

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Sentencia de segunda instancia No. 017

Santiago de Cali, veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticinco (2025)

MAGISTRADO PONENTE: JUAN PABLO DOSSMAN CORTEZ

MEDIO DE CONTROL:	Reparación directa
EXPEDIENTE:	76001-33-33-007-2014-00145-01
DEMANDANTE:	José Luis Caicedo y otros
DEMANDADO:	Hospital San Rafael de Cerrito E.S.E y otros
TEMA	Pérdida de la oportunidad como rubro autónomo del daño en responsabilidad médica estatal
DECISION	Revoca parcialmente – Improcedencia perjuicios morales

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 22 de enero de 2019, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo de Santiago de Cali accedió parcialmente a las pretensiones en los siguientes términos (transcripción de forma literal):

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:

<i>indemnizado</i>	<i>Smlmv Vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso</i>
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

<i>indemnizado</i>	<i>Smlmv Vigentes a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso</i>
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 el monto asegurado.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

José Luis Caicedo y otros¹, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa, solicitaron que se declare responsables y se condene a pagar indemnización de perjuicios al Hospital San Rafael de El Cerrito E.S.E, al departamento del Valle del Cauca, al Hospital Universitario del Valle y a Emmssanar E.S.S., por cuenta de un diagnóstico tardío de la patología de la señora Lucrecia Gil, así como la pérdida de oportunidad de sobrevivida, dado que aquella falleció.

2. Hechos

Se expuso que el 17 de agosto de 2010, la señora Lucrecia Gil consultó en el Hospital San Rafael de Cerrito E.S.E. por presentar masa no dolorosa en mama izquierda; el 20 de septiembre fue valorada por especialista Ginecobstetra y al siguiente día se produjo resultado de mamografía.

Posteriormente, el 6 octubre de 2010, se dio resultado de citología aspirativa y el 11 de enero de 2011 fue valorada en el HUV, por especialista en oncología, quien diagnosticó un posible cáncer de mama y ordenó biopsia por Trucut.

¹ Isabella Caicedo Gil y María Camila Caicedo Gil.



El 21 de enero de ese año recibió el resultado de patología que reportó carcinoma ductal infiltrante, por lo que fue valorada el 24 de marzo por cirugía oncológica, es decir, 2 meses después de haberse diagnosticado la patología, por lo que ordenaron el inicio de programa de quimioterapia.

Para el 15 de noviembre de 2011, la paciente ya había completado 5 sesiones de quimioterapia y se había reducido el tamaño de la masa, por lo cual se ordenó el último ciclo; sin embargo, el 24 de noviembre siguiente, debido a la evolución, se consideró llevar a la paciente a cirugía una vez terminara el último ciclo de quimioterapia, lo cual no se pudo hacer porque tenía alteración en su cuadro hemático.

Dos meses después de la última quimioterapia realizada y en espera del último ciclo, la señora Lucrecia Gil empezó a presentar síntomas neurológicos e ingresó al Hospital San Rafael E.S.E., donde fue remitida para hospitalización en el HUV, en el cual determinaron que el cáncer había hecho metástasis a nivel cerebral, por lo cual no se podía continuar con un tratamiento; finalmente, el 17 de febrero del 2012, la paciente falleció.

3. La sentencia apelada

Mediante sentencia del 22 de enero de 2019², el Juzgado Séptimo Administrativo de Santiago de Cali accedió las pretensiones de la demanda al concluir que se probó la pérdida de la oportunidad de la víctima, puesto que se acreditó la falta de certeza respecto de la posibilidad de sobrevivir, así como la certeza de la existencia de una oportunidad, pues de haberse detectado a tiempo el cáncer, se habría prolongado su existencia.

Se condenó solamente a EMSSANAR E.P.S y al HOSPITAL SAN RAFAEL E.S.E., por perjuicios morales y pérdida de oportunidad.

4. Los fundamentos del recurso de apelación

4.1. La EPS EMSSANAR³ presentó recurso de apelación bajo el argumento que su función en el sistema es administrativa y no asistencial, a lo que agregó que a la paciente se le autorizaron todos los servicios que requirió; igualmente que la Secretaría Departamental de Salud retrasó las autorizaciones de servicios requeridos por la señora Lucrecia Gil, pues a pesar de no prestar de forma directa el servicio lo brinda a través de una I.P.S.

Cuestionó que el perito que estableció que a la paciente se le disminuyó una probabilidad de sobrevivir no tenía la especialidad de medicina oncológica. Por último,

² Folios 424 a 429.

³ Folios 461 a 465.



dijo que no se configuraron los 3 elementos de responsabilidad médica, es decir, la culpa o conducta del médico, el daño y la relación de causalidad.

4.2. El Hospital San Rafael del municipio de El Cerrito⁴ sostuvo que es un hospital de primer nivel que no cuenta con especialidades requeridas para diagnóstico de la patología que presentó la paciente, además que las actuaciones del personal médico deben ser evaluadas como de medio y no de resultado, los cuales actuaron de acuerdo a los protocolos y a lo prescrito por la *lex artis*.

Concluyó que nunca dilataron la remisión de la señora Lucrecia Gil, dado que en la primera consulta se dio la orden de valoración por ginecología que era lo máximo que podía realizar dicho hospital, pues en adelante desconoció el diagnóstico de los especialistas.

4.3. La Previsora S.A.⁵ manifestó que en el 2004 se encontró una displasia mamaria, la cual no es un factor de riesgo para el cáncer de mama, pero en ocasiones puede dificultar el diagnóstico de un carcinoma con exámenes y técnicas de imagen habituales.

Señaló que el código BI RADS (método para clasificar los hallazgos mamográficos), que citó el *a quo* es totalmente normal, además de que omitió realizar un adecuado análisis de los testimonios recaudados, como también la inexistencia de cobertura para el pago de indemnización de las pólizas de responsabilidad.

4.4. La parte demandante⁶ solicitó que se modifique la sentencia proferida por el Juzgado administrativo *a quo*, a fin de que se condene también al H.U.V. por los perjuicios causados a los demandantes, en razón a que, si bien la fallecida inició controles en la anterior entidad, el tratamiento requerido solo empezó a ser dispensado 4 meses después, además de que se confiaron de la favorable evolución de la paciente y postergaron el último ciclo de quimioterapia.

También planteó que se debe incrementar la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad al 50%, toda vez que la oportunidad de sobrevivir de la señora Lucrecia Gil pudo ser mayor a lo determinado por el perito, pues este solo estimó el porcentaje del 12% a partir del momento del diagnóstico y no desde que la paciente consultó por primera vez.

Solicitó el reconocimiento de lucro cesante, pues el Consejo de Estado ha manifestado que procede teniendo en cuenta que toda persona con capacidad productiva tiene derecho a recibir como salario el mínimo.

⁴ Folios 483 a 488.

⁵ Folios 489 a 497.

⁶ Folios 466 a 474.



Por último, solicitó el reconocimiento por afectación a derechos constitucionales, dado que se demostró frente a la familia de la señora Lucrecia Gil, por cuanto su esposo tuvo que aumentar la participación activa en la vida de sus hijas, en roles diferentes para llenar ese vacío de la madre; que se condene en costas.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales y aspectos previos

La Sala se pronunciará sobre el fondo del asunto, toda vez que encuentra reunidos los presupuestos para dictar sentencia, al ser un asunto de doble instancia que cursó de forma regular en los juzgados administrativos, hallarse adecuadamente encausado el medio de control de reparación directa para buscar la declaratoria de responsabilidad por los daños imputados a las demandadas y en tanto la demanda fue presentada de oportuna forma⁷.

2. Lo probado en el proceso

En cuanto 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:

Obra resultado de ecografía mamaria⁸ realizada a la señora Lucrecia Gil el 16 de febrero de 2004; 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 mamográfico⁹ -del 22 de abril de 2009- se concluyó que *"No se observan masas, acúmulos de microcalcificaciones, retracciones ni alteraciones arquitectónicas que sugieran malignidad."*

CONCLUSIÓN

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

Transcripción de la historia clínica¹⁰ del Hospital San Rafael E.S.E., en la que 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."*

⁷ La señora Lucrecia Gil falleció el 17 de febrero de 2012, por lo que la demanda, en principio, debía presentarse el 18 de febrero de 2014; sin embargo, se radicó solicitud de conciliación extrajudicial el 30 de enero de 2014 (cuando faltaban 19 días); se entregó constancia de no conciliación el 9 de abril de 2014, por lo que el término de caducidad se reandó a partir del 10 de abril de ese año, hasta el 28 de abril de 2024; la demanda se interpuso el 23 de abril de ese año.

⁸ Folio 1 del cuaderno No. 2 anexos de la demanda.

⁹ Folio 2 del cuaderno No. 2 anexos de la demanda.

¹⁰ Folio 147 del cuaderno principal.



DIAGNOSTICO, MASA NO ESPECIFICADA EN LA MAMA", como consecuencia del hallazgo se remite a la especialidad de ginecología.

Obra solicitud de autorización de servicios de salud para remisión a la especialidad de ginecología y obstetricia, responsable del requerimiento: Secretaría Departamental de Salud¹¹.

El 20 de septiembre de 2010¹² la señora Lucrecia Gil fue atendida por el especialista en ginecología, quien ordenó remisión a cirugía general con diagnóstico de masa en seno izquierdo - justificando la remisión así: *"pte quien presenta masa duro pétrea 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.

Por su parte, se tiene el resultado de mamografía realizada el 21 de septiembre de 2010¹³; 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.

También se reporta el resultado de citología aspirativa¹⁴ realizada a la señora Lucrecia Gil el 6 de octubre de 2010, según el cual: *"fondo hemorrágico con colgajos de células estromales maduras y muy escasas células epiteliales. El cuadro citológico es negativo para neoplasia"*.

El 15 de diciembre de 2010¹⁵, la señora Lucrecia Gil consultó en la ESE Hospital San Rafael; se dejó consignado al examen de mamas: *"Se omite (tiene diagnóstico de masa en mama izquierda a estudio)"*.

El 11 de enero de 2011¹⁶, la señora Lucrecia Gil ingresó al Hospital Universitario del Valle; 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,

¹¹ Folio 5 del cuaderno de anexos de la demanda.

¹² Folio 6 del cuaderno de anexos de la demanda.

¹³ Folio 70 del cuaderno de anexos de la demanda.

¹⁴ Folio 7 del cuaderno de anexos de la demanda.

¹⁵ Folio 11 del cuaderno de anexos de la demanda.

¹⁶ Folio 187 del cuaderno principal.



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. (se destaca).

Se registra un informe de patología de 21 de enero de 2011¹⁷, 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. Núcleos grandes ligeramente irregulares. Con cromatina grumosa y nucléolo 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

Biopsia realizada sin complicaciones.

24-03-2011

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

¹⁷ Folio 73 del cuaderno de anexos de la demanda.



Sesión de quimioterapia, Epicrisis.

30-05-2011

(...)

Se indica 2do ciclo de protocolo TAC.

21-06-2011

Sesión de quimioterapia

29-06-2011

Control 3 meses, TAC.

(...)

11-08-2011

28-10-2011

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 disatría 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.

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 (se destaca).

De otra parte, se recibió el testimonio de la doctora Sol Marina Barco Trujillo¹⁸ (dvd 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 o sea 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 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 ó sea 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 diagnostico casi siempre sino que hacen el BACAF para ya decidir que si es cáncer. (...) PREGUNTADO PARTE DEMANDANTE. La detección temprana puede determinar la sobrevivencia 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

¹⁸ Folio 297 c principal.



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 semanas 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 disminuyo 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 sobrevivir 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 sobrevivir 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 sobrevivir 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 sobrevivir 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 sobrevivir 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 sobrevivir, 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 mí 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 sobrevivir 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 (...) (se destaca).

De conformidad con la historia clínica del Hospital San Rafael E.S.E., se tiene que 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 2010¹⁹, la cual no tuvo un resultado negativo para cáncer como lo aseguran las demandadas, sino un resultado insatisfactorio por *"muy escasas células epiteliales"*.

Una vez realizado el estudio de biopsia por aspiración, no existe reporte de estudios adicionales practicados a la señora Lucrecia Gil, la siguiente anotación que aparece en la historia clínica es del 15 de diciembre de 2010²⁰ 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 2010 (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 inició los estudios pertinentes y el 21 de enero de 2011 se obtiene informe de patología de biopsia por trucut que confirma el diagnóstico de *"CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE, GRADO HISTOLOGICO 3, NUCLEAR2. DESMOPLASIA SEVERA ESTROMAL. RESPUESTA INFLAMATORIA MODERADA"*.

¹⁹ Folio 14 C. de anexos.

²⁰ Folio 11 C. anexos.



EMSSANAR E.P.S.²¹ consignó la autorización para consulta por medicina especializada el 3 de marzo de 2011 a pesar de contar con el diagnóstico de la patología desde el 21 de enero de 2011, es decir casi 2 meses después.

Posteriormente, 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 meses²², pero la E.P.S. EMSSANAR solo realizó la autorización para la consulta especializada el 3 de marzo 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 CES²³ *"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"*

Se tiene también que de la respuesta de EMSSANAR E.P.S.²⁴ la señora Lucrecia Gil ingresó como afiliada el 1 de junio de 2010 y solo reporta autorización para consulta de control por medicina especializada en el H.U.V. para el 3 de marzo de 2011.

3. Responsabilidad del Estado, por pérdida de oportunidad, por temas relacionados con la prestación del servicio médico

El Consejo de Estado ha considerado lo siguiente²⁵:

5.1. La jurisprudencia actual de esta Corporación ha sostenido que, por regla general, el título de imputación aplicable en asuntos médico-sanitarios es el de falla probada del servicio, lo que implica que el demandante, además de acreditar el daño, debe necesariamente probar la falla del acto médico (el desconocimiento de la lex artis) y el nexo causal entre este y el daño, sin perjuicio de que el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetivo.

Si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios, por ejemplo, la prueba indiciaria para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presuma²⁶.

²¹ Folio 6 C. anexos.

²² Folio 187 C. 1.

²³ Folio 322 reverso C. 1.

²⁴ Folio 102 del cuaderno de anexos.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de Sentencia de 1 de diciembre de 2023, exp. 65235, M.P. María Adriana Marín.

²⁶ Cita de la cita. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, expediente 19.192, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterado en sentencia del 25 de octubre de 2019, expediente 44.169.



*También se ha dicho que, tratándose de asuntos en los que se debate la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la lesión física, la secuela fisiológica o la muerte del paciente, **sino que también puede ocurrir que se le prive del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o le otorgue las mayores posibilidades de recuperación.***

***En este último evento, aunque tampoco existe certeza de que, aunque se hubiera actuado con diligencia, el paciente se recuperaría, lo cierto es que, si el centro hospitalario hubiese obrado de conformidad con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder el chance o la oportunidad de sanarse**²⁷. Para predicar la existencia de ese daño autónomo imputable al Estado²⁸ es preciso demostrar sus elementos configurativos, esto es²⁹: i) la 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 y, en relación con esta, iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima (se destaca).*

4. Caso concreto: el daño y su imputación

Así pues, se probó que la señora Lucrecia 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.

Igualmente, se acreditó que el cáncer que padeció la señora Lucrecia Gil fue muy agresivo, no obstante, también se consignó según lo dicho por el perito, que si se hubiese tratado a tiempo se habría podido prolongar su existencia, pues consultó el 17 de agosto de 2010 por una masa que media 5x5cms la cual era palpable, por lo cual su enfermedad se encontraba en estado avanzado.

Se debe señalar también que EMSSANAR ha cuestionado la idoneidad del peritaje presentado, argumentando que el perito no poseía la especialidad en medicina oncológica, área directamente relacionada con el diagnóstico y tratamiento del cáncer; sin embargo, tras un análisis más profundo de las circunstancias, se puede concluir que el peritaje es, en efecto, idóneo. Esto se debe a que, tanto el peritaje como la

²⁷ cita de la cita. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 20.139. M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente No. 18593. M.P. Enrique Gil Botero. Posición reiterada por esta Subsección en sentencia del 12 de diciembre de 2022, expediente 59776. M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez y Sentencia del 17 de febrero de 2023, expediente 50926.

²⁸ Cita de la cita “la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño autónomo, que, si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁹ Ibídem.



contradicción planteada, evidencian que el médico que realizó dicho informe es un profesional con una formación especializada en ginecología y obstetricia, disciplinas médicas que están directamente relacionadas con la salud femenina y, en particular, con los estudios de cánceres como el de mama, que fue el padecimiento de la señora Lucrecia Gil. Además, este médico posee una especialización en mastología³⁰, una subespecialidad médica centrada en el estudio y tratamiento de las glándulas mamarias, área directamente vinculada al tipo de cáncer que sufrió la paciente.

Este enfoque específico y especializado en mastología, y el conocimiento profundo que conlleva sobre el cáncer de mama, le otorgan al perito la competencia necesaria para abordar el caso en cuestión, especialmente considerando que el cáncer de mama de la señora Lucrecia Gil desencadenó una metástasis cerebral, lo que finalmente llevó a su lamentable fallecimiento.

Frente a estos tres elementos mencionados en la jurisprudencia que antecedió, se tiene que la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, **i)** la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar, se tiene que según el perito relacionado en la valoración probatoria, existió una demora de 9 meses en el inicio del tratamiento, pero de lo cual no es dable concluir, con exactitud, cuánto tiempo habría podido vivir la señora Lucrecia Gil.

En cuanto al requisito **ii)** certeza de la existencia de una oportunidad, también en el peritaje se manifestó que de haberse diagnosticado a tiempo y remitida a hospital de mayor complejidad, iniciado tratamiento oportuno se hubiese podido prolongar la existencia de la paciente.

Finalmente, también se cumple el tercer requisito **iii)** certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima, dado que la probabilidad que tenía la fallecida de prolongar su existencia se materializó con el retraso de la remisión oportuna lo cual retardó el tratamiento, 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.

Se concluye que 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 oportunidad que aquí se indemniza, pues aunque no se demostró que la muerte de la señora Lucrecia Gil hubiere sido consecuencia directa e ineludible de una falla en la prestación del servicio médico, lo cierto es que las actuaciones omisivas antes descritas sí conllevaron a que dicha persona, pese a la enfermedad tan agresiva y letal que padecía, pudiera -al menos- prolongar su existencia.

³⁰ <https://es.wikipedia.org/wiki/Mastolog%C3%ADa>



Al respecto, esta Sala, en pronunciamiento reciente, consideró³¹:

La Sala no desconoce que el señor William Correa Alzate tenía muy pocas probabilidades de sobrevivir debido a la patología que padecía. Sin embargo, la inoportuna y deficiente prestación del servicio de salud por parte de las entidades demandadas anuló la posibilidad de verificar que una adecuada prestación médica habría prolongado la vida del paciente o al menos le hubiese garantizado una mejor calidad de vida durante sus últimos días de existencia³².

Se precisa, además, que no le asiste responsabilidad al H.U.V., pues, 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 por parte de EMSSANAR E.P.S.

De acuerdo a lo anterior, no es factible endilgarle responsabilidad al H.U.V. como lo pretenden los accionantes, pues el tratamiento fue iniciado una vez se autorizó por la EPS, y si bien se postergó el último ciclo de quimioterapia como bien lo dice en los hechos de la demanda al parecer fue por un cuadro hepático, además de ello ya el cáncer había hecho metástasis a nivel cerebral.

En el mismo sentido, se tiene que tampoco le asiste responsabilidad al departamento del Valle del Cauca, en razón a que se acreditó que la señora Lucrecia Gil se encontraba afiliada a la E.P.S EMSSANAR desde el 1 de junio de 2010 y no se probó que las autorizaciones que requería pertenecían al NO POSS y que estas a su vez se encuentran en cabeza del Departamento.

5. Indemnización de perjuicios

La Sala revisará la liquidación de estos perjuicios, en tanto que, si a esta Corporación le asiste competencia para revisar la responsabilidad, también le asiste para analizar las cuestiones que le son accesorias, según la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado³³.

³¹ Sentencia de 13 de diciembre de 2024, exp. No. 76001-33-33-003-2015-00095-01, M.P. Eduardo Antonio Lubo Barros.

³² Original de la cita: *“En un reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado señaló: ‘La pérdida de oportunidad como categoría individual de daño indemnizable parte de dos elementos nucleares: por una parte, la existencia cierta de una posibilidad real de obtener un beneficio o de impedir una pérdida o lesión y, por la otra, la incertidumbre causal que se deriva del desconocimiento sobre qué habría ocurrido con esa posibilidad en caso de que la conducta u omisión antijurídica de un tercero no hubiera frustrado definitivamente la trayectoria normal de los eventos’ <<Consejo de Estado -. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 19 de febrero de 2024, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, radicación número 76001-23-31-000-2010-00468-01 (63.179).>>”*

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, exp. 46005, M.P. Danilo Rojas Betancourt: *“Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que, si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin*



5.1. Perjuicios materiales

Teniendo en cuenta que la parte actora cuestionó este punto, la Sala lo negará, pues el Consejo de Estado frente a casos de pérdida de oportunidad, ha sostenido lo siguiente³⁴:

Dado que el perjuicio que aquí se indemniza no se deriva de la atribución de una falla del servicio causante de la muerte de la señora Adela Dueñas de Becerra sino de la pérdida de oportunidad que le cercenó las probabilidades de sobrevivencia, por no haber sido tratada oportunamente, la Sala revocará en este aspecto la sentencia recurrida y negará la indemnización por el perjuicio material, tomando en cuenta que si bien el único apelante protestó la responsabilidad que se le atribuyó, ello a su vez supone la posibilidad de analizar lo que le resulte desfavorable, tal como sucede con este tipo de indemnización, la cual no corresponde con lo establecido por la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado a respecto.

De acuerdo a lo anterior, la Sala no reconocerá los perjuicios materiales solicitados en la demanda, en la modalidad de lucro cesante, dado que ellos derivan de la muerte de la precitada señora.

5.2. Perjuicios por pérdida de oportunidad

Sobre estos el accionante manifiesta que deben incrementarse a los demandantes del 25% al 50%, ya que la oportunidad de sobrevivencia de la señora Lucrecia Gil, pudo ser mayor a lo determinado por el perito pues este solo estimó el porcentaje del 12% a partir del momento del diagnóstico y no del momento que la paciente consultó por primera vez.

Lo anterior consignado por los accionantes, no es cierto, en razón que el *a-quo* manifestó que lo dicho por el perito, es que no se podía determinar con 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 estado aún más grave, por lo cual, ante la ausencia de elementos técnicos o estadísticos claros, acudió al arbitrio judicial.

Ahora, como se dijo, el daño no deviene estrictamente de la muerte, y está probado la condición de cónyuge e hijas³⁵ de la fallecida dentro del proceso como accionantes, la

perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada”.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de agosto de 2017, exp. No. 65235. C.P. María Adriana Marín; sentencia de 1º de diciembre de 2023, exp. No. 43269.

³⁵ Folios 6 a 9 del expediente.



Sala estima que no se debe reconocer un valor mayor del 25 S.M.L.M.V. por concepto de pérdida de la oportunidad de prolongar la existencia de la fallecida, teniendo en cuenta que el peritaje sostuvo: *“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 sobrevivir a cinco años del 12%”*.

Igualmente, en la contradicción del peritaje se dijo lo siguiente:

(...) 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 (...) (se destaca).

En conclusión, dijo que no se puede determinar si ese 12% es desde que fue al médico por primera vez con la aparición de la masa o desde su diagnóstico definitivo de la patología, encontrándose acertado los 25 S.M.L.M.V. reconocidos por el *a-quo*, pues el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene de la muerte de la señora Lucrecia Gil, sino -se reitera- de la pérdida de oportunidad de dicha persona de tener un tiempo más de vida, el cual se determinó técnicamente en el 12% de 5 años.

5.3. Perjuicios morales reconocidos

En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, es clara la jurisprudencia contencioso administrativa al tasar su valor, al ser un daño autónomo -consistente en la pérdida de oportunidad-, lo que se indemniza, es la probabilidad de sobrevivir y de la oportunidad de que el tratamiento le conservara o mejorara sus condiciones de vida, pues el Consejo de Estado frente a ello ha manifestado³⁶:

Dado que el perjuicio que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte de la señora Clara Inés Marín Arcila, 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 de la precitada señora. Igualmente, no hay a lugar a razonar sobre los perjuicios morales solicitados (se destaca).

Por lo anterior, se revocará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, respecto a este tipo de indemnización.

6. Cobertura para el pago de indemnización de las pólizas de responsabilidad

Frente a este punto se tiene que obra póliza de responsabilidad civil extracontractual

³⁶ En este sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de agosto de 2017, exp. No. 43646. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia de 1º de marzo de 2018, exp. No. 43269. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



suscrita entre el Hospital San Rafael E.S.E y la llamada en garantía La Previsora Seguros S.A. N° RCE 1004687, en la que consta que entre el mes de agosto de 2010 y enero de 2011 -fechas entre las cuales se produjo la actuación que dio lugar al daño que aquí se resarce- se encontraba vigente.

Igualmente, de la anterior póliza se entrevé dentro de los amparos contratados se tiene que en el No. 2 sostiene *“ERRORES U OMISIONES PROFESIONALES”*, como también en su objeto³⁷: *“Amparar la responsabilidad civil propia de la clínica, hospital y/u otro tipo de establecimientos o instituciones médicas bajo las limitaciones y exclusiones descritas en el clausulado general, incluyendo predios, labores y operaciones, además de la responsabilidad civil en que incurra la entidad asegurada exclusivamente como consecuencia de cualquier ‘acto médico’ derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en la salud de las personas, de eventos ocurridos y reclamados durante la vigencia de la presente póliza”*.

De modo que, en virtud de la póliza de responsabilidad civil N° RCE 1004687, expedida por la Previsora S.A. compañía de seguros, esta empresa debe responder ante la entidad asegurada por el pago de la condena aquí impuesta.

7. Costas

Según el artículo 188 del CPACA y el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, siempre que se causaron y en la medida de comprobación.

La Sala precisa que actualmente se aplica un criterio subjetivo, con la adición introducida por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el que se indica que la condena en costas es viable, siempre y cuando se acredite que la parte vencida obró con manifiesta carencia de fundamento legal.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que las partes accionadas no obraron con carencia de fundamentación que dé lugar a la condena en costas, en consecuencia, no se impondrán en esta instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Santiago de Cali el 22 de enero de 2019, en lo referente al reconocimiento de perjuicios morales.

³⁷ Folio 47, cuaderno No. 5.



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, previa anotación en SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica SAMAI)
OMAR EDGAR BORJA SOTO

(Firma electrónica SAMAI)
EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

(Firma electrónica SAMAI)
JUAN PABLO DOSSMAN CORTEZ

vf