



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
SALA CUARTA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO

Aprobado por la Sala en sesión de hoy
Pereira, veintiocho de febrero de dos mil veinte

Providencia:	Sentencia de segunda instancia
Radicado:	66001-33-33-751-2014-00017-01 (P-0211-2016)
Medio de control:	Reparación Directa
Demandante:	Yamilene del Socorro Osorno Durán y Otros
Demandados:	E.S.E. Hospital San José (La Celia) y Otros
Llamada en Garantía:	La Previsora S.A.
Temas:	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Pruebas para estructurar responsabilidad médica estatal. ➤ Pérdida de oportunidad. ➤ Muerte por meningitis bacteriana.
Decisión	Confirma

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la llamada en garantía, contra la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

1. HECHOS:

Para efectos se transcribe el aparte de la sentencia del *a quo*:

"1.2.1. El día 29 de abril de 2012 a las 11:16 P.M. el menor Cristian Camilo Villa Osorno, en compañía de su padre Rubén Darío Villa Baena, quien se encontraba afiliado a Asmet Salud EPS-S, acude a la ESE Hospital San José de La Celia Risaralda, por padecer dolor de cabeza y dolor progresivo en su ojo izquierdo, donde le suministran Dipirona 2 gramos EV, sin mejoría y Diclofenaco Amp. IM, considerándose la situación del joven Villa Osorno como un primer episodio de migraña asociado a diplopía que amerita valoración por neurología prioritaria, ordenándose interconsulta prioritaria a neurología y solicitud de TAC urgente.

"1.2.2 El día 30 de abril de 2012 a las 03:00 A.M., el menor Villa Osorno consulta nuevamente por cefalea retrocular izquierda, sin que exista respaldo en la historia clínica de los hallazgos de esta segunda atención; luego, el mismo 30 de abril de 2012 a las 07:30 A.M., acude por tercera vez al servicio, siendo el motivo de dicha consulta cefalea de iguales características, sin ningún signo de focalización neurológico, sin nuevos episodios de diplopía, y sin iniciarse aún el trámite para el TAC, se ordena dosis de diclofenaco IM DU, con mejora total de los síntomas, indicándose a la madre que puede tratarse de una cefalea migrañosa por racimos, y que ante signos de alarma como aumento de dolor, pérdida del conocimiento,

convulsiones, falta de habla o que se duerma alguna parte del cuerpo, debía reconsultar, se insiste en los trámites del TAC.

"1.2.3. El 30 de abril de 2012, a las 05:28 P.M., el menor se desplaza por cuarta vez desde la vereda San Eugenio del Municipio de La Celia a la sede de la ESE demandada, refiriendo que continua con mucho dolor, con cuadro de aproximadamente 18 horas de evolución de cefalea ahora frontal de gran intensidad que sólo cede al uso de analgésicos parenterales; se determina como impresión diagnóstica sinusitis frontal aguda, se formula por cuarta vez nueva dosis de diclofenaco IM DU y tramadol oral, se indica el regreso del paciente ante signos de alarma, aumento de dolor de cabeza, visión borrosa, cambios de comportamiento o parálisis de algún miembro.

"1.2.4. El 03 de mayo de 2012, a las 12:34 A.M., el paciente ingresa por quinta vez al servicio, con cuadro de cefalea de cinco días de evolución, con exacerbación de la cefalea y gran edema palpebral derecho + ojo rojo + dolor ocular, familiar refiere alteración del estado de conciencia desde las 20:00 horas, se registra en la nota "se le solicitó TAC cerebral el cual no se había realizado aún", inicia trámite de remisión como urgencia vital ante compromiso neurológico del paciente, llama la atención globo ocular indurado y potruído, glaucoma cierre agudo del ángulo.

"1.2.5. Posteriormente, el mismo 03 de mayo de 2012 a las 02:39 A.M., el menor ingresa a la ESE Hospital San Jorge de Pereira, donde se registra paciente en malas condiciones generales, taquipneico con cifras tensionales elevadas, interacción con el medio nula, no responde a estímulos; se realiza el TAC ordenado y se desplaza a UCI pediatría donde presenta en varias oportunidades paro cardiorrespiratorio siendo reanimado exitosamente; falleciendo A las 08:00 A.M; la neurocirujana tratante describe: "...TAC de cráneo con marcado edema cerebral que dadas las condiciones de ingreso no tenía ninguna indicación neuroquirúrgica dada la lesión de tallo ya instaurada y las malas condiciones hemodinámicas".

"1.2.6. En el informe pericial practicado por medicina legal se concluye como causa de la muerte del paciente meningitis bacteriana.

1.2.7. La interconsulta prioritaria a neurología y solicitud de TAC urgente ordenada por el Dr. Piter Andrés Vargas León el 29 de abril de 2012 nunca fue tramitada por la ESE Hospital San José de La Celia, ni autorizada por Asmet Salud EPS-S, y ésta última autorizó la orden de servicios de salud No. 1781295 por "consulta ambulatoria de medicina especializada" cuando las condiciones de salud del menor ya eran críticas.

"1.2.8. El menor en ningún momento fue hospitalizado de manera permanente, a pesar de las múltiples consultas y de habersele detectado tardíamente una sinusitis aguda; la ESE accionada nunca realizó el diagnóstico ni el tratamiento de la celulitis orbitaria existente como complicación de la sinusitis presentada, a pesar de la evidencia clínica del edema palpebral, dolor ocular y signos de compromiso de la función ocular.

2. PRETENSIONES:

Conforme lo que quedó consignado en la sentencia apelada se tiene lo siguiente:

"1.1.1. Que se declare a la ESE Hospital San José de La Celia y a ASMET Salud EPS-S administrativamente responsables por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la ineficiente, inadecuada e inoportuna atención brindada al menor Cristian Camilo Villa Osorno.

694

"1.1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene solidariamente a las demandadas a pagar en favor de los demandantes las siguientes sumas:

- **PERJUICIOS MATERIALES.**

"1.1.2.1. A título de lucro cesante futuro, en favor de Yamilene del Socorro Osorno y Rubén Darío Villa Baena, en el monto de \$ 126,566.673,00, o en lo que resulte probado en el proceso.

- **PERJUICIOS INMATERIALES.**

"1.1.2.2. Por concepto de Perjuicios Morales para Yamilene del Socorro Osorno y Rubén Darío Villa Baena en el monto de 200 SMLMV para cada uno, para Brayan Stiven Villa Osorno en el monto de 100 SMLMV; para Gustavo Osorno Zapata, Refugio del Socorro Baena de Villa y María Orfa Durán de Osorno, en el monto de 80 SMLMV para cada uno de éstos.

"1.1.2.3. Por concepto de Daño a la Vida de Relación para Yamilene del Socorro Osorno y Rubén Darío Villa Baena en el monto de 200 SMLMV para cada uno, para Brayan Stiven Villa Osorno en el monto de 100 SMLMV; para Gustavo Osorno Zapata, Refugio del Socorro Baena de Villa y María Orfa Durán de Osorno, en el monto de 80 SMLMV para cada uno de éstos.

"1.1.2.3. Que se ordene a las demandadas efectuar la publicación por todos los canales de comunicación (página web, medios institucionales, redes sociales) por un periodo de un año, tanto de la sentencia que se dicte en este proceso, como del reconocimiento de la falla en la prestación del servicio médico.

3. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDADES DEMANDADAS Y LA LLAMADA EN GARANTIA

Conforme lo dejó anotado la juez de primera instancia, dentro del término concedido para ello, según da cuenta la constancia secretarial obrante a folio 248 del cuaderno principal, las entidades demandadas presentaron oportunamente sus escritos de contestación así:

3.1. La Asociación Mutual La Esperanza ASMET SALUD ESS EPS-S dio contestación a la demanda mediante escrito obrante a folios 79 y ss. del cuaderno 1, oponiéndose a las pretensiones de la demandada, e indicando que dicha entidad no tuvo conocimiento de la existencia de la orden médica del 29 de abril de 2012, por lo que no contó con la oportunidad, ni la posibilidad de pronunciarse sobre su autorización, lo cual impide imputarle tales hechos.

Agrega que dicha institución dio cumplimiento a sus obligaciones legales, reglamentarias y contractuales, al disponer una red de servicios contratada - de la cual hace parte la ESE San José de La Celia -, y a la cual tuvo acceso el paciente de manera efectiva en el Municipio de La Celia (Risaralda) en los meses de abril y mayo de 2012.

Expresa que los servicios del POSS requeridos para la atención del menor, cuando fueron conocidos y solicitados a dicha EPS, fueron oportunamente autorizados y garantizados, sin que obren pruebas que indique lo contrario, ya que en la historia clínica no obran anotaciones referentes a trabas administrativas en la atención médica; y en tal medida, la entidad no tuvo conocimiento de lo ordenado por parte del Dr. Piter Andrés Vargas León, y por ende, no contó con la oportunidad de autorizar lo solicitado, por lo que no puede hacerse responsable de que el usuario no hubiera recibido la atención por neurología y la práctica del TAC, y mucho menos de su muerte.

En cuanto a la falta de supervisión al servicio prestado por la ESE San José de La Celia, que predicen los autores ante la falta de trámite de la orden médica del 29 de abril de 2012, refiere que no es necesaria la autorización de servicios ordenados durante la atención de urgencias, y que adicionalmente, la supervisión indicada por la parte actora implicaría una estructura y disposición de recursos de los que no dispone la Nación, dado que Asmet Salud EPS-S cuenta con 1.581.685 usuarios, lo que impide velar por el servicio que recibe cada uno de éstos en específico, de manera que el cumplimiento de los estándares de calidad de la respectiva ESE le corresponde a ésta última, por lo que la obligación de la EPS radica en verificar que los prestadores cuenten con la respectiva habilitación de los servicios contratados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 1011 de 2006.

Formuló como excepciones de mérito las siguientes: *"EXCEPCIÓN DE INAPLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO EN VIRTUD DE QUE ASMET SALUD EPS-S ES UNA ENTIDAD DE DERECHO PRIVADO"; "EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE ACTUACIÓN ANTIJURÍDICA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD REQUERIDOS POR CRISTIAN CAMILO VILLA OSORNO"; "EXCEPCIÓN CONSISTENTE EN EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE ASMET SALUD ESS EPSS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE REGULAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, EN SALUD EN EL ÁMBITO DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO, DESDE LA AFILIACIÓN (SIC) DE CRISTIAN CAMILO VILLA OSORNO"; "EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL ATRIBUIBLE A ASMET SALUD ESS EPSS EN VIRTUD DE LA INEXISTENCIA DE ACTUACIÓN ANTIJURÍDICA IMPUTABLE A ELLA Y EN CONSECUENCIA, DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTO IMPUTADO Y EL DAÑO CAUSADO"; "EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE ASMET SALUD EPS-S RESPECTO DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PRESTADOS EN LA ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA (R) EN VIRTUD DE QUE MI REPRESENTADA ACTUÓ CON DILIGENCIA Y OBEDIENCIA LEGAL AL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN CON DICHA INSTITUCIÓN"; "EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE ASMET SALUD EPS-S Y ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA (R) SOBRE EL PRESUNTO DAÑO CAUSADO AL MENOR CRISTIAN CAMILO VILLA OSORNO"; "EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DEL DAÑO ALEGADO POR LOS DEMANDANTES ARGUMENTANDO MALA ATENCIÓN MÉDICA, POR SER EL SUPUESTO DAÑO*

CONSECUENCIA DEL ACTUAR DE CRISTIAN CAMILO VILLA OSORNO Y SUS FAMILIARES"; "EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA MATERIAL DEBIDO A QUE MI REPRESENTADA NO PARTICIPÓ EN LA PRESUNTA FALLA" Y; "EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN".

3.2. La ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA, dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 215 y ss. del cuaderno 1-1, en el cual se opuso a las pretensiones de la demandada, y aduciendo que durante la atención prestada al paciente, éste se trató y medicó adecuadamente, pues inicialmente se sospechó del cuadro de una migraña oftalmoplégicas, y posteriormente al de sinusitis, atendiendo a la cefalea y al dolor a la palpación de los senos nasales comprometidos, sin que el paciente mostrara signos clínicos de meningitis, dado que no presentó fiebre ni rigidez de nuca.

Adicionalmente expresa que los padres incurrieron en culpa exclusiva en el resultado fatal presentado, dado que éstos no lo llevaron inmediatamente al servicio de urgencias, al notar que el cuadro empeoraba con transcurrir de las horas, puesto que transcurrieron 55 horas entre una atención y otra, lapso durante el cual se desarrolló la meningitis bacteriana que fungió como causa de la muerte, y en el cual no llevaron al menor a la sede de la ESE demandada, pese a que la Dra. Castrillón había descrito los signos de alarma para el estado de salud del joven Villa Osorno.

Indica además que es cierto que la ESE no tramitó la interconsulta a neurología y la solicitud del TAC ordenado, dado que el protocolo en estos casos se activa una vez el usuario acude a la ESE con la orden y ésta última se encarga de solicitar la autorización respectiva; lo cual no ocurrió en este caso dado el descuido de los padres, ya que éstos no acudieron a la ESE con la orden para iniciar los trámites de autorización de los procedimientos, como lo hubiera hecho un padre cuidadoso, agotando todos los medios existentes para la realización del examen solicitado, sin que exista evidencia que indique que los padres del menor acudieron a la ESE accionada para que se iniciara el procedimiento de autorización, o que aquellos lo hubieran adelantado de forma particular.

Agrega que la Tomografía Axial Computarizada (TAC), no es el examen de elección para el diagnóstico de Meningitis, dado que ésta se detecta mediante el análisis citoquímico del líquido cefalorraquídeo, que se obtiene mediante punción lumbar, procedimiento que no fue adelantado en la ESE San José de La Celia, al no existir entonces evidencia de meningitis; pues, en caso de haber practicado el TAC referido, el resultado esperado en el mejor de las cosas hubiera sido advertir la sinusitis, mismo diagnóstico que se hizo clínicamente dentro del término que normalmente se usa para autorizar procedimientos como el TAC, y dado que el paciente muere por meningitis y no sinusitis, la cual fue tratada por la ESE en la consulta inicial, se corrobora nuevamente el descuido de los padres, dado que pese a la indicación precisa de los signos de alarma, no llevaron nuevamente al menor a consulta, hecho que propició la aparición de la meningitis.

Propuso como excepciones las siguientes: "*Ausencia de responsabilidad de la entidad demandada por inexistencia de falla del servicio*", *Culpa exclusiva de la víctima*, *Ruptura del nexo causal*, *culpa de un tercero*.

3.3. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, presentó oportunamente su contestación a la demanda y al llamamiento en garantía que le fue formulado por la ESE Hospital San José de La Celia, indicando que no le constan los hechos contenidos en el libelo introductorio, y oponiéndose a las pretensiones solicitadas en el mismo, por no asistirle responsabilidad alguna a la ESE San José de La Celia, agregando que la tasación de perjuicios efectuada por la parte actora contraría la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Formula como excepciones a la demanda la de *Inexistencia del nexo causal* y la de *Ausencia de responsabilidad de la ESE Hospital San José de La Celia*.

En relación con el llamamiento en garantía que le fue formulado por la ESE San José de La Celia, precisa que los hechos por los que se demanda ocurrieron dentro de la vigencia del período pactado en el contrato de seguros, aclarando que la póliza respectiva opera bajo la modalidad de aseguramiento *CLAIMS MADE*, esto es, que el siniestro no es el hecho sino la reclamación judicial o extrajudicial que debe hacerse dentro de la vigencia, y que para la fecha de la audiencia de conciliación prejudicial la ESE Hospital San José de La Celia no contaba con póliza vigente.

Propuso como excepciones al llamamiento en garantía las de "*INOOPERANCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO CON APOYO EN EL CERTIFICADO DE EXPEDICIÓN No. 0 DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1004482 PARA LA VIGENCIA COMPRENDIDA ENTRE EL 09-02-2012 AL 31-12-2012, AL HABER SIDO EXPEDIDO EL CONTRATO DE SEGURO BAJO LA MODALIDAD CLAIMS MADE QUE OPERA POR RECLAMACIÓN Y NO POR FECHA DEL EVENTO, LO QUE IMPLICA AUSIENCIA DE COBERTURA PARA LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA QUE SIRVIÓ DE SOPORTE AL LLAMAMIENTO*"; "*LÍMITE AL VALOR ASEGURADO*"; "*DISPONIBILIDAD DE VALOR ASEGURADO, LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS AL MONTO DE LA SUMA ASEGURADA POR CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. ARTÍCULOS 1079 Y 111 DEL CÓDIGO DE COMERCIO*"; *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA RISARALDA*; Y "*CONDICIONES GENERALES Y EXCLUSIONES DE LA PÓLIZA*".

Como quedó anotado en la sentencia apelada, la **ESE Hospital San José de La Celia** no dio contestación al llamamiento en garantía que le fue formulado por la Asociación Mutual La Esperanza Asmet Salud ESS EPS-S.

699

4. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 16 de diciembre de 2015, el Juzgado Quinto Administrativo accedió parcialmente a las suplicas de la demanda, disponiendo en la parte resolutive:

1. DECLÁRANSE probadas las excepciones de "Límite de valor asegurado"; "Disponibilidad de valor asegurado, limitación de responsabilidad de La Previsora S.A. Compañía de Seguros al monto de la suma asegurada por concepto de Responsabilidad Civil. Artículos 1079 y 111 del Código de Comercio" y "Condiciones generales y exclusiones de la póliza" formuladas por la llamada en garantía La Previsora S.A., por las razones expuestas en esta providencia.
2. DECLÁRANSE no probadas las demás excepciones propuestas por las entidades demandadas y los llamados en garantías, en razón a lo considerado en la presente sentencia.
3. DECLÁRASE administrativamente responsable a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA RISARALDA, por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la falla en el servicio médico que implicó una pérdida de oportunidad en la recuperación de la salud del menor CRISTIAN CAMILO VILLA OSORNO, ocurrida en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han quedado precisadas en la parte motiva de esta providencia.
4. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA RISARALDA, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero representadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a título de indemnización de los perjuicios que se indican a continuación:

4.1. Morales:

- En favor de la señora Yamilene del Socorro Osorno Durán (Madre) el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
- En favor del señor Rubén Darío Villa Baena (Padre), el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
- En favor de la señora Brayan Stiven Villa Osorno (Hermano), el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
- En favor del señor Gustavo Osorno Zapata (Abuelo materno), en el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
- En favor de la señora María Orfa Durán de Osorno (Abuela materna), en el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

- En favor de la señora Refugio del Socorro Baena de Villa (Abuela paterna), en el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

5. SE ORDENA como medida de reparación integral, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia, que la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA establezca un link en su sitio web que permita el acceso al contenido magnético de esta sentencia para su difusión y comunicación, en un término de 1 mes contado a partir de la ejecutoria de este fallo; el acceso público al contenido de este proveído deberá facilitarse por un período de 6 meses ininterrumpidos, contados a partir de la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de dicha institución.

6. Se NIEGAN las demás pretensiones contenidas en la demanda, en atención a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

7. CONDÉNASE al llamado en garantía, La Previsora S.A. Compañía de Seguros, a asumir el pago de la indemnización reconocida mediante este proveído, conforme a los lineamientos expuestos en la parte motiva de este mismo.

8. ABSUÉLVASE a la Asociación Mutual La Esperanza ASMET SALUD ESS EPS-S, de las declaraciones y condenas que fueron solicitadas en su contra por los actores, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

Dejando planteado en la parte motiva de la misma las como consideraciones principales, en lo atinente a la razón para condenar a la entidad demandada:

"De conformidad con lo expuesto, considera el Juzgado que las pruebas allegadas al plenario permiten evidenciar la falla en la prestación del servicio médico asistencial que se predica, que se configura en la omisión de la E.S.E Hospital San José de La Celia, en relación con informar o tramitar la autorización de la interconsulta a neurología y la toma del TAC urgente, lo cual, en últimas, hubiere permitido un pronto y adecuado diagnóstico respecto de la patología presentada por el menor, omisiones que en efecto, reflejan que la actuación desplegada por el personal médico y/o administrativo de la institución hospitalaria, no se compadece con lo que dicta la ciencia médica para tratar el cuadro presentado, pues si bien no es posible concluir con certeza que de no haberse presentado dicha falta el menor Cristian Camilo Villa Osorno viviría, lo cierto es que tales omisiones en la prestación del servicio excluyen la noción de prudencia, diligencia y cuidado que debió observar la entidad y se aleja de la eficaz prestación que merece dicho servicio público, denotándose indefectiblemente que con ello se le restó chance de recuperación de su salud, con lo cual hubiere podido afrontar su enfermedad bajo un escenario distinto; aunado a ello se observa la existencia del daño que finalmente repercute en la muerte del paciente y, dado que de conformidad con la pauta jurisprudencial transcrita, se ha cumplido con la imputación que de dicho daño se hace a la entidad pública demandada, precisándose que no lo es por la atribución del deceso en sí mismo, sino bajo el marco de la teoría de la pérdida de oportunidad, habrá de declararse la responsabilidad administrativa de la E.S.E Hospital San José de La Celia.

700

Así mismo debe precisarse que no se encuentra demostrada la imputabilidad atribuida a la codemandada Asociación Mutual La Esperanza ASMET SALUD ESS EPS-S, toda vez que de un lado, la comunidad probatoria obrante en el plenario evidencia que ésta no tuvo participación o injerencia alguna en la falta de autorización de la interconsulta prioritaria a neurología y a la toma del TAC de urgencia, toda vez que ni siquiera se le puso en conocimiento sobre la expedición de tales órdenes médicas, de tal suerte que no es siquiera posible predicar su desidia o inactividad frente a la autorización de ambos procedimientos; y de otra parte, no se encuentra acreditada la presunta falta de supervisión de los servicios que es predicada por los actores respecto de dicha entidad, y la cual, en el evento que existiere, tampoco tendría incidencia alguna el daño irrogado a los demandantes, puesto que no se avizora una relación de causalidad entre esa presunta omisión y la pérdida de oportunidad reconocida.

Conforme a lo ocurrido, se declarará la responsabilidad de la E.S.E Hospital San José de La Celia, en relación con la pérdida de oportunidad o chance de recuperación del menor VILLA OSORNO, advirtiéndose que no se declararán probadas las excepciones de "culpa exclusiva de la víctima" o de "culpa de un tercero", que se sustenta en el presunto descuido o desidia de los padres del menor, al haber retornado al servicio de la ESE Hospital San José de La Celia solo hasta el día 03 de mayo de 2012, cuando ya el paciente se encontraba en grave estado de salud, y con un evidente déficit neurológico; pues si bien en la anotación efectuada en la historia clínica del día 03 de mayo de 2012 a las 12:34:14 am, se consigna como motivo de consulta "EXACERBACIÓN DE LA CEFALEA Y UN GRAN EDEMA PALPAEBRAL DERECHO + OJO ROJO + DOLOR OCULAR" observado a las 21:00 horas, aunado a la "ALTERACIÓN EN EL ESTADO DE CONCIENCIA DESDE LAS 20:00 HORAS" de ese mismo día, lo cual, al tomar en consideración que el occiso y sus padres residían en la zona rural (vereda San Eugenio) del Municipio de La Celia Risaralda, no permite colegir, que el lapso transcurrido entre las 20:00 o 21:00 horas del 02 de mayo y las 12:34 A.M. del 03 de mayo de 2012, se erija como una dilación determinante en la generación causal del daño antijurídico advertido, menos aún, cuando previo a ese supuesto retraso presentado en la atención del menor, por cuenta de sus padres, ya se habían presentado las falencias y omisiones de índole administrativo, que impidieron la oportuna práctica del TAC urgente, y de la valoración por el especialista en neurología, y que a su vez, redundan en la falta de diagnóstico y tratamiento oportuno del cuadro que afectaba al paciente; y en razón a lo cual, a juicio del Despacho, las oposiciones referidas, no se constituye como un suceso exclusivo o determinante en la causación del daño aquí reclamado, como tampoco se observa que medie una concurrencia culpas entre dicho evento y la falla administrativa advertida por el Juzgado.

Así mismo, analizó lo relacionado con la forma de liquidar los perjuicios, la procedencia del llamamiento en garantía a la aseguradora correspondiente, respecto a lo cual dejó indicado:

"En segundo lugar, si bien la previsora de Seguros se opone al llamamiento en garantía, en razón a que la póliza en referencia se contrató bajo la modalidad de aseguramiento denominado CLAIMS MADE, caso en el cual el siniestro no sería definido por la ocurrencia del hecho generador del daño, sino de la reclamación elevada al asegurado (en este caso la conciliación prejudicial) de conformidad con lo previsto en el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 ; una vez revisada la póliza 1004482 (fl.285 cdno. 1-1), no se observa que la misma obedezca a la modalidad temporal de cobertura que refiere la llamada, pues en ningún aparte de su contenido se observa la expresión "CLAIMS MADE" o "de vigencia por reclamación" o su similar o equivalente; desvirtuando ello el medio exceptivo denominado "INOPERANCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO CON APOYO EN EL CERTIFICADO DE EXPEDICIÓN No. 0 DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1004482 PARA LA VIGENCIA COMPRENDIDA

ENTRE EL 09-02-2012 AL 31-12-2012, AL HABER SIDO EXPEDIDO EL CONTRATO DE SEGURO BAJO LA MODALIDAD CLAIMS MADE QUE OPERA POR RECLAMACIÓN Y NO POR FECHA DEL EVENTO, LO QUE IMPLICA AUSIENCIA DE COBERTURA PARA LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA QUE SIRVIÓ DE SOPORTE AL LLAMAMIENTO”.

5. LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

5.1. Mediante memorial incorporado al expediente a folios 546 y s.s., la apoderada de **LA PREVISORA S.A.** y sustenta recurso de apelación, del que se extrae en lo esencial lo siguiente:

Indica que el juzgado cometió error al apreciar las pruebas en su conjunto, pues desconoció el contenido de la póliza que fundamentó el amparo correspondiente, al no encontrarla que se trataba de una modalidad de *Claims Made*, lo cual es apreciable fácilmente de la lectura del clausulado correspondiente. Por ello solicita que se revoque lo atinente a la extensión de la condena a esta compañía de seguros.

5.2. El apoderado de la **E.S.E. Hospital San José**, procedió en el mismo sentido, solicitando que se revocara la integridad de la sentencia y se denegaran las súplicas de la demanda.

Expresa en su memorial “Como no está probado dentro del proceso que la E.S.E. Hospital San José de la Celia no ha cometido alguna falta en la prestación del servicio médico en la intención del paciente... y, no existiendo tal falta o falla médica, mucho menos puede existir nexo causal”.

Señala como argumentos principales para pedir la revocatoria de la sentencia de primera grado que se demostró que la muerte del menor se dio por meningitis bacteriana, la cual no presentó los síntomas típicos a la hora de hacerse la atención por parte del personal médico del Hospital. Los síntomas que podrían haber indicado el padecimiento era fiebre, cefalea y rigidez de nuca, lo cual no se presentó. Que los signos presentados son propios de una sinusitis, y con base en ello fue atendido.

Por otro lado, indica que no hay obligación por parte de la ESE de tramitar la orden interconsulta, y que aun aceptándolo nada indica que haya certeza que al haber contado con ese criterio diagnóstico el paciente se hubiere podido salvar.

Señala por otro lado que “De la lectura del informe pericial se concluye que la muerte del Joven..., obedeció a MENINGITIS BACTERIANA, la cual se desarrolló durante las cincuenta y cinco horas en las cuales no recibió atención médica, la negligencia de los padres al no llevar a tiempo al menor a consulta médica propicio (sic) el ambiente favorable para el desarrollo de la enfermedad. Se recalca que la médica CASTRILLON explico (sic) y dejo (sic) plasmado en la historia los signos de alarma para le caso de presentarse se acudiera de inmediato al Hospital”.

7d

Cierra, esgrimiendo que aunque se hubiere realizado la tomografía o TAC el resultado esperado en el mejor de los casos sería la sinusitis.

5.3. La apoderada de la parte demandante, por su parte mediante el escrito legible a folios 574 y ss, sin embargo conforme a la constancia secretarial obrante a folio 581, el mismo fue presentado en forma extemporánea, lo que fundamentó el rechazo del mismo en decisión surtida en la audiencia del 4 de marzo de 2016, la cual quedó en firme.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA

Por medio de auto del 26 de abril de 2016 el despacho admitió los recursos interpuestos y se corrió traslado para alegar en la instancia, dándose respuesta a la convocatoria conforme se expone:

6.1. La llamada en garantía, con escrito legible a folio 630 y ss se ratifica en los argumentos vertidos en su recurso de apelación, además, señala que hace eco a lo indicado por la ESE demandada, en el sentido de que se debe revocar la condena principal vertida en la sentencia de primera instancia.

6.2. La codemandada, ASMET SALUDS EPS ESSM, hizo lo propio aportando memorial incorporado a folios 640 y ss, determinando que en su parecer el examen probatorio hecho por la juez de primera instancia fue exhaustivo, y que comparte la conclusión según la cual hubo una falla administrativa por parte de la ESE codemandada. Por lo demás, solicita que ante la falta de participación de la EPS en los sucesos correspondientes se debe confirmar la denegatoria de responsabilidad sobre esa entidad.

6.3. La parte demandante, allegó memorial legible a folios 611 y ss, en el que se solicita se confirme la decisión apelada, en la medida en que considera demostrada la obligación legal que tenía la entidad de salud de realizar el TAC y la consulta prioritaria con neurología y enfatiza con base en testimonio técnico que la sinusitis diagnosticada al menor atendido si era potencialmente generadora de la meningitis bacteriana.

7. CONSIDERACIONES

7.1. **COMPETENCIA:** Por cuanto no se observa ninguna causal de nulidad de la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede el Tribunal a proferir la decisión que en derecho corresponda, lo cual hará en **segunda instancia**, de conformidad con el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.2. OBJETO DEL LITIGIO.

7.2.1. Problema jurídico principal: ¿Cuáles son los elementos para la declaratoria de responsabilidad de una E.S.E al atenderse un menor con diferentes síntomas de sinusitis y/o meningitis bacteriana? Asociado: ¿Cómo debe pactarse la cláusula o modalidad de *Claims Made* para las pólizas que cubren este tipo de contingencia?

7.2.2. Asunto a resolver: Se ocupa el Tribunal en establecer en este plenario si la Entidad de Salud demandada es responsable o no de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión del daño derivado por la muerte del menor cuya atención fue surtida en los hechos probados en el proceso. Adicional a ello se debe analizar lo atinente a la modalidad o cobertura de la póliza de seguros que pretendía amparar el siniestro.

7.2.3 Tesis de la parte demandante: Indica que se encontraron reunidos los elementos de responsabilidad estatal por la modalidad de pérdida de oportunidad, generado en error administrativo y/o diagnóstico de la enfermedad.

7.2.4. Tesis de la parte demandada: Indica que no ha relación de causalidad entre la atención recibida y la muerte del menor, comoquiera que se brindó la atención que requería conforme a la sintomatología presentada. Que haberse practicado el TAC no era incidente en el resultado que al final se dio.

7.2.5. Tesis de la llamada en garantía: Indica que se debe revocar la parte resolutoria que la condena con base en el amparo de la póliza correspondiente pues si se pactó bajo la modalidad de *Claims Made*, porque la reclamación se hizo en una época en que la póliza bajo la cual se hizo el llamamiento, no estaba vigente.

7.3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

Tratándose de un caso de responsabilidad por una presunta falla en la atención del servicio de salud, es de indicar que se trata de un servicio público a cargo del Estado, que forma parte del bloque de constitucionalidad; de conformidad con la Ley 74 de 1968 que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece en su artículo 12 numeral primero y segundo, que: "...Los Estados Partes en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". "...entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad." De acuerdo con lo anterior, la atención en salud, tiene rango constitucional y convencional en el Derecho Colombiano, lo que exige el cumplimiento de este marco obligacional por parte de las autoridades encargadas de su prestación.

702

De conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política es deber del Estado responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Así mismo, fue estipulado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el instrumento para hacer efectiva dicha cláusula constitucional de responsabilidad estatal, a través del medio de control de reparación directa que permite demandar el resarcimiento del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble con ocasión de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Tiene establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado que dos son los postulados que fundamentan la responsabilidad estatal en los términos del artículo 90 superior: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la Administración, "sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad".

Igualmente, la Corte Constitucional ha referido que "la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable".

Esta cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la Administración Pública, tanto por la acción como por la omisión de un deber normativo. Es así que, con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió esta como garantía de los derechos e intereses de los administrados, que venía reconociendo la jurisprudencia y que ha dado lugar a la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial.

La determinación de uno u otros regímenes de responsabilidad estatal corresponde al juzgador, en virtud del principio de *lura Novit Curia*, aplicable en las acciones de reparación directa como una excepción de la regla de la justicia rogada en materia contencioso administrativa, el cual le confiere al operador jurídico el direccionamiento hacia el régimen de responsabilidad pertinente a los fundamentos de hecho o causa petendi, realizando la valoración que le corresponde por excelencia acerca de las actividades y elementos que hubieren intervenido en tales sucesos, con miras a encauzar el análisis del asunto planteado hacia el sistema de imputación que la jurisprudencia ha elaborado, precisamente, en consideración a las diversas actividades de la administración y a los elementos involucrados en tales actuaciones.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad por la prestación del servicio de salud, señala la Sala que el régimen de responsabilidad ha sufrido variación en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, en una primera etapa, el Consejo de Estado sostuvo que la responsabilidad Estatal por falla en el servicio médico se fundamentaba en un régimen subjetivo de falla probada del servicio; por tanto, se exigía al demandante acreditar la falla, pues al ser una obligación de medio, la sola existencia del daño no daba lugar a presumir la falla.

En los años noventa (del siglo pasado) se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, que se orientaron a considerar que la responsabilidad por la prestación del servicio médico se juzgaría de manera general por un régimen subjetivo pero con presunción de falla en el servicio; tesis que fue discutida en el año 2000 para introducir la teoría de la "carga dinámica de la prueba", donde el Juez debía valorar que parte estaba en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido una línea clara respecto al título de imputación de la falla probada del servicio como aquél que impera en los casos en que se examina la responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico. Al respecto dijo¹:

"... en la medida en que el demandante alegue que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización... deberá en principio, acreditar los tres extremos de la misma: la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y ésta..."².

Dicho título de imputación opera, como lo señala el precedente de la Sala no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende...

"... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por **lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz**".³

Con mayor precisión, sobre el régimen de responsabilidad de la falla probada del servicio se dijo:

"Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante⁴, por manera que será el régimen de la falla probada del

¹ Sentencias de agosto 31 de 2006, Exp. 15772; octubre 3 de 2007, Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp. 15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

² Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

³ C.E., 13 abril. 2011, e76001232400019970397701 (20480). J. Santofimio. Cita la Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 35656.

⁴ Aunque se matizará el referido aserto con la aseveración de acuerdo con la cual dicha regla general se excepcionaría cuando la carga probatoria atribuida al demandante "resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva.

70)

servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado⁵, con lo cual ésta solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación cuyos elementos han sido descritos reiteradamente por esta Sala...⁶

En ese orden de ideas, es claro que la parte actora, bajo el régimen de responsabilidad subjetiva- falla probada del servicio-, soporta la carga de la prueba de demostrar los tres elementos que estructura dicho régimen, siendo el daño, la falla y el nexo causal entre estos; con la salvedad que en aquellos casos en que el procedimiento empleado, las técnicas propias del tratamiento o intervención, o el alto nivel de complejidad que la asistencia exige, una vez se encuentre plenamente acreditada la falla y el daño, el juez puede mediante la llamada prueba indiciaria estructurar el nexo causal, cuando por ejemplo, no se cuente con la prueba directa respecto de la causalidad o cuando aquella no ofrece un grado pleno de certeza; situación excepcional, por lo que en ningún caso debe entenderse como un medio para suplir la inactividad o negligencia probatoria del demandante, pues se reitera, el deber de acreditar el vínculo causal está ineludiblemente a su cargo⁷.

Se agrega que de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado abandonó la teoría de la falla presunta para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel⁸, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria.⁹

Explica el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que en este tipo de asuntos no se trata de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria a la cual se imputa la responsabilidad, por cuanto a la víctima le corresponde probar que la actuación del ente hospitalario adoleció de diligencia y cuidado; en tanto, a este último le compete ejercer su derecho de

Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”. Cfr. Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.421. cita la sentencia.

⁵ Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007, exp. 16.402. cita la sentencia.

⁶ C.E, 27 abril. 2011, e52001-23-31-000-1998-00157-01(19192). M. Fajardo.

⁷ C.E, 28 abr. 2010, e76001232500019970447401 (20087). M. Fajardo.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 30 de julio de 2008, exp. 15.726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, entre otras.

⁹ Consejo de Estado Sección tercera, radicación No. 54001-2331-000-1997-12658-01(31724)

defensa y contradicción respecto a lo demostrado por la víctima, actuación que podrá desplegar haciendo uso de cualquiera de los medios probatorios previstos en la ley. Lo anterior, encuentra sustento en la cita jurisprudencia que a continuación se desarrolla:

“Así las cosas y teniendo en cuenta que la atribución de responsabilidad reside en falla del servicio en que habrían incurrido las instituciones demandadas, toda vez que “a la paciente la dejaron desangrar, cometiéndose así graves irregularidades en la prestación del servicio médico, dado que a la misma no se le brindó la asistencia médica adecuada.”, se debe precisar que bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, siendo que, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor, demostración que se —se insiste— puede lograrse a través de cualquier medio probatorio”.

En pronunciamiento más reciente¹⁰ (10 de abril de 2019), la Subsección B de la Sección Segunda del Alto Tribunal indicó en su parte motiva:

“36. Así, en materia de responsabilidad por el acto médico propiamente dicho, esto es el diagnóstico, tratamientos, procedimientos y, en general, las conductas del profesional médico orientadas al restablecimiento o recuperación de la salud del paciente, la imputación del daño se hace, por regla general, desde la perspectiva de una prestación de medios y no de resultados, ya que su deber radica en la aplicación de sus conocimientos, entrenamiento, experiencia y todos los medios disponibles orientados a la curación y rehabilitación, sin que le sea exigible el resultado exitoso”.

Es de precisarse que a la luz de lo acabado de plantear, y que el reproche contra la sentencia se dirige al condenar por la pérdida de oportunidad (en la medida que el recurso de apelación de la parte demandante fue rechazado), la discusión se debe dirigir a determinar si desde los aspectos de relevancia fáctica se dan los elementos para encontrar estructurada la figura bajo la cual se condenó a la E.S.E demandada, y en caso de encontrarse elementos para confirmar la decisión

¹⁰ C.P. Alberto Montaña Plata. Radicación: 25000-23-26-000-2005-01794-01 (40916)

704

impugnada dirigir el estudio hacia lo discutido por la aseguradora llamada en garantía respecto a la cobertura de la póliza al amparo de la cual fue vinculada en este proceso.

7.4. ANÁLISIS PROBATORIO

No se hará necesario la repetición de las observaciones que en el análisis probatorio hizo el juzgado de primera instancia, sino que se delimitará a las cuestiones que separan la posición de la entidad demandada (E.S.E) con las conclusiones correspondientes que fueron consignada en el fallo impugnado, donde se determinó que se presentó una pérdida de oportunidad para los demandantes por lo que se despacharon las condenas correspondientes.

La parte demandante defiende la posición de la sentencia recurrida, haciendo énfasis en que las omisiones y errores en los que se incurrió en la valoración del paciente cobran evidencia a partir del dossier estructurado.

No contando con dictamen pericial que fuera recaudado en la primera instancia, la principal prueba en la que se debe enfocar el análisis de corrección correspondiente es sobre la historia clínica y en segundo lugar las declaraciones rendidas por los médicos tratantes. De este modo, en el documento aludido se encuentra lo siguiente:

"Fecha Consulta 29/04/2012 11:16:24 p. (...)

"MOTIVO CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL

"MC: ME DUELE EL OJO IZQUIERDO EA. PACIENTE MASCULINO DE 14 AÑOS QUE REFIERE DOLOR PROGRESIVO EN OJO IZQUIERDO DE 4 DÍAS DE EVOLUCIÓN CON INTENSIFICACIÓN RECIENTE DEL DOLOR ASOCIADO A FOTOFOBIA Y CEFALEA HENICRANENANA DEL LAOD (SIC) IZQUIERDO. PACIENTE REFIERE VISIÓN DOBLE PREVIO A INTENSIFICACIÓN DEL DOLOR

(...)

Dx. G439 MIGRAÑA, NO ESPECIFICADA (...)

Conducta SE SUMINISTRA DOSIS DE DIPIRONA 2 GRAMOS EV, SIN MEJORIA, SE ORDENA DICLOFENACO AMP IM. SE CONSIDERA PRIMER EPISODIO DE MIGRAÑA ASOCIADO A DIPLOPIA QUE AMERITA VALORACIÓN POR NEUROLOGÍA PRIORITARIA.

Observ. Adicionales SE ENTREGAN ORDENES DE INTERCONSULTA PRIORITARIA A NEUROLOGÍA Y SOLICITUD DE TAC. (resaltado del juzgado de primera instancia)

"(...)"

"Fecha Consulta 30/04/2012 05:28:13 p. (...)

"MOTIVO CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL

MC: CONTINUA CON MUCHO DOLOR, EA: PACIENTE CON CUADRO DE APROX 18 HORAS DE EVOLUCIÓN DE CEFALEA INICIALMENTE RETROOCULAR Y AHORA FRONTAL DE GRAN INTENSIDAD QUE SOLO CEDE AL USO DE ANALGESICO PARENTERALES. EL PACIENTE REFERIA AL INICIO DEL CUADRO FOTOFOBIA, LA CUAL YA NO REFIERE.(...) Dx. J011 SINUSITIS FRONTAL AGUDA (...)

Conducta PACIENTE CON CEFALEA INTENSA, CON DOLOR QUE AUMENTA A LA PALPACIÓN DE SENOS FONRTALES. SE DA MANEJO ANALGESICO CON DICLOFENACO IM DU Y TRAMADOL ORAL. SE INICIA MANEJO AB CON ERITROMICINA POR DISPONIBILIDAD DE ESTE MEDICAMENTO EN EL MOMENTO. (Se resalta)

Observ. Adcionales PACIENTE CON DESAPARICIÓN DEL DOLOR. SE EGRESA CON MANEJO CON ACETAMINOFEN MAS TRAMADOL Y ANTIBIÓTICO, SE DAN INDICACIONES DE SIGNOS DE ALARMA, TRAER INMEDIATAMENTE SI: AUMENTO DEL DOLOR DE CABEZA, VISIÓN BORROSA, CAMBIOS DEL COMPORTAMIENTO O PARALISIS DE ALGÚN MIEMBRO (Se resalta)

"(...)"

"Fecha Consulta 03/05/2012 12:34:14 a, (...)

"MOTIVO CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL "MC: "ESTA MAL" PACIENTE CON CUADRO DE 5 DIAS DE EVOLUCIÓN DE CEFALEA, EL PADRE REFIERE QUE INICALMENTE EL PACIETNE (SIC) SE QUEJABA DE CEFALEA HEMICARNEANA (SIC) DERECHA Y DOLRO (SIC) OCULAR IPSILATERAL, COSNULTO (SIC) Y SE INICIO MANEJO MEDICO PARA MIGRAÑA Y POR DIPLOPIA ASOCIADA SE LE SOLICITO TAC CEREBRAL EL CUAL NO SE HA REALIZADO AUN, ASISTE EL DIA DE HOY EN COMPAÑIA DE SU PADRE QUIEN REFIERE QUE A LAS 21+00 HORAS PRESENTA EXACERBACION DE LA CEFALE Y GRAN EDEMA PALPAEBRAL DERECHO + OJO ROJO + DOLOR OCULAR, ADEMAS EL FAMILIAR REFIERE ALTERACION EN EL ESTADO DE CONCIENCIA DESDE LAS 20+00 HORAS, NO RESPONDE A ESTIMULOS Y PRESENTA DISMINUCION DE LA FUERZA EN HEMICUERPO IZQUIERDO. (Se resalta)

(...)

"Cabeza y ORL GRAN EDEMA PALPEBRAL BILATERAL CON PREDOMINIO DERECHO, OJO ROJO CON GRAN INYECCIÓN CONJUNTIVAL Y ENDURECIDO A LA PALPACION, OJO IZQUIERDO CON PUPILA HIPOREACTIVA (SIC) A LA LUZ.

"Neurológico PACIETNE (SIC) QUE NO RESPONDE VERBALMENTE A ESTIMULOS, NOP MOVILIZA MIEMBRO (SIC) SUPERIOR IZQUIERDO Y MIEMBROS INFERIORES, NO ES POSIBLE VALORRA (SC) SENSIBILIDAD POR POCA COLABORACIÓN DEL PACIENTE.

Dx. I679 ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR, NO ESPECIFICADA Dx1. H409 GLAUCOMA, NO ESPECIFICADO

Dx2.

Conducta PACIENTE CON CUADRO DE RAPIDA EVOLUCIÓN, EN EL MOEMNTOP CON DEFIFTI NEUROLOGCO (SIC) ASOCIADO, SE INTERROGA MALFORMACION ARTERIOVENOSA CEREBRAL, ADEMAS LLAMA LA ATENCION GLOBO OCULAR INDURADO Y PROTRUIDO, GLAUCOMA? CIERRE (SIC) AGUDO DEL ANGULO?? SE ORDENA APLICACIÓN E MORFINA 3 MG POR DOLOR Y SE INICIAN TRAMITES DE REMISION COMO URGENCIA TIVAL ANTE COMPROMISO NEUROLOGICO DEL PACIENTE.

for

Observ. Adcionales **SE ENVIA COMO URGENCIA VITAL, SE COMENTA CON EL CRUE. SE INICIA MANEJO (SIC) CON ACETAZOLAMIDA Y SOLUCIÓN HIPERTONICA. (...)**

Respecto de la atención provista en la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, *-en donde fallece-* el menor (fl.191 y ss. cdno.2):

"INGRESO URGENCIAS ADULTOS Y PEDIATRIA"

"DATOS DE INGRESO FOLIO No.1 03/05/2012 3:29:12
"Motivo de la Consulta PACIENTE REMITIDO DE UNIDAD LOCAL, ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA CON DIAGNOSTICO: HEMATOMA INTRACEREBRAL EXPANSIVO PARA TOMA DE TAC CEREBRAL SIMPLE.

"Enfermedad Actual PACIENTE PREVIAMENTE SANO CON CUADRO CLINICO DE APROXIMADAMENTE (SIC) 5 DIAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN CEFALEA HEMICRANEANA DERECHA ASOCIADA A DOLOR OCULAR IPSILATERAL, CONSULTO (SIC) A UNIDAD LOCAL DONDE INICIARON MANEJO ANTIMIGRAÑOSO Y SE REALIZO (SIC) SOLICITUD DE TAC SIMPLE DE CRANEO. EL DIA DE HOY PRESENTE SEVERA EXACERBACIÓN DE LA CEFALEA ASOCIADA A EXOFTALMO DERECHO Y EDEMA PALPEBRAL BILATERAL, POSTERIORMENTE, SEGÚN REFIERE ACOMPAÑANTE (PADRE) ALTERACIÓN DEL ESTADO DE CONCIENCIA ASOCIADA A HEMIPARESIA IZQUIERDA. PACIENTE QUE DURANTE LA TOMA DEL TAC CEREBRAL PRESENTA PARO CARDIORESPIRATORIO, SE INICIAN MANIOBRAS DE REANIMACIÓN CARDIOPULMONAR SIENDO LA 03+05. (Se resalta)

"Aspecto y Estado Gral PACIENTE EN MALAS CONDICIONES GENERALES, RAQUIPNEICO CON CIFRAS TENSIONALES ELEVADAS, INTERACCIÓN CON EL MEDIO NULA, NO RESPONDE A ESTIMULOS.

"(...)"

"SISTEMA U ORGANO

"1. CABEZA U ORGANO:

"2. O.R.L.

"3. OJOS EXOFTALMO DERECHO CON GRAN EDEMA PALPEBRAL ASOCIADO. EDEMA PALPEBRAL IZQUIERDO. PUPILAS MIDRIATICAS, NO REACTIVAS. (Se resalta)

"(...)"

EXAMENES SOLICITADOS.

879111 – TOMOGRAFÍA AXIAL COMPUTARIZADA DE CRANEO SIMPLE

Observación PACIENTE CON SOSPECHA DE HEMATOMA INTRACEREBRAL EXPANSIVO.

"(...)"

PLAN DE MANEJO

- TAC CEREBRAL SIMPLE URGENTE – MONITORIZACIÓN Estricta – CONTROL DE SIGNOS VITALES – AVISAR CAMBIOS

"(...)"

"EVOLUCION"

"DATOS DE INGRESO

FOLIO No.2 03/05/2012 04:58

"(...)"

"OBJETIVO

"POSTERIOR A REALIZACIÓN DE TAC EL PACIENTE PRESENTA PARO CARDIO RESPIRATORIO. SE PRACTICA REANIMACIÓN DURAN 1 HORA APROX SE COMENTA CON LA NEUROCOX DRA

PAEZ QUIEN LUEGO DE VALORAR EL TAC DE CRANEO, CONCEPTUA QUE EL PACIENTE NO PRESENTA HEMORRAGIA SUBARACNOIDEA, HEMATOMAS NI EFECTO DE MASA QUE EXPLIQUE EL CUADRO, SIN EMBARGO, PRESENTA EDEMA CEREBRAL, PUPILAS MIDRIATICAS FIJAS Y POR TAL MOTIVO DEBE SER MANEJADO EN UCI PEDIATRIA. ASI MISMO, LA DRA. PAEZ SUGIERE QUE EL PACIENTE DEBE SER REANIMADO PARA POSIBLE TRANSPLANTE DE ORGANOS, SE COMENTA CON COORDINADORA DE TRASNPLANTES.

"ANALISIS

SE TRSALADA PACIENTE A UCI PEDIATRIA

"(...)"

"EVOLUCION"

"DATOS DE INGRESO

FOLIO No.3 03/05/2012 05:14

"(...)"

"OBJETIVO

"PACIENTE CON CUATRO DIAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN CEFALE GLOBAL INTENSA, POR LO CUAL CONSULTA EN VARIAS OPORTUNIDADES A LA UNIDAD LOCAL, HOY PRESENTE ALTERACIONES DEL SENSORIO Y DIGNOS FOCALIZACIÓN POR LO QUE ES NUEVAMENTE LLEVADO, AL HOSPITAL DE LA CELIA, DE DONDE ES REMITIDO AL SERVICIO DE URGENCIAS DE ESTA INSTITUCIÓN, A DONDE INGRESA CON SIGNOS DE FOCALIZACIÓN, TOMAM TAC CEREBRAL QUE MUESTRA EDEMA CEREBARL SEVERO Y ESTANDO EN SALAS DE URGENCIAS PRESENTA PARO CARDIORESPIRAORIO, CON REANIMACIÓN POR MAS 10 MINUTOS, RECUPERANDO FRECUENCIA Y PULSO. POR LO QUE ES TRASLADADO A ESTA UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO..."

"ANALISIS

"PACIENTE CON EDEMA CEREBRAL SEVERO, CON SIGNOS DE HERNIACIÓN TANTO RADOLÓGICO COMO CLINICAMENTE, SE INICIA MANEJO CON SOLUCIÓN HIPERTÓNICA Y REANIMACIÓN CON PRESIÓN ENBUSQUEDA DE PERFUSIÓN CEREBRAL.

"PLAN

"SE INGRESA A UCI SE SOLICITA VALORACIÓN POR NEUROCIRUGÍA"

"(...)"

"EVOLUCION"

"DATOS DE INGRESO

FOLIO No.8 03/05/2012 08:28

"(...)"

"OBJETIVO

"PACIENTE EN ENTREGA DE TURNO HIPOTENSO, DESATURADO, LLAMA LA ATENCIÓN PROPTOSIS OCULAR DERECHA¹¹, PACIENTE CON EDEMA CEREBRAL MALIGNO, MUERTE CEREBRAL..."

"ANALISIS

"PACIENTE QUE FALLECE LUEGO DE CHOQUE NEUROLOGICO PROLONGADO Y A PESAR DE TENER NFUSION DE VASOESTIMULANTES A ALTA DOSIS.

"PLAN

¹¹ <http://www.imo.es/patologia/exoftalmos/> - ¿Qué es el exoftalmos?

Es la proyección o salida hacia fuera del globo ocular (proptosis), lo que puede dar la impresión de "ojos saltones". Puede afectar a un ojo o a ambos, dependiendo de las causas.

"¿Por qué se produce? (...)"

"Los pacientes pueden presentar: Retracción palpebral superior que confiere al rostro una expresión de susto o sorpresa. Irritación ocular y enrojecimiento de los tejidos orbitarios y de la conjuntiva. En los casos inflamatorios como la orbitopatía tiroidea, el exoftalmos puede ir acompañado de estrabismo (desviación de un ojo) y diplopía (visión doble). Esto es debido al engrosamiento de los músculos extraoculares, así como a una pérdida importante de visión por compresión del nervio óptico."

706

"NECROPSIA MEDICOLEGAL
"..."

Conforme lo determinó la jueza administrativa, de las anotaciones consignadas en la historia clínica del causante, se desprende que a éste con ocasión de la **cefalea retroocular y/o frontal intensa** por la cual consultó los días 29 y 30 de abril de 2012 se le diagnosticó **"migraña no especificada"**, y luego **"sinusitis frontal aguda"**, de lo cual parte para confrontarse contra la **"Guía para el manejo de urgencias"** adoptada el entonces Ministerio de la Protección Social - Viceministerio de Salud y Bienestar¹², la cual establecía:

"CEFALEA
"..."

"INTRODUCCIÓN

"El dolor de cabeza no traumático es, según las estadísticas internacionales, la tercera o cuarta causa de consulta a los servicios de urgencias. En general, se estima que entre el 1.7 y el 4,5% de las consultas a los servicios de urgencias son por cefalea. En el Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá el 2% de los pacientes consultan por este síntoma, lo que significa un total de 1.500 consultas por año.

"..."

La cefalea fue, en este estudio, la principal queja dolorosa de los colombianos independientemente de sexo o ubicación geográfica (...)"

Clasificación

Hace más de dos décadas se publicó la clasificación internacional de las cefaleas por la Sociedad Internacional de Cefalea. Esta clasificación, muy útil en el manejo ambulatorio pero también en el de emergencias, ha permitido dividir esta enfermedad en dos grandes grupos, cada uno con sus diferentes entidades. La clasificación no solo es importante para fines epidemiológicos o semiológicos, sino para el estudio y el tratamiento de los enfermos (tabla 1).

Tabla 1. Clasificación internacional de las cefaleas

Cefaleas Primarias	Cefaleas Secundarias
<ul style="list-style-type: none">1. Migraña<ul style="list-style-type: none">• Con aura• Sin aura• Síndromes periódicos de la niñez• Migraña retinal• Migraña complicada• Migraña probable2. Cefalea tensional3. Cluster y otras cefalalgias autonómicas trigeminales<ul style="list-style-type: none">• Cefalea en racimos (cluster) (Se Resalta)• Cefalea hemicránea paroxística• SUNCT• Probable cefalalgia trigeminal autonómica4. Cefalea en puñalada o en punzón de hielo5. Cefalea con la tos	<ul style="list-style-type: none">1. Cefalea asociada al trauma2. A desórdenes vasculares3. A desórdenes no vasculares4. A abuso o abstinencia de sustancias5. A infecciones sistémicas6. A desórdenes metabólicos7. A dolores dentofaciales8. Neuralgias craneales

¹²<http://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Gu%C3%ADa%20para%20manejo%20de%20urgencias%20tomo%20II.pdf> - Guía para el manejo de urgencias, Tomo II. CONVENIO FEDERACIÓN PANAMERICANA DE ASOCIACIONES DE FACULTADES [ESCUELAS] DE MEDICINA FEPAFEM 2009

- | | |
|--|--|
| 6. Cefalea desencadenada con el ejercicio
7. Cefalea asociada a la actividad sexual
8. Cefalea hipóptica
9. Cefalea en estallido (thunderclap)
10. Cefalea hemicránea continua
11. Cefalea diaria persistente de novo | |
|--|--|

Tomado de Olesen J, Boussier MG, Diener HC, et al. *The international classification of headache disorders Cephalalgia 2004; 24: 1-150.*

La mayoría de los pacientes que acuden a urgencias con cefalea sufren un episodio de exacerbación aguda de un problema crónico, especialmente migraña o cefalea tensional. Tan solo el 4% tienen cefalea secundaria que amerita estudios imagenológicos y tratamientos diferentes a los analgésicos comúnmente prescritos.

Aunque este argumento es epidemiológicamente claro, es mucho menos fácil distinguir en el campo una cefalea primaria de una secundaria. Por lo tanto, el interrogatorio es fundamental para descartar las llamadas "banderas rojas" en dolor de cabeza.

Interrogatorio del paciente con cefalea

Ya que se ha insistido en la necesidad de hacer historia clínica completa, los siguientes son puntos que el médico de urgencias no puede obviar durante la anamnesis:

1. Evolución temporal de los síntomas: velocidad de instauración del dolor: en general, las cefaleas primarias benignas tienen instauración más lenta que las secundarias. Los pacientes con cefaleas crónicas tipo migraña claramente pueden equiparar la similitud de los síntomas y la velocidad de instauración del dolor con episodios previos.

2. Presentación usual de los síntomas: cuando se trata de pacientes con cefaleas crónicas o recurrentes, la mayoría de las veces se puede definir claramente un patrón de presentación de los síntomas, ya sea porque se identifica un factor desencadenante, hay un pródro-mo repetitivo, el periodo del año o del ciclo menstrual es siempre el mismo o la evolución del dolor es similar. Verificar en la historia de ingreso estos signos es clave para determinar si se está en presencia de un patrón mantenido o cambiante de cefalea. En el último caso, como se verá más adelante, la cefalea debe ser estudiada con imágenes.

3. Frecuencia y duración de la cefalea: ante eventos repetitivos es importante conocer la periodicidad del dolor. Si la cefalea que antes era ocasional cada vez se hace más frecuente o si la duración es mayor con el paso del tiempo, los estudios imagenológicos se vuelven imperativos.

4. Síntomas autonómicos acompañantes que puedan hacer pensar en cefalea tipo cluster u otras autonómicas trigeminales, tales como

(Se resalta)

- Rinorrea.
- Congestión nasal.
- Lagrimeo.
- Edema o inyección conjuntival o palpebral.

5. Características del dolor

- Pulsátil.
- En punzón de hielo.
- Retroocular.
- Grávidica occipital.
- Opresiva.

6. Localización, pues las cefaleas migrañosas tienden a ser unilaterales, mientras las tensionales se ubican predominantemente en región occipital y cervical.

707

7. Severidad: la severidad de la cefalea, como la de cualquier otro dolor, se mide con la escala análoga visual (VAS), fundamental para describir lo más objetivamente una línea de base que guiará el manejo farmacológico. Cuando un paciente, con cefalea crónica o no, refiere que la actual es la más severa que jamás haya sentido y que la severidad no es similar a las anteriores, es necesaria la toma de imágenes, pues puede tratarse de una cefalea secundaria.

8. Comorbilidades: los pacientes con factores de riesgo cardiovascular, antecedentes de trauma, infecciones, cáncer o inmunosupresión son pacientes con una mayor posibilidad de tener cefaleas secundarias. Nuevamente en estos casos las imágenes son fundamentales para descartar eventuales calamidades intracraneales.

9. Factores que alivian o empeoran la cefalea, especialmente en lo referente a los analgésicos.

Una vez realizada la anamnesis, el examen físico general y neurológico debe ser lo más detallado posible incluyendo, además de signos vitales y examen otorrinolaringológico completo, examen neurológico exhaustivo que incluya fondo de ojo.

Cefalea secundaria y banderas rojas en dolor

Tras haber realizado un acto médico completo, el médico de urgencias podrá definir si está en presencia de cefalea primaria o secundaria. Las llamadas "banderas rojas" son signos de alarma que orientan hacia una posible etiología tumoral, vascular u obstructiva como causante del dolor de cabeza. Las banderas rojas son:

1. Cefalea de inicio subagudo que empeora con el paso de los días o meses

En general, las cefaleas con estas características son secundarias a masas intracraneales o hidrocefalia y por lo tanto su manejo es quirúrgico. Es de suma importancia el antecedente de trauma... Es frecuente que el médico de urgencias piense, erradamente, que toda neoplasia o evento que produzca hipertensión endocraneana debe acompañarse de anomalías en el examen neurológico. Esto es un mito que debe ser revisado, ya que lesiones que ocupan espacio en región frontal, hidrocefalia, lesiones de la fosa posterior o extracerebrales pueden cursar sin síntomas focalizadores hasta que alcanzan gran tamaño. **En estos casos la evolución del dolor determina la necesidad de realizar estudios imagenológicos.**

2. Cambio en las características del dolor en un paciente con antecedentes de cefalea Crónica

Con frecuencia los pacientes con antecedentes de cefalea crónica o repetitiva consultan a los servicios de urgencias por exacerbaciones agudas de un dolor crónico. Sin embargo, no es prudente rotular a los pacientes como "jaquecosos" y atribuir todo dolor de cabeza a su enfermedad de base. Por precaución, los médicos siempre deben hacer historia clínica completa, así el paciente haya consulta-do múltiples veces por el mismo síntoma y aclarar si la presentación de este episodio es igual a las anteriores. **Cualquier cambio en las características de la cefalea indica la toma de imágenes diagnósticas.**

3. Cefalea referida como la más severa jamás sentida

Este es el síntoma predominante en los pacientes con hemorragia subaracnoidea o sangrados intracerebrales, quienes inician su cuadro clínico con cefalea de gran intensidad y que se instaura en pocos minutos, y a veces, en segundos. **Este solo dato en la historia clínica obliga a la toma de una escanografía cerebral simple (TAC),** pues es el examen más sensible para detectar la sangre. Hay que recordar que el medio de contraste tiene la misma densidad de la sangre y por lo tanto si se sospecha hemorragia subaracnoidea, la aplicación de medio confundirá al radiólogo y demorará inútilmente el diagnóstico. Igualmente, la resonancia

magnética en estos casos no es un examen útil, pues la sangre fresca puede pasar inadvertida. Si hay criterios clínicos suficientes para sospechar la presencia de hemorragia subaracnoidea pero la escanografía no es concluyente, se debe realizar punción lumbar para aclarar el diagnóstico.

4. Cefalea con VAS > de 7 desde el inicio

En estos casos la sospecha diagnóstica es exactamente igual a la anterior. Es decir, una cefalea de gran severidad que inicia súbitamente debe ser considerada como producida por ruptura de aneurisma hasta comprobar lo contrario. **5. Cefalea de novo en pacientes mayores de 50 años....**

6. Cefalea persistente desencadenada o empeorada por las maniobras de Valsalva Esta es una de las características semiológicas clásicas de la cefalea por hipertensión endocraneana. Si el dolor se ha incrementado gradualmente con el paso del tiempo y no hay signos focalizadores al examen neurológico, el examen de elección es la resonancia magnética, ya que la TAC podría pasar por alto lesiones pequeñas con edema, lesiones en la fosa posterior o lesiones meníngeas. Si en el centro asistencial no hay disponibilidad de resonancia, se debe solicitar una TAC con-trastada.

"(...)"

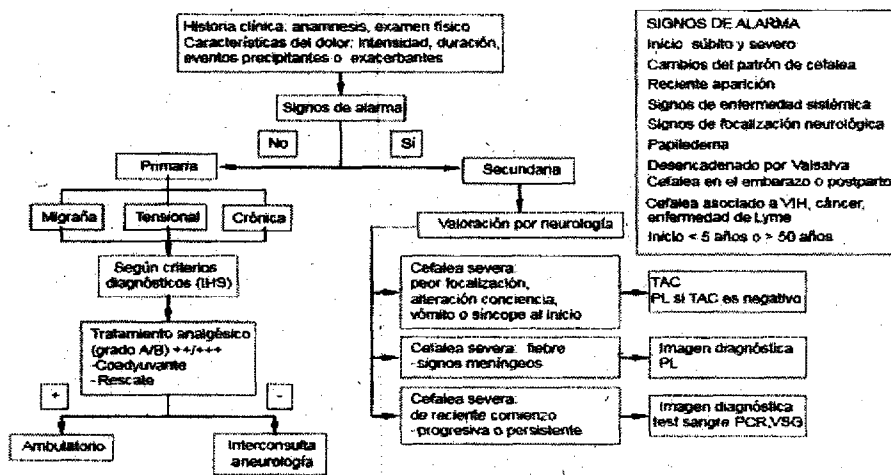
Tratamiento de la cefalea en Urgencias

El principio básico para el tratamiento de la cefalea es el diagnóstico. Lamentablemente es frecuente ver un manejo estereotipado del dolor en urgencias como si la fisiopatología de las diferentes variantes de cefalea fuera igual.

Antes de iniciar un medicamento el médico debe haber diagnosticado el tipo de cefalea que está manejando y adaptar en consecuencia la terapéutica. Los siguientes algoritmos sirven para orientar el manejo de acuerdo con las guías que se siguen en el Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá

"(...)"

ALGORITMO SOBRE MANEJO DE CEFALEA



"SINUSITIS AGUDA"

"(...)"

"DEFINICIÓN"

"Se define como la inflamación de la mucosa que cubre uno o más senos paranasales; usualmente no está limitada a la mucosa de los senos parana-

700

sales, sino que también afecta a la mucosa nasal, y por ello se prefiere el término rinosinusitis.

"La causa más común de esta entidad es la infección y se clasifica basada en la duración de los síntomas.

"a. Sinusitis aguda: síntomas menores de cuatro semanas de duración consistentes en signos infecciosos del tracto respiratorio superior, rinorrea purulenta, drenaje posterior, anosmia, congestión nasal, dolor facial, cefalea, fiebre, tos y descarga purulenta.

"(...)"

"CUADRO CLÍNICO"

"Los síntomas de la sinusitis aguda en la población adulta son inespecíficos e incluyen fiebre, cefalea, dolor facial, sensibilidad y edema facial. La fiebre, si se presenta, es de bajo grado; la descarga nasal es un síntoma común y varía de hialina a purulenta. Los pacientes frecuentemente presentan tos productiva durante todo el día, aunque empeora por la noche y en la posición de decúbito supino.

En los niños, hay dos características que pueden ayudar a distinguir una rinosinusitis viral de una bacteriana:

• Persistencia de los síntomas: La sintomatología de las infecciones del tracto respiratorio por más de 10 días sin mejoría hace sospechar una sinusitis aguda.

• El incremento de la severidad de los síntomas se define como la combinación de fiebre mayor de 39,8 °C, descarga nasal purulenta, sensibilidad y dolor facial. (Se resalta)

El diagnóstico depende de la presencia de por lo menos dos síntomas mayores, o un síntoma mayor y dos menores.

"Síntomas mayores"

- Dolor o presión facial.
- Obstrucción nasal.
- Rinorrea purulenta.
- Hiposmia o anosmia.

"Síntomas menores"

- Cefalea.
- Halitosis.
- Dolor dental superior.
- Tos, especialmente en niños.
- Otalgia o presión en oídos.

"Como parte del examen físico se debe realizar una rinoscopia anterior con un espéculo nasal o con un otoscopio, con el fin principal de determinar la presencia de secreción purulenta en el meato medio."

"Otro síntoma es dolor a la palpación de los senos paranasales, especialmente del maxilar y del frontal. La transiluminación puede ser de ayuda, pero requiere experiencia y puede dar un alto índice de resultados falsos positivos y negativos, por lo cual no se recomienda en la práctica clínica general. En la inspección de la orofaringe también se puede observar escurrimiento posterior purulento."

"DIAGNÓSTICO"

"La aspiración y el cultivo sinusal son el patrón oro en el diagnóstico de la sinusitis bacteriana. Sin embargo, son procedimientos invasores, dolorosos y pueden llevar a complicaciones y sobreinfecciones, por lo cual no se practican de manera rutinaria."

"El advenimiento de la endoscopia nasal y sinusal ha facilitado la toma de cultivos de secreciones del meato medio, que tienen una correlación bacteriológica alta con las punciones antrales y ha desplazado esta práctica; en niños las muestras de las secreciones deben ser obtenidas únicamente por aspiración directa."

La citología nasal es utilizada en la evaluación de condiciones asociadas con la sinusitis, incluyendo rinitis alérgica, rinitis neutrofilica y rinitis vasomotora.

La imaginología de los senos paranasales no se recomienda para el diagnóstico de rutina de la sinusitis bacteriana no complicada. Los estudios imaginológicos deben ser practicados en casos atípicos, cuando hay fallas del tratamiento o cuando se sospechan complicaciones, en pacientes inmunosuprimidos, en pacientes con historia de sinusitis a repetición o poliposis nasal. La técnica imaginológica de elección es la tomografía axial computadorizada (TAC), la cual evidencia anomalías en el complejo osteomeatal y en las cavidades sinusales. Se debe utilizar medio de contraste si hay sospecha de complicaciones intracraneanas.

El valor diagnóstico de las radiografías simples de los senos paranasales es muy limitado por su pobre sensibilidad y especificidad; se utiliza generalmente en niños, en las proyecciones de Waters (occipitofrontal) y Caldwell (angulación posteroan-terior) y vistas laterales. Los hallazgos radiográficos sugieren sinusitis en presencia de opacidad de la mucosa (mayor a 4 mm) o niveles hidroaéreos. En la población pediátrica, la TAC es muy utilizada en los servicios de urgencias. "(...)"

COMPLICACIONES

1. Orbitarias.
 - Celulitis periorbitaria.
 - Celulitis orbitaria.
 - Abscesos orbitarios.
 - Trombosis de senos cavernosos.
2. Infecciones intracraneanas (abscesos, meningitis, etc.).
(Resalta el Juzgado)
3. Infecciones óseas faciales (osteomielitis).

A partir de la historia clínica en los apartes ya transcritos y concatenando con las guías que al menos para la época de los hechos estaban vigentes, ante la consulta por urgencias por cuadro de cefalea intensa, el protocolo a seguir es la práctica del examen físico y **neuroológico detallado y exhaustivo** (que incluya fondo de ojo), así como la toma de imágenes diagnósticas (preferentemente TAC), dado que como se anota en dicha guía **"El principio básico para el tratamiento de la cefalea es el diagnóstico"**, así mismo, en relación con la patología de **sinusitis aguda**, se indica como técnica imaginológica la TAC con medio de contraste¹³, en caso de sospecharse complicaciones intracraneanas; como también que **"En la población pediátrica, la TAC es muy utilizada en los servicios de urgencias."**

Con todo el juzgador de primera instancia, indica que de las pautas trazadas por la vía de las guías, se corrobora la importancia de la **tomografía axial**

¹³ [] <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003330.htm> - Tomografía Computarizada: Es un método de diagnóstico por imágenes que utiliza rayos X para crear imágenes transversales del cuerpo (Se resalta)
"(...)" PREPARACIÓN PARA EL EXAMEN

Ciertos exámenes requieren que se introduzca en el cuerpo un colorante especial, llamado medio de contraste, antes de que el examen comience. El medio de contraste ayuda a que ciertas zonas se vean mejor en las radiografías. (Se resalta)

708

computarizada y de la valoración por el especialista en neurología en el tratamiento de la cefalea intensa y la sinusitis aguda, las cuales fueron ordenadas por parte del galeno Piter Andrés Vargas León (fl. 16 cdno. 2) desde la primera consulta que registro el menor en la ESE accionada, expidiéndose la primera de las mencionadas bajo el carácter de **prioritaria**, y el TAC con carácter de **urgencia**.

Luego entonces el análisis fáctico debe dirigir su mirada hacia lo depuesto por los médicos en sus declaraciones vertidas ante esta jurisdicción en la primera instancia. Es de esta forma como el médico Piter Andrés Vargas León en declaración rendida, y que obra en medio magnético a folio 220 del cuaderno 1-2, indicó:

"(...) PREGUNTADO: ¿Dr. usted nos ha informado que efectivamente profirió una orden médica atinente a un TAC y a una consulta especializada por neurología, usted podría informarnos a quién le hizo entrega de esa orden médica? CONTESTÓ: Se le hace entrega a la mamá del paciente, para que la gestione al día siguiente en la ESE. PREGUNTADO: ¿Eso quiere decir que por lo menos usted, nunca le hizo entrega a algún funcionario de ASMET SALUD de dicha orden médica? CONTESTÓ: No. (...) PREGUNTADO: Dentro de las conductas terapéuticas que usted planteó el día 29 de abril, solicitó el TAC, el examen correspondiente para establecer el estado neurológico del paciente, ese TAC se podía hacer en el Hospital de La Celia Risaralda? CONTESTÓ: No, en La Celia no se podía realizar. PREGUNTADO: ¿Por qué razón no se podía hacer en ese hospital? CONTESTÓ: Porque esa es una institución nivel dos y allí no se cuenta con ese equipo."

Con lo anterior, el juzgador, encontró una forma de evidenciar una falla en la atención médica surtida hasta ese momento, pues no se hizo la gestión correcta de la orden del examen denominado TAC debía aplicarse al menor que en ese momento estaban atendiendo.

Para llegar a esa conclusión, en la sentencia se estructura una serie de disposiciones que conducen a que el trámite dado en el caso concreto no fue afortunado, confrontando entonces todo lo anterior con lo que estaba establecido en el **Decreto 4747 de 2007** "*Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones*"; y en el cual se estipuló lo siguiente:

"ARTÍCULO 12. INFORME DE LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Todo prestador de servicios de salud deberá informar obligatoriamente a la entidad responsable del pago, el ingreso de los pacientes al servicio de urgencias dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al inicio de la atención. El informe de atención inicial de urgencias se realizará mediante el diligenciamiento y envío del formato correspondiente, el cual será definido por el Ministerio de la Protección Social.

"ARTÍCULO 13. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS POSTERIORES A LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Si para la prestación de **servicios posteriores a la atención inicial de urgencias**,

las entidades responsables del pago de servicios de salud han establecido como requisito una autorización particular, una vez realizada la atención inicial de urgencias, el prestador de servicios de salud deberá informar a la entidad responsable del pago, la necesidad de prestar el servicio cuya autorización se requiere, utilizando para ello el formato y siguiendo los procedimientos y términos definidos por el Ministerio de la Protección Social, para el efecto. **Este proceso no podrá ser trasladado al paciente o a su acudiente y es de responsabilidad exclusiva del prestador de servicios de salud.** (Se resalta).

ARTÍCULO 14. RESPUESTA DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS POSTERIORES A LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud deben dar respuesta a las solicitudes de autorización de servicios siguiendo los procedimientos, mecanismos y en el formato que determine el Ministerio de la Protección Social. **Este proceso no podrá ser trasladado al paciente o su acudiente y es de responsabilidad exclusiva de la entidad responsable del pago.** La respuesta a la solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención de urgencias, deberá darse por parte de la entidad responsable del pago, dentro de los siguientes términos:

a). Para atención subsiguiente a la atención inicial de urgencias: Dentro de las dos (2) horas siguientes al recibo de la solicitud;

b). Para atención de servicios adicionales: Dentro de las seis (6) horas siguientes al recibo de la solicitud.

"(...)"

"PARÁGRAFO 2°. Si el prestador de servicios de salud que brindó la atención inicial de urgencias hace parte de la red de prestadores de servicios de salud de la entidad responsable del pago, la atención posterior deberá continuarse prestando en la institución que realizó la atención inicial de urgencias, si el servicio requerido está contratado por la entidad responsable del pago, sin que la institución prestadora de servicios de salud pueda negarse a prestar el servicio, salvo en los casos en que por requerimientos del servicio se justifique que deba prestarse en mejores condiciones por parte de otro prestador de servicios de salud, no exista disponibilidad para la prestación de servicio, o exista solicitud expresa del usuario de escoger otro prestador de la red definida por la entidad responsable del pago. (Se resalta)

ARTÍCULO 15. SOLICITUD DE SERVICIOS ELECTIVOS. Si para la realización de servicios de carácter electivo, ambulatorios u hospitalarios, las entidades responsables del pago de servicios de salud tienen establecido como requisito la autorización, esta será diligenciada por el prestador de servicios de salud con destino a la entidad responsable del pago, en el formato de solicitud y con los mecanismos definidos por el Ministerio de la Protección Social. (Se resalta)

ARTÍCULO 16. RESPUESTA DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS ELECTIVOS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud deben dar respuesta a los usuarios de las solicitudes de autorización de servicios electivos tanto ambulatorios como hospitalarios, dentro de los términos, por las vías y en el formato que determine el Ministerio de la Protección Social, sin que el trámite de la autorización pueda ser trasladado al usuario o su acudiente. **Este trámite es de responsabilidad exclusiva de la entidad responsable del pago, así como la garantía al usuario de la integralidad de la atención,** en función del modelo de atención establecido en los acuerdos de voluntades suscritos con los prestadores de servicios de salud. El Ministerio de la Protección Social determinará los términos y procedimientos de seguimiento que

permitan garantizar la oportunidad en la asignación de citas para la prestación de servicios electivos

Así mismo en la **Resolución Número 003047 de 2008**, "Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007", se dispuso:

"ARTÍCULO 5. FORMATO Y PROCEDIMIENTO PARA LA RESPUESTA DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS POSTERIORES A LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS Y EN EL CASO DE AUTORIZACIÓN ADICIONAL. Si para la realización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, en el acuerdo de voluntades se tiene establecido como requisito la autorización para su respuesta, se adoptará el formato definido en el Anexo Técnico No. 4 que hace parte integral de la presente resolución."

"Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo se tendrá en cuenta lo siguiente:

"1. Las entidades responsables del pago deben dar respuesta a la solicitud de autorización de servicios, dentro de los siguientes términos:

- a. Para la atención posterior a la atención inicial de urgencias: Dentro de las dos (2) horas siguientes al recibo de la solicitud.
- b. Para la atención de servicios adicionales: Dentro de las seis (6) horas siguientes al recibo de la solicitud.

"(...)"

"ARTÍCULO 6. FORMATO Y PROCEDIMIENTO PARA LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS ELECTIVOS. Si en el acuerdo de voluntades se tiene establecido como requisito la autorización para la realización de servicios de carácter electivo, sean éstos ambulatorios u hospitalarios, el prestador de servicios de salud deberá adoptar el formato definido en el Anexo Técnico No. 3 que hace parte integral de la presente resolución, el cual podrá ser enviado por el usuario a la entidad responsable del pago por correo electrónico como imagen adjunta o fax, o presentarlo directamente en los puntos de atención de que disponga la entidad responsable del pago. (Resalta el Juzgado)

"En el caso de que a juicio del profesional tratante, el servicio requerido sea de carácter prioritario, la solicitud deberá ser remitida por la institución prestadora de servicios a la entidad responsable del pago. (Resalta el Juzgado)

"En ningún caso, las entidades responsables del pago podrán exigir que el usuario o su acudiente se desplace físicamente hasta sus instalaciones para entregar la solicitud de autorización. (Resalta el Juzgado)

"Parágrafo. Las entidades responsables del pago deberán disponer de mecanismos que garanticen la recepción de solicitudes de autorización de servicios electivos que se envíen a través de los medios de envío definidos en el artículo 10 de la presente resolución. Así mismo, deberán disponer de mecanismos que permitan la atención al público como mínimo todos los días hábiles por seis (6) horas diarias de horario de oficina diurno.

“Artículo 7. Formato y procedimiento para la respuesta de autorización de servicios electivos. Para la respuesta de autorización de servicios electivos de que trata el artículo 16 del Decreto 4747 de 2007 se adoptará el formato definido en el Anexo Técnico No. 4 que hace parte integral de la presente resolución. Las entidades responsables del pago deben dar respuesta a la solicitud de autorización de servicios, dentro de los siguientes términos:

...
“Parágrafo: (Modificado por la Resolución No. 000416 de 2009, “Por medio de la cual se realizan unas modificaciones a la Resolución 3047 de 2008 y se dictan otras disposiciones”) Las entidades responsables del pago no podrán trasladar al usuario la responsabilidad de ampliación de información clínica o documentos adicionales para el trámite de la autorización de servicios electivos. Excepcionalmente, en el caso de necesidad de información adicional, la entidad responsable del pago se comunicará con el prestador de servicios de salud solicitante de la autorización, dentro del día hábil siguiente al recibo de la solicitud para los servicios prioritarios y dentro de los tres (3) días hábiles siguientes en el caso de servicios no prioritarios. El prestador deberá dar respuesta a dicha solicitud, dentro del día hábil siguiente al recibo de la solicitud de información adicional para los servicios prioritarios y dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de información adicional para los servicios no prioritarios. Estos términos sin perjuicio de los establecidos en el numeral 1° del presente artículo.” (Resalta el Juzgado)

La conclusión entonces a la que se llegó es que no se dio el manejo procedente a la orden para el examen de TAC que debía practicarse al paciente menor de edad.

Respecto a esta conclusión no hizo mayores miramientos la entidad de salud condenada en primera instancia, pues su argumentación tuvo como enfoque fundamental que no se presentó una falla y que los síntomas que mostraba el menor conducían hacia otro tipo de diagnóstico. Por ello, entonces, no encontrando un reproche frente a la forma como en forma detallada el juzgado administrativo indica que si se presentó una falla, la revisión en sede de este recurso se debe dirigir hacia el nexo causal.

Por ello, lo que manifestaron los médicos tratantes del menor, admiten una lectura detallada. Al respecto entonces, los galenos Piter Andrés Vargas León y Martha Castrillón Castaño (fl. 220 cdno. 1-2) refirieron:

“Ingresa un paciente en horas de la noche en compañía de la madre...que presentaba dolor en ojo izquierdo que era progresivo, ya llevaba tres días del inicio de los síntomas... se le prescribió medicamento para controlar el dolor... se le preguntó al paciente otros síntomas había presentado y pues había referido diplopía, que es visión doble,... se encontraba afebril... el paciente después de suministrarle el medicamento para el dolor mostró mejoría y se le dio salida; por ser primer episodio de una cefalea intensa en un menor, pues tiene indicado que se realicen estudios pertinentes, se le solicitó al paciente un TAC y una valoración por neurología... se le dijo a la madre que si continuaba con el dolor tenía que volver a consultar, se le entregaron las órdenes del TAC y se le entregó orden de valoración por neurología prioritaria...la orden del TAC se

colocó de manera urgente para que haya una respuesta pronta... para que los manejos fueran más rápidos y alcanzara a coordinar con el neurólogo, situación que pues me llama la atención porque en ningún momento presentaba signos de meningitis... se busca, primero, episodios de fiebre que no está reportado, y el paciente llega afebril al servicio y durante el tiempo que estuvo no mostró tampoco temperaturas elevadas, rigidez nuchal, que es uno de los signos patognomónicos de la meningitis, y pues se buscan también otros signos somáticos como taquicardia y pues el paciente estaba con los signos vitales normales.
PREGUNTADO: ¿Si se hubiera practicado la radiografía, el TAC que usted ordenó, a través de ese TAC se hubiera determinado una meningitis?
CONTESTÓ: **Tendría que ser muy avanzada para poder uno determinar si hay meningitis, tendría que estar muy avanzada la meningitis para poderla haber detectado como tal. (...)**
PREGUNTADO: ¿Si se hubiera practicado el TAC se hubiera podido detectar la meningitis si esta hubiera estado en una etapa avanzada? encuentro que la atención que se le brindó fue el 30 de abril de 2012, el niño muere el 03 de mayo de ese mismo año, ¿en realidad en ese estado de evolución, se podría concluir que si se podría haber visto (sic) si se hubiera practicado ese examen hubiera dado luces para diagnosticar de manera correcta esta circunstancia?
CONTESTÓ: **No se podría aseverar eso, porque la enfermedad de la meningitis es progresiva, y pues para que conlleve a lo que ocurrió en este momento, pues a mí me llamó la atención el diagnóstico del forense, porque el paciente nunca presentó los signos que uno busca para meningitis, de hecho, cuando uno de habla de cefaleas, pues uno hace la evaluación buscando signos neurológicos como tal que el paciente nunca presentó, el dolor del ojo viene dentro del síndrome migrañoso y pues como está bien notado en la historia clínica, venía acompañado de un dolor en hemicráneo izquierdo que también es de migraña. (...)**
PREGUNTADO: Para el caso del joven CRISTIAN CAMILO VILLA OSORNO, en la atención que usted le realizó el día 29 de abril a las 23:16, determinó migraña no especificada, adicional a ese diagnóstico, ¿qué otras patologías podrían haber asociado a diagnóstico?
CONTESTÓ: Podrían haber masas intracraneales, podrían haber malformaciones artereovenosas, pues dada la forma como se presenta la historia clínica del paciente, pues ese eran los diagnósticos de pronto que se estaban tratando de buscar.
PREGUNTADO: ¿Se descartaba la meningitis en ese primer momento que usted lo atendió la meningitis?
CONTESTÓ: **Se descartaba, era descartado, porque no presentaba el paciente los signos como fiebre, taquicardia, cambios en las arteriaciones (sic) o traumas artereovenosas a nivel de fondo de ojo que también se busca, y está consignado en la historia clínica. (...)**
PREGUNTADO: En la atención referida de la fecha 29, usted determinó un Glasgow 15/15 ¿qué indicaba eso? ¿y qué conducta podía usted asumir frente a esa calificación de ese menor en su comportamiento?
CONTESTÓ: El Glasgow 15/15 representa para nosotros un paciente sin déficit neurológico, un paciente que no muestra ninguna alteración a nivel del Sistema Nervioso Central, en cerebro o en cualquiera de las estructuras relacionadas. (...)

Queda ratificado en esta transcripción que a la familia del menor se le hizo la entrega de la orden para el TAC y la valoración por neurología, ya aceptó que en la eventualidad de haber estado avanzada la meningitis el TAC hubiese dado trazos para diagnosticarla, aunado a que hace énfasis en que no se presentaban más signos que condujeran a ese padecimiento.

Ahora, la declaración de la profesional MARTHA CASTRILLÓN CASTAÑO:

“...PREGUNTADO: ¿Explíqueme qué recomendaciones y qué le dio a la madre del menor? CONTESTÓ: ...El paciente entró con la mamá, el paciente le hice el examen neurológico, el examen físico inicial, se quedó en la camilla, yo me quedé con la mamá en el consultorio, entonces igual, dentro de la explicación, y dentro de la misma conversación, y la misma historia clínica, ella me contó que tenía migraña, que en algún momento le habían hecho un TAC, que le había salido absolutamente normal, entonces igual hable con ella, le conté que a los niños, o sea, siendo hombre, la mayor posibilidad era que tuviera una migraña que se llama una migraña en racimos, normalmente empieza más o menos a esa edad, como en la adolescencia, entonces que probablemente era el primer episodio, y que por ser el primer episodio necesitaba una imagen, que era la que le había pedido mi compañero el día anterior que era un TAC, y que probablemente ese iba a ser el primer episodio de algunos muchos más que iba a tener... que a ellos normalmente es en racimos, y que pues igual, íbamos, la única manera (sic) de confirmar el diagnóstico era con la evolución, le di los signos de alarma para regresar... básicamente la persistencia del dolor, que haya pérdida del conocimiento, yo creo que el algún momento le entregaron también el TRIAGE, allí están escritos los signos de alarma que le di al niño, que es básicamente si hay déficit neurológico, entonces que se le duerme una parte del cuerpo, que no puede hablar, convulsiona, pierde el conocimiento o aumenta el dolor... PREGUNTADO: **Al menor su compañero el Dr. Piter ordenó una remisión a neurología, y era una remisión prioritaria, usted me puede explicar, si era una cefalea una migraña, ¿por qué necesitaban al especialista? ¿Por qué lo remitieron a ese especialista?** CONTESTÓ: Ah, claro, porque igual es hombre, por la edad, y por ser el primer episodio, entonces igual todo niño que tenga cefalea, normalmente pasa con un especialista, ya sea el pediatra que considere si se ve el neurólogo o no se ve el neurólogo, o con el neurólogo directamente, y por el tipo de cefalea siendo hombresito (sic) normalmente se pide una imagen. (...) PREGUNTADO: El menor falleció a los tres días, por una meningitis, ¿dentro de los protocolos que usted maneja no había alguna, algún síntoma, que avizorara que no fuera prioritaria sino que lo mandaran por urgencias para la toma de esa radiografía? CONTESTÓ: **No, claro que no, no la había, o sea sino pues obviamente se habría hecho, no existía ningún síntoma que lo pusiera como urgencia.** PREGUNTADO: ¿Pero qué tipo de síntoma que usted hubiera visto, podía haber cambiado su decisión? CONTESTÓ: La evolución entre una gripa, una cefalea, una sinusitis y una meningitis es el tiempo, entonces igual realmente lo que se tiene de diferencia es la evolución, entonces en ese momento tenía una cefalea, en la revaloración, que pues igual ya vamos a hablar de la revaloración, tenía síntomas adicionales que mostraban que tenía una sinusitis, pero la única, o sea, realmente, no, en ningún momento pensé que tenía una meningitis en que no tenía ningún síntoma clínico, ningún signo clínico para tener una meningitis, normalmente un paciente que tiene una meningitis, independientemente de que sea viral o de que sea bacteriana, es un paciente que se ve en mal estado general, mal estado general es un dolor de cabeza intenso que no le mejora con ningún analgésico, y que aparte de eso hay algo que se llama rigidez nuchal, que es muy importante para el diagnóstico de meningitis, y los síntomas meníngeos son síntomas donde uno ve que el niño no se puede mover prácticamente, o sea donde el síntoma, o sea la rigidez nuchal es porque las meninges están tan contraídas y están tan inflamadas, que solamente el mínimo movimiento con la cabeza produce muchísimo dolor, el niño no tenía ni una fiebre persistente, ni tenía una rigidez nuchal, ni tenía una alteración del estado de conciencia, o sea no tenía nada que dijera que no tenía algo diferente a un dolor de cabeza que podría

7/2

corresponder a una migraña, perfectamente, y una de las causas de migraña es la sinusitis. PREGUNTADO: ¿El desarrollo de la meningitis de un menor varía al de un adulto? ¿Es más rápido o es más lento? ¿Se maneja de la misma manera? CONTESTÓ: Se maneja de la misma manera, o sea el manejo es antibiótico, antibiótico normalmente parenteral. PREGUNTADO: Pero los síntomas estoy hablando. CONTESTÓ: Los síntomas, depende, hay meningitis que son virales, meningitis que son bacterianas, entonces igual los síntomas pueden ser diferente y la presentación clínica puede ser diferente muy diferente (...) por ejemplo, se puede hacer diagnóstico de una meningitis con una convulsión, o sea, el perfecto está perfecto hoy, tuvo una convulsión: meningitis, se puede hacer diagnóstico de meningitis con un paciente que tiene gripa, fue a su EPS, tenía fiebre leucocitosis, se le hizo una punción lumbar y terminó con una meningitis, se puede hacer diagnóstico de meningitis en un paciente que se murió sin ningún síntoma, o sea que hoy estaba perfecto, tuvo una muerte súbita y se le hizo un diagnóstico post-mortem de meningitis, el periodo de evolución es demasiado diferente, demasiado diferente en que depende de muchas cosas, del sistema inmunológico del paciente, de la edad del paciente, del estado nutricional, del tipo de bacteria o del tipo de virus, del tipo de germen que la produzca, o sea, demasiado diferente, por eso la clínica es lo que prima, o sea, lo que prima es que obviamente uno no puede hacerle diagnóstico al paciente que convulsiona por primera vez, de meningitis; o sea uno le hace el diagnóstico ya pues obviamente con la imagen, con la punción lumbar y demás, pero en ese momento, o sea, uno solamente viendo que convulsionó no dice: ¡ay tiene una meningitis! lo mismo pasa con estos casos que son más larvados (...) espéreme yo primero aclaro algunas cosas, importantísimas, no se descartó el diagnóstico de meningitis, en ese momento todavía no se sospechaba, la clínica es amplia, se considera una cefalea y se ven las causa probables de cefalea, entonces las causas probables de cefalea son muchas, entonces igual no se ha descartado, usted dice: es que el paciente llegó, y se descartó el diagnóstico de meningitis, no, o sea, no se ha descartado, no se ha sospechado hasta ese momento en que la clínica no va hacia la sospecha de una meningitis. (Resalta el Juzgado)

De lo depuesto se nota, que en forma coherente con lo dicho por su compañero médico, era muy complicado el diagnóstico de meningitis por la ausencia de los síntomas más comunes, pero ratifica igualmente que se había ordenado remisión con neurólogo y la realización de un examen diagnóstico.

Se itera, como no se contó con dictamen pericial en el presente proceso, se hace necesario auscultar la literatura médica, como en efecto se hizo en la sede de la primera instancia, en donde consultada¹⁴ por ese despacho prevé:

“Cuadro clínico

“La tabla 1 muestra los síntomas más comunes de la meningitis bacteriana aguda en niños mayores y adolescentes. En lactantes y niños pequeños algunos de estos síntomas pueden faltar, pero la irritabilidad, un estado de sopor persistente, fontanelas sobresalientes, fijación de la mirada y convulsiones, deben hacer sospechar de meningitis bacteriana aguda.

La tríada rigidez de la nuca, fiebre y estado mental alterado son frecuentes, aunque uno o dos de estos síntomas pueden estar

¹⁴ Ver sitio web <http://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoID=58122>

ausentes. Sin embargo, la ausencia de los 3 descarta la meningitis bacteriana aguda con un 99% de certeza. La rigidez de la nuca es un síntoma muy característico de meningitis bacteriana aguda, pero puede estar ausente en el paciente comatoso y por otro lado puede estar presente en otros cuadros como la hemorragia subaracnoidea, el tétanos y otras infecciones con fiebre alta.

Tabla 1. Hallazgos más frecuentes de meningitis bacteriana aguda en niños mayores y adolescentes

Síntomas	Signos
Fiebre (75–95%)	Rigidez de la nuca (50–90%)
Cefalea (80–95%)	Confusión (75–85%)
Fotofobia (30–50%)	Signo de Kernig (5%)*
Vómitos (90% de los niños; 10% de los adultos)	Signo de Brudzinski (5%)**
	Déficit neurológico focal (20–30%)
	Exantema (10–15%)

*: Resistencia a la extensión pasiva de la rodilla con la cadera flexionada en 90 grados.

** : Flexión espontánea de caderas y rodillas al flexionar pasivamente la nuca.

Así mismo en cuanto al diagnóstico de dicha enfermedad¹⁵ se consigna:

"DIAGNÓSTICO DE UNA MENINGITIS

"La meningitis bacteriana es una urgencia médica. Cuanto más tiempo haya transcurrido desde el inicio de la enfermedad hasta la instauración del tratamiento, mayor es el riesgo de daño neurológico permanente. La gravedad de esta infección es mucho mayor en los lactantes y en los ancianos. Ante la sospecha de meningitis hay que administrar sin tardanza los antibióticos necesarios y obtener muestras de sangre para realizar cultivos. Un cultivo es un método diagnóstico que favorece el crecimiento de microorganismos para la identificación de las bacterias que causan la enfermedad. En el diagnóstico de la meningitis los datos más relevantes se van a obtener con la punción lumbar. Esta se hará lo antes posible, salvo que no esté indicada su realización.

"EXPLORACIÓN FÍSICA

"Ante un cuadro clínico compatible con una infección meníngea, se procede a realizar una exploración cuidadosa del enfermo buscando signos de infección, en especial a nivel de la cabeza, el cuello, los oídos y la piel. Se lleva a cabo una exploración neurológica que estudie el nivel de conciencia del paciente y la existencia de hipertensión intracraneal (Incremento de la presión del interior de la cabeza). Así mismo se realizarán las maniobras oportunas para detectar la presencia de rigidez de nuca y signos meníngeos.

¹⁵ Ver sitio web <http://www.webconsultas.com/meningitis/diagnostico-de-una-meningitis-619>

70

"PRUEBAS DE IMAGEN

Como pruebas diagnósticas pueden realizarse radiografías de tórax, de los senos paranasales, para buscar una infección a ese nivel (sinusitis) que se haya extendido al sistema nervioso, y un TAC (tomografía axial computarizada) que no siempre está indicado. Sin embargo, el diagnóstico definitivo requerirá probablemente un análisis del líquido cefalorraquídeo obtenido mediante punción lumbar.

"PUNCIÓN LUMBAR

El examen del líquido cefalorraquídeo constituye el estudio fundamental. En condiciones normales se trata de un líquido claro y transparente. En el caso de la meningitis bacteriana, su aspecto es turbio y su análisis manifiesta un aumento importante de los leucocitos (glóbulos blancos). Puede cultivarse parte del líquido para determinar el tipo de microorganismo causante de la enfermedad.

Cuando existe sospecha de hipertensión intracraneal no se debe realizar una punción lumbar, porque puede conllevar complicaciones severas. En estos casos, se realiza previamente un TAC craneal para descartar la hipertensión y, en caso de existir, se tomarán las medidas oportunas.

Conforme todo lo ya dicho, la literatura médica traída a colación por el juzgado de primera instancia, los síntomas y/o signos indicativos de una meningitis bacteriana son: fiebre, cefalea, fotofobia, vómito, confusión, déficit neurológico y la rigidez nuca; siendo el medio de diagnóstico idóneo para determinar dicha enfermedad, el análisis o estudio de líquido cefalorraquídeo (LCR) el cual se obtiene mediante punción lumbar; mientras que la tomografía axial computarizada, se considera una ayuda diagnóstica para auscultar anormalidades a nivel cerebral, que no siempre está indicada para los pacientes que presenten signos meníngeos.

Se ocupó entonces de explicar los razonamiento para concluir que sí hubo un error en el diagnóstico. Para lo cual, desde el punto de vista jurídico invocó de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹⁶:

"19. En relación con la responsabilidad civil por error en el diagnóstico, la doctrina extranjera ha señalado que:"

"Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho. De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica.

"Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento.

"(...)

¹⁶ □ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANIL ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013), Radicación número: 54001-2331-000-1997-12658-01(31724), Actor: LUIS ALBERTO GUERRERO FERRER, Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, Referencia: REPARACION DIRECTA

"El diagnóstico, por su parte, puede descomponerse en dos tipos de actuaciones, distinción que tiene vital importancia al momento de analizar la culpa del profesional.

"En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios.

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos obtenidos en el proceso anterior, corresponde el análisis de los mismos y su interpretación, "coordinándolos y relacionándolos entre sí, siendo también precisa su comparación y contraste con los diversos cuadros patológicos y conocidos por la ciencia médica; es decir, se trata en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio"¹⁷.

Esta operación valorativa de todos los antecedentes es la que presenta los mayores inconvenientes al momento de juzgar la conducta médica, pues como en definitiva se trata de un juicio incierto, la culpa profesional debe valorarse con sumo cuidado, y siempre teniendo en cuenta que no estamos frente a una operación matemática¹⁸.

20. Con fundamento en lo anterior, puede sostenerse que en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados de un error de valoración, **la parte actora tiene la carga de demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente** porque, por ejemplo, el profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; **no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria¹⁹; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico²⁰; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad²¹.**

21. Por su parte, el juez deberá hacer un análisis riguroso y completo de los medios a su alcance para establecer si hubo o no falla. En

¹⁷ [5] Fernández Costales, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, p. 116.

¹⁸ Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, editorial Hammurabi, 2ª edición, 2002, pp. 106-107.

¹⁹ En la sentencia de 10 de febrero de 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado imputó responsabilidad a la Universidad Industrial de Santander por la muerte de un joven universitario, como consecuencia de un shock séptico causado por apendicitis aguda, tras encontrar demostrado que el paciente ingresó al servicio médico de la entidad, con un diagnóstico presuntivo de esta enfermedad que constaba en la historia clínica, y que el médico de turno, no solo omitió ordenar los exámenes necesarios para confirmarlo o descartarlo, sino que realizó una impresión diagnóstica distinta, sin siquiera haber examinado físicamente al paciente. Exp. 11.878, C.P. Alíer Eduardo Hernández.

²⁰ En la sentencia de 27 de abril de 2011, la Sala imputó responsabilidad al ISS por el daño a la salud de un menor de edad, afectado por un shock séptico en la vesícula, en el hígado y en el peritoneo, luego de constatar que éste ingresó a la unidad programática de la entidad con un fuerte dolor abdominal, y que los médicos le formularon un tratamiento desinflamatorio y analgésico, sin practicarle otros exámenes o pruebas adicionales, que confirmaran que la enfermedad que lo aquejaba en realidad no era de gravedad y que podía controlarse con tales medicamentos. Exp. 19.846, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél "objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad". Alberto Bueres, citado por Vázquez Ferreyra, *Op. Cit.*, p. 121.

714

especial, deberá examinar la información consignada en la historia clínica con el fin de establecer qué acciones se llevaron a cabo para orientar el diagnóstico de la enfermedad. También deberá apelar, en la medida de lo posible, al concepto de peritos o expertos para aclarar aspectos de carácter científico que escapan a su conocimiento. No obstante, dada la complejidad de los factores que inciden en la exactitud del juicio, el juez tendrá que ser en extremo cuidadoso al momento de valorar esta prueba pues resulta relativamente fácil juzgar la conducta médica ex post. Por ello, la doctrina ha señalado que "el juez y los peritos deben ubicarse en la situación en que se encontraba el médico al momento de realizar dicho diagnóstico"²².

Más adelante en esa misma providencia, con respecto a la valoración del error de diagnóstico en un caso similar al que ocupa la atención del Despacho dicha corporación precisó lo siguiente:

"42. En suma, a juicio de la Sala, no puede afirmarse que la entidad demandada incurrió en un error de diagnóstico porque no está demostrado que el paciente ya sufría de meningitis cuando ingresó por segunda vez al servicio de urgencias del ISS. Pero, aún en el evento de que tal circunstancia se encontrara acreditada, de todas formas no podría sostenerse que el error es resultado de una falla del servicio porque está demostrado que el diagnóstico de "sinusitis-bronquitis" no se hizo a la ligera y de forma irresponsable, sino tomando en consideración la sintomatología descrita en la historia clínica y los resultados de la valoración física practicada al paciente. Además, el asunto era científicamente dudoso porque los síntomas que éste presentaba no indicaban objetivamente la existencia de una infección meningea." (Se resalta)

"(...)"

46. Lo único cierto en este caso es que cuando el paciente ingresó al servicio de urgencias la noche del 14 de mayo de 1995, mostraba varios síntomas, algunos de ellos característicos de la meningitis, tales como fiebre, cefalea e hiperreflexia (ver supra párr. 31), pero no presentaba rigidez nuchal, como equivocadamente lo afirmó el Instituto de Medicina Legal. Esto es importante, porque, según lo dicho por el médico Alfonso Peñaloza Wilches, la rigidez nuchal sí es un signo inequívoco de esta patología, ya que ella es indicativa de una inflamación de la meninges (f. 96 c. 1).

"47. Ahora, la Sala no desconoce que, junto con los síntomas descritos, el paciente mostraba en ese momento otros indicativos de un serio compromiso neurológico (incapacidad para hablar y para caminar). No obstante, ello no es suficiente para afirmar que el médico encargado de la atención de urgencias del paciente la noche del 14 de mayo incurrió en un error de valoración inexcusable, porque no existe evidencia científica que permita controvertir lo dicho por los testigos expertos, en el sentido de que el caso no era de fácil diagnóstico porque los síntomas no indicaban de forma inequívoca la existencia de una infección meningea. Se reitera que lo dicho por el Instituto de Medicina Legal en el sentido opuesto no es convincente pues parte de una premisa que contradice la información consignada, según la cual "el dolor de nuca fue constante en las 3 últimas consultas hasta cuando se le hospitaliza y fallece" (f. 120 c. 1)."

"48. En este punto, conviene insistir en que para un perito o un profesional experto siempre será relativamente fácil juzgar la conducta del médico

²² Roberto Vázquez Ferreyra, Op. Cit., p. 124.

ex post, cuando ya dispone de todos los datos relevantes para interpretar correctamente los síntomas y establecer cuál era el diagnóstico acertado. Por eso la valoración de la conducta del médico no puede hacerse sin tomar en consideración toda la información consignada en la historia clínica ya que ella es fundamental para ubicarse en el contexto de los acontecimientos. En este caso, los peritos del Instituto de Medicina Legal llegaron a la conclusión de que el caso era de fácil diagnóstico partiendo de una premisa equivocada, que es aquella según la cual **el paciente mostró rigidez nucal desde el comienzo, sin prestar atención realmente a los registros de la historia clínica, que evidencian que eso no es cierto, y sin analizar de forma objetiva la situación en la que se encontraba el médico al momento de realizar el diagnóstico.** (Se resalta)

"49. Descartada la existencia del error de juicio inexcusable aducido por los demandantes con fundamento en que no existe evidencia cierta e incontrovertible que indique que el caso era de fácil diagnóstico o que los síntomas que el paciente presentaba la noche del 14 de mayo de 1995 indicaban, objetiva e inequívocamente, la existencia de una enfermedad meníngea, solo resta por analizar si el hecho de que los médicos no hubieran llegado en ese momento a un diagnóstico de meningoencefalitis es atribuible a una falla del servicio, es decir, si tal circunstancia se produjo porque la entidad demandada dejó de utilizar todos los recursos humanos, técnicos y científicos disponibles para identificar la patología."

El juzgado entonces llegó a expresar que hay lugar a predicar error de diagnóstico como falla del servicio médico-asistencial, cuando el profesional tratante incurre en un error de juicio, por ignorar o interpretar erradamente la sintomatología que registra el paciente, y que se observe como una conducta inexcusable para el galeno.

En el sub examine, a pesar que la historia clínica del menor VILLA OSORNO, da cuenta que éste desde la primera consulta (29-04-2012) presentó dos síntomas que podrían ser indicativos de meningitis, como lo eran el fuerte dolor de cabeza y la fotofobia (sensibilidad o intolerancia a la luz), que sugirió como impresión diagnóstica **migraña -no especificada-**, y que al día siguiente se diagnosticó **sinusitis frontal**, por evolucionar la cefalea de retroocular a frontal, ello no evidencia el error de diagnóstico que se predica, puesto que según la literatura médica consultada, las causas de la cefalea intensa son múltiples, aunado a que para la fecha de las dos primeras consultas, el menor no presentó sintomatología que llevara a sospechar el padecimiento de meningitis bacteriana, lo que a criterio del Despacho, **desvirtúa el error de valoración o de juicio que derive en inexcusable por parte de los tratantes**, máxime, si se tiene en cuenta, que desde un inicio fue ordenada por los galenos tanto la toma de un TAC como la valoración por el especialista en neurología, procedimientos que muy probablemente hubieran contribuido a un mejor diagnóstico de la patología que aquejaba al occiso.

Así pues, halló el Juzgado que más que un error de diagnóstico, "lo que se configuró en este caso fue la falta o ausencia de un diagnóstico oportuno, no dado por la actuación médica, sino por la omisión de carácter administrativo en que incurrió la ESE como prestador del servicio, al no tramitar debidamente la interconsulta prioritaria a neurología, ni la toma del TAC que fue ordenado como urgente desde la primera atención prestada al menor"; falla que si bien no se erige en la causa eficiente y determinante del fallecimiento del paciente, ya que no hay

715

prueba dentro del plenario que dé cuenta que de haberse procurado efectiva y oportunamente la atención por neurología y practicado el TAC, se hubiere impedido la muerte del joven VILLA OSORNO, sí resulta claro para el Despacho que al haberse omitido la autorización de la consulta con especialista y el TAC ordenado desde que el menor consulto por primera vez, muy probablemente el resultado hubiera sido otro, ya que ello hubiere permitido además de obtener un diagnóstico pronto y acertado respecto de la patología que presentaba el menor, proceder con el protocolo establecido para el manejo de la meningitis bacteriana e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, con lo cual se le restó chance de recuperación al paciente en su salud, pues a pesar de que dicho examen no era el idóneo para detectar la patología que aquejaba al causante, sí permitan descartar el diagnóstico inicial de migraña y/o de sinusitis frontal, pues como quedo evidenciado con la literatura médica consultada, dicho examen podría haber advertido alguna complicación intracraneana que a esa altura presentara el menor, y con la respectiva valoración por el especialista, se hubiera podido detectar una eventual afectación o déficit neurológico del menor, lo que se traduce en la aludida falta del diagnóstico oportuno, y de contera, en el retardo de la adopción del tratamiento antibiótico, reduciendo su efectividad, amén del correlativo progreso de la infección meníngea, con lo cual se privó al paciente de una posibilidad de sobrevivencia, lo que se conoce en la jurisprudencia como pérdida de oportunidad.

Este Tribunal comparte, los razonamientos estructurados por la juez administrativa, y de contera encuentra que no hacen eco los argumentos vertidos en el recurso de apelación suscrito por el apoderado de la E.S.E accionada, según los cuales, no hubo una falla en la atención médica y limitando sus premisas en que se le dio la atención conforme establece la ciencia médica para este tipo de casos.

Estando acreditado una de las fallas por falta de un adecuado manejo o gestión de las remisiones, y habiéndose estudiado el tema a la luz de la relación de causalidad, la *a quo*, en vista de recaudo probatorio desechó la tesis conducente a una falla que fuere causa eficiente del daño, que también se encontró probado; pero de la misma forma a partir de las pruebas testimoniales, no teniendo certeza que un manejo adecuado hubiese cambiado la historia del menor, al menos se le cercenó esa oportunidad que el desenlace hubiese sido uno menos desafortunado.

No habiéndose encontrado cargos específicos en apelación contra la forma como fueron determinados los perjuicios a reconocerse, es del caso señalar que se determinaron para cada uno de los demandantes de la siguiente forma:

Yamilene del Socorro Osorno (Madre)	50 SMMLV
Rubén Darío Villa Baena (Padre)	50 SMMLV
Brayan Stiven Villa Osorno (Hermano)	25 SMMLV
Gustavo Osorno Zapata (Abuelo)	20 SMMLV
Refugio del Socorro Baena de Villa (Abuela)	20 SMMLV
María Orfa Durán de Osorno (Abuela)	20 SMMLV

Se negaron "a la vida de relación", pues se consideró que conforme a el cambio de posición del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que mediante sentencia del 15 de agosto de 2007²³, abandonó el concepto de daño a la vida de relación, y se refirió a la alteración grave de las condiciones de existencia, en el entendido que esta hubiere sido acreditada en el curso del proceso por la parte demandante y que dicha alteración negativa sea considerable o anormal. Postura que es concordante con la posición jurisprudencial actualmente vigente. Habiéndose negado los demás perjuicios deprecados en la demanda, pero que no fueron objeto de impugnación (al menos oportuna), no encuentra la Sala razón para corregir la forma en que fueron determinados.

Y como medida de reparación integral, conforme a pauta jurisprudencial en la misma sentencia aludida, la jueza administrativa encontró que "se configuran los presupuestos para ordenar a la ESE Hospital San José de La Celia, a adopte aquellas medidas no pecuniarias, que procuren al acatamiento del principio de la reparación integral del daño, el cual supera o excede de la mera condena indemnizatoria que a nivel económico se impone" y por ello ordenó "a la ESE accionada, a que proceda con la presentación de excusas a los integrantes de la parte actora, en un acto o ceremonia que deberá adelantarse en las oficinas de la Gerencia de dicha entidad, a través del Director o Gerente de la misma, previa citación de los sujetos procesales que intervienen en el plenario" y que "dicho ente que efectúe la publicación de la presente sentencia en su sede y de la parte resolutive de la misma en su sitio web, en caso de tenerlo".

La anterior medida es coherente con lo solicitado en unas de las pretensiones de la demanda, por lo cual, encontrando que la misma no fue específicamente objeto de reproche en recurso de apelación se dejará incólume.

7.5 ANÁLISIS JURÍDICO.

7.5.1. De la pérdida de oportunidad.

Respecto a esta figura, en sentencia reciente que ya se ha reseñado citado (cita del pie de página No 10), se indica haciendo análisis de la procedencia de la misma:

40. La naturaleza de la pérdida de oportunidad ha sido objeto de pronunciamientos por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en no pocas ocasiones. Tradicionalmente se ha estudiado desde dos ópticas: una, que considera que la pérdida de oportunidad se consolida como un "daño autónomo"²⁹, y otra, que afirma que el estudio de esta figura debe realizarse en sede del análisis del nexo causal³⁰.

41. Recientemente, esta Subsección³¹ se pronunció sobre el tema, en el sentido en que entendió esta figura como daño, con identidad y características propias, cuyo colofón es la vulneración de una expectativa o interés legítimo, la cual debe ser reparada. Así, desde la óptica del daño se erige la pérdida de una oportunidad

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de AG-385 de agosto 15 de 2007, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval.

como la lesión a un interés jurídico tutelado y, en esa medida, para su configuración es necesario que se trate de la pérdida de una oportunidad seria.

42. La oportunidad perdida debe contar con un grado de suficiencia que permita concluir que, la acción u omisión de la autoridad pública generadora de daño, disminuyó la probabilidad de ganar o, aumentó la de perder, de manera relevante para el derecho. Lo anterior obedece al concepto mismo de interés legítimo, en el que se fundamenta la pérdida de oportunidad como daño, en la medida en que debe tratarse de una posición de ventaja³² reservada para el titular del interés; por lo anterior, esa oportunidad debe contar con unos mínimos de relevancia jurídica, que permitan calificarla como valiosa o real.

43. Para el efecto, este daño debe cumplir con los siguientes requisitos: En primer lugar, el resultado debe ser aleatorio, esto es, incertidumbre respecto a si el beneficio se iba a conseguir o si el perjuicio se iba a evitar; segundo, la certeza respecto de la oportunidad propiamente dicha, es decir que, en ausencia del hecho dañoso, la víctima habría mantenido intacta la expectativa de obtener un provecho o de evitar un perjuicio; finalmente, que la oportunidad de evitar esa aminoración o de obtener un provecho, se extinguió de manera irreversible para la víctima, toda vez que, si la ventaja aún era susceptible de ser lograda o el perjuicio de ser evitado, se estaría en presencia de un daño eventual.

44. Por lo anterior, la pérdida de oportunidad como daño, tiene dos componentes³³: uno, de certeza en relación con la existencia de una expectativa real, relevante para el derecho; y otro, relacionado con la incertidumbre de obtener la ganancia esperada o de evitar el perjuicio. De donde, es el primer componente el que fundamenta no solo el carácter cierto del daño, sino que es el insumo para determinar la reparación del mismo.

En el caso concreto, no obra prueba que condujera a establecer que se daba los elementos para entender que el TAC en su momento hubiere variado la resultas finales de los acontecimientos. Como se itera, prueba pericial que entregara mejores elementos de juicio no fue recaudada, por lo que el análisis debió fundamentarse en la literatura médica correspondiente, y de allí que el juzgado de primera instancia llegó a la conclusión, que un manejo adecuado por parte de la entidad hubiese llevado a la realización sin trabas del TAC, y de allí que el diagnóstico hubiese avanzado en una forma más ágil, y de contera, eventualmente se contaba así con mayores posibilidades de superar la meningitis que a la postre cobro la vida del menor.

Conforme, se ha venido exponiendo las Sala no encuentra fundamento para corregir las conclusiones o premisas expresadas por el *a quo*, sobre todo, teniendo en cuenta el análisis fáctico que ya ha quedado sustentado en el acápite anterior.

7.5.2. De la cobertura de la póliza de seguros.

Otro de los puntos nodales de vía recurso de apelación, es el relacionado con la cobertura de la póliza, conforme adujo la compañía de seguros correspondiente.

El Juzgado Administrativo, encontró probadas algunas de las excepciones pero negó aquella que buscaba por el sendero de la falta de cobertura que se le eximiera a la entidad de previsión de toda condena. EL análisis que al respecto hizo el despacho mencionado se puede resumir en lo siguiente:

"6.- Del Llamamiento en Garantía efectuado por la ESE Hospital San José de La Celia a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Finalmente, para efectos de establecer si la condena anunciada debe ser asumida por la ESE Hospital San José de La Celia como demandado, o por La Previsora S.A. compañía de seguros que ha sido llamada en garantía de las obligaciones de aquella, es preciso analizar en este punto de la sentencia, la relación jurídico procesal que se ha trabado entre la mencionada ESE y dicha aseguradora, a la luz del contrato de seguro de responsabilidad civil, que consta en la póliza número 1004482 con vigencia del 09 de febrero al 31 de diciembre de 2012, esto es, según aduce el llamante en garantía, estando vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos que motivan la presente litis.

En primer lugar, ha de precisarse que la ocurrencia de los hechos tuvo lugar dentro del lapso de vigencia de la póliza aludida, pues los acontecimientos (*atención médica y muerte del menor VILLA OSORNO*) se registraron entre los días 30 de abril y 03 de mayo del año 2012, y como se dijo, el vigor de la póliza se pactó del 09 de febrero al 31 de diciembre de 2012.

"En segundo lugar, si bien la previsora de Seguros se opone al llamamiento en garantía, en razón a que la póliza en referencia se contrató bajo la modalidad de aseguramiento denominado *CLAIMS MADE*, caso en el cual el siniestro no sería definido por la ocurrencia del hecho generador del daño, sino de la reclamación elevada al asegurado (en este caso la conciliación prejudicial) de conformidad con lo previsto en el artículo 4° de la Ley 389 de 1997²⁴; una vez revisada la póliza 1004482 (fl.285 cdno. 1-1), no se observa que la misma obedezca a la modalidad temporal de cobertura que refiere la llamada, pues en ningún aparte de su contenido se observa la expresión "*CLAIMS MADE*" o "*de vigencia por reclamación*" o su similar o equivalente; desvirtuando ello el medio exceptivo denominado "*INOPERANCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO CON APOYO EN EL CERTIFICADO DE EXPEDICIÓN No. 0 DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1004482 PARA LA VIGENCIA COMPRENDIDA ENTRE EL 09-02-2012 AL 31-12-2012, AL HABER SIDO EXPEDIDO EL CONTRATO DE SEGURO BAJO LA MODALIDAD CLAIMS MADE QUE OPERA POR RECLAMACIÓN Y NO POR FECHA DEL EVENTO, LO QUE IMPLICA AUSIENCIA DE COBERTURA PARA LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA QUE SIRVIÓ DE SOPORTE AL LLAMAMIENTO*". (Resaltado del Tribunal)

El juzgado entonces no encontró alusión a la modalidad que ha venido esgrimiendo la apoderada de la compañía de seguros, especialmente en el documento obrante a folio 285 y ss. La oposición principal consiste en que no se

²⁴ ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Jurisprudencia Vigencia

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.

717

estudió por parte del fallador la totalidad del contenido de la póliza "omitiendo que como bien lo indica la póliza en diversos acápite, el clausulado general es parte integrante de la misma", y por ese sendero, anuncia que en la hoja anexa No 2 de la póliza se señala que la formulación del reclamo debe darse por escrito durante la vigencia de la respectiva póliza.

No se discute que la reclamación correspondiente, esto es, la conciliación extrajudicial se dio por fuera de la vigencia de la póliza, ni que para la época de vigencia de la misma se dieron los hechos de que trata el proceso, por lo tanto, se debe determinar si en verdad la póliza si se pactó bajo la modalidad de *Claims Made*, y en ese caso le asistiría la razón a la aseguradora.

Al especificar los cargos la apoderada de la previsorora llama a la lectura las siguientes cláusulas de la Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil Para Instituciones Médicas, lo cual es obrante a folios 288 a 294.

La condición 1.5, es del siguiente tenor literal:

ESTE SEGURO CUBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO POR EL "ACTO MEDICO" O "EVENTO" QUE DIERA ORIGEN A LOS "DAÑOS MATERIALES" Y/O "LESIONES COPORALES" ALEGADOS, SIEMPRE Y CUANDO SE CUMPLAN LAS SIGUIENTES CONDICIONES:

- a) QUE DICHO ACTO MEDICO HAYA OCURRIDO DESPUES DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESTABLECIDO EN ESTA POLIZA, EN CASO DE NO ESTAR ESTABLECIDA ESA FECHA, QUE EL ACTO MEDICO HAYA OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE LA POLIZA
- b) QUE EL TERCERO O SUS CAUSAHABIENTES FORMULEN SU RECLAMO Y LO NOTIFIQUEN FEHACIENTEMENTE, POR ESCRITO, DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE ESTA POLIZA, SU RENOVACION, O DURANTE DEL PERIODO DE EXTENSION PARA DENUNCIAS
- c) ... (Resaltado del Tribunal)

La condición segunda literal g)

El asegurado está obligado a cumplir con las normas que regulan la profesión médica, la ley de ética médica las disposiciones legales y administrativas...

Nota: el Asegurado garantizará, so pena de que el contrato se de por terminado desde su infracción, de conformidad con lo previsto en el artículo 1061 del Código de Comercio, lo siguiente:

- ...
- g) Cooperar con PREVISORA, o con el representante nombrado por PREVISORA, en la investigación, mediación, acuerdo extrajudicial o defensa de todo "reclamo" o litigio.

La condición Tercera, Literal b:

"La Suma Asegurada indicada en las condiciones particulares representa la cifra máxima por la cual PREVISORA será responsable por todo concepto de "indemnización", "costas, gastos, intereses y honorarios", conforme los límite de cobertura indicados en dicha condición particular y descritos a continuación:

- b) Pluralidad de reclamos: ...

Condición Séptima:

El Asegurado deberá notificar a PREVISORA... cualquier acontecimiento adverso.. que pudiera derivar en un reclamo.

Condición Octava:

"DENUNCIA DE RECLAMOS...

El Asegurado deberá notificar.. cualquier acontecimiento adverso que.. pudiere derivar en un reclamo"

Este tipo de contratación de amparos de seguros, es autorizado por la legislación, en específico por la Ley 389 de 1997, que establece:

ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

En sede de tutela la Sección Quinta del H. Consejo de Estado²⁵, tuvo la oportunidad de estudiar el tema de la modalidad *claim made*,

3.4.3.3. En consecuencia, en el proceso ordinario, concretamente en el escrito de contestación del llamamiento en garantía, se invocó la cláusula transcrita y se hizo referencia a la vigencia de la póliza, sin embargo, el anexo que contenía las cláusulas generales del contrato y, concretamente, la que aparece transcrita en precedencia, no fue allegado ni por la parte demandante que adjuntó copia de la Póliza No. 1001739 –se reitera sin el anexo del clausulado–⁴⁴ ni por la parte demandada que invocó tal cláusula como excepción, igualmente sin allegarla, según se desprende de la copia obrante a folios 36 a 37 del cuaderno del llamamiento en garantía.

3.4.4. Tampoco en el escrito de contestación del llamamiento en garantía ni en los alegatos de conclusión se solicitó que se aplicara el artículo 4º de la Ley 389 de 1997, como norma regulatoria del contrato de responsabilidad bajo la modalidad "*claim made*".

Sin embargo, de conformidad con el marco normativo y conceptual expuesto en precedencia, si bien se demostró que se pactó bajo la modalidad "*claim made*", para su interpretación debía acudirse al clausulado general, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, el cual no se aportó.

²⁵Radicación No: 11001-03-15-000-2017-02479-01

718

También la figura ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: ²⁶

Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico), no admitida en el sistema tradicional de suceso dañoso imputable al asegurado, a que se refiere el precepto 1131 de la codificación mercantil, deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

En efecto, en el esquema basado en la ocurrencia, el débito surge de la configuración del hecho dañoso en vigencia del contrato de seguro, sin consideración a que la reclamación se surta luego de la expiración del respectivo pacto.

Por su parte, las cláusulas «*claims made*» o «*reclamo hecho*» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.

Respecto de dicho tema, esta Corporación en fallo CSJ SC 18 dic. 2013, rad. 2000-01098-01, expuso:

A pesar de que en términos del artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por el 86 de la Ley 45 de 1990, en 'el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado', cuando la responsabilidad se predica de directores o funcionarios, la póliza que la cubre suele contar con la particularidad de ser por reclamación o 'claims made', por cuanto la cobertura está delimitada temporalmente por distintas modalidades y combinación de cláusulas.

(...)

De conformidad con dicho precepto [4° de la Ley 389 de 1997], pueden presentarse las siguientes situaciones:

Que coincidan dentro de la vigencia tanto el hecho dañoso, como la reclamación de la víctima al asegurado o la aseguradora.

Que el hecho dañoso sea anterior a la vigencia, pero el reclamo se presente dentro de ésta.

Que se cubran sucesos acaecidos durante la vigencia, pero el reclamo se haga por fuera de la misma, en un plazo preestablecido para notificaciones.

El primer caso es connatural al convenio, pero los otros dos requieren de pactos expresos, claramente delimitados, cuya interpretación exige del

²⁶ Sentencia Del 18 de Agosto De 2017. MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO. Radicación N° 76001-31-03-001-2001-00192-01

fallador un examen estricto y restringido, que impida extender los amparos a riesgos no cubiertos o dejar por fuera aquellos que sí lo están.

Si bien se podría indicar algo endeble la remisión que hace la apoderada de la Previsora a algunas de las condiciones que establece la póliza en su clausulado general, al hacer lectura de la Póliza No 1004482 en su Hoja Anexa No 1 (f. 286) se encuentra lo siguiente:

"EL PRESENTE CONTRATO SE RIGE BAJO LAS CONDICIONES GENERALES CONTENIDAS EN LA FORMA RCP-006-3 ADJUNTA"

En las Condiciones Generales mencionadas como RCP0006-3, legible a folios 288 y ss, aparece en su condición primera:

1.1 RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MEDICA:

a) PREVISORA SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA DE DINERO QUE ESTE DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZON DE LAS RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA EXCLUSIVAMENTE COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER "ACTO MEDICO" DERIVADO DE LA PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCION EN LA SALUD DE LAS PERSONAS, DE EVENROS QUE SEAN RECLAMADOS Y NOTIFICADOS POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA POLIZA Y HASTA EL LIMITE DE COBERTURA..."

Con base en lo anterior, y siendo una figura permitida por el ordenamiento jurídico, considera este Tribunal que del clausulado ya transcrito se infiere que la modalidad conocida como *claims made* fue debidamente acordada entre la ESE que ahora figura como condenada y la entidad de aseguramiento llamada en garantía en este proceso, por ello, y como elemento en que le asiste razón a la recurrente se entrará a modificar la sentencia en ese sentido.

Como quiera que se trata de un asunto que inclusive ha sido abordado por el órgano de cierre de esta jurisdicción en sede de tutela, se hace alusión, a providencia del 12 de febrero de 2019, en donde la Sección 4ª (rad. 11001-03-15-000-2018-00027-01(AC), revocó decisión inicial y encontró un defecto sustancial del Tribunal Administrativo, indicando lo siguiente (se lee del extracto de relatoría):

En el caso concreto el Tribunal Administrativo de Caquetá hizo una interpretación errada del artículo 4º de la Ley 389 de 1997 al analizar la responsabilidad de la llamada en garantía [aseguradora], aplicando la cobertura por descubrimiento, propio del seguro de manejo y riesgos financieros, e incluso tratándolo como un seguro de responsabilidad por ocurrencia pura, cuando entre el asegurado y el tomador se suscribió una póliza de responsabilidad civil por reclamación o con cláusulas *claims made*. Es así que, además de establecer si el hecho amparado ocurrió en vigencia de la póliza, correspondía al Tribunal determinar, de conformidad con las pruebas del proceso, debió determinar si la reclamación ocurrió dentro de la vigencia del seguro. (...) [S]e encuentra que la sentencia del 29 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Caquetá, en lo que refiere a la responsabilidad del llamado en garantía incurrió en defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 4º de la Ley 389 de 1997, y en defecto fáctico

719

por omisión en la valoración de las cláusulas de la póliza de responsabilidad civil profesional para instituciones médicas.

8. CONCLUSIONES.

Colofón del asunto, se debe entrar a confirmar, en posición de la Sala, la decisión del Juzgado Administrativo en lo atinente a la condena y perjuicio reconocidos, en la medida en que se comparte con este que se configuraron los elementos de lo que la jurisprudencia denomina la pérdida de oportunidad.

Por otro lado, se debe modificar lo relacionado con la negativa a configurar la excepción de la entidad aseguradora llamada en garantía, en la medida en que al hacer una lectura del clausulado de la póliza que amparaba el siniestro, a la luz del cual fue vinculada en esa calidad al proceso, le asiste la razón en la argumentación según la cual la modalidad correspondiente si es propia de lo que se reconoce como *claim made*, y en ese sentido, la póliza no estaba vigente al momento de la reclamación de que trata este caso.

9. COSTAS

No se condenará en costas a la parte vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi), en la que se indicó que: "...en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365", ha proferido sin número de sentencias sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

En efecto, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el artículo 365,8 que: «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación»; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, como tampoco se evidencia conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, como quedó referido, en las cuales la regla general ha sido la negativa a la condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento

para su imposición, la Sala concluye que no es procedente la condena en costas en esta instancia.

No habiéndose hecho alusión en el recurso de apelación de la E.S.E demandada a este asunto, se dejara incólume lo que dispuso la *a quo*.

En mérito de lo expuesto el Tribunal dé lo Contencioso Administrativo de Risaralda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. PRIMERO. MODIFÍQUESE la sentencia dictada en el presente proceso por el Juzgado Quinto Administrativo de Pereira, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este fallo. Y en su lugar quedará de la siguiente forma:

1. DECLÁRANSE probada la excepción de Falta de Cobertura de la Póliza formulada por la llamada en garantía La Previsora S.A., por las razones expuestas en esta providencia.
2. DECLÁRANSE no probadas las demás excepciones propuestas por las entidades demandadas, en razón a lo considerado en la presente sentencia.
3. DECLÁRASE administrativamente responsable a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA RISARALDA, por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la falla en el servicio médico que implicó una pérdida de oportunidad en la recuperación de la salud del menor CRISTIAN CAMILO VILLA OSORNO, ocurrida en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han quedado precisadas en la parte motiva de esta providencia.
4. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA RISARALDA, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero representadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a título de indemnización de los perjuicios que se indican a continuación:

4.1. Morales:

- En favor de la señora **Yamilene del Socorro Osorno Durán** (Madre) el equivalente a **cincuenta (50)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
- En favor del señor **Rubén Darío Villa Baena** (Padre), el equivalente a **cincuenta (50)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
- En favor de la señora **Brayan Stiven Villa Osorno** (Hermano), el equivalente a **veinticinco (25)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
- En favor del señor **Gustavo Osorno Zapata** (Abuelo materno), en el

720

equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

- En favor de la señora **María Orfa Durán de Osorno** (Abuela materna), en el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
 - En favor de la señora **Refugio del Socorro Baena de Villa** (Abuela paterna), en el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.
5. SE ORDENA como medida de reparación integral, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia, que la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA CELIA establezca un link en su sitio web que permita el acceso al contenido magnético de esta sentencia para su difusión y comunicación, en un término de 1 mes contado a partir de la ejecutoria de este fallo; el acceso público al contenido de este proveído deberá facilitarse por un período de 6 meses ininterrumpidos, contados a partir de la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de dicha institución.
 6. Se NIEGAN las demás pretensiones contenidas en la demanda, en atención a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
 7. ABSUELVASE al llamado en garantía, La Previsora S.A. Compañía de Seguros, a asumir el pago de la indemnización reconocida mediante este proveído, conforme a los lineamientos expuestos en la parte motiva de este mismo.
 8. ABSUÉLVASE a la Asociación Mutual La Esperanza ASMET SALUD ESS EPS-S, de las declaraciones y condenas que fueron solicitadas en su contra por los actores, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.
 9. La entidad condenada dará cumplimiento a la sentencia y pagará intereses a partir de la ejecutoria de esta, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y en los términos de esa norma. Para tal efecto, remítase copia de esta providencia a la entidad demandada.
 10. Idéntica reproducción remítase a la Procuraduría Regional de Risaralda, para los efectos contemplados en el Decreto 262 de 2000, artículo 24, numeral 12.
 11. Se condena en costas a la parte demandada vencida, en favor de los demandantes, una vez ejecutoriada la presente providencia, liquidense por Secretaría. En virtud de lo anterior, se fijan como agencias en derecho la suma total de \$10.000.000, conforme a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.
 12. Por Secretaría, expídanse a costa de la parte interesada las copias correspondientes, precisando cuál presta mérito ejecutivo y con observancia de lo estipulado en el artículo 114 del C.G del P.
 13. Una vez ejecutoriada esta providencia, liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere, hágase la liquidación de costas y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI."

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia, por lo considerado.

TERCERO. Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN


DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA
Con salvamento parcial de voto



TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicación:	66001-33-31-751-2014-00017-01 (P-0211-2016)
Medio de control:	Reparación Directa
Demandantes:	Yamilene del Socorro Osorno Durán y otros
Demandados:	E.S.E. Hospital San José (La Celia) y otros
Llamada en Garantía:	La Previsora S.A.

Con el acostumbrado respeto por la Sala de Decisión, disiento del criterio mayoritario en relación con la declaratoria de la excepción de falta de cobertura del contrato de seguros, formulada por la llamada en garantía La Previsora S.A., con lo cual se exoneró a ésta de la obligación de asumir la condena que fuera impuesta a cargo de la ESE Hospital San José de La Celia. Fundamento mi desacuerdo en las siguientes razones:

Si bien el contrato de seguros se celebró en la modalidad *claims made* contemplada en el artículo 4° de la Ley 389 de 1997, según la cual la cobertura se circunscribe "al *descubrimiento* de pérdidas durante la vigencia", considero que tal modalidad que se desentraña del clausulado general de la póliza (condición 1.5.), no aparece clara para la entidad contratante, ni menos aún sus efectos, conforme la carátula y el "CERTIFICADO DE EXPEDICIÓN" de la póliza, que figura como "hoja anexa No. 1 de la póliza de responsabilidad civil... de la cual forma parte integrante" (fls. 285 y s.s. c. 1-1), en las cuales se describe el OBJETO, los AMPAROS y las exclusiones o siniestros por los cuales dicho amparo "NO SE OTORGA", sin que en aparte alguna de este consolidado de las condiciones del contrato de seguro aparezca claro o de manifiesto que conforme este tipo de aseguramiento la entidad asegurada no obtendrá los amparos por los cuales pagó una millonaria "prima", en caso de no presentar la reclamación o "descubrimiento" dentro del período de vigencia de la póliza.

En estas condiciones particulares se le advirtió al tomador sobre los eventos en los cuales la entidad no respondería y entre ellos no le hizo la advertencia de que no respondería por siniestros cuya notificación se hiciera después de la vigencia de la póliza, aunque hubieren ocurrido durante tal vigencia.

De este modo, en los documentos del contrato de seguro, que fueron entregados por la aseguradora a la entidad estatal "asegurada" no es claro para la entidad estatal:

- Que la reclamación debe ser efectuada en el período de vigencia de la póliza, lapso que puede ser inferior al término de caducidad del medio de control de reparación directa que corresponde a los asuntos de responsabilidad extracontractual propios del amparo que las entidades se proponen cubrir con el contrato de seguro
- Que los siniestros de los cuales se entere la entidad (audiencia de conciliación prejudicial) después del término en que debe hacer el reclamo a la aseguradora, no están cubiertos por la póliza.

Lo anterior para que la entidad pudiera inferir que, en caso de una sentencia condenatoria por la ocurrencia de SINIESTROS contemplados como AMPARADOS –"errores u omisiones profesionales"- y que tengan lugar EN VIGENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO, **LA ENTIDAD NO TENDRÁ DERECHO** a que la aseguradora asuma el pago de la condena, pese a que esa es la esencia, finalidad y efecto útil del seguro contratado y por el cual el ente estatal invierte dinero público para tomar la póliza que supuestamente ha de librarlo del pago de una condena, en este caso por responsabilidad en la prestación del servicio médico asistencial a su cargo.

Tal claridad en la información correspondía indefectiblemente a la compañía aseguradora, en tanto dueña de la información profesional y técnica que no es del dominio del usuario del sector asegurador, siendo innegable el desequilibrio que en materia de condiciones del contrato se presenta entre el usuario –entidad del Estado- y el proveedor del servicio asegurador, fenómeno conocido como ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN, que ha sido aceptada por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-909 de 2012, de cara a la protección de los derechos de los consumidores financieros, con miras a establecer un equilibrio entre el conocimiento de los usuarios y el dominio

720

profesional y técnico que poseen los proveedores y productores de este tipo de productos o servicios que ofrecen al consumidor:

*"El productor y el proveedor financiero, por contar habitualmente con mayores conocimientos profesionales y técnicos acerca de los productos o servicios que ofrece, se encuentra en condiciones de ASIMETRÍA sobre el consumidor financiero, quien si bien puede tener un saber específico, no por ello deja de ser consumidor financiero. Así, sería necesario que el legislador señale principios y reglas de información y transparencia (v.gr. prohibición de cláusulas y prácticas abusivas, procedimientos, sanciones), a efectos de contrarrestar, a partir de la asimetría, las desigualdades que experimenta la relación de consumo"; ya que "los consumidores, sin distinción, adoptan decisiones teniendo como soporte la confianza y la buena fe, en la **creencia o convicción de encontrar calidad y/o satisfacción sobre lo adquirido**, que sin embargo, supone un cierto riesgo, superior a sus conocimientos, lo que demanda la protección especial que prevé la carta política, razón por la que ese desequilibrio debe contrarrestarse".*

En consonancia con lo anterior, el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el numeral 2 literal, b), establece que las pólizas de seguros "deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado", lo cual no solo se refiere a los caracteres de las palabras, sino que **su contenido debe ser sencillo, comprensible, claro, fácil, accesible**, para el consumidor o asegurado", norma cuyo alcance ha sido interpretado por la Superintendencia Financiera, cuya misión es la integridad y transparencia del mercado de valores y velar por la protección de los derechos de los consumidores financieros¹, en la Circular Básica Jurídica, Título Sexto, Capítulo Segundo, subnumeral 1.2.1, en el sentido que "para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el artículo 184 numeral 2 EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que ... los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado".

¹ Decreto 4327 de 2005, modificado posteriormente por el Decreto 2555 de 2010, la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 710 de 2012.

La transparencia y claridad a que aluden las disposiciones y jurisprudencia en comento, es una carga que le correspondía poner de presente a la aseguradora La Previsora S.A. frente a su usuario del sector de seguros o entidad estatal asegurada, en razón de la asimetría de la información que se presenta en las negociaciones del contrato de seguro, ante el dominio profesional y técnico de aquellas, que contrasta con la falta de conocimiento de éstas, con la cual no cumplió la contratista estatal, dueño de la información y concededor de los alcances y sobretodo de los límites de la modalidad de contrato de seguros *claims made*, lo cual impidió que el usuario asegurador tuviera claro que la aseguradora no respondería por los siniestros contemplados como AMPARADOS, aunque tuvieran lugar EN VIGENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO cuya finalidad y esencia era, precisamente, el cubrimiento del riesgo.

En tal virtud, considero que la llamada en garantía La Previsora S.A., debió ser obligada a asumir la condena que fue impuesta a cargo de la ESE Hospital San José de La Celia.


DUFAY CARVAJAL CASTAÑEDA
MAGISTRADA