

REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veintidós (22) de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA No. 003

RADICACIÓN	76-001-33-33-007-2014-00145-00
ACCIÓN	REPARACION DIRECTA
ACCIONANTE	MARIA CAMILA CAICEDO GIL Y OTROS
ACCIONADO	HOSPITAL SAN RAFAEL DE CERRITO ESE DEPARTAMENTO DEL VALLE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – H.U.V. EMSSANAR E.S.S.

En atención a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 182 del C.P.A.C.A, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 *ibidem*, el cual fue ejercido por los señores **JOSÉ LUIS CAICEDO** quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor **ISABELLA CAICEDO GIL** y **MARIA CAMILA CAICEDO GIL** obrando en nombre propio y actuando por intermedio de apoderado debidamente reconocido en contra del **HOSPITAL SAN RAFAEL DE CERRITO ESE; DEPARTAMENTO DEL VALLE; HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – H.U.V.; EMSSANAR E.S.S.**

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

Que se declare que el **HOSPITAL SAN RAFAEL DE CERRITO ESE; DEPARTAMENTO DEL VALLE; HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – H.U.V. y EMSSANAR E.S.S.** son administrativamente responsables por los daños y perjuicios causados a los demandantes derivados de la muerte de la señora **LUCRECIA GIL**.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene a la entidad a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

1.1. PERJUICIOS INMATERIALES.

1.1.1. Perjuicios morales.

La suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de cada uno de los demandantes.

1.1.2. Perjuicio a la vida de relación.

La suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de cada uno de los demandantes.

1.2. PERJUICIOS MATERIALES.

1.2.1. Lucro cesante.

A favor de los demandantes teniendo en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente.

1.3. PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

Pretende el reconocimiento de la pérdida del chance y solicita que se otorgue a favor de cada uno de los demandantes la suma equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA ACCIÓN

2.1. La señora **LUCRECIA GIL** se encontraba afiliada al régimen subsidiado a través de la institución **EMSSANAR** desde el 01 de junio de 2010.

2.2. El 17 de agosto de 2010 la señora **LUCRECIA GIL** consulta en el **HOSPITAL SAN RAFAEL DE CERRITO ESE** por presentar masa en mama izquierda.

2.3. El 20 de septiembre de 2010 la señora **LUCRECIA GIL** es valorada por la especialidad de GINECOBSTETRICIA.

2.4. El 21 de septiembre se produce resultado de mamografía.

2.5. El 6 de octubre de 2010 se produce resultado de citología aspirativa.

2.6. El 11 de enero de 2011 la señora **LUCRECIA GIL** es valorada en el **HUV**, por especialista en oncología, quien diagnostica un posible cáncer de mama y ordena biopsia por Trucut.

2.7. El 21 de enero de 2011 se recibe resultado de patología que reporta carcinoma ductal infiltrante.

2.8. El 24 de marzo de 2011 la señora **LUCRECIA GIL** es valorada por cirugía oncológica donde ordenan el inicio de programa de quimioterapia, a partir de este momento comenzó todo el proceso de atención para el cáncer diagnosticado.

2.9. El 17 de febrero de 2012 la señora **LUCRECIA GIL** falleció.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La parte demandante alega que la entidad vulneró el artículo 90 de la Constitución Nacional; La Ley 446 de 1998 en su artículo 16 y la Ley 1437 de 2011.

Afirma la parte demandante que la muerte de la señora **LUCRECIA GIL** resulta imputable a las demandadas por cuanto dilataron el tratamiento adecuado que debía recibir.

Explica, que a la señora **LUCRECIA GIL** no le realizaron el diagnóstico ni el tratamiento oportuno que le habría permitido conservar su vida.

Dice que existió una demora en la atención médica que conllevó a un tardío diagnóstico y tratamiento médico.

Además que existió una omisión por la no práctica del último ciclo de quimioterapia y de la cirugía requerida por la paciente. La parte demandante afirma que la no inclusión en un programa de prevención y lucha contra el cáncer de la paciente, hizo que esta perdiera la oportunidad de la detección temprana.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. La entidad demandada **EMSSANAR E.S.S.** contestó la demanda, presentando los siguientes argumentos en su defensa (Conf. 124):

Que la parte demandante no demuestra en que consiste la supuesta falla en el servicio por parte de EMSSANAR, siendo necesario indicar que la función de la EPS dentro del sistema general de seguridad social en salud, es administrativa y no asistencial.

Que para efectos de garantizar la prestación de los servicios de salud se contrata una red prestadora de hospitales públicos como el SAN RAFAEL DE EL CERRITO y el HUV, circunstancia que indica que la responsabilidad por cualquier acto médico solo resulta imputable a las IPS.

Que conforme con la información que reposa en el sistema de la EPS a la señora LUCRECIA GIL se le autorizaron todos y cada uno de los servicios médicos requeridos.

Que debe tenerse en cuenta que EMSSANAR al no prestar servicios médico asistenciales de forma directa se encuentra deslegitimada para actuar en la presente causa.

Que del escrito de la demanda se desprende necesariamente que la entidad que retrasó las autorizaciones para los servicios requeridos por la señora LUCRECIA GIL fue la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca.

4.2. La entidad demandada **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E.** contestó la demanda, presentando los siguientes argumentos en su defensa (Conf. 161):

Que no existe registro clínico de la señora **LUCRECIA GIL** para el periodo comprendido entre los años 2003 a 2012 lo que lleva a pensar que la patología padecida tuvo como origen su propio descuido.

Que el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E.** es un hospital de primer nivel que no cuenta con las especialidades requeridas para el diagnóstico de la patología que padecía la demandante, razón por la cual se le remitió a especialistas que pudieran atender el caso.

Que las actuaciones del personal médico del Hospital deben ser evaluadas de medio y no de resultado. Teniendo lo anterior claro habrá de considerarse que los galenos actuaron conforme con los protocolos y lo prescrito por la *lex artis*.

Que la parte demandante no ha logrado demostrar la responsabilidad médica y esta solo se compromete cuando la parte interesada prueba la culpa del galeno.

Que en el caso concreto se estructura la culpa exclusiva de la víctima como origen del daño, pues la señora LUCRECIA GIL no se practicó exámenes periódicos y dejó de visitar al médico durante siete años.

El **HOSPITAL SAN RAFAEL** en escrito separado llamó en garantía a la aseguradora **LA PREVISORA SEGUROS S.A.**

4.3. La entidad demandada **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE H.U.V.** contestó la demanda, presentando los siguientes argumentos en su defensa (Conf. 192):

Que el caso concreto debe ser examinado bajo el título de imputación de la falla probada en el servicio, circunstancia que coloca en cabeza de la parte demandante la obligación de acreditar el error en la praxis médica de los galenos que atendieron a la señora LUCRECIA GIL.

Que al momento de ingresar al servicio del **HUV**, la señora **LUCRECIA GIL** ya tenía un cuadro de 5 meses de aparición de masa en mama por lo que se prestó la atención necesaria con los especialistas para el diagnóstico y posterior tratamiento de la patología.

Que dentro del proceso se encuentra debidamente probado que el equipo médico del **HUV** actuó conforme con los protocolos y empleó la debida diligencia y cuidado en el manejo de la paciente.

Que la relación de causalidad se ve interrumpida por la configuración de la fuerza mayor o caso fortuito, pues la ciencia médica tiene limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un área que escapa al cálculo o previsiones y ello obliga a restringir el campo de la responsabilidad.

El **H.U.V.** en escrito separado llamó en garantía a la aseguradora **LA PREVISORA SEGUROS S.A.**

4.4. El llamado en garantía del **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE H.U.V.** y el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. – LA PREVISORA SEGUROS S.A.** contestó la demanda, presentando los siguientes argumentos (Conf. 90 C. 5):

Que dentro del proceso se encuentra plenamente acreditado que los hospitales actuaron de forma diligente y cumplieron con los protocolos para la atención de los signos de alarma que presentaba la señora GIL.

Que la responsabilidad en el presente caso debe analizarse desde los medios y no el resultado, pues la pericia y diligencia con que actúan los galenos son los aspectos que pueden ser evaluados.

Que no existe relación de causalidad entre el daño padecido por la parte actora y la actuación de las demandadas, pues las historias clínicas dan cuenta de una excelente prestación del servicio médico, ceñido a protocolos y a los cánones de la *lex artis*.

Que no puede dejarse de lado que la parte demandante es quien tiene la carga de la prueba, no solo de la supuesta culpa médica en la que quiere fundar sus pretensiones sino también la de la relación de causalidad entre el manejo médico y el daño.

Respecto del llamamiento en garantía:

Explicó que existe falta de cobertura en la póliza de seguro y que el reclamo se hizo por fuera de la vigencia de la misma.

Que la eventual obligación a cargo de la aseguradora debe sujetarse al marco de los amparos y estipulaciones contractuales y que la obligación no puede exceder el límite del valor asegurado.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el periodo probatorio se corrió traslado para alegar de conclusión mediante auto interlocutorio N° 1073 del 25 de septiembre de 2017.

Dentro del término concedido para el efecto las partes se pronunciaron así:

La entidad demandada **EMSSSANAR E.S.E.** presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (Conf. 360). Insistió en que debe estudiarse el caso bajo el título de imputación de la falla probada del servicio y que la carga probatoria recae en cabeza de la parte demandante.

El **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** alegó de conclusión indicando que el HUV es una entidad con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa razón por la cual es plenamente responsable de sus actos y no hay lugar a evaluar ninguna actuación de la entidad territorial. Además dijo que conforme con la experticia llevada a cabo en el trámite del proceso se dejó claro que a pesar de haber existido una demora en el diagnóstico no hay

prueba que acredite cual fue la causa de la misma, esto es, si dicha causa resulta imputable a las entidades demandadas o a la víctima.

La **PARTE DEMANDANTE** elevó escrito de alegatos reiterando las razones de hecho expuestas en la demanda (Conf. 372). Resaltó que con la experticia se acreditó la demora en el diagnóstico de la enfermedad lo que se traduce en una responsabilidad de las demandadas, la parte demandante además cita in extenso jurisprudencia en apoyo a sus pretensiones.

La entidad demandada **H.U.V.** presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, especialmente lo relacionado con el contenido de las obligaciones para los galenos, indicando que estas son de medio y no de resultado, por lo que no puede atribuirse responsabilidad a la entidad por la muerte de la señora **LUCRECIA GIL** (Conf. 389).

El llamado en garantía **LA PREVISORA SEGUROS S.A.** intervino en esta etapa procesal (Conf. 400) reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Además indicó que conforme con las pruebas obrantes en el plenario los hospitales actuaron de manera diligente y la muerte de la señora **LUCRECIA GIL** solo fue consecuencia del agresivo cáncer que padecía. La aseguradora efectuó un análisis de las pruebas recaudadas e insistió en que las demandadas actuaron de acuerdo con los lineamientos científicos aplicables al caso.

El Ministerio público no emitió concepto en esta oportunidad (Conf. 411).

6. CONSIDERACIONES

6.1. PRESENTACIÓN DEL CASO.

En el presente asunto, el problema jurídico se circunscribe a determinar si a las demandadas **HOSPITAL SAN RAFAEL DE CERRITO ESE; DEPARTAMENTO DEL VALLE; HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – H.U.V.; EMSSANAR E.S.S.** les resulta imputable administrativamente la muerte de la señora **LUCRECIA GIL** por la existencia de una falla en el servicio derivada del diagnóstico tardío de su patología.

En caso de ser positiva la resolución del primer planteamiento, debe el Despacho determinar las obligaciones que pudieran derivarse de los llamamientos en garantía efectuados por las demandadas **HOSPITAL SAN RAFAEL DE CERRITO ESE y HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – H.U.V.**

La Constitución Política de 1991 consagró expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que se ocasionen por la acción u omisión de las autoridades públicas, así como la posibilidad que tiene el Estado de repetir el valor de la condena que le sea impuesta, contra el servidor público que hubiese obrado en forma dolosa o gravemente culposa.

Es así como dispone:

Art. 90 "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u 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, aquél deberá repetir contra éste".

De tal modo que del texto mismo de esta norma se desprende, así como lo ha precisado la jurisprudencia, que para que pueda imputarse la responsabilidad de un ente público deben reunirse tres (3) elementos a saber: una actuación o una omisión de una entidad estatal; un daño antijurídico y una relación de causalidad entre los dos.

Dicha disposición fue desarrollada por el artículo 140 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, consagrando el medio de control de reparación directa en los siguientes términos:

"Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño".

Antes de desatar el fondo de la controversia, precisa esta agencia judicial aludir al régimen de responsabilidad bajo el cual resulta procedente realizar el estudio de la imputación jurídico-fáctica que plantean los hechos de la demanda.

6.2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE.

Sobre el tema del régimen de responsabilidad aplicable por la prestación del servicio médico, la jurisprudencia del Consejo de Estado indica:

“Según lo dicho por la Sala, el elemento esencial de la responsabilidad en materia médica es la obligación que rige la praxis médica -deber funcional, de la cual surge el contenido prestacional al que están sometidas las entidades demandadas. Sobre este aspecto, la Sala no puede pasar por alto que, siguiendo lo dicho tanto por la doctrina como por la Corporación y teniendo en cuenta que la actividad médica no es una actividad infalible sino una ciencia probabilística basada en hipótesis, cuyo ejercicio está sorteado por factores aleatorios, a los profesionales de la salud no se les puede exigir el deber de acertar matemáticamente en el diagnóstico o tratamiento adecuado, por lo que la falla en el servicio, objeto de censura, no es el hecho de que el personal médico no acierte en la ruta terapéutica en orden a mitigar o superar la patología, sino el que por su negligencia e impericia no agote todas las previsiones que la lex artis sugiere a efectos de atemperar los males sufridos por los pacientes”¹.

En otra oportunidad explicó:

“En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa”²

De acuerdo con el precedente jurisprudencial vigente, se tiene entonces que en términos generales los procesos en que se alegue una responsabilidad médica se rigen por el régimen de la falla probada del servicio, debiendo entonces el demandante acreditar los tres elementos que la configuran: la falla en el acto médico, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre estos dos elementos, cobrando gran importancia la prueba indiciaria debido a la dificultad de la prueba en esta materia.

Cabe precisar que aunque los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio hospitalario y los que atañen al acto médico y quirúrgico, parten de una misma actividad y propenden por la misma finalidad (la prestación del servicio de salud), son diferentes, pues los primeros envuelven la prestación del servicio de exámenes y de hospitalización entre otros, mientras que los segundos, hacen referencia a los diagnósticos, y a los procedimientos

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “B” - Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO - Bogotá D. C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04(42803).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 32600

quirúrgicos, en los que tienen directa aplicación los conocimientos científicos y técnicos de la ciencia de la medicina.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la parte demandante fundamenta sus pretensiones en el diagnóstico tardío de la patología padecida por la señora **LUCRECIA GIL**, el Despacho considera que el análisis daño deberá llevarse a cabo bajo la óptica de la pérdida de oportunidad, para lo cual se deben tener en cuenta las siguientes previsiones fijadas por el órgano de cierre de la jurisdicción.

“La Sala considera que, la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima³, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.

*La Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que **la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada** o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual, debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.*

(...)

*Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo¹³, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. **Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima**, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.*

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

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

(...)

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

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

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

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

Pérdida definitiva de la oportunidad. *En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹⁹; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la*

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

(...)

Recapitulando lo anterior, la Sala precisa que los elementos del daño de pérdida de oportunidad son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima”⁴ (Subrayas del Despacho).

De acuerdo con las previsiones jurisprudenciales en cita, procede el Despacho al análisis probatorio.

6.3. CASO CONCRETO – HECHOS PROBADOS.

En el proceso está acreditada la muerte de la señora **LUCRECIA GIL** con la prueba idónea del registro civil de defunción obrante a folio 4 del cuaderno principal donde consta que falleció el 17 de febrero de 2012.

Frente al diagnóstico y evolución de la patología padecida por la señora **LUCRECIA GIL**, la historia clínica anexa al expediente da cuenta de los siguientes hallazgos e intervenciones médicas:

A folio 1 del cuaderno de anexos de la demanda obra resultado de ecografía mamaria realizada a la señora **LUCRECIA GIL** el 16 de febrero de 2004, en el mentado examen se dejó anotado que la paciente presentaba tejido mamario denso para la edad y que existía un aumento de la densidad – displasia.

En un segundo informe mamográfico levantado el 22 de abril de 2009 (ver folio 2 C. Anexos) se concluyó “*No se observan masas, acúmulos de microcalcificaciones, retracciones ni alteraciones arquitectónicas que sugieran malignidad.*”

CONCLUSIÓN.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “B” - Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO - Bogotá D. C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 66001-23-31-000-2005-01021-04(42803).

- CATEGORIA BI-BRADS 1 (NEGATIVO PARA MALIGNIDAD)
- SE SUGIERE CONTROL MAMOGRAFICO HABITUAL"

A folio 147 del cuaderno principal obra transcripción de la historia clínica del HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. donde consta que para el 17 de agosto de 2010 la señora LUCRECIA GIL consultó por "masa en mama izquierda desde hace 2 semanas – Presenta en mama izquierda cuadrante superointerno masa de +/- 5X5 cm dura no adherida a planos profundos, no dolorosa. – DIAGNOSTICO. MASA NO ESPECIFICADA EN LA MAMA", como consecuencia del hallazgo se remite a la especialidad de ginecología.

A folio 5 del cuaderno de anexos de la demanda obra solicitud de autorización de servicios de salud para remisión a la especialidad de ginecología y obstetricia, responsable del requerimiento Secretaría Departamental de Salud.

El 20 de septiembre de 2010 la señora LUCRECIA GIL es atendida por el especialista en ginecología quien ordena remisión a cirugía general con DIAGNOSTICO de masa en seno izquierdo – justificando la remisión así "pte quien presenta masa duro pétreea en seno izquierdo cuadrante superior externo. No adenopatías satélites ni (ilegible) antecedentes familiares negativos. IDX: 1 masa seno izq – CA DE MAMA". En dicha remisión se dejó escrito que la paciente se encontraba afiliada a EMSSANAR.

A folio 70 del cuaderno de anexos se encuentra resultado de mamografía realizada el 21 de septiembre de 2010 en dicho examen se consignó: "**COMENTARIO: SENOS DENSOS CON MASA CON MICRO CALCIFICACIONES EN SU INTERIOR EN CUADRANTE SUPERO INTERNO DEL SENO IZQUIERDO ACOMPAÑADA DE ADENOPATIAS EN AXILA SOSPECHOSAS.**

CATEGORIA BI-RADS IV

NOTA: LA SENSIBILIDAD DE LA MAMOGRAFIA ES DE UN 90% SI EXISTEN HALLAZGOS CLINICOS Y DE PALPACIÓN SE DEBEN HACER ESTUDIOS COMPLEMENTARIOS"

Obra a folio 7 del cuaderno de anexos resultado de citología aspirativa realizada a la señora LUCRECIA GIL el 06 de octubre de 2010, donde se dejó consignado "fondo hemorrágico con colgajos de células estromales maduras y muy escasas células epiteliales. El cuadro citológico es negativo para neoplasia".

Para el 15 de diciembre de 2010 (ver folio 11 C. anexos), la señora LUCRECIA GIL consulta en la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL, donde se deja consignado al examen de mamas "Se omite (tiene diagnóstico de masa en mama izquierda a estudio).

El 11 de enero de 2011, la señora LUCRECIA GIL ingresa al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE (ver folio 187 del cuaderno principal) en la historia clínica se lee:

"CC: Remitida de Palmira (V).

Ea: con un cuadro de 5 meses de aparición de masa en mama izquierda, no dolorosa, de crecimiento indurado.

(...)

EF: buenas condiciones generales, afebril, sin disnea, hemodinamicamente estable, masa mamaria izquierda en cuadrante infero interno de aproximadamente 5X5X3 cm de consistencia dura, móvil, aparentemente no adherida a planos profundos, adenopatías axilares izquierdas de aproximadamente 1.5 cm. Trae mamografía con lesión en cuadrante inferior izquierdo Bi rads IV, citología con BCAF: negativo?. Se comenta con docente Dr. Reyes.

DX. cáncer de mama. Plan se solicitó una biopsia por tru-cut.

A folio 73 obra informe de patología de fecha 21 de enero de 2011, en la descripción microscópica se dejaron descritos los siguientes hallazgos: "Se identifica tejido mamario con serios defectos por atrición celular. En las zonas evaluables se encuentran focos solidos de células tumorales malignas de citoplasma amplio. Nucleos grandes ligeramente irregulares. Con cromatina grumosa y nuclaolo evidente. Las células infiltran el estroma que presenta desmoplasia severa e infiltrado inflamatorio linfoplasmocitario moderado.

DIAGNOSTICO:

Mama izquierda. Tumor. Biopsia por trucut.

CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, GRADO HISTOLOGICO 3, NUCLEAR2.

DESMOPLASIA SEVERA ESTROMAL.

RESPUESTA INFLAMATORIA MODERADA".

Luego del diagnóstico de la patología padecida por la señora LUCRECIA GIL, continúa la historia clínica del H.U.V. con las siguientes anotaciones:

"18-01-2011

La biopsia fue realizada sin complicaciones.

24-03-2011

42 años

Conocida por el servicio como masa de mama con reporte de mamografía BIRADS IV, quien fue llevada a biopsia por tru cut que reporta carcinoma ducta infiltrante.

Masa en cuadrante supero interno izquierdo de aprox 8X6 cm, adenopatías auxiliares (+).

A/P: valorada con el Dr. Rubiano (d) quien considera quimioterapia coadyuvante, ss: receptores hormonales y HER2 a la biopsia por tructu. Control en 3 meses.

11/04/2011

ONCOLOGIA CLINICA

42 años

Peso 57,2 Kg / talla 153 cm

DX: cáncer de seno izquierdo

Resultado de patología de 21/01/11 de cáncer ductal infiltrante, al examen físico: masa en mama izquierda de 6X10 en cuadrante superior y adenopatía cervical izquierdo de 1cm, se dio orden de medicamentos para la quimioterapia. Cita en 1 mes, Ss Rx torax.

12/05/2011

Sesión de quimioterapia, Epicrisis.

30-05-2011

(...)

Se indica 2do ciclo de protocolo TAC⁵.

21-06-2011

12-05-2011

Sesión de quimioterapia

29-06-2011

Control 3 meses, TAC.

(...)

21-06-2011

12-05-2011

Sesión de quimioterapia

02-09-2011

A/P se indica 5to ciclo de protocolo de TAC (...)

24-11-2011

(...)

Se programó para cuadrantectomía, se entregaron órdenes para exámenes pre quirúrgicos ss creatinina TP-TPT- hemograma, procedimiento quirúrgico y valoración pre anestésica.

Enero 17 de 2012

Paciente con cuadro clínico de 2 días de evolución consistente en disminución de fuerza en MS izquierdo, asociado a disartria y desviación de comisura labial hacia la derecha, no otra sintomatología, niega cefalea por lo cual decide asistir a nivel I de donde deciden remitir.

TAC cerebral simple: lesiones múltiples hipodensas en hemisferio derecho, región hipotalámica izquierda y posterior. SS TAC cerebral contrastado.

⁵<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/regimen-tac>

"Abreviatura del nombre de un régimen de quimioterapia combinada que se usa con otros tipos de terapia para tratar el cáncer de mama. Incluye los medicamentos docetaxel (Taxotere), clorhidrato de doxorubicina (Adriamicina) y ciclofosfamida. También se llama TAC".

19-01-2012

10+20

Neuro Qx.

Se revisa TAC cerebral en revista del servicio en donde se decide observación, múltiples metástasis cerebrales.

(...)

Se considera no manejo quirúrgico.

(...)

25-01/2012

Radioterapia

pore (sic) las malas condiciones se considera intratable desde el punto de vista de radioterapia, se le explica a los familiares que la acompañan el día de hoy la gravedad del caso.

EPICRISIS

Dx ingreso: cáncer mama metastasico.

Dx egreso: cáncer de mama metastasico a cerebro”.

Ahora bien, en el proceso se recaudó el testimonio de la Dra. SOL MARINA BARCO TRUJILLO (DVD F. 297 - MINUTO 7:59 y 21:23) quien fue la primera profesional en atender a la señora LUCRECIA GIL, en el HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. respecto de la atención brindada a la paciente refirió:

*“(...) se hace una remisión prioritaria cuando se encuentra una masa en seno que sea como esta, como la describí, cuando hay una masa que tiene ese tamaño de 5X5 centímetros es una masa grande, cuando es una masa dura y no dolorosa yo siempre remito a ginecobstetricia. (...) si yo le pongo 5X5 pues es una masa grande entonces que se supone que lleva tiempo porque cuando ellas consultan ya por una masa 5X5 ya simplemente me dice que desde hace dos semanas, uno ya sabe que esa masa la encontraron hace dos semanas pero que esa masa lleva tiempo evolucionando, entonces se remite prioritario porque yo supongo que le deben hacer una evaluación prioritaria con especialista para ver que es o sea que él decida que es (...) por eso se remite prioritario ósea cuando hay una masa de ese tamaño siempre se remite prioritario porque es urgente. (...) **PREGUNTADO PARTE DEMANDANTE.** Las mamografías y esa es la pregunta, se pueden ordenar en un primer nivel. **RESPONDIÓ.** No. es orden del hospital, no se de EMSSANAR del HOSPITAL lo que sea que nosotros no podemos, que lo que tenemos es que remitir es al especialista que no podemos mandar del hospital porque además yo estudié administración en salud y en la administración en salud nos dicen que en nivel 1 solamente se manda lo que hay en nivel 1 o sea de laboratorio que existe en el hospital y en el hospital existe rayos X y no existe ni ecografías ni toma de mamografías, entonces que ya cuando se sale de nivel 1 ósea que no está en el hospital ni laboratorio, ya ecografía*

es nivel 2, entonces esa es la orden como es nivel 2 se debe remitir al ginecólogo porque ese es nivel 2 (...) inicialmente la mamografía le dice de una masa así y así posiblemente le manda la ecografía, después de la ecografía ni siquiera la ecografía le hace el diagnóstico casi siempre sino que hacen el BACAF para ya decidir que si es cáncer. (...) **PREGUNTADO PARTE DEMANDANTE.** La detección temprana puede determinar la sobrevida de una paciente con cáncer. **RESPONDIÓ.** Claro. Porque si se detecta tempranamente que se está iniciando se puede ir a pueden ser médicos o alternativos además sociológicamente es muy importante la detección temprana porque la paciente cuando sabe que tiene un pre cáncer o que está iniciando un cáncer hay motivaciones que hacen que ella que cambie incluso que revierta en cáncer en la parte bioenergética. (...).

En el proceso, se decretó prueba pericial (ver folio 294 C.1) con el fin de determinar si se le brindó la atención que el estado de salud de la señora LUCRECIA GIL requería y si las omisiones y fallas en la prestación del servicio de salud pudieron ocasionar su fallecimiento.

En la mentada experticia el perito arribó a las siguientes conclusiones:

“La paciente presentaba un cáncer de mama localmente avanzado T3N3M0 estadio IIIC, triple negativo.

(...)

Conclusión sobre el pronóstico:

Paciente con cáncer de mama con el peor pronóstico de los tumores localmente avanzados.

Recomendaciones generales de los tiempos en hacer el diagnóstico, el tiempo de iniciar el tratamiento.

Conclusión sobre este punto.

Hubo una demorada en el diagnóstico y el inicio del tratamiento de 9 meses.

Consultó la primera vez por la masa el 17 de agosto de 2010 y se le inicio el primer tratamiento el 12 de mayo de 2011.

Lo anterior se sale de los parámetros internacionales recomendados.

Lo que le disminuyo la supervivencia en un 12%.

(...)

CONCLUSIÓN PERICIAL.

La paciente presentó una (sic) cáncer de mama agresivo, pues a pesar de tener una mamografía normal en enero de 2010, solo se manifestó en agosto de 2010 con una masa que la paciente se palpó y cuando fue evaluado por el médico a las 2 semana de haber aparecido, ya era un cáncer localmente avanzado IIIC, con el subtipo histológico más

agresivo de todos. El tumor se volvió quimio resistente posteriormente, pues a pesar inicialmente tuvo una respuesta local en mama y en ganglios, desarrollo metástasis cerebrales mientras estaba con la quimioterapia.

Hubo una demora en el diagnóstico de 9 meses, desconozco las causas de esa demora, lo cual disminuye su sobrevida en un 12%.

El tratamiento médico fue el adecuado, pues a pesar de una respuesta inicial, presentó unas metástasis cerebrales que no pudieron ser tratadas con radioterapias y con quimioterapia por las condiciones de la paciente.

Todo lo anterior me lleva a concluir que la paciente presentó un cáncer eminentemente mortal, a pesar de los tratamientos bien instaurados.

La demora de 9 meses en el inicio del tratamiento disminuyó su sobrevida en un 12%.

En audiencia de pruebas se llevó a cabo la contradicción de la experticia donde el perito profundizó en los siguientes puntos (DVD F. 359 - MINUTO 37:29):

*(...) **Minuto: 1:00:19** – todo lo anterior me lleva a concluir que la paciente presentaba un cáncer que rápidamente, a pesar de todos los tratamientos, lo razonable era que iba a morir por su enfermedad pero la demora en el diagnóstico le quitó una probabilidad de sobrevida de un 12% como esta relatado en la literatura médica (...) cuando la paciente consultó por primera vez tenía un tumor de un tamaño de 5 centímetros y ganglios positivos, esos ganglios se documentaron en la mamografía, ya eso lo hace de que es un estadio 3B (...) recordemos que a ella la enviaron a evaluación la cual fue demorada y ya cuando la evaluaron posteriormente ella ya tenía ganglios no solamente en la axila sino que tenía ganglios en el cuello eso la hace pasar de un estadio 3B a 3C motivo por lo cual eso fue lo que le empeora la probabilidad de sobrevida a la paciente (...) **desde que el tumor nació era muy agresivo lo que sí es claro es que el tumor progresó pues por esa demora de esos meses que puse en mi dictamen** (...) **Minuto: 1:17:31** - primero hay que definir que es el cáncer. El cáncer es una enfermedad crónica y el cáncer como enfermedad crónica no tiene curación por lo tanto nosotros no hablamos de curación sino de tasas de sobrevida a cinco a diez o a quince años, después de que pasan los cinco años la probabilidad de que no vuelva a aparecer cada vez es más baja (...) los cánceres se pueden controlar y pueden tener una sobrevida muy larga pero digamos que no son curables en el concepto normal de la gente, es una enfermedad crónica que siempre puede volver a aparecer. En este caso era una enfermedad crónica con muy pocas probabilidades de sobrevida a cinco años. (...) **Minuto: 1:20:34** – mi análisis es simple, razonablemente la paciente estaría muerta a los cinco años, para mí no hay la menor duda, la paciente disminuyó un 12% de sobrevida, ella logró sobrevivir 18 meses la pregunta es ¿Cuánto más debió sobrevivir? Debió sobrevivir un 12% más de cuando arrancó su problema o de*

cuando se murió, esa es la pregunta. Esa respuesta no la tiene nadie, pero lo razonable para mi concepto es que le disminuyó, ella tenía una probabilidad vivió 18 meses, en mi concepto no pasaría de 60 meses porque en mi concepto es que una paciente con un cáncer de mama con este tipo de tumor es que todas estén muertas a los 5 años, por lo tanto ella perdió una probabilidad de vida de 18 a 60 meses eso da 42 meses de los cuales creo yo que perdió un 12%, entonces calculemos un 12% de 42 meses ese sería mi cálculo, pero pues eso es complejo eso no es tan sencillo porque las leyes de las probabilidades son complejas a pesar de que yo soy experto en epidemiología. (...) **ya sabemos que ella se iba a morir, a mi desde que una paciente me llega a eso si pasa los cinco años pues es una rareza, ni siquiera es una probabilidad sino una posibilidad que es lo más raro que pueda haber en la naturaleza, entonces ella desde que entró sabíamos que se iba a morir y que se iba a morir de ahí a los cinco años, empezó el tratamiento y pues lógicamente se murió y como el tratamiento se demoró le quito es probabilidad de llegar más tiempo** (...) si le hubieran hecho el tratamiento adecuadamente nadie sabe que iba a pasar perdón si lo hubieran hecho a tiempo, lo que dice la literatura médica es claro la demora en el diagnóstico del cáncer cuando se demora más de tres meses se disminuye la probabilidad de supervivencia a cinco años del 12% (...) **Minuto: 1:29:33** en el diagnóstico de cáncer de mama, la paciente consultó en agosto de 2010 y le hicieron pues el proceso que tuvo una demora que demoró más de los tres meses que se debe hacer y con el diagnóstico clínico todos teníamos en la mente y todos los que la estaban evaluando era que era un cáncer de mama pues por eso la mandaron donde lo especialistas le hicieron biopsia y la cual se demoró en confirmar que era el diagnóstico de cáncer de mama, entonces la demora fue en la no en la confirmación, fue la demora en la confirmación del diagnóstico que tenían de trabajo de que era un cáncer de mama porque sin la confirmación pues lógico nadie se atreve a iniciar un tratamiento que es duro que es la quimioterapia, radiología y la radioterapia, ahí fue donde fue la demora en el diagnóstico, no en el diagnóstico clínico sino en el diagnóstico confirmatorio que es indispensable para poder empezar cualquier tratamiento de cáncer. (...) cuando uno tiene una paciente que tiene sospecha y la sospecha es evidente por la clínica y por la mamografía si a usted le sale la biopsia negativa usted rápidamente la repite, hay dos tipos de biopsia que pudo haber sido lo que digamos que dificultó un poco y es que hay dos tipos de biopsia que se pueden hacer que es una biopsia que es muy simple que uno mete una agujita aspira como sacando sangre y la extiende sobre unas placas, es esa biopsia fue donde salió que era negativa, esa es la que llamamos biopsia por aspiración citológica esa salió negativa pero digamos que no fue negativa sino que fue insatisfactoria porque en la lectura detallada de la muestra dice que hay pocas células epiteliales, cuando uno está pensando que es un cáncer de mama tiene que tener claro que tiene suficiente célula epiteliales para hacer el diagnóstico, entonces pasaron a una biopsia un poco más compleja que es una biopsia en la cual sacan ya tejido de la mama, sacan un pedazo del tumor para poder analizarlo (...)."

6.4. Daño.

6.4.1. Primer elemento de la pérdida de oportunidad - Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.

En el proceso de acreditó que la señora LUCRECIA GIL acudió el 17 de agosto de 2010 al HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. por presentar masa en mama izquierda 2 semanas atrás y finalmente el 21 de enero de 2011 fue diagnosticada con cáncer de mama.

Conforme con el peritaje realizado por la Universidad CES existió una demora en el diagnóstico y posterior inicio del tratamiento, que le mermo a la señora LUCRECIA GIL una probabilidad de sobrevivida sin que existe certeza frente a cuánto tiempo más la paciente habría podido vivir de haberse realizado el diagnóstico dentro de los tiempos fijados por la *lex artis*.

Puntualmente al respecto, el Doctor EDUARDO SERNA AGUDELO indicó:

"(...) si le hubieran hecho el tratamiento adecuadamente nadie sabe que iba a pasar perdón si lo hubieran hecho a tiempo, lo que dice la literatura médica es claro la demora en el diagnóstico del cáncer cuando se demora más de tres meses se disminuye la probabilidad de sobrevivida a cinco años del 12%".

El Despacho encuentra acreditado en el caso bajo estudio, la falta de certeza respecto de la posibilidad de sobrevivir de la víctima, ya que no es posible determinar con certeza que de haber mediado un oportuno diagnóstico del cáncer que padecía, de no haberse dilatado su remisión a un hospital de mayor complejidad y de haber iniciado de manera inmediata el tratamiento prescrito por los galenos se hubiera podido prolongar la existencia de la señora **LUCRECIA GIL**.

6.4.2. Segundo elemento de la pérdida de oportunidad - Certeza de la existencia de una oportunidad.

En este punto cabe resaltar que el Consejo de Estado ha considerado que la pérdida de la posibilidad de la prolongación de la existencia también configura una pérdida de la oportunidad.

Así, en casos donde las patologías revisten un alto índice de gravedad, el órgano de cierre de la jurisdicción ha aceptado que la certeza de la existencia de una oportunidad, como elemento estructural de la pérdida de la oportunidad, se satisface con la acreditación del menoscabo en la prolongación de la existencia.

"(...) En la pérdida de oportunidad el daño antijurídico no deriva del hecho mismo de la lesión física, de la secuela fisiológica o la muerte, sino del hecho consistente en que se

prive al paciente del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o que traiga aparejadas las mayores posibilidades de recuperación (...).

*Resulta razonable para la Sala concluir que no obstante presentar varias patologías consideradas como de alto riesgo para su salud y necesitar de manejo, atención y cuidados especiales por parte del personal médico de la entidad demandada, el recluso no los obtuvo, circunstancia que configuró para él la pérdida de obtener una atención oportuna frente a las complicaciones de salud que padecía y, **en consecuencia, la pérdida también de la posibilidad de recuperarse satisfactoriamente de algunos de esas afecciones y, principalmente, de prolongar su existencia**⁶.*

Al respecto, dentro del acervo probatorio y conforme con el dictamen pericial que fue controvertido por las partes, se encuentra acreditado que el cáncer que atacó a la señora LUCRECIA GIL fue muy agresivo y se encontraba en un estadio de gravedad máxima, pero también se dejó dicho que de haberse diagnosticado a tiempo ello habría podido prolongar su existencia.

“(...) ya sabemos que ella se iba a morir, a mi desde que una paciente me llega a eso si pasa los cinco años pues es una rareza, ni siquiera es una probabilidad sino una posibilidad que es lo más raro que pueda haber en la naturaleza, entonces ella desde que entró sabíamos que se iba a morir y que se iba a morir de ahí a los cinco años, empezó el tratamiento y pues lógicamente se murió y como el tratamiento se demoró le quito es probabilidad de llegar más tiempo (...).”

Respalda lo anterior la *lex artis* que coincide en afirmar que la detección temprana del cáncer de seno alarga la expectativa de sobrevivencia de las pacientes.

“Las medidas más importantes que se pueden tomar para prevenir las muertes por cáncer de seno consisten en encontrar el cáncer temprano y recibir el tratamiento más avanzado para combatir la enfermedad. El cáncer de seno que se detecta temprano, cuando es pequeño y no se ha extendido, es más fácil de tratar con buenos resultados. Las pruebas de detección habituales representan la manera más confiable para encontrar temprano el cáncer de seno. La Sociedad Americana Contra El Cáncer establece guías de detección en mujeres con riesgo promedio de cáncer de seno, y para aquellas en alto riesgo de padecer este cáncer.

El objetivo de los exámenes para detectar el cáncer de seno consiste en encontrarlo antes de que empiece a causar síntomas (como una protuberancia que se pueda palpar). Las pruebas y exámenes de detección tienen el propósito de encontrar una enfermedad en las personas que no tienen ningún síntoma. La **detección temprana**

⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A - Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 41001-23-31-000-2006-00933-01(46495)

significa encontrar y diagnosticar una enfermedad antes de que usted hubiese esperado a que comenzaran los síntomas.

*Los cánceres de seno que se encuentran durante los exámenes de detección suelen ser más pequeños y estar aún confinados al seno. El tamaño y la extensión del cáncer de seno son algunos de los factores más importantes para establecer el **pronóstico** (expectativa) de una mujer que padezca esta enfermedad”⁷.*

Conforme con la historia clínica aportada al proceso, la señora **LUCRECIA GIL** consultó el 17 de agosto de 2010 por una masa que ya media 5X5 cms y era palpable, circunstancia que obliga inferir, conforme con lo descrito por la literatura médica, que el estado de su enfermedad ya se encontraba avanzado, pero no es menos cierto que la demora en el diagnóstico y en el inicio del tratamiento necesario para contrarrestar los efectos del cáncer que padecía le disminuyeron la posibilidad de prolongar su existencia.

6.4.3. Tercer elemento de la pérdida de oportunidad - Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

La probabilidad que tenía la señora **LUCRECIA GIL** de prolongar su existencia se vio truncada de manera irreversible en el momento en que se retrasó el diagnóstico del cáncer que padecía, se dilató su remisión a un hospital de mayor complejidad y se retardó el inicio del tratamiento de quimioterapia prescrito por los galenos.

Aunado a lo anterior, la paciente se encontraba en imposibilidad de evitar el perjuicio por haber sido frustrada de la oportunidad de un diagnóstico oportuno, pues las declaraciones recaudadas en el plenario dan cuenta de que la sintomatología presentada por la señora **LUCRECIA GIL** era suficiente para ordenar una atención prioritaria.

Al respecto la **Dra. SOL MARINA BARCO TRUJILLO**, profesional de la medicina que atendió a la señora **LUCRECIA GIL** en la primera consulta por la aparición de masa en su seno izquierdo, afirmó:

“(...) se hace una remisión prioritaria cuando se encuentra una masa en seno que sea como esta, como la describí, cuando hay una masa que tiene ese tamaño de 5X5 centímetros es una masa grande, cuando es una masa dura y no dolorosa yo siempre remito a ginecología. (...) si yo le pongo 5X5 pues es una masa grande entonces que se supone que lleva tiempo porque cuando ellas consultan ya por una masa 5X5 ya simplemente me dice que desde hace dos semanas, uno ya sabe que esa masa la

⁷ <https://www.cancer.org/es/cancer/cancer-de-seno/pruebas-de-deteccion-y-deteccion-temprana-del-cancer-de-seno/guias-de-la-sociedad-americana-contra-el-cancer-para-la-deteccion-temprana-del-cancer-de-seno.html>

encontraron hace dos semanas pero que esa masa lleva tiempo evolucionando, entonces se remite prioritario porque yo supongo que le deben hacer una evaluación prioritaria con especialista para ver que es ósea que él decida que es (...) por eso se remite prioritario ósea cuando hay una masa de ese tamaño siempre se remite prioritario porque es urgente”

Del testimonio del **Doctor EDUARDO SERNA AGUDELO** perito de la Universidad CES, se destaca lo siguiente:

“(...) cuando la paciente consultó por primera vez tenía un tumor de un tamaño de 5 centímetros y ganglios positivos, esos ganglios se documentaron en la mamografía, ya eso lo hace de que es un estadio 3B (...) recordemos que a ella la enviaron a evaluación la cual fue demorada y ya cuando la evaluaron posteriormente ella ya tenía ganglios no solamente en la axila sino que tenía ganglios en el cuello eso la hace pasar de un estadio 3B a 3C motivo por lo cual eso fue lo que le empeoro la probabilidad de sobrevivida a la paciente (...)”

6.5. Imputación del daño de pérdida de oportunidad.

En el presente caso se tiene que, de conformidad con los medios probatorios, la prestación del servicio no fue diligente debido a retardos tanto en el diagnóstico como en el inicio del tratamiento, veamos:

Conforme con la historia clínica del **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E.** la señora **LUCRECIA GIL** consultó el 17 de febrero de 2010 por presencia de masa en mama izquierda, de ahí fue remitida a la especialidad de ginecología donde se ordenó una biopsia aspirativa que fue realizada el 06 de octubre de 2010, la cual no tuvo un resultado negativo para cáncer como lo aseguran las demandadas, sino un resultado insatisfactorio por **“muy escasas células epiteliales”** ver folio 14 C. de anexos.

Al respecto el **Doctor EDUARDO SERNA AGUDELO** perito de la Universidad CES, indicó:

*“cuando uno tiene una paciente que tiene sospecha y la sospecha es evidente por la clínica y por la mamografía **si a usted le sale la biopsia negativa usted rápidamente la repite**, hay dos tipos de biopsia que pudo haber sido lo que digamos que dificultó un poco y es que hay dos tipos de biopsia que se pueden hacer que es una biopsia que es muy simple que uno mete una agujita aspira como sacando sangre y la extiende sobre unas placas, es esa biopsia fue donde salió que era negativa, esa es la que llamamos biopsia por aspiración citológica esa salió negativa pero digamos que no fue negativa sino que fue insatisfactoria porque en la lectura detallada de la muestra dice que hay pocas células epiteliales, cuando uno está pensando que es un cáncer de mama tiene que tener claro que tiene suficiente célula epiteliales para hacer el diagnóstico, entonces pasaron a una biopsia un poco más*

compleja que es una biopsia en la cual sacan ya tejido de la mama, sacan un pedazo del tumor para poder analizarlo”

En este mismo sentido, la literatura médica indica que de no ser claro el resultado de la biopsia por aspiración deberá repetirse el procedimiento o intentar una biopsia diferente.

“Una biopsia por aspiración con aguja fina es la más fácil de llevar a cabo, pero algunas veces puede pasar por alto un cáncer si la aguja no llega hasta las células cancerosas, Incluso si se descubre cáncer por medio de una FNA, puede que no haya suficientes células cancerosas para realizar algunas de las otras pruebas de laboratorio que son necesarias.

Si los resultados de la biopsia por aspiración con aguja fina no dan un diagnóstico claro, o si su médico sigue teniendo sospechas, puede que necesite una segunda biopsia o un tipo diferente de biopsia”⁸.

Después de realizado el estudio de biopsia por aspiración no existe reporte alguno de estudios adicionales practicados a la señora LUCRECIA GIL, la siguiente anotación que aparece en la historia clínica es del 15 de diciembre de 2010 (ver folio 11 C. anexos), cuando la paciente consulta en la **ESE HOSPITAL SAN RAFAEL** por insomnio y deposiciones líquidas amarillas precedidas de dolor tipo cólico, en la anotación se dejó consignado al examen de mamas “Se omite (**tiene diagnóstico de masa en mama izquierda a estudio**).

Como viene de verse, entre el 17 de agosto de 2010 (primera consulta de la paciente) y el 15 de diciembre de 2017 (segunda consulta) habían transcurrido casi 4 meses sin que se hubiese obtenido el diagnóstico definitivo de la patología que padecía ni se hubiera iniciado el tratamiento que ello obligaba.

La remisión de la señora **LUCRECIA GIL** a un hospital de un mayor nivel solo tuvo lugar el 11 de enero de 2011, cuando ingresa al **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE**, en la historia clínica del centro hospitalario se dejó consignado que la paciente tenía **“un cuadro de 5 meses de aparición de masa en mama izquierda, no dolorosa, de crecimiento indurado”**, dejando claro que para esa fecha aún no se había obtenido el diagnóstico de la enfermedad.

El **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE** inicia los estudios pertinentes y el 21 de enero de 2011 se obtiene informe de patología de biopsia por trucut⁹ que confirma el diagnóstico de

⁸ <https://www.cancer.org/es/cancer/cancer-de-seno/pruebas-de-deteccion-y-deteccion-temprana-del-cancer-de-seno/biopsia-del-seno/biopsia-del-seno-por-aspiracion-con-aguja-fina.html>

⁹ <http://visionsalud.net/biopsia-por-trucut-que-es-y-para-que-sirve/>

Biopsia por Trucut también conocida como **Punción con Aguja Gruesa**, esta técnica permite extraer un cilindro de tejido tumoral conformado no sólo por sus células sino también por los elementos de soporte, tejido conectivo, vasos linfáticos y microcapilares, la ventaja de esta técnica de biopsia estriba en que se conserva la arquitectura del tejido lo cual permite establecer con mayor precisión el potencial de malignidad e invasión de una lesión tumoral.

"CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, GRADO HISTOLOGICO 3, NUCLEAR2. DESMOPLASIA SEVERA ESTROMAL. RESPUESTA INFLAMATORIA MODERADA".

Se verifica a folio 106 del cuaderno de anexos que **EMSSANAR E.P.S.** consignó la autorización para consulta por medicina especializada el 03 de marzo de 2011 a pesar de contar con el diagnóstico de la patología desde el 21 de enero de 2011.

Luego del diagnóstico de la patología padecida por la señora **LUCRECIA GIL**, hay un registro en la historia clínica del **H.U.V.** del 24 de marzo de 2011, más de dos meses después de haber obtenido el resultado de la biopsia, donde se ordena el inicio de quimioterapia coadyuvante y control en 3 meses (ver folio 187 C.1), recordemos que la **E.P.S. EMSSANAR** solo realizó la autorización para la consulta especializada el 03 de marzo de 2011.

A folio 105 del cuaderno de anexos consta que la **E.P.S. EMSSANAR** solo autorizó la entrega de medicamentos para el inicio de tratamiento con quimioterapia el 29 de abril de 2011.

Al reverso del folio 187 del cuaderno principal, se dejó consignado que la señora **LUCRECIA GIL** inició sus sesiones de quimioterapia solo hasta el 12 de mayo de 2011, más de un mes después de haber sido prescrito el tratamiento por los galenos.

De acuerdo con lo consignado en el peritaje rendido por la Universidad CES *"hubo una demorada en el diagnóstico y el inicio del tratamiento de 9 meses. Consultó la primera vez por la masa el 17 de agosto de 2010 y se le inicio el primer tratamiento el 12 de mayo de 2011"* (ver folio 322 reverso C. 1).

Ahora bien, conforme con la respuesta de **EMSSANAR E.P.S.** obrante a folio 102 del cuaderno de anexos, la señora **LUCRECIA GIL** ingresó como afiliada el 01 de junio de 2010 y solo reporta autorización para consulta de control por medicina especializada en el **H.U.V.** para el 03 de marzo de 2011, hecho que a todas luces evidencia el desinterés de la entidad frente a la prestación de los servicios requeridos por la paciente, pues ni siquiera guarda coherencia el reporte remitido a esta Agencia Judicial con los servicios que le fueron prestados tanto en el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E.** ni la remisión inicial en enero de 2011 al **H.U.V.**, tampoco reporta el ciclo de diagnóstico por biopsia que fue realizado y con el cual se tuvo certeza de la existencia del cáncer de mama.

Las Agujas de Trucut tienden a ser de grueso calibre con lo cual se obtiene una muestra sustancial que permite al patólogo identificar múltiples características tanto celulares como estructurales ayudando así a realizar diagnósticos mucho más precisos que la PAAF sin embargo dado el calibre de la aguja la técnica de punción resulta un tanto más compleja que la aspiración con aguja fina.

Como viene de verse, el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E.** y **EMSSANAR E.P.S.** fueron las entidades que intervinieron en el curso causal de los hechos que generaron la pérdida de la expectativa de la señora **LUCRECIA GIL** de prolongar su existencia.

Lo anterior es así por cuanto el **H.U.V.** de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, actuó de manera diligente realizando el diagnóstico de la patología y ordenando el inicio del tratamiento requerido sin poder realizarlo debido a la demora evidente que reporta **EMSSANAR E.P.S.** circunstancia que resulta evidente al confrontar las ordenes señaladas en la historia clínica de la paciente y las autorizaciones consignadas por la E.P.S. en su informe.

Por su parte no encuentra el Despacho injerencia alguna del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** en el plano causal de los hechos objeto de la presente controversia, pues en el proceso se acreditó que la señora **LUCRECIA GIL** se encontraba afiliada a la **E.P.S. EMSSANAR** desde el 01 de junio de 2010.

Respecto de la excepción propuesta por la **E.P.S. EMSSANAR** que denominó “*responsabilidad directa de la Secretaría de Salud Departamental del Valle*” no encuentra el Despacho que la entidad haya agotado esfuerzo probatorio alguno¹⁰ con el fin de acreditar su afirmación relacionada con que las autorizaciones que requería la señora **LUCRECIA GIL** pertenecen al **NO POSS** y que estas a su vez se encuentran en cabeza del Departamento del Valle del Cauca.

Así entonces, el **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE** y el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** no se encuentran legitimados materialmente en la causa por pasiva y así deberá declararse en la parte resolutive de la presente providencia, al encontrarse debidamente acreditado que la responsabilidad por el retardo en el diagnóstico y posterior inicio del tratamiento solo resulta imputable al **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E.** y a **EMSSANAR E.P.S.**

6.7. Indemnización de perjuicios.

6.7.1. Perjuicios morales.

Con la demandase pretende la suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de cada uno de los demandantes.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010) Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720) Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS

“En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa”.

El Consejo de Estado ha considerado procedente el reconocimiento de perjuicios morales en casos en los cuales se indemniza por pérdida de la oportunidad en los siguientes términos:

“En cuanto corresponde a esta clase de perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...)”¹¹.

En el caso concreto los demandantes acreditaron su legitimación en la causa por activa en su condición de cónyuge e hijas (ver folio 6, 7 y 9), vínculo que, unido a las reglas de la experiencia, permiten inferir el dolor moral que estos sufrieron como consecuencia de la pérdida de oportunidad que le restó posibilidades a la señora **LUCRECIA GIL** de prolongar su existencia.

Ahora bien, en el dictamen pericial rendido por el **Dr. EDUARDO SERNA AGUDELO** perito de la Universidad CES, se consignó que a la señora **LUCRECIA GIL** se le había disminuido una probabilidad de sobrevida del 12%, al respecto dijo (DVD F. 359):

“Minuto: 1:20:34 – mi análisis es simple, razonablemente la paciente estaría muerta a los cinco años, para mí no hay la menor duda, la paciente disminuyó un 12% de sobrevida, ella logró sobrevivir 18 meses la pregunta es ¿Cuánto más debió sobrevivir? Debíó sobrevivir un 12% más de cuando arrancó su problema o de cuando se murió, esa es la pregunta. Esa respuesta no la tiene nadie, pero lo razonable para mi concepto es que le disminuyó, ella tenía una probabilidad vivió 18 meses, en mi concepto no pasaría de 60 meses porque en mi concepto es que una paciente con un cáncer de mama con este tipo de tumor es que todas estén muertas a los 5 años, por lo tanto ella perdió una probabilidad de vida de 18 a 60 meses eso da 42 meses de los cuales creo yo que perdió un 12%, entonces calculemos un 12% de 42 meses ese sería mi calculo, pero pues eso es complejo eso no es tan sencillo porque las leyes de las probabilidades son complejas a pesar de que yo soy experto en epidemiología”.

Este Despacho al efectuar el análisis del porcentaje fijado por el galeno no logra tener certeza respecto del origen del mismo, ni determinar si este fue calculado a partir del momento en que la señora **LUCRECIA GIL** acudió al servicio médico por primera vez con la aparición de la masa o a partir del momento en que se logró el diagnóstico definitivo de la patología cuando el cáncer ya había avanzado a un estadio aún más grave.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de febrero de 2012. Exp. No. 22943. C.P. Hernán Andrade Rincón.

A pesar de ello, es claro que el diagnóstico tardío si redujo el tiempo que la señora **LUCRECIA GIL** pudo permanecer con vida, tiempo del que se vieron privados los demandantes de compartir con ella.

Lo anterior obliga al Despacho ante la ausencia de elementos de juicio que permitan establecer con fundamento en criterios técnicos o estadísticos claros, el monto del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la pérdida de oportunidad de prolongar la existencia de la señora **LUCRECIA GIL**, esto es, no se tiene conocimiento cuánto tiempo más habría podido vivir de haberse diagnosticado la patología e iniciado el tratamiento de quimioterapia dentro los tiempos establecidos en la *lex artis*, aplicar el precedente del Consejo de Estado que habilita el uso del arbitrio judicial¹² fijando, a título de indemnización del perjuicio moral, el reconocimiento y pago de las siguientes sumas:

Indemnizado	Smlmv Vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso
JOSÉ LUIS CAICEDO (Cónyuge)	25
ISABELLA CAICEDO GIL (Hija)	25
MARIA CAMILA CAICEDO GIL (Hija)	25

6.7.2. Perjuicio a la vida de relación.

La parte demandante solicita el reconocimiento de una suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de uno de los demandantes derivados de esta tipología de perjuicio.

Frente a este punto debe precisarse que, de acuerdo con los criterios expuestos en Sentencia de Unificación del 14 de septiembre del 2011¹³, sobre la reparación de perjuicios de índole inmaterial, la afectación a la vida de relación (en otras ocasiones mencionada como la alteración a las condiciones de existencia) ha sido superada por una nueva clasificación de perjuicios inmateriales que en dicho proveído se resumió así:

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 41001-23-31-000-2006-00933-01(46495).

¹³ Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, expediente: 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

“La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento”¹⁴

En este punto cabe resaltar que el Consejo de estado ha sido enfático en señalar que el reconocimiento de esta tipología de perjuicio no fue desplazado totalmente por el denominado daño a la salud y que en cada caso concreto deberán valorarse las pruebas recaudadas con miras a determinar su causación.

Al respecto el H. Consejo de Estado ha dicho:

“No es cierto que, como parece dar a entender el a quo, el perjuicio inmaterial que otrora se reconocía bajo la denominación de daño a la vida de relación sólo pueda ser otorgado hoy por hoy como daño a la salud pues bien puede ocurrir que las alteraciones que se produzcan en la vida de una persona como consecuencia de un daño no sean de carácter sicofísico, sino que provengan de una vulneración relevante de otros bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados diferentes al de la salud, caso en el cual es esta tipología de perjuicios la que debe reconocerse y ello bajo la modalidad enunciada. A la luz de estos criterios la Sala advierte que, en el caso bajo análisis, las alteraciones en las condiciones de existencia cuya indemnización pretenden los demandantes constituirían, de estar suficientemente acreditadas, una vulneración al derecho convencional y constitucionalmente amparado al libre desarrollo de la personalidad, en tanto se hacen consistir en el hecho de que, a raíz de la muerte violenta de Juan Carlos Arias Montero, hayan perdido el gusto por la vida, se hayan aislado socialmente y, según algunos de los testimonios recaudados en el proceso, permanezcan temerosos, sobretudo en presencia de la fuerza pública, en particular, del Ejército Nacional (...). Si se analizan con atención las declaraciones de los allegados de la familia del señor Arias Montero -únicos medios de convicción que obran sobre la supuesta causación del perjuicio inmaterial aludido, se advierte que no son coincidentes sobre las afectaciones que desbordarían la órbita propia del perjuicio moral, circunstancia de la cual se infiere que no tienen la ostensibilidad y anormalidad requeridas para poder ser consideradas como una vulneración relevante a un bien constitucionalmente protegido”¹⁵.

Con fundamento en la jurisprudencia en cita es claro para el Despacho, que los perjuicios reclamados en este punto no tienen vocación de prosperar, toda vez que revisado el acervo probatorio en toda su extensión, la existencia del aludido perjuicio no se encuentra acreditado, dado que la prueba de la alteración en las condiciones de existencia no debe confundirse con el perjuicio moral, que ya fue reconocido en esta providencia a los actores, pues su naturaleza

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto del 2014, expediente: 32988, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) - Radicación número: 44001-23-31-000-2011-00015-01(54397) - Actor: EUFEMIA MONTERO MONTERO Y OTROS

es disímil y la prueba de su configuración en casos como el que aquí se debate es requisito *sine qua non* para el reconocimiento.

En efecto, no encuentra el Despacho configurado un daño concreto a un derecho o interés legítimo constitucional protegido ajeno o independiente cuyo resarcimiento sea preciso.

6.7.3. Lucro cesante.

Dado que el perjuicio que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte de la señora **LUCRECIA GIL**, sino de la pérdida de oportunidad que se le cercenó a dicha persona para que pudiera prolongar su existencia, el Despacho no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, en la modalidad de lucro cesante.

Al respecto, debe indicarse que los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante devienen de la imputabilidad de la muerte o merma en la capacidad laboral de una persona a la administración como causante del hecho generador del daño, intervención sin la cual el resultado adverso no se habría materializado; *contrario sensu* en aquellos casos en los que lo que se endilga al estado la pérdida del chance de una persona por ejemplo a vivir más tiempo, lo que se imputa no es el resultado final adverso de la muerte que es lo que daría lugar al reconocimiento de esta tipología de perjuicio sino una extinción de la oportunidad y es precisamente ese daño el que es sujeto de indemnización.

En un caso de connotaciones similares al que aquí se expone, el Consejo de Estado se refirió a las pretensiones por perjuicios materiales en los siguientes términos:

"Dado que el perjuicio que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor José Ignacio Guzmán Martínez, sino de la pérdida de oportunidad que se le cercenó a dicha persona para que pudiera prolongar su vida, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, en la modalidad de lucro cesante, comoquiera que ellos derivan de la muerte del precitado señor (...) En la sustentación del recurso de apelación, la parte actora sostuvo que estaba plenamente demostrado que en la primera hospitalización, esto es, la comprendida entre el 29 de octubre y el 18 de diciembre de 2003, el INPEC no había cumplido con su obligación de afiliarse al señor Guzmán Martínez al sistema de seguridad social, por lo cual y con el ánimo de preservar su salud y su vida, tuvo que asumir tales costos, los cuales deberán ser retribuidos; sin embargo, se tiene acreditado en el proceso que fue el entonces interno quien solicitó que fuera trasladado a la clínica central de especialistas para ser atendido por intermedio de su afiliación a la EPS Humavivir (...), circunstancia que impide acceder a este pedimento de la demanda (...) Toda vez que, como se dijo, el daño no deviene estrictamente de la muerte del señor José Ignacio Guzmán Martínez, sino de la pérdida de la oportunidad causada, la Sala, al no pronunciarse sobre los perjuicios materiales solicitados en el libelo, en la

modalidad de lucro cesante, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida, ordenará el reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad de prolongar su existencia para los demandantes Aracely Vargas y Humberto Guzmán Morales, toda vez que se encuentra debidamente probada la calidad de compañera permanente e hijo del fallecido¹⁶.

Así entonces, no hay lugar a reconocer a favor de los demandantes ninguna suma por este concepto.

6.7.4. Perjuicios por pérdida de oportunidad.

La parte demandante pretende el reconocimiento de la pérdida del chance y solicita que se otorgue a favor de cada uno de los demandantes la suma equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Teniendo en cuenta que el daño no deviene estrictamente de la muerte de la señora **LUCRECIA GIL**, pues este hecho no resulta imputable a las demandadas como se dejó visto en acápites anteriores, sino de la pérdida de la oportunidad, el Despacho ordenará el reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad de prolongar la existencia a favor de los demandantes, toda vez que se encuentra debidamente probada la calidad de cónyuge e hijas de la fallecida¹⁷.

En consecuencia se ordenara el reconocimiento y pago de las siguientes sumas:

Indemnizado	Smlmv Vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso
JOSÉ LUIS CAICEDO (Cónyuge)	25
ISABELLA CAICEDO GIL (Hija)	25
MARIA CAMILA CAICEDO GIL (Hija)	25

¹⁶ En este sentido ver: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 41001-23-31-000-2006-00933-01(46495)

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00100-01(43646).

7. Responsabilidad del llamado en garantía del HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. – LA PREVISORA SEGUROS S.A.

De acuerdo a lo normado por el artículo 64 del Código General del Proceso el llamamiento en garantía tiene por objeto, *“exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tala relación”*.

A folio 1 del cuaderno 5 obra copia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual suscrita entre el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E** y la llamada en garantía **LA PREVISORA SEGUROS S.A. N° RCE 1004687** donde consta que el contrato de seguro estuvo vigente entre el 14 de mayo de 2010 y el 14 de mayo de 2011; en el caso presente tenemos que los hechos que dieron origen a la reclamación tuvieron lugar entre el mes de agosto de 2010 y enero de 2011 fechas entre las cuales se dilató el diagnóstico que requería la señora LUCRECIA GIL, lo anterior indicaría que podría afectarse la póliza por encontrarse vigente para el momento de ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, de acuerdo con las condiciones anexas a la póliza de responsabilidad No. **1004687**, aportadas por la compañía aseguradora (ver folio 50 C. 5), la póliza cubre eventos que sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y hasta el límite de cobertura especificado en las condiciones particulares.

Lo anterior obliga admitir que nos encontramos frente a lo que se denomina una póliza *claims made*, lo que significa que opera para la fecha de reclamación y no de ocurrencia de los hechos que motivan la condena.

El H. Consejo de Estado hizo la siguiente referencia frente a la póliza denominada *claims made*.

“7. Precisión acerca de la vigencia de la póliza de seguro y modalidades del riesgo amparado. Para determinar la exigibilidad de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales se debe acudir también a determinar la vigencia del contrato de seguro y las modalidades de cubrimiento de los distintos riesgos que la compañía aseguradora tomó a su cargo, siendo ambos contenidos de obligatoria estipulación en la póliza de seguros de acuerdo con los dictados del artículo 1047 del Código de Comercio, a su vez sometidos a la regulación especial de la contratación administrativa en el caso de las garantías de los contratos estatales.

En términos generales, la vigencia del contrato de seguro corresponde al plazo dentro del cual debe ocurrir, o al menos iniciarse, el evento de riesgo amparado, para que resulte cubierto por la garantía otorgada en la respectiva póliza de seguros. Se precisa que el artículo 1073 del Código de Comercio establece la responsabilidad de la compañía aseguradora a partir de la fecha de inicio del siniestro, norma en la cual se dispone que si el siniestro se inicia antes de

vencer el término del contrato de seguro y continúa después de su vencimiento, queda bajo responsabilidad de la compañía aseguradora, así como se dispone que si el siniestro se inicia antes de la vigencia de la póliza y continúa después, no será responsabilidad de la compañía aseguradora. Ahora bien, la vigencia de la garantía única del contrato estatal debe ser establecida teniendo en cuenta el plazo de ejecución del contrato y su liquidación, en los términos del numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, por manera que se debe constituir el amparo previo para todos los riesgos que puedan presentarse, en la ejecución del contrato y en su liquidación¹⁸, los cuales quedarán bajo la cobertura de la póliza de seguro en la medida que se inicien bajo su vigencia, con independencia de que su ocurrencia continúe después de vencida la póliza de seguro. Por otra parte conviene mencionar que el análisis de la exigibilidad de la póliza de seguro, debe tener en cuenta además de la vigencia, la modalidad del riesgo amparado, toda vez que existe diversa regulación en lo que se refiere a las pólizas de manejo y de responsabilidad, **de acuerdo con la cual el riesgo amparado puede hacerse consistir en la ocurrencia de un hecho, en el descubrimiento del mismo, o en la presentación de la reclamación por parte de la víctima.** Así por ejemplo, el artículo 1131 del Código de Comercio, establece en relación con los seguros de responsabilidad un tratamiento diferente para la prescripción de la acción teniendo en cuenta la diversa posición fáctica de la víctima y el asegurado¹⁹, en tanto que se dispone que “el siniestro se configura desde el momento en que acaece el hecho externo imputable al asegurado” a partir del cual corre la prescripción con respecto de la víctima (por ocurrencia), al paso que en dichos seguros el riesgo respecto al asegurado se configura “cuando la víctima formula la petición judicial o extrajudicial” (por reclamación - pólizas claims made)²⁰. Igualmente en la regulación general de las pólizas de seguros de manejo y de responsabilidad en su momento contempladas en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997²¹, se permitió la cobertura de la póliza de seguro por “descubrimiento de la pérdida” en los seguros de manejo y por “reclamación” en los seguros de responsabilidad, asunto que se menciona aquí con el fin de advertir que el hecho que da base a la acción puede ser diferente de acuerdo con la modalidad del riesgo amparado en el respectivo contrato de seguro²². Finalmente, en cada caso concreto se debe tener en cuenta el contenido del contrato de seguros, que define los términos, condiciones, objeto, vigencia y riesgos amparados, los cuales obviamente constituyen una parte del marco contractual para que la entidad estatal pueda declarar válidamente el siniestro y la efectividad de la garantía, según corresponda²³.

¹⁸ Esta disposición sugiere que para asegurar la cobertura, la vigencia de la póliza de seguro de cumplimiento del contrato estatal debería establecerse incluyendo tanto el plazo de liquidación bilateral como el la liquidación unilateral (6 meses), a diferencia de lo que se dispuso en el Contrato No. 2026 del caso sub lite, en el cual la póliza se estableció por la vigencia del contrato y cuatro (4) meses más-

¹⁹ Apreciación tomada de la sentencia C-388 de 2008 en la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990.

²⁰ Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel, El Seguro de Responsabilidad, colección textos de jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, Primera edición, enero de 2006.

²¹ Ley 389 de 1997. Artículo 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. Parágrafo. 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.”

²² Debe aclararse que la disposición de la Ley 389 se refirió a una posibilidad de riesgo amparado en relación con el seguro de responsabilidad civil extracontractual que se establece en favor de terceros, el cual estaba previsto en la reglamentación del régimen de contratación estatal como un amparo autónomo que se debía otorgar en póliza anexa de acuerdo con el Decreto 679 de 1994, el cual no constituyó materia de reclamación en el sub lite. Por otra parte, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 no resulta actualmente aplicable para configurar las pólizas de la contratación estatal si se tiene en cuenta que existe una nueva regulación especial en el régimen de la contratación estatal, contenida en el artículo 137 del Decreto 1510 de 2013, el cual dispone los requisitos del seguro de responsabilidad civil extracontractual –exigible en el contrato de obra y en aquellos que por su objeto o naturaleza sea necesario en los términos del artículo 117 ibidem- y establece que el seguro de responsabilidad civil extracontractual debe ser otorgado en la modalidad de “ocurrencia” y en consecuencia, siguiendo los dictados de dicha norma este seguro “no puede establecer términos para presentar reclamación, inferiores a los términos de prescripción previstos en la Ley para la acción de responsabilidad correspondiente”

²³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) RADICACIÓN:

Teniendo en cuenta la condición pactada en el contrato de seguro, surge evidente que el certificado de renovación que deberá afectarse es el N° 9 (folio 46 C.5) cuya vigencia estuvo comprendida entre el 14 de mayo de 2013 y el 14 de mayo de 2014, teniendo en cuenta que en el presente asunto para el momento del descubrimiento (30 de enero de 2014 – F. 10 C.1 fecha en la cual los demandantes solicitan la celebración de conciliación prejudicial, descubriéndose entonces para la demandada el riesgo) era dicho certificado el que se encontraba vigente y no el certificado de renovación N° 2 que fue el aportado por la entidad demandada (F. 1 C.5).

Así entonces, verificado el contenido del certificado de renovación N° 9 de la póliza de responsabilidad civil extracontractual **N° RCE 1004687**, el Despacho encuentra procedente la condena a la aseguradora **LA PREVISORA SEGUROS S.A.** en el sentido de rembolsar las sumas de dinero que el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E.** del municipio de El Cerrito como asegurado, deba sufragar como consecuencia del presente proceso (perjuicios morales y perjuicios por pérdida de la oportunidad) hasta el monto asegurado, teniendo en cuenta que en atención al artículo 1089 de C.Co., la indemnización para el momento del siniestro no debe exceder el valor real del interés asegurado.

8. CONDENAS EN COSTAS.

El Consejo de Estado²⁴ respecto de la condena en costas que incluye las agencias en derecho en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

250002326000200301705 01 EXPEDIENTE: 29205 ACTOR: Seguros del Estado S.A. DEMANDADO: Cámara de Representantes REFERENCIA: Contractual C

²⁴ Sentencia 2012-00144 de junio 8 de 2016, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Rad.: 15001-2333-000-2012-00144-01.

En el caso presente, observa el Despacho que la única erogación que se generó fue la de cancelar los gastos ordinarios del proceso, que corresponden a una carga única y determinada de la parte demandante por lo que esta agencia judicial se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa material por pasiva del **HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE** y del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR patrimonialmente responsable a **EMSSANAR E.P.S.** y al **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. del Municipio de El Cerrito Valle** por la pérdida de oportunidad de prolongar la existencia de que fue objeto la señora **LUCRECIA GIL**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior **CONDENAR** solidariamente a **EMSSANAR E.P.S.** y al **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. del Municipio de El Cerrito Valle** a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales, los montos que a continuación se relacionan a favor de las siguientes personas:

Indemnizado	Smlmv Vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso
JOSÉ LUIS CAICEDO (Cónyuge)	25
ISABELLA CAICEDO GIL (Hija)	25
MARIA CAMILA CAICEDO GIL (Hija)	25

CUARTO: CONDENAR solidariamente a **EMSSANAR E.P.S.** y al **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. del Municipio de El Cerrito Valle** a pagar por concepto de indemnización de perjuicios por pérdida de la oportunidad a prolongar la existencia de la que fue objeto la señora

LUCRECIA GIL, los montos que a continuación se relacionan a favor de las siguientes personas:

Indemnizado	Smlmv Vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso
JOSÉ LUIS CAICEDO (Cónyuge)	25
ISABELLA CAICEDO GIL (Hija)	25
MARIA CAMILA CAICEDO GIL (Hija)	25

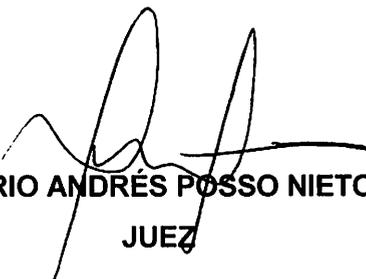
QUINTO: CONDENAR a la aseguradora **LA PREVISORA S.A.** a rembolsar las sumas de dinero que el **HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E. del Municipio de El Cerrito Valle** como asegurado, deba sufragar como consecuencia de la presente providencia hasta el monto asegurado.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: SIN CONDENA en costas, de conformidad con los motivos expuestos en el presente fallo.

OCTAVO: EN FIRME la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIO ANDRÉS POSSO NIETO
JUEZ