

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintiséis (26) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

MAGISTRADA PONENTE: KATIA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ GARCÉS

RADICACIÓN:	76001-33-33-013-2013-00176-01
DEMANDANTE:	María Inés Sánchez de Sánchez y otros
APODERADO:	Delio Andrés Vargas Guerrero contacto@arangoabogadosyassociados.com.co
DEMANDADO:	Hospital Universitario del Valle notificacionesjudiciales@huv.gov.co notificacionesjudicialeshuv@gmail.com Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom EICE notificacionesjudiciales@parcaprecom.com.co procesosjudiciales@parcaprecom.com.co distriaempresarialesas@gmail.com Nación – Rama Judicial dsajclinotif@cendoj.ramajudicial.gov.co
LLAMADO ENGARANTÍA:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros notificacionesjudiciales@previsora.gov.co
MEDIO DE CONTROL:	Reparación directa
TEMA:	Responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico

Sentencia No. 208

OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 29 de enero de 2019, por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1.- Las pretensiones

En escrito radicado el 25 de noviembre de 2013, los señores María Inés Sánchez de Sánchez, Katherin Sánchez Barrero, Wilder Realpe Colmenares, Kelly Surany Murillo Bermúdez, José Francisco Realpe Sánchez, Anthony Sánchez Rubiano y

los menores Nicole Daniela Sánchez Murillo y Harrison Sánchez Rubiano¹ mediante apoderado judicial, solicitaron que se declare la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados con ocasión de la falla en la prestación del servicio médico y la falla en el servicio de administración de justicia brindado al señor Emberg Sánchez Sánchez que desembocó en su fallecimiento acaecido el 26 de septiembre de 2011 en las instalaciones del Hospital Universitario del Valle.

En consecuencia, solicitaron que se condene al pago por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante así:

Para la menor Nicole Daniela Sánchez Murillo, la suma de \$69.266.250.

Para la señora Kelly Surany Murillo Bermúdez, la suma de \$69.266.250. y \$202.174.920.

Por perjuicios morales la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

Por daño a la vida de relación la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

1.2.- Los hechos:

En síntesis, son los siguientes:

El señor Emberg Sánchez Sánchez padecía de una patología denominada «cirrosis icterica» desde su infancia, situación que llevó a que fuera internado en diversos centros médicos de la ciudad de Cali.

Que el señor Sánchez Sánchez se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado a través de Caprecom.

Refirió que, a raíz de sus complicaciones en salud, el señor Emberg Sánchez fue ingresado al servicio de urgencias del Hospital Universitario del Valle el 6 de septiembre de 2011 y, al no mejorar su estado, el 10 de septiembre de la misma anualidad se ordenó su remisión urgente a un centro médico de nivel IV de complejidad, en razón a que en el Hospital Universitario del Valle no fue posible el suministro los medicamentos necesarios para el tratamiento que requería de acuerdo con la enfermedad que padecía.

¹Folios 110 a 145 del cuaderno principal

Señala que el traslado ordenado no se efectuó, bajo el argumento de estar a la «espera de una cama», lo que llevó a que el paciente evolucionara de manera negativa por lo que el 13 de septiembre se le diagnosticó «trasplante de hígado».

Que ante la falta de traslado, su hermano de crianza Wilmer Realpe Colmenares, en calidad de agente oficioso, interpuso acción de tutela contra Caprecom a fin de obtener el traslado inmediato que se había indicado con antelación por el médico tratante del Hospital Universitario del Valle, trámite constitucional en el que fue solicitado con medida provisional, la que fue concedida por auto del 15 de septiembre de 2011 en el que se ordenó «disponer el traslado del señor Emberg Sánchez Sánchez a la Fundación Valle del Lili, a fin de que se iniciara el protocolo de trasplante de hígado y se le realizara al paciente el tratamiento integral de cara al procedimiento ordenado por el profesional de la medicina Jaime Holguín R. el día 13 de septiembre de 2011».

Señala que la orden judicial fue incumplida injustificadamente, que tampoco se realizó la intervención quirúrgica de trasplante de hígado, lo que sumado a lo narrado con anterioridad, llevó el fallecimiento del señor Sánchez Sánchez, el que ocurrió el 26 de septiembre de 2011.

2.- Actuación procesal y contestación de demanda

Por auto del 29 de abril de 2014 se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al extremo pasivo Nación – Rama Judicial, Caprecom EICE, Hospital Universitario del Valle, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado. Así como también, se corrió el traslado para contestar la demanda.

La entidad demandada Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom EICE manifestó que se oponía a cada una de las pretensiones bajo el argumento que como Entidad Promotora de Salud el régimen subsidiado no cuenta con IPS propias para prestar el servicio médico a sus afiliados, pues celebra contratos con la Red Pública del departamento del Valle del Cauca en proporción del 60% y en restante 40% con clínicas privadas, ello por mandato de la ley.

Que Caprecom EPS únicamente puede autorizar los servicios médicos que están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, a no ser que exista orden judicial o un mandamiento legal.

Indica que para el mes de septiembre de 2011 el procedimiento de traslado de pacientes a nivel IV para iniciar protocolo de trasplante de hígado se

encontraba por fuera del POS del régimen subsidiado, motivo por el cual al señor Sánchez Sánchez se le suministró el Formato de Información al Usuario Sobre Eventos No POS donde se detalla el trámite a seguir ante la Secretaría de Salud del departamento que es la entidad que debe cubrir todo el procedimiento no POS, de conformidad con la ley.

Considera entonces que prestó de manera diligente el servicio de salud que requería el señor Emberg Sánchez.

En relación con la orden de tutela indica que no fue negligente en lo que tiene que ver con el trámite administrativo para contratar con la IPS Fundación Valle del Lili y resalta que ese centro de salud no atiende a ningún paciente de Caprecom EPS sin antes recibir el pago anticipado del 100% del procedimiento.

Informa que, entre la fecha en que se dio inicio al procedimiento para dar cumplimiento a la medida provisional «15 de septiembre de 2011» y el día en que falleció el señor Sánchez Sánchez «26 de septiembre de 2011» solo transcurrieron 11 días calendario, tiempo que considera insuficiente para efectuar el requerimiento del presupuesto al nivel central y adelantar la etapa precontractual y contractual con la Fundación Valle del Lili.

Hace referencia a que las enfermedades padecidas por el paciente «síndrome icterico desde la infancia, cirrosis, síndrome hepectorrenal y peritonitis primaria» siempre fueron atendidas por el Hospital Universitario del Valle y por otras clínicas.

En el mismo escrito efectuó llamamiento en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, mismo que fue negado por auto del 29 de octubre de 2014²

Por su parte, la Nación – Rama Judicial se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda e indica que en el presente caso no hubo error judicial ni falla en el servicio de su parte.

Señaló que no le constan los hechos narrados en la demanda, que las actuaciones derivadas de la administración de justicia deben observarse bajo el régimen subjetivo de falla en el servicio.

Que la acción de tutela a que hace referencia la parte actora se ajustó a lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991 en lo que tiene que ver con la protección

² Folio 17 del cuaderno 2

de los derechos fundamentales, la imposición de la medida cautelar y el cumplimiento de los términos procesales.

Refirió que la parte actora no establece con claridad el origen del daño, esto es, si se presentó por error jurisdiccional o judicial o por defectuoso funcionamiento de la justicia a fin de señalar la norma aplicable al caso y que tampoco se indica que haya existido una conducta arbitraria o injusta de parte de los funcionarios judiciales.

Propuso los medios exceptivos de inexistencia de prueba de falla en el servicio o error judicial, ausencia de nexo causal o causa eficiente en la producción del daño atribuible a la rama judicial, falta de legitimación en la causa y falta de representación e indebida acreditación de perjuicios.

El Hospital Universitario del Valle contestó la demanda de manera extemporánea; no obstante, en escrito separado llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, el que fue admitido por auto del 29 de octubre de 2014.

La llamada en garantía, en su escrito de contestación, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones pues la historia clínica da cuenta de las múltiples comorbilidades que padecía el señor Emberg Sánchez, lo que acredita que el personal médico y científico al servicio del Hospital Universitario del Valle hizo uso de todos los recursos a su alcance para resguardar la vida del paciente.

Indica que no hay indicio de un actuar negligente o tardío en el manejo brindado a los padecimientos del señor Sánchez Sánchez y que su fallecimiento se atribuye única y exclusivamente a las patologías que lo aquejaban.

Refiere que la carga probatoria en este tipo de asuntos recae en cabeza de la parte demandante.

Formuló como excepciones: inexistencia de responsabilidad u obligación alguna a cargo del Hospital Universitario del Valle, falta de legitimación en la causa por activa, carencia de prueba del supuesto jurídico y enriquecimiento sin causa.

Y, respecto del llamamiento en garantía, señala que se opone a la prosperidad de las pretensiones del mismo en la medida en que excedan los límites y coberturas acordados y/o desconozcan las condiciones particulares y generales de las pólizas, las disposiciones que rigen el contrato de seguro, así como si superan el ámbito del amparo otorgado, no se demuestre la realización del riesgo asegurado o se compruebe alguna causal de exclusión.

Propuso los medios exceptivos que denominó: inexistencia de cobertura de la póliza No. 1006348 y consecuentemente, de obligación a cargo de la aseguradora, inexistencia de cobertura de la póliza No. 1009577 y consecuentemente, de obligación a cargo de La Previsora S.A., límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado, límite temporal de la cobertura y las exclusiones del amparo.

Vale aclarar que en la audiencia inicial celebrada 7 de mayo de 2015 el *a quo*, al sanear el proceso, resolvió dejar sin efectos la providencia por medio de la cual se admitió el llamamiento en garantía efectuado por el HUV, bajo el entendido que este, al igual que la contestación de la demanda, había sido presentado de manera extemporánea, decisión que fue apelada en la misma diligencia por la entidad demandada³.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por auto del 23 de junio de 2015, dispuso revocar la decisión proferida en la audiencia inicial por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Cali que dejó sin efectos la admisión del llamamiento en garantía realizado por el Hospital Universitario del Valle a La Previsora S.A. Compañía de Seguros⁴.

3.- Los alegatos de primera instancia

El Hospital Universitario del Valle indicó que la carga probatoria, en los casos en los que se alega la falla en la prestación del servicio médico, corresponde al demandante, lo que no ocurrió en el presente asunto.

Argumenta que el HUV brindó una atención diligente y oportuna al señor Emberg Sánchez durante el tiempo que permaneció internado en esa institución de salud.

Refiere que el señor Sánchez ingresó el 6 de septiembre de 2011 remitido del hospital San Juan de Dios de la ciudad de Cali, donde se consideró que cursaba con síndrome Hepatorrenal y que como antecedente patológico presentaba ictericia desde su nacimiento, no estudiado hasta su edad adulta.

Efectúa un resumen del antecedente clínico desde el año 2005 del señor Emberg Sánchez hasta el 26 de septiembre de 2011 «fecha de su fallecimiento» y reitera que el servicio de salud se prestó de manera diligente y oportuna, por

³ Folios 271 y 272 del cuaderno principal.

⁴ Folios 298 a 301 del cuaderno principal.

lo que considera que las complicaciones y el resultado presentado no tuvieron su origen en la atención médica brindada.

Indica que el paciente debía ser remitido a un centro médico de nivel IV de atención, por lo que se consideró la posibilidad de su traslado con indicación de trasplante de hígado y aclara cuales son los protocolos que se deben seguir para tal fin que incluyen la disponibilidad de un donante compatible con el receptor y la autorización del procedimiento por parte de su EPS, que para el caso es Caprecom.

En conclusión, solicita no acceder a las pretensiones de la demanda.

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom EICE reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, en el sentido de señalar que se le brindó al señor Sánchez Sánchez la atención médica requerida para sus patologías y se le autorizaron los traslados a instituciones de los niveles II y III, lo que se hizo de manera oportuna y de acuerdo con los protocolos establecidos para tal fin.

Indica que los quebrantos de salud del paciente los presentaba desde su nacimiento y solo empezaron a ser tratados en su adultez y, en lo que tiene que ver con la posibilidad de su remisión a un centro médico de nivel IV de atención, indica que la entidad no tenía cobertura del procedimiento médico que este requería, lo que así se expresó en la contestación a la acción de tutela el 19 de septiembre de 2011 y recalcó que el responsable solucionar dicho traslado era la secretaría de salud del departamento del Valle del Cauca.

Señala que, no obstante, ante el estado crítico del paciente inició las gestiones tendientes a realizar del implante de hígado y explica el protocolo que se debe seguir para su ejecución.

Informa que la EPS no negó las autorizaciones y que en el proceso no se logra probar la causa del fallecimiento del señor Emberg Sánchez.

Resalta que las obligaciones en relación con la atención médica son de medio y no de resultado y que, además, no se configura una pérdida de oportunidad ni tampoco una falla en el servicio imputable a Caprecom.

Por su parte, la llamada en garantía presentó oportunamente sus alegatos de conclusión y en ellos hizo referencia a las razones de defensa esbozadas con anterioridad con la contestación de la demanda y del mismo llamamiento formulado por el Hospital Universitario del Valle.

Que el Hospital Universitario del Valle ordenó la remisión del señor Sánchez a una clínica de mayor complejidad para trasplante hepático y que su autorización correspondía a la EPS a la que se encontraba afiliado, que para el caso objeto de análisis era Caprecom

Argumenta que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le corresponde y que no existe en el plenario elemento de convicción que dé cuenta de los elementos de la concurrencia de responsabilidad, pues con la historia clínica se evidenció la atención integral, oportuna y diligente por parte del HUV para restablecer la salud del paciente; adicionalmente, señaló que la obligación que se exige en relación con la prestación del servicio de salud es de medio y no de resultado.

La parte demandante, la demandada Nación – Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio.

4.- La sentencia recurrida

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali⁵ negó las pretensiones de la demanda al considerar que con las pruebas arimadas al expediente no se logra acreditar una falla en el servicio derivada de una negligencia médica que aparezca como la causa eficiente del daño.

Indicó que el señor Emborg Sánchez contaba con varios diagnósticos que no permiten imputar a uno solo de ellos la involución en su estado de salud y su posterior fallecimiento, sumado a que la única opción para salvaguardar su vida establecida por el especialista tratante, esto es, el trasplante hepático, por su complejidad, no era de inmediata ejecución.

Que de la lectura de la historia clínica se evidencia que, mientras el señor Sánchez estuvo internado en el Hospital Universitario del Valle, recibió medicamentos, se le practicaron pruebas y fue atendido por médicos de distintas disciplinas, lo que lleva a concluir que se le prestó la atención que requería y, además, se le brindó un tratamiento adecuado.

Señaló que el paciente tenía padecimientos crónicos con una evolución de 29 años, pues sus patologías eran de nacimiento lo que se avizora en el historial clínico del HUV en el que se consignó «...ha persistido icterico desde su nacimiento, no tuvo control de pediatría, ni recibió esquema de vacunación y que fue manejado por medicina homeópata».

⁵ Folios 535 a 547 del cuaderno principal

Que la historia clínica por sí sola no es suficiente para acreditar una falla en la prestación del servicio de salud y que, aun cuando se hubiera efectuado el traslado del paciente a un centro médico de mayor nivel de atención, persistían altas probabilidades que el resultado fuera el mismo, pues la única posibilidad de sobrevivir que tenía, esto es, un trasplante hepático, requería de un tratamiento que no se podía adelantar inmediatamente, así Caprecom EPS lo autorizara.

Resaltó que la carga de la prueba recae en la parte demandante y que en el libelo no existe elemento de convicción que lleve a concluir que la prestación del servicio no fue la adecuada, además que tampoco se logra verificar cuál fue la causa de la muerte de Emberg Sánchez.

En relación con las actuaciones de Caprecom EPS, respecto de autorizar el traslado del paciente a un centro de salud de un mayor nivel de atención ordenado por el médico tratante del Hospital Universitario del Valle y no acatar la medida cautelar impuesta por el juez de tutela, estimó que tal situación no configura una falla en la prestación del servicio que haya incidido directamente en el deterioro en la salud del señor Emberg Sánchez y su posterior deceso.

Asimismo, declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial.

5.- El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación⁶.

Solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que la falla médica se presentó con ocasión a situaciones administrativas que resumió en: «a) No traslado del paciente a una institución de mayor nivel de complejidad, b) No brindarle los medicamentos procedentes al paciente debido a inexistencia en el centro médico, c) No iniciar los protocolos necesarios para los procedimientos que requiere el paciente».

Realiza un recuento de las situaciones médicas del señor Emberg Sánchez consignadas en la historia clínica relacionada con la atención suministrada en el Hospital Universitario del Valley resalta que los días 8, 6, 13 y 23 de septiembre de 2011 se indicó la necesidad de remitir al paciente a un centro de salud de

⁶ Folios 551 a 562 del cuaderno 1A.

nivel IV para viabilizar un trasplante hepático por presentar hepatopatía crónica en grado de cirrosis.

También resalta que en las anotaciones de fechas 6 y 13 de septiembre de esa misma anualidad se plasmó en el historial médico que el hospital no contaba con disponibilidad de los medicamentos necesarios para tratar la patología que presentaba, el cual fue remplazado y resalta que ese centro médico no contaba con las condiciones para que el señor Sánchez Sánchez obtuviera alguna mejoría.

Señala que, al no autorizarse por parte de Caprecom EPS el traslado del paciente a un centro de salud de mayor nivel de atención, mismo que había sido ordenado por el HUV para dar inicio al protocolo de trasplante hepático, se generó una pérdida de oportunidad para Emberg Sánchez.

Consideró entonces que la falla del servicio médico asistencial y las fallas administrativas son imputables en esta oportunidad tanto a la IPS como prestadora del servicio como a la EPS.

Argumenta que se encuentran demostrados los elementos de la responsabilidad y que el fallador de primera instancia no puede exigir a la parte demandante que demuestre de forma médica y científica el nexo causal entre la conducta y el daño, pues considera que con lo descrito en la historia clínica y lo ordenado por el fallo de tutela se logra tener certeza sobre las falencias en la atención médica.

Señaló entonces, que a las entidades demandadas es a las que les corresponde probar que las fallas relatadas no fueron determinantes en la producción del daño, esto es, el fallecimiento de Emberg Sánchez, pues se invierte la carga probatoria.

Reiteró la posibilidad de dar aplicación en el presente asunto a la pérdida de oportunidad y partió de la base que al paciente se le impidió acceder a una institución médica de mayor nivel de atención.

En cuanto a la responsabilidad endilgada a la Rama Judicial, indicó que se presentó una falta en el seguimiento a las órdenes judiciales y lo denominó como un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, lo que generó que las providencias dictadas no surtieran efecto.

Informó que el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali no se inmiscuyó en el fondo del asunto, que se limitó a emitir una medida provisional al dictar el auto admisorio de la acción de tutela y dejó a su suerte al paciente en relación con

la negligencia de las instituciones de salud que no cumplieron la orden impartida.

6.- Trámite de segunda instancia

Mediante auto del 8 de mayo de 2019⁷ se concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

El mencionado recurso fue admitido por proveído del 9 de agosto de 2019⁸ y en el mismo se dispuso que, una vez ejecutoriado, se corría traslado común a las partes para que alegaran de conclusión y, vencido este, se surtía el plazo al Ministerio Público para emitir concepto.

Durante el término concedido la parte demandante reiteró los argumentos esgrimidos en la primera instancia y en la sustentación del recurso de apelación.

De igual manera, la llamada en garantía reafirmó lo dicho en la contestación de la demanda y solicitó no revocar la sentencia de primera instancia; mientras que las entidades demandadas y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 15⁹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 320¹⁰ del Código General del Proceso, la Sala se suscribirá al estudio de las razones de disenso planteadas y expuestas contra la decisión de primera instancia por la parte demandante.

2. Validez de la prueba recaudada

El material probatorio que se adjuntó con la demanda y el auto de pruebas, fue sometido a contradicción de las partes, por lo tanto, será valorado con base en

⁷ Folio 564 del cuaderno 1A

⁸ Folio 571 del cuaderno 1A

⁹ Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio.

¹⁰ Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

el principio de la comunidad de la prueba, las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

Lo anterior conforme con la providencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013¹¹, según la cual: «en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas».

3. Problema jurídico

La Sala debe establecer, con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, si las entidades demandadas Hospital Universitario del Valle y Caprecom EPS son administrativamente responsables por los daños y perjuicios causados a los actores por la falla en la prestación del servicio de salud y la pérdida de oportunidad representada en la deficiente prestación del servicio y la ausencia de autorización de remisión a un centro médico de mayor nivel de atención del señor Emberg Sánchez Sánchez.

Asimismo, determinará si la Nación – Rama Judicial es administrativamente responsable por haberse presentado un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia originado en la falta de seguimiento al cumplimiento de la orden de tutela que retrasó el traslado del paciente a una institución médica de mayor nivel de complejidad.

4. Tesis de la Sala

La Sala revocará la sentencia de primera instancia al considerar que en el presente caso se lograron acreditar los presupuestos de la pérdida de oportunidad, derivada del retardo injustificado en que incurrió Caprecom EICE frente a la emisión de la autorización para la remisión del paciente Emberg Sánchez Sánchez a un centro hospitalario de un nivel superior al que se encontraba, en el entendido de que son las entidades promotoras de salud por disposición legal, las encargadas del manejo, organización y funcionamiento oportuno, continuo e integral del sistema de referencia «remisión» y contrarreferencia «recibo» de pacientes.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022), M.P.: Enrique Gil Botero.

5. Marco normativo y jurisprudencial

La responsabilidad del Estado en Colombia tuvo sus inicios en providencia de la Corte Suprema de Justicia del año 1896, en donde se determinó que todas las naciones deben protección a sus habitantes, nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan por un perjuicio imputable a sus funcionarios públicos.

El Constituyente de 1991 se encargó de integrar este aspecto de responsabilidad estatal, en el artículo 90 de la Constitución, de la siguiente manera:

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

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

El Consejo de Estado sobre este tópico ha dicho:

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”.

(...)

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política, la cláusula general de la 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 normativo¹².

Ahora bien, ha precisado la Jurisprudencia Administrativa, que la responsabilidad por falla en la prestación del servicio médico asistencial no puede establecerse a partir de la sola constatación de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *Lex Artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño.

Sobre dicha temática refirió el Consejo de Estado en Sentencia del 27 de abril de 2011¹³, lo siguiente:

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 26 de febrero de 2015. Radicación: 68001-23-15-000-1999-02617-01.

¹³ C.E., Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07622-01(19846).

La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que **debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño**. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere además que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (negrilla de la Sala).

Así mismo, en sentencia del 28 de abril de 2011¹⁴ con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt, el máximo Tribunal de esta Jurisdicción explicó:

(...) La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es **la falla probada del servicio** el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, **de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste**. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable (...) (negrilla de la Sala).

A partir del anterior pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, resulta dable colegir que el análisis debe desplegarse bajo el régimen subjetivo de responsabilidad bajo el título de imputación por falla probada del servicio, en el cual la responsabilidad del Estado se estructura tras la comprobación de los siguientes tres elementos: **(i)** El daño; **(ii)** la falla del servicio propiamente dicha; y **(iii)** un nexo de causalidad entre los dos primeros.

6.- Análisis probatorio y resolución del caso concreto

6.1. El daño

En el caso concreto, de conformidad con lo acreditado en la historia clínica emanada del Hospital Universitario del Valle¹⁵, se tiene que el daño antijurídico se concretó con el fallecimiento del señor Emberg Sánchez Sánchez ocurrido el 26 de septiembre de 2011, como consecuencia del diagnóstico de «síndrome hepatorenal y cirrosis hepática», cuyo tratamiento estuvo a cargo de los galenos del HUV desde el 6 de septiembre de 2011 hasta la fecha de su deceso.

¹⁴ C.E., Sección Tercera, Subsección B, Radicación número: 47001-23-31-000-1994- 03766-01 (19963).

¹⁵ Folios 20 a 52 y 241 250 del cuaderno principal.

6.2. La falla del servicio y el nexo de causalidad

Establecido el daño antijurídico, corresponde analizar si el mismo le es atribuible a una acción u omisión desplegada por las entidades demandadas conforme se solicitó su estudio en el recurso de apelación.

En el presente asunto se tiene que el apoderado judicial de los demandantes consideró en el recurso de alzada, que con el material probatorio allegado al plenario el *a quo* debió llegar a la conclusión que se presentó una falla en el servicio y una pérdida de oportunidad en relación con las actuaciones u omisiones tanto del Hospital Universitario del Valle, como de Caprecom EPS que fueron determinantes en el fallecimiento del señor Emberg Sánchez, representadas en: i) no trasladar al paciente a una institución de mayor nivel de complejidad, ii) no brindarle los medicamentos procedentes debido a inexistencia en el centro médico y iii) no iniciar los protocolos necesarios para adelantar los procedimientos que requería.

Así las cosas, a fin de establecer sí se presentó una falla en el servicio médico y el nexo de causalidad en el asunto bajo estudio, la Sala hará un análisis de las actuaciones desplegadas por el hospital y la empresa promotora de salud accionados.

Para ello, se debe traer a colación lo reseñado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 5 de abril de 2017¹⁶, en la que explicó que para que se configure la responsabilidad del Estado por daños derivados de una pérdida de oportunidad, debe acreditarse la materialización de las siguientes circunstancias: i) aleatoriedad del resultado esperado, ii) certeza acerca de la existencia de una oportunidad que se pierde y iii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o evitar el detrimento.

Precisado lo anterior, se hará un resumen de los hechos y las pruebas obrantes en el proceso con el fin de determinar si efectivamente existió una inaplicación de la *lex artis* o un retardo u omisión en la atención médica brindada al señor Emberg Sánchez Sánchez, que supuestamente lo conllevó a la muerte.

Se evidencia en la historia clínica que el señor Sánchez Sánchez acudió el 6 de septiembre de 2011 al servicio de medicina interna en urgencias del Hospital Universitario del Valle remitido del hospital San Juan de Dios de la ciudad de Cali con un diagnóstico de cirrosis y fiebre.

En aquella oportunidad, a su ingreso se plasmó:

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, 05 de abril de 2017. Radicación No. 170012331000200000645-01.

19+30

...

EA: Cuadro clínico de 14 días de evolución de fiebre de 39-39 grados centígrados que cede con 1 gm de acetaminofén, recurrente. Asociado a escalofríos y dolor abdominal tipo cólicos localizado en hipogastrio e hipocondrio derecho, inicialmente refieren deposiciones diarreicas con moco y rectorragia las cuales han mejorado en los últimos días. Actualmente deposiciones blandas, diarias. También manifiesta hiporexia, astenia, adinamia y pérdida de peso 8 kg en el último mes. Refiere también empeoramiento de la ictericia generalizada, valorado inicialmente en el Hospital San Juan de Dios donde toman paraclínicos... consideran paciente con Sd hepatorenal por lo cual deciden remitir.

...

A/P: Paciente con síndrome icterico desde la infancia, con estudios que demuestran cirrosis y várices esofágicas GII – GIII cursando con 2 semanas de fiebre, deposiciones diarreicas, dolor abdominal, somnolencia, con elevación de azoados, prolongación de los tiempos de coagulación e hipoalbuminemia severa, se considera paciente cursando con Sd. Hepatorrenal y peritonitis primaria probablemente, por lo cual se inicia manejo con octreide dado que en la institución no hay terlipresina disponible, albúmina, vitamina K, lactulax, L-omitina, L-Aspartato. Se inicia cubrimiento antibiótico empírico con ceftriaxona. Se solicitan pruebas de función hepática, renal, hemograma, gases arteriales, hemocultivos y paracentesis para cultivos y citoquímico, Eco doppler de circulación portal para descartar trombosis de la vena portal como evento desencadenante del cuadro actual. Se solicita evaluación por hepatología y endocrinología.

Y se indicó como diagnóstico de ingreso «1. Síndrome icterico desde infancia. 2. Cirrosis. 3. Síndrome hepatorenal. 4. Peritonitis primaria. 5. Descartar trombosis portal».

Para el 7 de septiembre se solicita adicionalmente la realización de uroanálisis y urocultivo con el fin de descartar un foco infeccioso adicional, se requirió por el médico tratante el traslado del paciente a cuidados intermedios con pronóstico reservado y aclara que se encuentra pendiente valoración por hepatología y endocrinología.

Recibidos los resultados de los paraclínicos, consideran los galenos que estos son compatibles con la patología presentada por el señor Sánchez Sánchez y, el 8 de septiembre, indican «se envía al CRYC x Skype formato de remisión para **solicitar a Caprecom traslado a nivel 4**, se espera contestación».

La médica internista encuentra al paciente en condiciones críticas, indica que requiere UCIN y que se encuentra pendiente su traslado además de la valoración por hepatología, endocrinología, el eco doppler de circulación portal y la ecografía de hígado y vías biliares.

En esa misma oportunidad, el especialista en nefrología encuentra «paciente en muy regulares condiciones generales en el contexto de su encefalopatía, cursa con hapatopatía crónica en el contexto de su síndrome de Allegir, se continúa igual manejo médico involucrado...».

Al día siguiente, esto es, el 9 de septiembre de 2011 se consignó en la historia clínica por hepatología que en caso de no poderse garantizar las condiciones del señor Emborg Sánchez, debía ser remitido y que, posterior a ello, sería candidato de trasplante hepático de manera ambulatoria.

El 10 de septiembre se señala en la historia clínica que: «paciente a quien no se ha podido garantizarle un manejo óptimo por no disponibilidad de terlipresina ni L-ornitina L-aspartato por lo cual recibe octreoide, se considera que debe ser manejado en nivel IV, se solicitan azoados de control para mirar tendencias de estas y definir si se solicita en este momento el TAC contrastado...». Y, a las 17+50 «Gestión UCIN. Responde Erika Sarmiento/Dr Ramírez. Información que ambas solicitudes son NO POS».

El 11 de septiembre indican los médicos tratantes que el señor Sánchez Sánchez se encuentra estable clínicamente, continúa con igual manejo, pero que sigue pendiente su traslado a nivel IV de atención.

Para el día 13, se establece que continúa pendiente la remisión al IV nivel de atención y se conceptuó: **«por tratarse de hepatopatía crónica en grado de cirrosis, se considera proceso irreversible, cuya única posibilidad a mediano y largo plazo es un trasplante de hígado, se dio orden para autorización por parte de su EPS, el HUV no ofrece servicio de trasplante, por lo que se inicia trámites para iniciar protocolo de trasplante de hígado en institución de IV nivel: Fundación médica Valle del Lili. Diagnóstico: Cirrosis descompensa (Sic), síndrome hepatorenal en resolución. Plan Iniciar trámite de trasplante de hígado, se continuó con medidas de soporte.»** (Subraya y negrillas de la Sala).

En las notas de evolución de los días subsiguientes se evidencia que se continuó igual manejo del paciente quien se encuentra en condiciones críticas y muestra deterioro de su función renal; además, que los galenos permanecían a la espera de la respuesta de la EPS en lo relacionado con el traslado a un centro médico de nivel IV de complejidad.

Para el 20 de septiembre de 2011 encontraron **«paciente con compromiso multisistémico, evidencia de un tercer espacio abdominal con ascitis en ascenso y azoados en ascenso, con compromiso neurológico, con quien se han presentado múltiples dificultades administrativas para su remisión y manejo en nivel IV, como única oportunidad para mejorar su calidad de vida y sobrevida. Para estabilización de sus funciones deterioradas y realización de trasplante hepático. Actualmente el hospital no cuenta con las condiciones mínimas aceptables para que el paciente obtenga alguna mejoría. Se continúa manejo de soporte, se solicitan pruebas hepáticas de control»**. (Se subraya). Y se consideró «...se considera paciente en delicada condición, con compromiso

multisistémico con pronóstico desmejorado. Se solicita valoración por unidad de cuidado intermedio...»).

Para los días 21 y 22 del mismo mes y año se continúa en regulares condiciones, con igual manejo médico y a la expectativa de la consecución del trasplante hepático en el nivel IV de atención.

En la evolución del 23 de septiembre se evidenció por parte del internista: «Paciente en delicadas condiciones generales, evolución clínica estacionaria, se continuó manejo médico, con marcado compromiso multisistémico... **en espera de traslado a nivel IV como única oportunidad para mejorar su calidad de vida realizándole trasplante hepático**. Por el momento continúa vigilancia clínica y manejo establecido». (Se resalta).

En las valoraciones de los días 24 y 25 se hace hincapié en la necesidad de remitir urgentemente al señor Emberg Sánchez al nivel IV para realizar trasplante hepático; en esa ocasión se realizó intubación orotraqueal y ventilación mecánica, se encuentra abundante sangrado el que tuvo que ser aspirado en varias oportunidades.

Finalmente, el 26 de septiembre de 2011 a las 00+05 horas se plasma en la historia clínica que «...se comentará en la mañana con IV nivel con posibilidad de trasplante hepático (fundación valle del lili), se explicó a la familia condición crítica y única posibilidad de recuperación y sobrevida era trasplante hepático» y, posteriormente a la 2:20 de ese mismo día «paciente en muy malas condiciones generales del paciente, con sangrado abundante por boca y tubo orotraqueal, no fue posible transfusión por no materiales de hemoderivados en HUV, sin reflejos de tallo cerebral, sin pulso, se verificó ritmo y tiene línea isoelectrica que confirma asistolia, no se realizó maniobras de reanimación por la condición del paciente y pobre o casi ningún pronóstico sin trasplante hepático. **Se declaró fallecido al paciente a las 2+20 horas**». (Subraya de la sala).

Adicionalmente se evidencia que, ante la demora en la autorización del traslado del señor Sánchez Sánchez a un centro de salud de nivel IV de atención para adelantar el trasplante hepático requerido por el paciente y ordenado por los médicos tratantes, el señor Wilder Realpe Colmenares en calidad de agente oficioso del paciente, impetró el 14 de septiembre de 2011 acción de tutela en contra de Caprecom EICE con solicitud de medida cautelar a fin de obtener la protección del derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida de Emberg Sánchez y que se ordenara su inmediata remisión según lo indicado por el médico tratante.

Dicho trámite constitucional fue conocido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali, el cual a través de auto del 15 de septiembre de 2011, al pronunciarse sobre la medida provisional, dispuso: «...oficiar al Representante Legal de CAPRECOM EPS para que de forma INMEDIATA, si aún no lo ha hecho disponga el traslado del señor EMBERG SÁNCHEZ SÁNCHEZ a la Fundación Valle del Lili, a fin de que se inicie el protocolo de trasplante de hígado y se garantice al paciente el tratamiento integral de cara al procedimiento ordenado por el profesional de la medicina JAIME HOLGUÍN R. el día 13 de septiembre de 2011».

Ahora bien, al hacer una análisis de la totalidad del material probatorio que obra en el plenario, es decir, la historia clínica generada en el Hospital Universitario del Valle, la Sala comparte la posición del fallador de primera instancia al considerar que la atención brindada por ese centro de salud al señor Emberg Sánchez, desde el 6 al 26 de septiembre de 2011, fue diligente y oportuna pues cumplió con los tiempos y estándares contemplados en la *lex artis*, además de los protocolos establecidos para el tipo de nivel de complejidad que le corresponde «III» y de acuerdo con el diagnóstico con el que fue remitido el paciente desde el hospital San Juan de Dios.

Se logra evidenciar que los médicos tratantes adscritos al HUV, de manera reiterada, desde el 7 de septiembre de 2011 y hasta la fecha de deceso del paciente, plasmaron en el historial médico la necesidad apremiante de remitir al paciente a un nivel IV de complejidad para que se diera inicio al protocolo de trasplante hepático, mismo que se mostraba como única opción para salvaguardar la salud y la vida de Emberg Sánchez.

También se avizora, que ante la falta de medicamentos para el manejo de las patologías que lo aquejaban, se optó por dar tratamiento de soporte mientras se adelantaba el procedimiento administrativo tendiente a materializar el traslado del señor Sánchez a un centro médico de un mayor nivel de complejidad, que para el asunto era la clínica Valle del Lili, remisión que no se logró hacer efectiva ante la falta de autorización de su EPS, situación que cercenó la posibilidad de mejorar su estado de salud o de sobrevivencia y derivó en el fallecimiento del paciente en las mismas instalaciones del Hospital Universitario del Valle.

Por lo dicho, no se evidencia que al señor Sánchez se le haya negado la atención médica que requería en el Hospital Universitario del Valle o que esta se haya prestado de manera negligente o por fuera de la *lex artis*, pues no existe en el plenario otro medio de prueba que así lo indique y, por el contrario, lo que se puede observar es que el HUV brindó el servicio con las herramientas que contaba para ese momento y adelantó el trámite tendiente a lograr el traslado del paciente a un centro médico de mayor nivel de complejidad.

Vale advertir que no se aportó prueba pericial u otro medio de convicción que permita inferir que Hospital Universitario del Valle dio un manejo inadecuado al diagnóstico de síndrome hepatorenal y cirrosis hepática presentado por el señor Sánchez; lo que sí se logra observar es que la parte actora no demostró que el tratamiento adelantado en ese centro de salud haya sido negligente o inadecuado, por lo que se concluye que en este caso no está probado que la actividad desarrollada por el HUV haya sido la causa determinante del fallecimiento del paciente.

Por lo hasta aquí dicho, se encuentra que en este caso el extremo activo no cumplió con la carga probatoria que le correspondía.

En concordancia con lo anterior, debe decir la Sala que la carga de la prueba asiste a la parte que alega el hecho lesivo y por ello resulta determinante demostrar por los medios legalmente dispuestos para tal fin las circunstancias fácticas sobre las cuales se fundó la demanda, de modo que su mera afirmación no resulta suficiente para ello¹⁷.

Por lo explicado, y con base en el material probatorio obrante en el plenario, se debe indicar que no hay forma de estructurar la responsabilidad deprecada a título de falla en el servicio en este caso en contra del Hospital Universitario del Valle, comoquiera que se torna imposible determinar si las actividades médicas desplegadas fueron la causa concluyente de la muerte del señor Emberg Sánchez Sánchez.

Ahora bien, de los elementos de convicción que componen el líbelo, se encuentra acreditado que los galenos del Hospital Universitario del Valle, desde el 6 de septiembre de 2011, no solo suministraron una acertada atención médica al señor Sánchez, sino al observar el diagnóstico presentado «Síndrome hepatorenal y cirrosis hepática» y al evidenciar el deterioro progresivo de su estado de salud, decidieron ordenar su remisión a un centro de salud de nivel IV de complejidad y dieron las instrucción de iniciar las labores ante la EPS a la que se encontraba afiliado el paciente «Caprecom», a fin de obtener la autorización para trasladarlo de manera inmediata e iniciar el tratamiento o protocolo para recibir el trasplante hepático que se presentaba como la única opción de tener una posibilidad de sobrevivencia.

También se hace visible que, ante la falta de respuesta por parte de Caprecom EPS, en relación con la autorización de traslado de Emberg Sánchez, el señor

¹⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, Exp. 59400.

Wilder Realpe en calidad de agente oficioso, el 14 de septiembre de 2011 impetró acción de tutela a fin de lograr la plurimencionada remisión.

Que dicho trámite constitucional fue conocido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali, quien por auto del 15 de septiembre de 2011 al resolver sobre la medida provisional solicitada por el tutelante, ordenó al representante legal de Caprecom EPS, que de manera inmediata dispusiera el traslado del señor Sánchez a la fundación Valle del Lili «entidad médica de nivel IV de atención», con el objeto de dar inicio al protocolo de trasplante de hígado e incluso ordenó brindar una atención integral.

También quedó demostrado que, no obstante la insistencia de los médicos tratantes del Hospital Universitario de la necesidad de remitir al paciente y la orden judicial impartida con base en la acción de tutela, Caprecom EPS no dio inicio, si quiera a la gestión administrativa para materializar el traslado, es más, como argumento en la contestación del trámite constitucional se limitó a aseverar que lo requerido no se podía llevar a cabo por cuanto ello tenía relación con un servicio que no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud «No POS».

Por ello, se encuentra demostrada la presencia de una demora, retardo u omisión en el trámite de la autorización para la remisión del paciente Emberg Sánchez Sánchez a un centro médico de un nivel superior de complejidad a fin de recibir atención especializada para el protocolo de trasplante de hígado de acuerdo con la peligrosidad de las patologías que le fueron diagnosticadas, esto es, síndrome hepatorenal y cirrosis hepática.

Tal demora no le permitió al paciente acceder a una atención oportuna en un hospital de nivel IV en el que se adelantara el trámite y/o protocolo de trasplante hepático fijado por los especialistas tratantes adscritos al Hospital Universitario del Valle, el que se le presentaba como única posibilidad de sobrevivir; así como tampoco Caprecom EPS le dio la posibilidad, al menos de recibir el tratamiento especializado en un nivel superior con los medicamentos que necesitaba, mismos con los que no contaba el HUV.

De lo dicho, se puede inferir que existe certeza en relación al hecho de que el traslado a un centro médico de mayor nivel de atención representaba una oportunidad legítima de tratamiento o mejoramiento del estado de salud del señor Emberg Sánchez e incluso de su supervivencia, misma que se perdió con ocasión de la demora o negativa en que incurrió Caprecom en lo relacionado con la autorización de su remisión a un hospital de nivel superior.

Así mismo, se demostró que la víctima estaba imposibilitada para evitar el perjuicio que supuso el detrimento de su estado de salud y posterior fallecimiento, cuando pese a las reiteradas solicitudes del médico tratante del Hospital Universitario del Valle a la EPS para que autorizara su traslado a un centro de salud de un nivel superior donde recibiría el tratamiento para su patología y a pesar de existir una orden judicial que así lo disponía, pasaban los días y no se obtenía respuesta alguna de sus funcionarios, situación que continuó de esa manera hasta el 26 de septiembre de 2011, fecha en la que murió el señor Sánchez Sánchez.

Todo lo que permite concluir que se probaron los elementos del daño por pérdida de oportunidad fijados por el Consejo de Estado¹⁸.

Dicho lo anterior, y como quiera que el daño por pérdida de oportunidad se endilga a la demora o retardo en la autorización de la EPS Caprecom de remitir al paciente a un hospital de un nivel superior, a fin de que recibiera el tratamiento que requería para el manejo de su diagnóstico, resulta necesario adentrarse en el estudio de la temática de la remisión o referencia de pacientes.

Al respecto se tiene que el Decreto 4747 de 2007¹⁹, vigente para la fecha de los hechos, reguló algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de tales servicios y, específicamente, en su artículo 3º definió la referencia y contrarreferencia de pacientes en los siguientes términos:

Artículo 3. Definiciones. Para efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones: (...) e. Referencia y contrarreferencia. Conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicos y administrativos que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, **oportunidad**, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago. **La referencia es el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, de respuesta a las necesidades de salud. La contrarreferencia es la respuesta que el prestador de servicios de salud receptor de la referencia, da al prestador que remitió.** La respuesta puede ser la contrarremisión del paciente con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención prestada al paciente en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica (...) (negrilla de la Sala).

Frente a la responsabilidad en el manejo y organización del proceso de referencia y contrarreferencia de pacientes, el artículo 17 *ibidem* expresamente determinó que son «las entidades responsables del pago de servicios de salud, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que

¹⁸ i) aleatoriedad del resultado esperado; ii) certeza acerca de la existencia de una oportunidad que se pierde; e, iii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o evitar el detrimento.

¹⁹ 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.

garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones».

El anterior artículo explica en el inciso 2º que tales entidades en búsqueda de garantizar la oportunidad, continuidad e integralidad en la atención de los pacientes remitidos tienen la obligación de propender por «la consecución de una institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos, así como los insumos y medicamentos requeridos (...)».

Lo que permite concluir de manera clara que la efectividad y oportunidad del proceso de referencia o remisión de pacientes en relación con razones de atención diagnóstica en un nivel superior de resolución acorde con las necesidades del paciente a remitir, por disposición del artículo 17 del decreto bajo estudio, se encuentra radicada en cabeza de las EPS²⁰ quienes deben garantizar la disponibilidad de una IPS receptora que cuente con los recursos, insumos y medicamentos que permitan el suministro de una atención en salud de calidad al paciente remitido.

Adicionalmente el Consejo de Estado²¹ explicó que aun en los casos de remisión a pacientes, las EPS al tener la obligación jurídica de asegurar la prestación del servicio de salud a sus pacientes, no se deshacen de la misma con ocasión de que para ello hayan contratado a una IPS, ya que «al prestar el servicio de salud a través de una persona de derecho privado, no se desprende de su obligación positiva de prestar el servicio de salud sino que se constituyó frente al usuario en una prolongación de la entidad pública obligada a prestar dicho servicio».

Lo anterior se traduce en el presente caso, en que era del resorte de la EPS Caprecom cumplir con todas las actuaciones tendientes a conseguir de manera oportuna y ágil una IPS que pudiera recibir al paciente Emberg Sánchez Sánchez desde el 7 de septiembre de 2011 y haber autorizado su traslado o remisión inmediata a dicha entidad, no solo por ser su responsabilidad legal, según se estudió en precedencia, sino porque además el médico de la IPS remitente lo solicitó en reiteradas ocasiones «así se desprende de la lectura de la historia clínica del HUV» y, además, existía una orden judicial que así lo disponía.

²⁰ El literal b) del artículo 3º del Decreto 4747 de 2007 reafirma que las entidades promotoras de salud, de los regímenes contributivo y subsidiado, hacen parte de las entidades responsables del pago de servicios de salud.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, sentencia del 5 de abril de 2017, Radicado 17001-23-31-000-2000-00645-01 (25706).

Por lo dicho, se encuentra plenamente demostrado que la demora u omisión en la remisión del paciente devino de una actuación dilatoria de Caprecom EPS, comoquiera que pese a la insistencia del médico tratante y de la orden emitida por el Juez de tutela en relación con la autorización del traslado a un hospital de un nivel superior para iniciar el protocolo de trasplante hepático establecido por la gravedad de su estado de salud, no obtuvo respuesta alguna.

Por último, alega la apelante que también se presentó un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, bajo el argumento que el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali no verificó el cumplimiento de la orden impartida en la providencia del 15 de septiembre de 2011, mediante la cual resolvió la medida provisional solicitada dentro de la acción de tutela con radicado 2011-00157-00, en la que dispuso que Caprecom EPS debía trasladar de manera inmediata al señor Emberg Sánchez a la fundación Valle del Lili a fin de iniciar el protocolo de trasplante de hígado ordenado por el médico tratante del Hospital Universitario del Valle.

En relación con el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el artículo 69 de la Ley 270 de 1996 dispone: «Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación».

Sobre el tema, el Consejo de Estado ha resaltado²²:

En concordancia con lo establecido por el legislador en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, a la luz del cardinal enunciado contenido en el artículo 90 de la Constitución Política, es una fuente de responsabilidad estatal residual con fundamento en la cual deben ser decididos los supuestos de daño antijurídico sufridos como consecuencia de la función judicial, que no constituyen error jurisdiccional o privación de la libertad, por no provenir de una providencia judicial. (...) De manera que la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no se configura cuando la lesión se materializa a través de una providencia, sino que aquella se deriva de las demás actuaciones judiciales en que incurrir “no sólo los funcionarios, sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales” en el giro o tráfico jurisdiccional y que resultan necesarias para adelantar el proceso o ejecutar las decisiones del juez, las cuales deben estar referidas a estándares normales de funcionamiento del servicio.

...

El concepto de defectuoso funcionamiento es equivalente a la falla del servicio elaborada por la jurisprudencia francesa y que en la sistematización clásica puede tener tres manifestaciones: i) el servicio ha funcionado mal, ii) el servicio no ha funcionado, y iii) el servicio ha funcionado de forma tardía. Así mismo, se destaca que el funcionamiento anormal de la administración de justicia está referido a unos estándares de lo que se considera como un funcionamiento normal. Conforme a lo expuesto, debe indicarse, además, **que el régimen de**

²² Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera, Subsección A. Consejero ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01547-01 (51460).

responsabilidad aplicable a los casos de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es, por regla general, de carácter subjetivo, por lo que corresponde al demandante, inicialmente, acreditar la desatención o el incumplimiento obligacional.

(...)

En relación con el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por el retardo injustificado en la toma de decisiones judiciales, se debe recordar que la Constitución Política establece el derecho a una pronta y cumplida justicia en el artículo 29, como una garantía propia del debido proceso que se concreta en el trámite sin dilaciones injustificadas. En igual sentido, el artículo 228 constitucional dispone que "los términos procesales se observarán con diligencia" y que "su incumplimiento será sancionado", con lo cual eleva a rango constitucional los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial.

(...)

Ahora bien, en relación con los parámetros para establecer si el retardo de una decisión judicial está justificado o no, como elemento base para activar el régimen de responsabilidad explicado, esta Corporación ha sostenido que se deben observar diversos factores, entre ellos, la complejidad del asunto, la conducta de las partes, el volumen de trabajo del despacho y los estándares de funcionamiento de cada despacho judicial, y las especificidades de cada trámite judicial incluido el análisis de factores exógenos al proceso, como reformas normativas, paralización del servicio y, en general, circunstancias de toda índole con impacto directo en el trámite de los procesos y su duración.

Pues bien, analizado el material probatorio allegado al expediente, observa esta instancia que no existe elemento de convicción que indique que se configuró en el asunto bajo estudio un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en relación con el trámite dado por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali a la acción de tutela impetrada por el señor Wilder Realpe como agente oficioso de Emberg Sánchez.

Por el contrario, lo que se hace evidente es que se resolvió con diligencia la medida provisional solicitada con el escrito tutelar, y se dispuso, por auto del 15 de septiembre de 2011 que Caprecom debía efectuar de manera inmediata el traslado del señor Sánchez a la fundación Valle del Lili para iniciar el procedimiento del trasplante hepático que requería para conjurar su estado de salud.

También se observa, que si bien hubo una falta de acatamiento de la orden judicial por parte de la EPS, dicha situación nunca fue puesta en conocimiento del juez constitucional por parte del accionante, es más, ni siquiera se intentó proponer el respectivo incidente de desacato²³ en búsqueda de obtener el cumplimiento de lo dispuesto en la providencia que resolvió la medida provisional, situación que no puede ser endilgada al administrador de justicia.

Inclusive, a folios 81 a 90 del cuaderno principal, reposa la sentencia de tutela del 26 de septiembre de 2011, mediante la cual el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Cali resuelve tutelar los derechos fundamentales invocados por el

²³ Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991

agente oficioso del señor Emberg Sánchez y ordenó a Caprecom EPS: « ...que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a las notificación de esta sentencia, autorice y suministre el tratamiento denominado protocolo para trasplante de hígado, de igual manera proceda a suministrar de manera periódica y oportuna la atención integral requerida...».

Cabe anotar que el fallo de tutela se emitió dentro del término perentorio establecido en el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, todo lo que lleva a establecer que la parte actora en esta ocasión no logra acreditar que en el caso objeto de la litis se haya configurado una falla en el servicio por un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues no se avizora una conducta activa u omisiva por parte del juez de tutela que haya sido determinante en la producción del daño.

Por ello, mal se haría en endilgarle responsabilidad a la Rama Judicial por la falta de acatamiento de la orden judicial por parte de Caprecom EPS referente a la falta de autorización para la remisión del paciente a un centro de salud de mayor nivel de complejidad para dar inicio al protocolo de trasplante hepáticos que requería el señor Emberg Sánchez Sánchez.

En conclusión, no se probó que la Rama Judicial haya incurrido en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia²⁴, motivo suficiente para que se nieguen las pretensiones de la demanda en cuanto a esta entidad concierne.

Así pues, las circunstancias narradas en su conjunto, estructuran el reproche de responsabilidad propuesto al configurarse una pérdida de oportunidad, pero solo en el caso del Caprecom EPS tal como ampliamente se ha expresado en líneas anteriores, lo que conlleva a que la sentencia proferida el 29 de enero de 2019 por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali que negó las pretensiones de la demanda sea revocada.

Por último, no se puede pasar por alto que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones -CAPRECOM – EICE en Liquidación celebró el contrato de Fiducia Mercantil con Fiduciaria La Previsora S.A. en aplicación del artículo 35 del Decreto – Ley 254 de 2000 y en el artículo 2 del Decreto 2192 del 28 de diciembre de 2016, con el objeto de constituir un patrimonio autónomo de remanentes destinado, entre otros aspectos, a realizar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo de Caprecom - EICE en Liquidación para el momento que se hagan exigibles, motivo por el cual, se ha

²⁴ Artículos 65 y 69 de la Ley 270 de 1996

de tener en cuenta la circunstancia narrada a efectos de la condena que se impondrá en la parte resolutive de este fallo.

De acuerdo con lo explicado, procede la Sala a analizar lo relacionado con el reconocimiento de los perjuicios solicitados por los accionantes.

7. Liquidación de perjuicios

7.1. Perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad

El Consejo de Estado, en relación con los perjuicios provenientes de la pérdida de oportunidad, ha establecido lo siguiente²⁵:

...la Sala debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, **por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad** y en atención a que la solución asumida por esta Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, **como esta figura constituye un perjuicio autónomo, no deviene directamente del daño**, en este caso, de la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez **sino de la pérdida de la oportunidad de salvar su vida, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:**

"5.- Indemnización de perjuicios. "Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

"5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

"(...) la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo"²⁶

Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018) radicación número: 05001-23-31-000-2006-02696-01 (43269)

26 Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez

De tal manera que, la Sala acogerá el criterio indicado por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo por cuanto el reconocimiento de perjuicios procedentes de la pérdida de oportunidad no devienen precisamente de la muerte del señor Emberg Sánchez Sánchez, sino como un perjuicio autónomo derivado de la posibilidad de la que se le privó para que recuperara su salud o de intentar sobrevivir por un tiempo adicional.

Por ello, en aplicación del criterio de equidad, no se realizará ningún pronunciamiento sobre el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados con la demanda y en su lugar se reconocerá una suma genérica a cada demandante que haya demostrado su interés en demandar, además de la legitimación en la causa por activa para actuar en el caso bajo estudio.

Ahora bien, a fin de demostrar el interés de cada uno de los actores y su correspondiente legitimación en la causa por activa dentro de la Litis, se allegaron los siguientes elementos probatorios:

- Registro civil de nacimiento de Nicole Daniela Sánchez Murillo que da cuenta que es hija de Emberg Sánchez Sánchez²⁷.
- La condición de compañera permanente de la señora Kelly Surany Murillo Bermúdez se demostró con los testimonios obrantes en el expediente.
- La condición de padre de crianza del señor José Francisco Realpe Sánchez se comprobó mediante los testimonios obrantes en el expediente.

En vista de ello, y de conformidad con la autonomía conferida al fallador para determinar la suma genérica a reconocer a los demandantes indicada por el Consejo de Estado, entre otros, en el pronunciamiento referenciado con anterioridad en este mismo acápite, se reconocerán los valores que se indican a continuación:

Nicole Daniela Sánchez Murillo (hija de la víctima)	50 SMLMV
Kelly Surany Murillo Bermúdez (compañera)	25 SMLMV
José Francisco Realpe Sánchez (padre de crianza)	25 SMLMV

En lo atinente a la señora María Inés Sánchez de Sánchez, debe decir la Sala que esta no acreditó el parentesco que alegó, esto es, de ser la madre del señor Emberg Sánchez, pues no se aportó prueba idónea, es decir, el registro civil de nacimiento de la víctima o el certificado emitido con base en este.

²⁷ Folio 13 del cuaderno principal

Vale aclarar, que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha indicado que la prueba idónea para acreditar el parentesco es el registro civil y este no se puede suplir con otros mecanismos probatorios²⁸, motivo por el cual esta Instancia declarará la falta de legitimación por activa de María Inés Sánchez de Sánchez.

Con base en lo explicado en precedencia, se debe establecer que igual aplicación se dará en relación con Katherin Sánchez Barrero, Harrison Sánchez Rubiano y Anthony Sánchez Rubiano ya que, a pesar que aportaron sus correspondientes registros civiles de nacimiento, dichos documentos solo comprueban el parentesco de ellos con los señores Jary Sánchez Sánchez y Wilson Sánchez Sánchez y de estos con la señora María Inés Sánchez de Sánchez, pero no con el señor Emberg Sánchez Sánchez, por lo que también se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto de los primeros.

En lo que tiene que ver con el señor Wilder Realpe Colmenares no se observa medio de convicción con el que logre acreditar la calidad de hermano de crianza del señor Emberg Sánchez, razón por la cual tampoco se encuentra legitimado en la causa para componer el extremo activo de la presente Litis, lo que así se declarará en la parte resolutive del presente proveído.

8. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen, razón por la cual, no se condenará en costas en esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 29 de enero de 2019 proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque. Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022). Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00029-01 (57521)

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom EICE, por la pérdida de oportunidad de la recuperación de la salud del señor Emberg Sánchez Sánchez, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom EICE a pagar a los demandantes Nicole Daniela Sánchez Murillo el equivalente a 50 SMLMV y a Kelly Surany Murillo Bermúdez y José Francisco Realpe Sánchez el equivalente a 25 SMLMV para cada uno de ellos a título de pérdida de la oportunidad de la recuperación de la salud de Emberg Sánchez Sánchez.

CUARTO: La condena impuesta en contra de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom EICE, será asumida por el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR – Caprecom Liquidado, en virtud de lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de María Inés Sánchez de Sánchez, Katherin Sánchez Barrero, Harrison Sánchez Rubiano, Anthony Sánchez Rubiano y Wilder Realpe Colmenares, de conformidad con las consideraciones de este proveído.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS.

OCTAVO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia, previas las anotaciones en el sistema informático "SAMAI".

Providencia discutida y aprobada en Sala Quinta de Decisión, según consta en acta de la fecha.

KATIA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ GARCÉS
Magistrada

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Magistrada

GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Magistrado