago equivalente a DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, por concepto de perjuicios MATERIALES ocasionados, a razón de las diferentes diligencias judiciales, administrativas, notariales entre otras que ha tenido que atender mi representado por motivo del injusto, además los gastos por concepto de gastos de transporte en la ciudad de BOGOTÁ, CHÍA, ZIPAQUIRÁ y viceversa, entre otros, a favor de JONATHAN ESTERLIN GUTIÉRREZ.

7) Se condene al demandado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, REPRESENTADA LEGALMENTE POR EL DOCTOR DIEGO MOLANO APONTE, O QUIEN HAGA SUS VECES, al pago de COSTAS Y GASTOS que se causen en el presente proceso a favor del aquí demandante JONATHAN ESTERLIN GUTIERREZ."

4. LA DEFENSA

La parte demandada descurre el traslado de la siguiente forma:

4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

Respecto del proceso de restablecimiento de derechos, la autoridad accionada hace las siguientes precisiones:

Fecha	Evento
2008/10/20	El Centro de Emergencia Villa Servitá pone a disposición del Centro Zonal a la menor Tania Lorena Gutiérrez Gómez, de 10 años de edad, a quien encontró la Policía de Chapinero deambulando por la carretera que va a La Calera (Cundinamarca)
2008/11/18	Mediante acta de amonestación y reintegro la menor fue reintegrada a su núcleo familiar, específicamente a su madre, la señora BLANCA NYDIA GUTIÉRREZ GÓMEZ
2009/02/02	Ingreso de la menor al centro zonal
2009/02/09	Ingreso de la menor al centro zonal
2009/02/26	Ingreso de la menor al centro zonal
2009/03/19	La niña es remitida al Centro de Emergencia "Villa Servitá", para que se le prestaran los servicios de protección respectivos, hasta que se lograra definir su situación socio/legal
2009/04/21	Se le asigna cupo a la niña fallecida en la institución denominada "Hogar para el Niño Especial", ubicada en Chía (Cundinamarca)
2009/04/23	Orden de ingreso suscrita por el Defensor de Familia asignado al caso
2009/07/14	Resolución 070 del 14 de julio de 2009 el Defensor de Familia asignado al caso declara la situación de vulneración de derechos a la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ

De acuerdo con el Informe de la Defensora de Familia que asume el caso, presentado ante la Coordinadora del Centro Especializado de Revivir para ese momento, el 27 de diciembre



de 2011, refiere que: *"la cirugía se realizó el 1 de marzo de 2010, presenta evolución lenta y le dan de alta el 13 de marzo de 2010 con manejo de inhaladores y cefalexina la cual le venían suministrando intrahospitalariamente. Tania Lorena sale del hospital de la Misericordia con recomendaciones de cuidados de la traqueotomía y con oxígeno domiciliario con indicación de retirarlo paulatinamente."*

Es cierto que entre el ICBF y la ASOCIACIÓN HOGAR PARA EL NIÑO ESPECIAL se celebró Contrato de Aporte No. 12.393 de 2008, con vigencia comprendida entre el 1 de diciembre de 2008 y el 30 de junio de 2010, con el objeto de brindar atención especializada en la Modalidad y/o Servicio Atención en Medio Institucional – Centros de Protección Internado con Trastorno Mental, para la garantía, protección y restablecimiento de derechos de menores en situación de inobservancia, amenaza o vulneración, con medida de restablecimiento de derechos, conforme las disposiciones legales, lineamientos y estándares de calidad ICBF vigentes.

No es cierto que la Asociación Hogar para el Niño Especial sea una entidad adscrita al ICBF, ni existe vínculo laboral con ella.

4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La autoridad accionada se opone expresamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4.3 EXCEPCIONES

Como excepciones fueron planteadas las siguientes:

- a. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. Entre el ICBF y la ASOCIACIÓN HOGAR PARA EL NIÑO ESPECIAL, se celebró el Contrato de Aporte No. 1398 de 2008, cuyo objeto era brindar atención especializada en la modalidad y/o servicio atención en medio institucional – centros de protección internado con trastorno mental, para la garantía y protección y el restablecimiento de derechos a menores en situación de inobservancia, amenaza o vulneración con medida de restablecimiento de derechos, conforme a las disposiciones legales, lineamientos y estándares de calidad ICBF vigentes.

Este contrato establece en su Cláusula Vigésimo Segunda la ausencia de relación laboral, cuyo contenido es el siguiente: *"...El presente contrato será ejecutado por EL CONTRATISTA con absoluta autonomía e independencia y en desarrollo del mismo, no se generará vínculo laboral alguno entre el ICBF y el CONTRATISTA y/o sus dependientes si los hubiere."*

A su vez, la Cláusula Vigésimo Primera del contrato establece la indemnidad del ICBF de la siguiente forma:

"EL CONTRATISTA será responsable y mantendrá indemne al ICBF contra todo reclamo, demanda, acción legal y costo que pueda causarse o surgir por daños o lesiones a personas o propiedades de terceros, ocasionados por aquél, sus subcontratistas o proveedores, durante la ejecución del objeto contractual, y terminados éstos, hasta la liquidación definitiva del contrato. EL CONTRATISTA mantendrá indemne por cualquier concepto al ICBF frente a cualquier acción, reclamación o demanda de cualquier naturaleza derivada de daños y/o perjuicios causados a terceros, al ICBF o a cualquiera de sus empleados o funcionarios, que surja como consecuencia directa o indirecta de hechos originados en la culpa o dolo del CONTRATISTA a sus empleados,



agentes o subcontratistas, en la ejecución o con ocasión de la ejecución de este contrato. Así mismo deberá responder por las reclamaciones, de cualquier carácter, por daños causados por su culpa o del personal que se encuentra bajo su dependencia, a terceros o los bienes de éstos, como consecuencia o con ocasión de la celebración, ejecución o terminación del contrato, ya sea por falta de cuidado en el desempeño de su actividad o por cualquier otro motivo que le fuere imputable, debiendo en consecuencia reparar o indemnizar el daño o perjuicio. EL CONTRATISTA asumirá las indemnizaciones, sanciones pecuniarias, multas, pagos y compensaciones que el ICBF tuviere que reconocer a terceros y a autoridades derivados de las actividades del CONTRATISTA, así como los costos judiciales y/o administrativos que demanda la defensa del ICBF y los seguros correspondientes. A estos efectos, este contrato prestará mérito ejecutivo y su suscripción por el CONTRATISTA implica afectación expresa de la presente estipulación, por lo cual no se necesitarán requerimientos o procedimientos especiales para hacerla efectiva. EL ICBF podrá llamar en garantía al CONTRATISTA y/o denunciar el pleito en los términos de los artículos 54 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en caso de presentarse cualquier acción, reclamación o demanda de cualquier naturaleza o proceso administrativo derivado de daños y/o perjuicios causados a terceros, al ICBF o a cualquiera de sus empleados, que surja como consecuencia directa o indirecta de hechos originados en la culpa o dolo de EL CONTRATISTA. Para los efectos de esta cláusula EL ICBF deberá notificar al CONTRATISTA de cualquier proceso, acción, querrela o demanda correspondiente, momento en el cual EL CONTRATISTA deberá asumir todos los gastos, expensas y, en general, coordinar y ejercer una defensa adecuada, aún frente a procesos, acciones, quejas, demandas que sean improcedentes o fraudulentos. No obstante EL ICBF se compromete en todo evento a cuidar los intereses y a proteger los derechos de EL CONTRATISTA y a no celebrar ningún acuerdo que vulnere los derechos de éste. De manera especial EL CONTRATISTA se obliga a mantener indemne a EL ICBF, a sus empleados y a terceros, imputables a la deficiencia, negligencia o culpa del CONTRATISTA, con ocasión de la ejecución del presente contrato (ii) por reclamaciones de tipo laboral presentadas por el personal que el CONTRATISTA o su subcontratistas hayan contratado para la ejecución del presente contrato, (iii) por incumplimiento de las leyes, decretos y reglamentación vigente, o por la negligencia y deficiente calidad con que se ejecuten las actividades a cargo del CONTRATISTA. PARÁGRAFO.- La responsabilidad del CONTRATISTA por hechos o conductas que hayan tenido lugar a partir de la firma del contrato y hasta la terminación del mismo, en los términos indicados en esta cláusula, subsistirá por el término de caducidad de las acciones correspondientes a pesar de la terminación del mencionado contrato. En consecuencia, el CONTRATISTA se obliga a pagar las indemnizaciones a que haya lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la reclamación por parte del afectado. Cualquier controversia entre las partes sobre la procedencia de la reclamación o sobre el monto de la indemnización será dirimida a través de los mecanismos de solución directa de controversias”

LO ANTERIOR ORIGINA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, Y POR ENDE UN FALLO INHIBITORIO.

- b. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA ENTIDAD A QUIEN SE LE IMPUTA RESPONSABILIDAD. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, permiten deducir que el demandado no es el responsable de los perjuicios que reclama la parte actora.



Existe el deber de reparar la lesión sufrida por la víctima de un daño causado por la gestión del Estado, cuando ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo, por lo tanto, deberá la parte actora probar de manera fehaciente, que el Estado fue el causante del daño sufrido por la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ.

- c. EXCEPCIÓN GENÉRICA. Corresponde al juzgador declarar de manera oficiosa como probada cualquier excepción que así encuentre.

4.4 RAZONES DE LA DEFENSA

Las razones de la defensa pueden ser resumidas de la siguiente forma:

4.4.1 ACERCA DE LA NATURALEZA Y FUNCIONES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado por la Ley 7ª de 1979 y su decreto reglamentario 2388 e 1979, correspondiéndole la prestación del servicio público de bienestar familiar, correspondiéndole ser el Coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, Decreto 1137 de 1999, Artículo 3 Numeral 2.

En virtud de tales postulados, la atención integral a los menores se realiza de manera preferente, a través de Hogares Infantiles, Hogares Comunitarios de Bienestar e Instituciones de Protección vinculadas al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

El ICBF tiene entre sus objetivos y funciones el de proteger y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos.

Si bien es cierto es función del Estado proteger al menor, no es menos cierto que es responsabilidad de los padres la formación y cuidado de sus hijos, de forma que las acciones del ICBF no sustituyen la responsabilidad de la familia, solo cuando los padres o demás personas legalmente obligadas al cuidado del menor no estén en capacidad probada de hacerlo, corresponde al ICBF asumir la responsabilidad dentro de su competencia, con criterio de subsidiariedad.

La Constitución Política es reiterativa respecto de la protección de los derechos inalienables de la persona y entre ellos "ampara la familia como institución básica de la sociedad", además señala que con relación a la protección de los niños, está a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, quienes tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico integral.

Consecuencia obligada de la importancia de la constituyente de 1991 atribuyó a la Familia, en su carácter de institución fundamental para el normal desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y a no ser separado de ella. El menor no podrá ser separado de su familia sino en las circunstancias especiales definidas en la Ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo.

El ICBF dispuso una medida de restablecimiento de derechos a favor de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, al comprobar que estaba en estado de presunto o inminente peligro, y por tal razón la Defensora de Familia debía adoptar las medidas de protección respectivas.



Sobre el particular, la Ley 1098 de 2006, al regular las medidas de restablecimiento de derechos estatuye:

Artículo 53:

Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este Código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

"4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no proceda la ubicación en los hogares de paso."

Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente Ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes...

Deben entonces las decisiones tomadas por los defensores de familia con fundamento en el ordenamiento vigente, ser analizadas al momento de proferirse el fallo, pues en la demanda se afirma que el ICBF fue negligente en la atención de la menor que se encontraba bajo su custodia, pues tenía el deber de cuidarla y de protegerla, ejecutando todas las medidas a su alcance para darle el bienestar, y no tomar la custodia para desmejorar la situación en la que se encontraba. No se han precisado ni probado las condiciones en las que se produjo la intervención del demandado.

Frente a casos como el planteado por la parte actora, la Jurisprudencia ha sostenido que para que se declare la responsabilidad patrimonial, es necesario que se configure una falla en el servicio, que exista un daño y una relación de causalidad entre uno y otro, elementos que no se configuran en el presente caso por las siguientes razones:

4.4.2 ACERCA DE LA ATENCIÓN PRESTADA A LA MENOR

La documentación aportada a la defensa por el Instituto evidencia que la Defensora de Familia del ICBF Regional Bogotá, asignada presenta informe pormenorizado desde el momento de la llegada hasta el momento del fallecimiento, del cual se destaca lo siguiente:

"1. Se presentaron dos Informes sobre el deceso de Tania Lorena de fechas, 16 y 20 de marzo de 2010, a la coordinadora del Centro Zonal Revivir y a la Directora Regional del ICBF

2.- El 18 de marzo se oficia al Fiscal, Mario William Hernández Muñoz, de Zipaquirá solicitando informar las razones por las cuales califica la noticia criminal como "DELITO - HOMICIDIO", observando que el certificado de defunción No. 80436981-4 en la casilla correspondiente a PROBABLE MANERA DE MUERTE SE INDICA EN "ESTUDIO". El 25 de marzo de 2010, el asistente judicial IV, certifica: "... Dicho proceso está en investigación, con lo



cual se busca determinar causa de la muerte y tipo penal a tipificar, no sobra aclarar que teniendo en cuenta la existencia de un cuerpo sin vida acreditada mediante acta de inspección el fiscal que conoció el caso en su momento a manera de HIPÓTESIS LO TIPIFICÓ COMO UN HOMICIDIO, no obstante se reitera que el juicio de tipicidad definitivo se formulara una vez haya finalizado la investigación de los hechos."

En este mismo sentido la Directora Regional encargada, Rosa María Navarro Ordoñez, también ofició al Fiscal de Zipaquirá.

El 23 de marzo de 2010 se recibe informe médico de la doctora MÓNICA ORTEGA GAITÁN, en donde se consigna lo siguiente:

"Ingresa a la institución con diagnóstico de retraso mental leve, discapacidad cognitiva de grado no especificado, deterioro del comportamiento significativo, trastorno orgánico de la personalidad y del comportamiento debido a su enfermedad. Lesión y disfunción cerebrales, trastorno depresivo de la conducta asociado a trauma craneoencefálico, estenosis subglótica subsecuente con traqueotomía. Es independiente en actividades de la vida diaria y actividades básicas cotidianas. Al ingreso la médica psiquiatra diagnóstica trastorno de conducta no especificado, trastorno de déficit de atención con hiperactividad, retraso mental leve y estenosis subglótica subsecuente con traqueotomía.

"Tiene como antecedente importante haber sufrido a los 3 años de edad trauma craneoencefálico severo que amerito entubación endotraqueal por tiempo prolongado aproximadamente 6 meses lo que ocasiono estenosis subglótica que ameritó traqueotomía.

"En diciembre de 2009 se hospitalizo en el Hospital la Misericordia por extracción accidental de la cánula donde le realizaron dilatación del estoma con balón sale con Dx. de: Funcionamiento defectuoso de la traqueotomía y por esto es programada para efectuar laringotraqueoplastia... Se realizó seguimiento por neumología pediátrica, otorrinolaringología y terapia respiratoria.

"La cirugía se realizó el 1 de marzo de 2010, presenta evolución lenta y le dan de alta el 13 de marzo de 2010 con manejo de inhaladores y cefalexina la cual le venían suministrando intrahospitalariamente, Tania Lorena sale del hospital de la Misericordia con recomendaciones de cuidados de la traqueotomía y con oxígeno domiciliario con indicación de retirarlo paulatinamente.

"Durante su post-operatorio se siguieron estrictamente las indicaciones de egreso hospitalario y como medida preventiva se ubica a la usuaria en un cuarto dentro de la casa, frente a la enfermería para mantenerla vigilada y supervisada permanentemente. En esta habitación se encuentran tres usuarias dependientes en el desarrollo de sus ABC, los auxiliares de enfermería, LUIS ARIEL JIMÉNEZ y SARA MARCELA SÁNCHEZ, REALIZABAN SUPERVISIÓN CONSTANTE, SUPERVISANDO CUIDADOS BÁSICOS DE LA CÁNULA. (Resaltado fuera de texto).

"El 15 de marzo en la mañana se traslada a Tania al Hospital San Antonio de Chía a urgencias, el médico la valora y le ordeno terapias respiratorias, limpieza de la cánula y le da de alta.



"Llega a la institución sin presentar signos de dificultad respiratoria, durante el día recibe alimentación de manera habitual, en la noche el auxiliar le hace limpieza de cánula de traqueotomía, la niña concilia el sueño, los auxiliares de turno realizan la ronda habitual a las 22 y 24 horas encontrado a la niña dormida tranquila.

Siendo la una de la mañana del 16 de marzo el auxiliar Luis Ariel fue alertado en la puerta de la habitación por golpes que realizaba la niña Ana María Lombana quien manifestaba que Tania estaba en la cama ahogada, inmediatamente trato de reanimarla llamando a todos los auxiliares pero la niña no respondió estaba sin signos vitales."

Se anexa resumen de la historia de hospitalización de Tania del 1 y del 13 de marzo de 2010 expedido por el Hospital La Misericordia. En cuanto a la Historia Clínica del Hospital San Antonio de Chía, no fue entregada en tanto mediante sentencia T-650 de 1998 de la Corte Constitucional, la historia clínica de un paciente fallecido se entrega a una autoridad judicial.

4.4.3 ACTUACIONES POSTERIORES AL FALLECIMIENTO

El 5 de abril de 2010 la Defensora de Familia oficia al Fiscal Seccional Tercero de Zipaquirá, informando que cualquier situación que requiera respecto de Tania Lorena sería atendida.

Se ofició a Medicina Legal, Hospital San Antonio de Chía, solicitando la necropsia. Se recibe llamada telefónica y se manifiesta que este será enviado directamente a la Fiscalía de Zipaquirá.

Se entrevistó al enfermero auxiliar LUIS ARIEL JIMÉNEZ quien manifestó:

"Ese día 15 de marzo recibí el turno a las 6 de la tarde ...recibí a la niña normal con buen ánimo , se le facilito los medicamentos, se acostaron como de rutina, se realizó revisión y limpieza de la traqueotomía a las 10 y 12 de la noche se realizó revisión general, la niña estaba saturando bien, datos que fueron registrados, a esa hora la niña estaba dormida y tranquila al lado de tres usuarias... siendo aproximadamente las 12 y 55 de la madrugada escuche unos golpes fuertes en la puerta de la habitación acompañado de unos gritos por Ana María Lombana, acudí inmediatamente, cuando ingrese a la habitación encontré a Tania acostada en la cama de Ana María y sin la cánula de inmediato procedí a colocarle la traqueotomía y suministrarle el oxígeno, le tome signos vitales... la niña no respondió, la niña falleció. Se llamo a la policía, esta dijo que era competencia de la Sijin, quienes se presentaron al otro día a la 11 de la mañana..."

La menor ANA MARÍA LOMBANA declaró lo siguiente:

"...Conocí a Tañía no éramos tan amigas, pero compartía con ella, recuerdo que usaba cánula en el cuello, se la retiraba mucho para jugar e introducirse cosas, una vez se metió palitos de escoba, " Se le pregunto sobre lo que había sucedido con Tania y respondió: " Yo estaba durmiendo en el mismo cuarto con Tania, nos habíamos acostado tranquilas, los profes entraron como 4 veces al cuarto a revisarnos, entro el profe Ariel y la profe Sara, bueno yo me dormí, entonces la niña Tania me despertó me mostraba el cuello y la cánula, yo la vi le dije que tenía y se quitó eso del cuello y el



oxígeno y se acostó en mi cama, yo la vi agitada y golpee la puerta duro porque estaba cerrada con candado y llame al profesor, el rápido llegó, la llamo y Tania no respondió, él le puso el oxígeno y la reanimaron, ahí llegaron los otros profes y nos sacaron del cuarto, al otro día supe que Tania estaba muerta...”...

El Coordinador del Programa Trastorno Mental de AHPNE Sede Chía manifestó en informe recibido el 12 de abril de 2010 lo siguiente:

“... siempre hubo oxígeno disponible para el manejo de Tania. La niña salió con orden del hospital de ir disminuyendo progresivamente la administración del oxígeno por lo cual en el día tenía periodos en los que no se utilizaba como durante el baño o la ingesta de alimentos... La trabajadora social que lleva el proceso no manifestó ningún tipo de maltrato físico ni moral al interior de la asociación. En alguna ocasión durante su hospitalización manifestó que en algunos momentos era tomada del brazo por parte de la enfermera para llevarla a los lugares donde debía estar con el grupo o en otros momentos para retirarla de los sitios donde no debía estar... Se anexa protocolo de inmovilización, este es una necesidad inherente a las características de la patología de la población usuaria. Existe en el programa el cuarto de contención donde se neutraliza de ser estrictamente necesario a usuarios con comportamientos violentos y agresivos contra sus compañeros o contra sí mismos Este procedimiento obedece a un protocolo avalado por psiquiatría, la medida no se aplica durante las 24 horas del día ni es un castigo, es una medida que busca salvaguardar la integridad física del mismo usuario o de los demás integrantes de la institución. EN EL CASO DE TANIA LORENA SE REALIZÓ CONTENCIÓN MECÁNICA EN EXTREMIDADES SUPERIORES POR PERIODOS DE 15 MINUTOS YA QUE TANIA EN REITERADAS OCASIONES OBSTRUÍA SU CÁNULA CON OBJETOS QUE PONÍAN EN RIESGO SU INTEGRIDAD FÍSICA, COMO TAMBIÉN EL INTENTO DE RETIRAR LA CÁNULA...Tania venía presentando inquietud motora, baja permanencia en actividades ocupacionales básicas y de escritorio que dificultaban el cumplimiento de objetivos, inclusive las de auto cuidado colocando en riesgo la funcionalidad de la cánula, la cual le permitía respirar, LO ANTERIOR SE PRESENTABA DADO SU DEFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD, no obedecía órdenes y se presentaba conflictiva en la relación con sus pares...Hasta el momento de su muerte se tenía medicada con Haloperidol, ...Clonazepan y Acido Valproico, la razón de estos medicamentos se controlaba síntomas como su ansiedad, inquietud motora y ayudar a estabilizarla afectivamente”. Se anexa protocolo de inmovilización y registro de inmovilización a Tania.”

El informe de resumen de la historia clínica firmado por el psiquiatra y médico de la Institución, sobre el particular informa:

“... Se efectuaron los siguientes diagnósticos...Trastorno de conducta no especificado, trastorno de déficit de atención con hiperactividad, retraso mental leve y estenosis subglótica.”

“Tiene como antecedentes importantes de haber sufrido T.C.E severo a los 3 años de edad por lo que se entubo por largo tiempo, aproximadamente 6 meses y ocasionando estenosis subglótica que amerito traqueotomía. El ingreso se efectuó porque venía presentado serios problemas de comportamiento a la vez que había negligencia familiar por abandono del cuidado tanto de su patología orgánica como psíquica.



*"Durante su estancia el manejo de su patología orgánica consistió en cuidados básicos de la traqueotomía, seguimientos por neumología pediátrica y otorrinolaringología, en el Hospital de la Misericordia estaba siendo manejada con salbutamol inhalador y beclometasona inhalador. Como dato relevante hacia el 11 de diciembre de 2009 la niña fue llevada al HOMI por haber presentado trauma por arrancamiento de cánula y le efectuaron dilatación del estoma con balón ORL, pasa nueva cánula de traqueotomía y queda en hospitalización y sale de alta sin complicaciones y efectúan diagnóstico de **FUNCIONAMIENTO DEFECTUOSO DE LA TRAQUEOSTOMIA** y por eso es programada para efectuar **LARINGOTRAQUEOPLASTIA**.*

"La cirugía fue realizada el primero de Marzo de 2010 presentando evolución lenta hacia la mejoría y le dan de alta el 13 de Marzo con manejo de inhaladores y cefalexina que ya le venía administrando intrahospitalariamente, ese mismo día es traída a la Asociación y se le continúa brindando los cuidados y medicación formulada y el oxígeno domiciliario.

"A pesar de todo esto la menor presenta el 15 de Marzo en la mañana un cuadro de dificultad respiratoria, se llevó al servicio de urgencias del Hospital san Antonio de Chía, allí es valorada por médico y realizan terapia respiratoria, aspiración de cánula de traqueotomía y la dan de alta con las mismas indicaciones de cuidado que salió del post-operatorio, hubo ingesta alimentaria adecuada. Hacia las 20 horas le realizan nuevamente limpieza de la cánula de traqueotomía y la niña concilia el sueño sin dificultad, un auxiliar de turno efectúa revisión a las 22 y 24 horas encontrando a la menor dormida sin signos de dificultad respiratoria. Hacia las 2:00 horas del 16 de marzo es alertado por otra compañera de la habitación de que Tania se había quitado el oxígeno y estaba con dificultad respiratoria. Hay presencia inmediata de este quien refiere encontrar a la paciente en estado de inconsciencia porque no respondió a estímulos físicos externos y en colaboración con otro auxiliar inician maniobras de resucitación sin respuesta satisfactoria, falleciendo la menor."

Mediante la Resolución No. 10 del 12 de abril de 2010 se ordena el cierre del expediente de restablecimiento de derechos por fallecimiento.

4.4.4 MARCO JURÍDICO

La Constitución Política de 1991 prevé que el Estado sea responsable patrimonialmente de los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

A su vez, el Artículo 2341 del Código Civil enuncia lo siguiente: *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".*

De otra parte, es causal de exoneración de la responsabilidad el hecho de un tercero, tal como lo prevé el Artículo 2347 del Código Civil de la siguiente forma: *"toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado..."*

Conforme lo prevé el Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico"*



que aquellas persiguen...", lo que significa que la carga de la prueba corresponde a quien hace las afirmaciones, con excepción de las afirmaciones o negaciones indefinidas y los hechos notorios.

Para que exista responsabilidad patrimonial del Estado y en consecuencia exista lugar a su declaración, deben establecerse los siguientes elementos:

- EL DAÑO: La imputación del daño, que reemplaza la causalidad. El daño antijurídico o fundamento de la imputación del daño:
 - Fundamento del deber preparatorio
 - Frente al daño, en los casos en estudio, debe verificarse que esté demostrado, es la ocurrencia del accidente.
- LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO: Determinar quién es su autor y la relación de causalidad del perjuicio y el autor mismo.

En el presente caso, se tiene que la demanda está soportada en la muerte de TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ.

De la relación de los hechos de la demanda se desprende que la menor recibió la atención médica adecuada por parte de las personas que la tenían bajo su responsabilidad. Cuando observaron que su estado de salud ameritaba traslado a Centro Hospitalario, este fue llevado a cabo y de la revisión de la historia se tiene que la niña se encontraba bajo cuidado permanente del personal asistencial. No puede ignorarse el hecho de que la menor presentaba un cuadro clínico de pronóstico crítico desde temprana edad.

No está acreditada la responsabilidad del demandado por la muerte de la menor, toda vez que no existe prueba que vincule al ICBF con el hecho dañoso, pues este solamente puede ser imputado a su causante, rompiéndose de esta forma el nexo de causalidad.

Se destaca que la Asociación Hogar para el Niño Especial, con quien la demandada suscribió el contrato de aportes No. 1393 de 2008, no está adscrita al ICBF. Es una entidad que recibe aportes del demandado, pero con quien no existe vínculo laboral ni solidaridad.

Respecto del daño a la vida de relación y demás daños relacionados por la parte demandante, se recalca que no se aporta con la demanda sustento legal alguno que permita al juez establecer en qué consistió el daño sufrido por los actores en virtud del fallecimiento de la menor. Se limita a citarlos y a anexar los documentos de identidad y registro civil, hecho que solo prueba la legitimación. Sobre esta forma de daño ha dicho la jurisprudencia lo siguiente:

"es una clase de perjuicio extra patrimonial distinto del moral porque en éste lo que se afecta es la vida exterior y no las condiciones interiores de la persona. El daño a la vida de relación es la modificación del comportamiento social de quien lo padece. La existencia de este perjuicio como la de los demás puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede presumirse en razón de las circunstancias particulares del caso¹".

¹ Nota de Relataría: Ver sentencias del 19 de julio de 2000, Exp. 11842 y del 2 de octubre de 1997, Exp. 11652



En este caso, no está demostrado que la ausencia de la menor fallecida haya generado en el demandante una alteración de las relaciones familiares, psicológicas o laborales, entre otras.

No es claro en qué consiste la pérdida que habría sufrido la familia de la menor, pues si bien es cierto que la muerte de un ser querido causa aflicción y tristeza, este perjuicio no se encuentra demostrado, sin que pueda presumirse del simple parentesco.

Se tiene entonces que en el fallecimiento de la menor no estuvo involucrada alguna conducta o actuación, ni por acción ni por omisión, de un servidor público del ICBF, por lo que no le corresponde entonces responder por la indemnización reclamada por la parte actora, siendo procedente denegar las pretensiones de la demanda.

5. TRÁMITE

Las principales actuaciones dentro del proceso se surtieron de la siguiente forma:

Actuación	Fecha
Admisión de la demanda	2012/05/29
Apertura a pruebas	2013/09/24
Traslado para alegar	2018/11/08
Al Despacho para fallo	2018/11/27

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

6.1 PARTE DEMANDANTE

El alegato de conclusión de la parte demandante obra a folios 398 y siguientes.

Se indica en esta oportunidad que está demostrado que la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ se encontraba bajo el cuidado del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR desde el momento en que sus funcionarios deciden iniciar el proceso de restablecimiento del derecho de la mencionada menor, proceso administrativo dentro el cual se ordenó su traslado a la ASOCIACIÓN HOGAR PARA EL NIÑO ESPECIAL, traslado ordenado por el ICBF, lo que demuestra que se encontraba la demandada a cargo del menor, por lo que le correspondía garantizar su seguridad.

Está demostrado que, al momento de su fallecimiento, la menor tenía cumplidos 10 años de edad, por lo que no tenía la capacidad para autodeterminarse y autoprotegerse, siendo una persona en condiciones de vulnerabilidad y/o debilidad manifiesta, requiriendo entonces del 100% de la atención de sus protectores, ya fueran vinculados directa o indirectamente por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

La demandada pretende que se le exonere de la responsabilidad que se le imputa por la parte actora aduciendo no ser los autores del hecho dañoso, pues la menor se encontraba en la Asociación Hogar para el Niño Especial, con el cual la demandada tenía un contrato de aporte, lo cual no resulta procedente en tanto está demostrado que dicha institución estaba vinculada con la demandada.



Debe tenerse en cuenta que no importa el tipo de contratación que la demandada tenga con el Hogar para el Niño Especial, pues corresponde a la demandada verificar el cumplimiento del contrato, prevenir cualquier tipo de hecho dañoso, verificar la aplicación de la normatividad legal, administrativa, constitucional y demás pautas que rigen al ICBF, las cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de toda asociación, institución, entidad o persona natural que de cualquier forma se encuentre vinculada al ICBF. Es por ello que el ICBF no puede excusarse de haber cometido el hecho dañoso acaecido con el fallecimiento de la menor, aduciendo que el responsable fue la asociación.

Las pruebas aportadas dan cuenta de la posición de garante que tiene el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respecto de la vida e integridad de la menor frente a la posibilidad de que se causara daño a sí misma, teniendo entonces el deber jurídico de cuidado, con todo lo que ello implica. La asociación es solo un agente, desconociéndose si directo o indirecto, pues la demandada no lo demostró. No obstante, la asociación es un agente cumpliendo una función pública en nombre del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pudiendo este último impedir el daño a pesar de lo cual se abstuvo de hacerlo.

Si bien es cierto que la menor fallecida padecía de una afección desde los 3 años de edad, las pruebas documentales aportadas demuestran cómo era su estado físico y psicológico al momento de su deceso, la entidad demandada por intermedio de su representante delegada para el caso de restablecimiento de derechos de la menor, fue testigo de la cirugía realizada, los traslados al Hospital de Chía y a la Fundación Hospital La Misericordia HOMI de Bogotá. Debido a la cirugía, cómo se explica que a pesar de que los funcionarios del ICBF estuvieron presentes en sus traslados, no verificaran que la asociación en la que decidieron alojar a la menor tuviera la infraestructura y personal suficiente y calificado que pudiera ejercer el deber de cuidado que debía tener la menor. Téngase en cuenta que la historia clínica refleja cuál era su cuadro clínico y las especiales recomendaciones médicas entregadas por los médicos, es decir, el personal que debía cuidar a la menor no podían ser simples auxiliares de enfermería, no pudiendo dejarse de lado el hecho de que al momento del fallecimiento de la menor, ni esta ni su compañera de cuarto habrían podido pedir y recibir auxilio prontamente, pues el cuarto se encontraba con candado, versión entregada por la compañera que dormía con la menor fallecida.

Según el reporte entregado, el cuarto de la menor se encontraba más cerca de la enfermería que los demás cuartos, surgiendo duda del porqué se encontraba el cuarto con candado. No había cámaras de vigilancia y se hacían las rondas cada dos horas, cuando el cuadro clínico de la menor exigía un especial cuidado y vigilancia debido a la cánula que le había sido colocada y que le permitía respirar, debiendo verificarse el correcto funcionamiento del oxígeno entregado por el Hospital para la menor, situación que exigió que estuviera hospitalizada más días de los necesarios, dado que no se autorizaba el oxígeno, concluyéndose de esta forma que ni los auxiliares de enfermería ni el médico psiquiatra que habilitaban la asociación Hogar para el Niño Especial, cumplían a cabalidad los parámetros de cuidado que debía tener el lugar en el cual estuviera reclusa la menor fallecida, como se puede verificar de las mismas respuestas enviadas por la representante legal de la Asociación y las versiones rendidas por los auxiliares de enfermería que rindieron declaración.

El protocolo utilizado es más de tipo psicológico, mental y nutricional, pero no es el requerido para una paciente con las especiales características de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, pues ni siquiera tenían el equipo y materiales para realizar la aspiración de secreciones por traqueostomía de la menor fallecida, tal como lo reconociera el auxiliar de enfermería LUIS ARIEL JIMÉNEZ BEJARANO, quien manifestó que para dicha limpieza acudían con la menor al Hospital de Chía diariamente, aunque en la historia clínica enviada por el Hospital de Chía, no se observa que se hubiera ingresado a la menor para dichas limpiezas desde que fuera dada de alta del Hospital de la Misericordia en Bogotá.



La Asociación tampoco contaba con carro de emergencias, siendo obvio que ante cualquier emergencia no podrían responder con los medios e infraestructura necesarios para salvaguardar la vida de la menor, situación que deja ver la negligencia en que incurrió la demandada al no verificar directamente las instalaciones, infraestructura y personal médico a cargo del cuidado directo de la menor fallecida.

El único médico que habría podido eventualmente realizar una verdadera maniobra de primeros auxilios no se encontraba de turno, pues el doctor RAMIRO MENDOZA sólo cumplía turnos diurnos y no nocturnos, ejerciendo consultas de tipo siquiátrico, tal como lo manifestó en su declaración.

El material probatorio recaudado da cuenta de la responsabilidad que debe ser imputada y condenada a resarcir la demandada debido a su falla en el servicio, pues no previno la comisión del hecho dañoso, debiendo hacerlo.

El demandante ha sufrido las consecuencias del hecho dañoso, teniendo en cuenta que es el hermano de la menor fallecida y para el momento de los hechos tenía cumplidos 18 años, hasta ahora iniciando la vida, sufrió el doble daño al perder primero a su hermana menor y luego a su madre, quien falleciera seis meses después debido a la depresión ocasionada con la pérdida de su hija.

6.2 PARTE DEMANDADA

La parte demandada se abstuvo de alegar de conclusión.

7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto en el presente caso.

8. CONSIDERACIONES

Pasa a resolverse el problema jurídico y a emitirse pronunciamiento de fondo acerca de las pretensiones de la demanda.

8.1 EXCEPCIONES

Se resuelven las excepciones propuestas por la parte demandada.

8.1.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Se sustenta esta excepción indicando que en virtud del contrato existente entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la asociación HOGAR PARA EL NIÑO ESPECIAL, este último tiene la obligación de garantizar la indemnidad del contratante respecto de la responsabilidad patrimonial respecto de terceros que de su desarrollo se derive.

Respecto de la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respecto de los daños sufridos por menores al interior de las instalaciones de contratistas, se ha establecido por la Jurisprudencia respecto de los hogares comunitarios y de los contratos de aporte lo siguiente:



"En Colombia desde la ley 7 de 1979, se estableció el Sistema de Bienestar Familiar entendido como un servicio público a cargo del Estado, dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. En ese ordenamiento, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (establecimiento público), con competencia a nivel nacional. De otro lado, es posible que el ICBF celebre o suscriba una clase de negocio jurídico especial con particulares –fundamentalmente con asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro o con personas de elevada solvencia moral– denominado contrato de aportes, con la finalidad de que esos sujetos privados de manera armónica con el Estado, colaboren en la prestación del servicio de Bienestar Familiar.

(...)

Esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes, en los siguientes términos: (...) Es factible que entre la administración de un hogar comunitario y el ICBF medie un contrato estatal de aportes, sin que esta circunstancia mute o transforme el servicio que se presta, es decir, el público y esencial de bienestar familiar encaminado a la protección específica de la niñez colombiana y, de manera concreta, a la protección y efectividad de los derechos contenidos en el artículo 44 de la Carta Política, tanto así que el parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 89 de 1988, precisó de forma enfática que: "El incremento de los recursos que establece esta Ley se dedicará exclusivamente a dar continuidad, desarrollo y cobertura a los Hogares Comunitarios de Bienestar de las poblaciones infantiles más vulnerables del país. Se entiende por Hogares Comunitarios de Bienestar, aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país."

(...)

Como se aprecia, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que es posible imputar daños ocurridos al interior de hogares comunitarios –inclusive los desencadenados directamente por la acción u omisión de la madre comunitaria– al ICBF, puesto que el establecimiento público no se desprende de la dirección, control y vigilancia del servicio público que en esos centros de atención se presta a la niñez, circunstancia suficiente para decidir de manera desfavorable el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de aquéllos. Por lo tanto, mal hace la institución demandada, dada la relevancia del servicio público que se presta en los hogares comunitarios, en invocar de manera velada una falta de legitimación en la causa por pasiva cuando la ley, la jurisprudencia y toda la actuación administrativa que reposa en el proceso apuntan a demostrar lo contrario, esto es, que el ICBF es el primer llamado a afrontar si de los supuestos fácticos que se juzguen, en cada caso concreto, se genera



*responsabilidad patrimonial por la existencia de un daño antijurídico que le sea imputable.*²

Aplicado este precedente al caso concreto se tiene que si bien la jurisprudencia ha establecido una línea respecto de los hogares comunitarios, la organización responsable del establecimiento en el que se encontraba la menor al momento de su fallecimiento corresponde a una asociación sin ánimo de lucro con un objeto específico, que considera el Despacho que aunque no se asimila a un hogar comunitario, sí colabora en virtud del contrato de aporte con la prestación del servicio público de bienestar familiar, de manera que no se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, siendo entonces necesario resolver de fondo respecto de su injerencia en la producción del resultado.

8.1.2 GENÉRICA

El Despacho deja constancia que no encontró como probada alguna excepción que pueda ser declarada de oficio.

Resueltas las excepciones, pasa a resolverse de fondo acerca de las pretensiones de la demanda.

8.2 TESIS DE LAS PARTES

La parte demandante sostiene que la muerte de su menor hermana le produjo perjuicio moral y a la vida de relación, resultado que tuvo su origen en la omisión de la autoridad accionada en el cumplimiento de sus funciones de control y de supervisión del establecimiento en que se encontraba interna la menor, dada la relación de dependencia existente.

La autoridad accionada sostiene que no es responsable de la muerte de la menor en tanto en el momento en que se produjo, la menor se encontraba bajo la custodia y cuidado de un particular que prestaba el servicio en virtud de un contrato de aporte y dada su condición de niña especial y su estado médico pos operatorio. Al ser una relación de naturaleza contractual la existente con el prestador del servicio, debe ser este el llamado a responder en los términos del acuerdo contenido en el contrato de aporte.

8.2 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si se configuran los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respecto de la muerte de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ.

Para resolver este problema jurídico se analizará de forma separada la configuración de cada uno de los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado respecto del caso concreto.

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C - Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO - Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011) - Radicación número: 05001-23-31-000-2001-01546-02(36912) - Actor: MARÍA RUTH ROJO JIMÉNEZ Y OTROS - Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIA - ICBF - Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA



8.3 LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

El Artículo 90 de la Constitución Política como cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado prevé lo siguiente:

"ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

La jurisprudencia y la doctrina han interpretado esta disposición reconociendo la existencia de tres elementos que necesariamente deben concurrir para que se estructure la responsabilidad patrimonial del Estado:

- a. La ocurrencia de un hecho dañoso
- b. La consecuente ocurrencia de un daño antijurídico
- c. La ocurrencia de una falla en el servicio que pueda ser atribuida a una autoridad pública y que sirva como nexo causal entre los dos elementos anteriores

8.3.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO

El hecho dañoso en el presente caso corresponde a la muerte de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, ocurrida el 16 de marzo de 2010.

La ocurrencia de este hecho así como el lugar donde se produjo no han sido objeto de controversia, pues está claro que el deceso de la menor ocurrió al interior de las instalaciones de la Asociación Hogar para el Niño Especial.

8.3.2 ACERCA DEL NEXO CAUSAL - FALLA DEL SERVICIO

En el presente caso, debe tenerse en cuenta las condiciones particulares de la menor así como las condiciones del lugar en donde se encontraba siendo atendida en virtud de las órdenes impartidas dentro del proceso de restitución de derechos.

En efecto, la historia clínica allegada al expediente así como los dictámenes de Medicina Legal dan cuenta de que la menor había sido intervenida quirúrgicamente y se encontraba en el pos operatorio cuando el deceso se produjo.

En consecuencia, procede tratar el presente caso bajo el marco de la teoría de la pérdida de la oportunidad bajo el entendido de que la tesis de la parte demandante se fundamenta en que si la menor se hubiera encontrado debidamente atendida, el deceso no se habría producido.

Respecto de la pérdida de la oportunidad, la Jurisprudencia del Consejo de Estado³ ha señalado lo siguiente:

³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B - Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO - Bogotá, D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706) - Actor: ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ CAMPIÑO Y OTROS - Demandado: CAJANAL Y OTRO - Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA



"14. La pérdida de oportunidad como daño autónomo"

14.1. Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió⁴. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010⁵, señaló:

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...):

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del "chance" en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida "tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él", para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la

⁴ En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya-

14.2. Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

14.3. Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima⁶, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

14.4. Esto conduce a la Sala a sostener que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, habida cuenta de que no será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima -ej. muerte- y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar -haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria- a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener

⁶ Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: "El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad pérdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, "solo el daño y nada más que el daño" a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: "el daño es la medida del resarcimiento"(...). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia": Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.



ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad, tal como lo advierte Giraldo Gómez:

Si bien se reconoce que en algunos casos el tema de la incertidumbre causal está muy presente, ello no es razón suficiente para echar mano de una teoría [como lo es la pérdida de oportunidad] que se refiere, exclusivamente, a la naturaleza y extensión del daño y, por supuesto, no fue creada para resolver el problema de la incertidumbre causal.

Aceptar la postura que se comenta implicaría ir en contravía de los presupuestos tradicionales establecidos por la institución de la responsabilidad civil, buscando una nueva forma de hacerle frente a los problemas que se generan en la sociedad, y así, en vez de hacer justicia, se generaría una inseguridad jurídica que produciría un daño más grave para la convivencia en comunidad, en cuanto daría lugar a resultados tan injustos como sería el hecho de que una de las partes en conflicto se viera indemnizada, pero de manera parcial, a pesar de tener derecho a una reparación integral de su daño, de haberse demostrado la causa del mismo. Y, como contrapartida, que la otra parte, fuese condenada sin que existiera certeza sobre si fue ella quien en definitiva originó el daño que se le imputa⁷.

14.5. 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 improcedente⁸.

⁷ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 143 y 144.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez: "Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos."

"Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a "un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante" respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión": Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.



14.6. *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 subjetivo⁹, 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.*

14.7. *Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.*

14.8. *Por todo lo anterior, la Sala¹⁰ le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; iv) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.*

⁹ Para Foulquier "un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública –lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito": FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, rad. 29720, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.



15. Elementos del daño de pérdida de oportunidad

15.1. En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010¹¹ se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

15.2. En atención al precedente antes citado, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones a efectos de reordenar los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad:

*15.3. **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción¹².*

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: "El requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento *sine qua non* frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto "aleatorio", el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de



15.3.1. *En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad*

15.4. **Certeza de la existencia de una oportunidad.** *En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"¹³ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes¹⁴.*

15.5. **Pérdida definitiva de la oportunidad.** *En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹⁵; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la*

pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad": GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

¹³ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ "[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta": MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que "[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad": TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: "La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por "pérdida de la oportunidad", por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia



incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

15.6. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010¹⁶, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que "la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado", la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

15.7. El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

15.9. Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

16. Los supuestos de responsabilidad en la pérdida de oportunidad

16.1. Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo -chance de gain- y otro

de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad": GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



negativo -chance d'éviter une perte¹⁷. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado¹⁸.

16.2. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud¹⁹.

16.3. En lo concerniente a la imputación del daño de pérdida de oportunidad, bien sea de un beneficio que se iba recibir o un perjuicio que se buscaba evitar, se presentan obstáculos frente a cuestiones de omisión. Si bien en casos de acción, esto es, participación activa del agente dañoso, se debe acreditar certeza causal entre la conducta generadora de daño y la desaparición de las probabilidades del beneficio o de evitación del perjuicio, en la medida que la ausencia de dicho vínculo

¹⁷ DEGUERGUE comenta que la pérdida de oportunidad se representa como una especie de *ion* con un polo positivo y negativo: DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", in *L'égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives*, dir. G. Koubi y G-J Guglielmi, La Découverte, 2000, p.198.

¹⁸ Giraldo Gómez precisa que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividades médicas, la vertiente negativa es la más común, ya que el paciente no tiene en sí la esperanza de obtener un beneficio real, todo lo contrario, al estar involucrado dentro de una ruta patológica y clínicamente adversa a sus intereses que lo puede conducir a sufrir los efectos de un perjuicio cierto y definitivo, tiene la esperanza de que un profesional de la medicina interrumpa el curso causal irreversible; sin embargo, la oportunidad del paciente se extingue por la omisión o la defectuosa atención de la entidad prestadora del servicio de salud, con lo que se produce indefectiblemente la muerte o la lesión. Cfr. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 178 a 187.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, rad. 11943, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros: "La Sala al resolver el caso sub-exámene, tiene en cuenta que en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, existe una corriente, según la cual, procede la pretensión indemnizatoria cuando la muerte o el desmejoramiento de la salud ocurre por la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o de curación -perte d'une chance, de survie, de guérison-. En estos eventos, la actuación del servicio, estructuralmente concebido, se reputa fallido y como consecuencia de ello se frustran las posibilidades de curación. En el caso bajo estudio, bien puede afirmarse que la inactividad en la consecución de la escanografía, creó un riesgo injustificado, es decir, generó un estado de peligro - creación fautive d'un état dangereux- que el paciente no estaba obligado a soportar. En armonía con lo hasta aquí expuesto, en el caso sub-exámene el daño resarcible se concreta en la disminución de las probabilidades de sobrevivir o de sanar". Sección Tercera, sentencia del 10 de junio del 2014, rad. 25416, M.P. Ricardo Hoyos Duque: "Debe advertirse que para que haya lugar a la 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". Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 1999, rad. 10755, M.P. Ricardo Hoyos Duque: "Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una "pérdida de una oportunidad". Sección Tercera, sentencia del 14 de junio del 2011, rad. 13006, M.P. María Elena Giraldo Gómez: "La Sala desconoce el grado de dolencia cardíaca de la paciente y por lo mismo ignora, por la falta de conocimiento científico médico, si en el evento de que se le hubiese hospitalizado aquella hubiese sobrevivido; pero lo que sí conoce es que está probado que la omisión administrativa, en hospitalizar la paciente, le frustró la oportunidad de intentar recuperarse".



conduce ineludiblemente a exonerar de responsabilidad al demandado, en casos de omisión absoluta se presentan dificultades de orden teórico y práctico para hablar de causalidad entre una omisión y un daño²⁰, razón por la cual, la Sala ha propuesto recientemente la adopción de criterios normativos de atribución que, de una manera más coherente y lógica, explican conceptualmente la posibilidad de imputar responsabilidad por un daño en cuya producción fáctica no hubo un componente volitivo del agente dañoso -caso típico de las omisiones-²¹. De modo que en estos casos no es posible aceptar que la omisión causó la pérdida de oportunidad, ya que como fenómeno natural la omisión nada produce -ex nihilo nihil fit-, lo que exige determinar, en términos de imputabilidad jurídica y no de causalidad fenomenológica²², si es posible o no atribuir la pérdida de oportunidad en razón de una infracción del contenido obligacional, esto es, en otras palabras, una falla probada.

16.5. En conclusión, cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como una omisión absoluta, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad.”(Subrayado del Despacho)

²⁰ En la sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, se sostuvo: “el juicio de imputación de responsabilidad por omisión no depende ni se debe confundir con la causalidad, ya que esta última vincula de manera fenomenológica la causa con su efecto, mientras que el juicio de imputación vincula ciertas condiciones que interesan al ordenamiento jurídico con los efectos dispuestos por la norma (...) para que opere el juicio de imputación por falla del servicio por omisión, no es imperativo probar el nexo causal entre el daño y el hecho dañino, pues buscar el vínculo causal, como presupuesto del juicio de responsabilidad para acceder al débito resarcitorio, conduciría inevitablemente a un estadio de exoneración de la responsabilidad o a un *regressus ad infinitum* de la equivalencia de condiciones...”.

²¹ En sentencia de 29 de agosto de 2013, rad. 29133, con ponencia de quien proyecta el presente fallo, se indicó: “Los problemas de imputación de responsabilidad frente a eventos de omisión ha llevado a la doctrina a proponer fórmulas de solución más coherentes, como lo son los criterios normativos de atribución, los cuales han tenido desarrollo en la teoría de la imputación objetiva, que ha sido acogida en algunos eventos por la jurisprudencia de la Corporación, fundamentalmente en aquellos en los que se predica del Estado su posición de garante. // Las entidades obligadas a prestar el servicio de salud tienen la posición de garante frente a los pacientes que soliciten esos servicios. Por lo tanto, ven comprometida su responsabilidad cuando se abstengan de ofrecer al paciente los tratamientos que estos requieran, de acuerdo con los desarrollos científicos y tecnológicos y el nivel de atención de la institución de que se trate, o en su defecto de la remisión oportuna del paciente a una entidad de mayor nivel, y esa omisión implique para el paciente la pérdida de oportunidad de recuperar su salud, preservar su vida o al menos mantener condiciones estables en su afección”.

²² “En los fenómenos de omisión, no es relevante para el instituto de la responsabilidad establecer las causas, sino definir por qué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a persona distinta de la que lo ha padecido o causado, lo cual se determina con arreglo a criterios jurídicos y no naturales”. Sentencia de 29 de mayo de 2014, rad. 30108, op. cit.



El material probatorio allegado al expediente lo componen especialmente la historia clínica y los pronunciamientos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

En los apartes de Discusión y Opinión obrantes a folios 369 y 370, el médico patólogo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses plantea lo siguiente:

"C. DISCUSIÓN

Con los elementos disponibles se considera que se trata de una menor de 10 años de edad con antecedente de trauma craneoencefálico severo que requirió de intubación prolongada y con posterior desarrollo de una estenosis subglótica, no se cuenta con la historia clínica completa de la menor y la escasa información disponible indica que la menor requería de oxígeno domiciliario administrado por cánula de traqueostomía, por las secuelas presentadas se había programado para una laringotraqueoplastia.

El estudio necroscópico mostró una menor con signos de atención médica con edema cerebral y asimetría del hipocampo cuyo estudio histológico sugestivo de encefalopatía hipóxica se correlacione con lo observado macroscópicamente. No hay ninguna evidencia histológica de toxicidad.

Con relación a los hallazgos histológicos observados en el tracto respiratorio asocian una severa insuficiencia respiratoria por pérdida de la superficie de intercambio gaseoso pulmonar, causante de hipoxia generalizada manifestada como una congestión de órganos.

Dado que no se tienen datos de historia clínica, se sugiere correlacionar con la misma.

D. OPINIÓN

Con los elementos disponibles se considera que la muerte de esta MENOR EN EDAD ESCOLAR DE 10 AÑOS, POSIBLEMENTE ESTÁ RELACIONADA CON UNA SEVERA INSUFICIENCIA RESPIRATORIA SECUNDARIA AL DAÑO ALVEOLAR DIFUSO Y A LA TRAQUEITIS AGUDA EROSIVA Y CRÓNICA OBSERVADA.

Dado que no se tienen datos de historia clínica se sugiere correlacionar con la información obtenida en la misma. Debido a que los datos de la historia clínica y lo observado macro y microscópicamente indica que la muerte está relacionada con la insuficiencia respiratoria, no es procedente la realización de estudios complementarios por lo que se procede a descartar las muestras destinadas para los mismos."

Se tiene entonces certeza acerca de la causa de la muerte, explicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sin que se aporten medios de prueba que puedan dar a entender que era posible evitar el resultado correspondiente a la muerte de la menor.

En efecto, la causa de la muerte fue determinada como una insuficiencia respiratoria derivada de la pérdida de superficie de intercambio gaseoso pulmonar, sin que se acredite que tal situación era previsible, evitable o tratable de forma que fuera posible impedir el deceso por parte de la asociación que se encontraba en el momento del fallecimiento a cargo del cuidado de la menor.



Es presupuesto de la falla del servicio el que se esté en posibilidad de prestarlo de manera que el resultado dañoso pueda ser prevenido o evitado, pues justamente esa es la oportunidad que se pierde.

Respecto de la menor TANIA LORENA GUTIÉRREZ GÓMEZ, no se ha demostrado que conforme se desprenda de su historia clínica, tuviera la oportunidad de sobrevivir en virtud de alguna conducta desplegada por la accionada o sus cuidadores directos de manera que la omisión de estos haya sido la causa del resultado fatal.

La condición clínica de la menor era delicada al momento del fallecimiento, destacándose la existencia de un edema cerebral del que no se tenía conocimiento, así como el que la causa de la muerte haya tenido lugar a nivel de la superficie de intercambio gaseoso pulmonar, siendo necesario que la parte actora hubiera demostrado mediante un perito experto que esta posibilidad era previsible, detectable y evitable, así como el que la menor realmente hubiera tenido alguna posibilidad de sobrevivir dado su estado de salud.

No está demostrado que la presencia de un médico al interior del establecimiento habría podido evitar el desenlace ya conocido, aspecto que es considerado por la parte actora como uno de los fundamentos de su teoría acerca de la falla del servicio.

En tanto no está acreditada la posibilidad de sobrevivir, no puede entonces tenerse por demostrada la pérdida de la misma de manera que pueda inferirse que ello obedeció a una falla en el servicio.

Este elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado no puede tenerse por demostrado.

8.4 CASO CONCRETO

Se resuelve el problema jurídico en el presente caso en el sentido de no tener por demostrada la ocurrencia de una falla en el servicio en el sentido de evitar la pérdida de la oportunidad, pues no se demuestra ni que la menor tuviera oportunidad de sobrevivir así como tampoco que la autoridad demandada estuviera en posibilidad de evitar el resultado.

Al no concurrir los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, procede entonces denegar las pretensiones de la demanda.

Si bien no se ha planteado el caso como uno de falla médica, es evidente que las condiciones particulares de la menor dejan en evidencia que es necesario demostrar que tuviera la oportunidad de sobrevivir, pues no se trataba de condiciones normales en donde la posibilidad de muerte deviene de alguna forma de trauma o accidente, sino que por el contrario, la menor venía desarrollando desde tiempo atrás una patología que venía siendo tratada, aspecto que no puede desprenderse del estudio del caso, pues resulta elemento inseparable del nexo causal.

8.5 ARCHIVO

Ejecutoriada esta providencia, se enviará el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



FALLA

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO BONILLA ALDANA
Juez