



Pereira, 7 de mayo de 2024

Doctora
SANDRA MERCEDES HERRERA GONZÁLEZ
Juez Sexto Administrativo del Circuito de Pereira
E.S.D.

REF: **RECURSO DE APELACIÓN**

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

RADADICADO: 66001-33-33-006-2018-00244-00

DEMANDANTE: YULIANA ESCALANTE CARMONA Y OTROS

DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA Y OTROS

RABINDRANATH COBO RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía número 11.797.416, titular de la tarjeta profesional número 184729 del C. S. de la J., en calidad de apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, dentro del término legal me permito interponer el **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia proferida el 23 de abril de 2024, notificada en la misma fecha, a través de la cual se negaron las súplicas de la demanda; recurso de apelación que se presenta en los términos establecidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sea lo primero indicar que para efectos del sustento de la apelación, ratifico todos y cada uno de los fundamentos de hecho, de derecho, probatorios y jurisprudenciales, indicados en los escritos de demanda y alegatos de conclusión, por lo que solicito se tengan como reproducidos en este escrito ante la Honorable Sala de Decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda.

Procedo pues a exponer los reparos frente a la providencia apelada, fallo que en su parte resolutive dispuso:

“(…)

Por todo lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo de Pereira, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda, conforme a lo dispuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas por lo considerado.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el aplicativo SAMAI.



CUARTO: *Por secretaría expídanse las copias que sean solicitadas por las partes interesadas, a su costa.*

En atención a escrito de renuncia presentado por la doctora Lina María Uribe Zuluaga, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.317.073 de Manizales y portadora de la Tarjeta Profesional No. 78.501 del Consejo Superior de la Judicatura, visible en el archivo digital 109, por estar conforme con las previsiones del artículo 76 del C.G.P. se entiende que dicha renuncia surte efectos desde el 13 de enero de 2022.

Se reconoce a la sociedad LUMAROH ABOGADOS S.A.S., identificada con N.I.T. 901.182.653-8, quien se encuentra representada por el abogado Emiro Andrés Manrique Romero identificado con cédula de ciudadanía No. 1.039.451.744 y portador de la Tarjeta Profesional No. 291.444 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros para los efectos y dentro de los términos del poder conferido visible en el archivo digital 110 del expediente.

Se reconoce a la abogada Karla Johanna González Pérez, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.338.535 y portador de la Tarjeta Profesional No. 169.723 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la sociedad ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. en calidad mandataria de la demandada Cafesalud E.P.S. S.A. Liquidada para los efectos y dentro de los términos del poder conferido visible en el archivo digital 111 del expediente.

Se reconoce a la sociedad RAMOS & VALENZUELA ABOGADOS ASOCIADOS, identificada con N.I.T. 901.184.889-8, quien se encuentra representada por la abogada Jenny Paola Sandoval Pulido identificada con cédula de ciudadanía No. 39.804.256 de Cajicá y portadora de la Tarjeta Profesional No. 246.058 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la sociedad ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. en calidad mandataria de la demandada Cafesalud E.P.S. S.A. Liquidada para los efectos y dentro de los términos del poder conferido visible en el archivo digital 117 del expediente, por lo que se entiende revocado el poder a la abogada Karla Johanna González Pérez, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.338.535 y portador de la Tarjeta Profesional No. 169.723 del Consejo Superior de la Judicatura.

Se reconoce al abogado Rabindranath Cobo Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.797.416 de Quibdó y portador de la Tarjeta Profesional No. 184.729 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la parte demandante para los efectos y dentro de los términos de los poderes conferidos visibles en el archivo digital 123 del expediente, por lo que se entiende revocado el poder al abogado Cesar Leoncio Meza Cabezas, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.911.717 de Tumaco y portador de la Tarjeta Profesional No. 213.327 del Consejo Superior de la Judicatura.”

Considera el suscrito apoderado que no le asiste razón a la señora Juez de Primera Instancia, cuando afirma en la sentencia objeto de esta apelación que *“...no se observa material probatorio suficiente que permita concluir que en la causación de la muerte del hijo recién nacido de la señora Escalante Carmona se debió a una acción u omisión por parte del Estado -representado en el presente caso por la ESE Salud Pereira y la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira”*

Contrario a lo que afirma la señora Juez, respetuosamente considera el suscrito apoderado que con los registros de las historia clínica de la señora Escalante Carmona, otorgadas por las distintas entidades e instituciones en las que fue atendida y las declaraciones realizadas en la audiencia de pruebas por los médicos generales y especialistas que dispensaron atención a la paciente, existe al interior del plenario suficiente material probatorio que demuestra la deficiente atención que constituyó falla en la prestación del servicio de salud a la precitada paciente durante el período de gestación y el parto; lo anterior se afirma por que no obstante la adolescente cursar con un embarazo de alto riesgo, no se tomaron las medidas necesarias, es decir, no se tomaron los estudios

ecográficos para llevar un control real de las condiciones de desarrollo del feto, así como la salud de la gestante. Incluso llegó a tener sintomatología de tensión arterial alta (Preclamsia), en anotación de la historia clínica de la ESE Salud Pereira en atención del 06-04-2016, motivo por el cual el médico ordenó control en 15 días ante estas condiciones de salud.

Se probó además que la paciente venía cursando con un aumento del líquido amniótico, la presencia de Polihidramnios. Así se informa en la historia clínica en atención del 3 de mayo de 2016, refiere "...*PACIENTE DE 16 AÑOS PRIMIGESTANTE, 27 SEMANAS POR ECOGRAFIA, **CON ANTECEDENTES DE POLIDRAMNIOS, CON CUADRO DE DOLOR PELVICO, APP?? SION CAMBIOS CERVICALES...***". Refiere el profesional de la salud, que la paciente presenta "**LIQUIDO AMNIOTICO AUMENTADO**" y presencia de **POLIHIDRAMNIOS**, con "**ÍNDICE DE LIQUIDO AMNIOTICO AUMENTADO PARA LA EDAD FETO UNICO. PATOLOGÍA ESTA ÚLTIMA QUE COMO SE PROBÓ EN EL PROCESO NUNCA FUE TRATADA, Y QUE FUE DETERMINANTE PARA QUE SE DETERMINARA EL RESULTADO LUCTUOSO YA CONOCIDO.**"

Quedó demostrado que la condición de líquido amniótico aumentado o Polihidramnios, la padeció la paciente ante la desidia de las entidades, sobre todo de Café Salud E.P.S., pues se observa cómo se consigna en la historia clínica la insistencia del ginecólogo tratante para tomar estudios imagenológicos necesarios para el seguimiento de estas condiciones, así se lee: "**DICE QUE EL DR. DURANGO LE DIO UNA ORDEN COMO URGENTE Y AUNQUE NO ESTÁ FECHADA, FUE EL 25-IV-2016 DÍA DE LA ECO Y EN CAFESALUD LE DIJERON QUE ESOS PAPELES SE IBAN PARA BOGOTÁ Y EN UN MES SE LA TRAMITAN...**".

También se prueba con la referida historia clínica y los testimonios médicos, que la paciente para los días 18 y 19 el mes de mayo de 2016, **presenta condiciones críticas producidas por el exceso de líquido amniótico en su vientre sin que le hubiese practicado nunca el ordenado drenaje de este**, así como tampoco la ecografía de detalle. Se indica el 18 de mayo en la E.S.E. "*HUBO UN AUMENTO INUSITADO ESTE MES, POR EL POLIHIDRAMNIOS QUE SE LE DETECTÓ EN LAS ECOGRAFÍAS. FETOCARDIA NO AUDIBLE...*", y en el Hospital san Jorge el 19 de mayo "*INSTRUCCIONES, SS VALORACION POR NUTRICION, SS CURVA DE GLUCOSA, IG M PARA TOXOPLASMA, **SE INSISTE EN LA REALIZACION DE LA ECOGRAFIA DE DETALLE POR PERINATOLOGIA. SE EDUCA PARA PREVENCIÓN DE TOXOPLASMA, CONTROL CON RESULTADOS. CLOTRIMAZOL***"

Se probó con los testimonios de los médicos tratantes de la paciente, especialistas en ginecología y obstetricia, como la falta de la realización de estudios de diagnóstico especializados desde una época temprano del embarazo de la paciente, como la ecografía de detalle; así como, el control de la cantidad del líquido amniótico y el Polihidramnios, podían evitar malformaciones en el feto y el sufrimiento materno, posiblemente otro hubiese sido el desenlace final del parto.

Se probó la manera tardía como se acudió en el primer nivel al estudio de la gestación de la paciente por estudios de ecografías. No se realizó la ecografía del primer trimestre, tampoco la ecografía de detalle del feto, razón por la cual, la realizada por parte del médico ginecobstetra CARLOS DURANGO, le indicó la necesidad de realizar una ecografía de alta resolución en III nivel, la cual a su vez fue realizada ambulatoriamente y no se

autorizó a tiempo. Así se pudo extractar de su declaración los siguientes aspectos relevantes:

A las 2:25:03 de la audiencia de pruebas, responde lo siguiente ante pregunta del Despacho:

P/ Usted nos podría explicar ¿qué encontró en esa ecografía de I nivel y la razón por la cual recomendó realizar una ecografía de III nivel?

R/ Como se podrá leer, acá aparecen, hice una evaluación gráfica de I nivel que es la ecografía que se hace el hospital de I nivel, en la cual se encontró los hallazgos que se anotan ahí: feto único viva, con una FC fetal normal o sea una actividad cardiaca normal, con un tono normal, con movimientos fetales normales y, con una anatomía revisada en primer nivel sin malformaciones mayores. El feto presentaba en ese momento una presentación cefálica y ubicado verticalmente con relación al eje materno.

La biometría, es decir, las mediciones del cuerpo fetal que se toman para calcular el tiempo de embarazo, o sea la edad gestacional y el peso como se puede leer, diámetro biparietal para una medida compatible para un embarazo de 30 semanas; con una biometría compatible o correspondiente; una circunferencia abdominal con una biometría ideal para 30 semanas y una longitud del fémur para esas mismas semanas. La placenta encargada de la nutrición fetal, todavía no había signos de inmadurez de la placenta, no habla de una placenta inmadura y, aquí es donde resalta uno la parte más importante: el índice de líquido amniótico es la cantidad de líquido amniótico donde el feto nada, el medio que le permite a él moverse en todas las formas. Ese líquido amniótico para nosotros por encima de 240 es anormal. Nosotros medimos ese líquido amniótico en varias ocasiones, cuando encontramos ese líquido amniótico anormal o encontramos alguna anomalía, medimos de nuevo. Para tener certeza se midió tres veces y se concluyó que ese índice de líquido amniótico, la cantidad de líquido amniótico medido en los cuatro cuadrantes del abdomen o cavidad uterina, que es la mejor medida para equivocarse menos, nos dio por encima de los 240; nos dio 309 y lo definimos como anormal porque está por encima de 240. El peso fetal para esa edad gestacional del feto es normal, con un margen de error o equivocación del 15% más o menos, así, para un embarazo de 31 semanas serían dos semanas, que es el margen de error para ese primer trimestre.

Aquí lo más importante para el caso que nos ocupa, es el segundo diagnóstico que es el polihidramnios severo. Severo porque está muy por encima del máximo que es 240. Lo mínimo son 8 centímetros u 80 milímetros y lo máximo son 24 centímetros o 240 milímetros, cuando se pasa de ahí hablamos de polihidramnios, que es una cantidad exagerada de líquido amniótico para ese tiempo de gestación. Por eso yo en el centro de la cuarenta, recomendaba que esa paciente debía ir a una ecografía de alta resolución o III nivel, que se hace en un hospital de II o III nivel o, un centro que hagan ecografías con esas especificaciones.

¿Por qué nosotros cuando vemos ecografías ese dato recomendamos ecografías de más profundidad o más detalladas? Porque de 100 casos de polihidramnios a un 40% se le encuentran causas y a un 60% es un polihidramnios que no se les halló causas en la ecografía. Nos preguntará porqué sabemos que de cada 100 niños 20 son por causas fetales y 20 son por causas maternas. Las que nos preocupan son las causas fetales,

porque **a mas abundancia de líquido amniótico es más la posibilidad de resultado fetal desfavorable, o sea, muerte fetal intrauterina o posparto es muy elevada; es 43 veces, está aumentada 43 veces versus para una población normal. Entonces siempre que encontramos un polihidramnios severo recomendamos una ecografía para confirmar el diagnóstico, sobre todo para investigar las causas fetales porque aumentan la morbimortalidad fetal y prenatal cuando se encuentra un polihidramnios severo.**

A las 2:39:20 de la audiencia de pruebas, el doctor Carlos Durango responde lo siguiente ante pregunta del Despacho:

P/ Dr. Durango, yo entiendo de acuerdo con la exposición que usted realiza, que estas deformaciones del feto que son detectadas con la ecografía de III nivel, pueden ser tratadas en el vientre materno o permite decidir si continúa o no el embarazo.

R/ Ahora da lugar, que se hacen cirugías intrauterinas por laparoscopia, habría unas malformaciones que podrían corregir dentro del vientre materno con cirugías por laparoscopia... ..Ahora en el 60% que tiene polihidramnios con la ecografía no se encuentra ninguna malformación... ..hay algunas malformaciones como las neurológicas de pésimo pronóstico, que no se puede hacer nada.

A las 2:32:38 de la audiencia de pruebas, responde lo siguiente ante pregunta del Despacho:

P/ Con esa ecografía de III nivel, cuando se realiza la misma ¿Qué se puede descartar?

R/ *Primero lo que más nos preocupa es el feto, porque ahí el que más corre peligro es el feto. Se ha encontrado que hasta en un 75 a 80% de polihidramnios severo, los fetos tienen complicaciones severas e incompatibles con la vida. Las tres malformaciones relacionadas con polihidramnios severo, son complicaciones del aparato gastrointestinal: malformaciones que obstruyan la deglución, porque el niño toma líquido amniótico cuando está en el vientre materno, porque es necesario para la vida la vida de las vías respiratorias y la función digestiva... ..fuera de las malformaciones del aparato digestivo... ..son las malformaciones del sistema nervioso central... ..hay malformaciones a nivel urológico, hay malformaciones a nivel cardíaco... .. y además las más serias, que no se pueden observar a nivel ecográfico, son las malformaciones cromosómicas... ..la más conocida es el Síndrome de Down..."*

Con las anteriores respuestas que el médico Durango dio en su declaración en la audiencia de pruebas, es claro y quedó demostrada la importancia de todos los estudios ecográficos en las diferentes etapas de la gestación, las cuales no se tomaron, tanto la ecografía de detalle fetal que nunca se tomó, como la ecografía de III nivel que se tomó con demora.

A las 3:02:26 de la audiencia de pruebas, responde lo siguiente ante pregunta de la parte actora:

P/ Doctor hágame un favor, no me quedó claro ¿hay alguna diferencia entre la ecografía de III nivel y la ecografía de detalle fetal?

R/ Haber, la ecografía de detalle fetal está encaminada a detectar en fetos entre las semanas 18 hasta la 24, malformaciones que sean susceptibles de manejo médico u operatorio intrauterino, de las malformaciones que se consideran incompatibles con la vida. Entonces una ecografía de detalle fetal se hace entre las semanas 18 a la 24 y una ecografía de tercer nivel o de alta resolución, la denominamos como aquella que se hace tardíamente, Entonces, uno no puede pedir una ecografía de detalle fetal a la semana 30 o 34.

En la declaración quedo demostrado que el mismo Ginecobotetra de la ESE Salud Pereira, reiteraba la toma de la ecografía ante la no autorización a tiempo de esta.

A las 3:05:51 de la audiencia de pruebas, responde lo siguiente ante pregunta de la parte actora:

P/ Doctor, en la historia clínica, en lo que está puesto en pantalla en el momento, dice comentario, se recomienda una vez más ecografía III nivel. Usted le puede explicar al Despacho ¿por qué se reitera en esa época?

R/ Haber, porque yo no me acuerdo del accidente ni del caso concreto. Como en la E.S.E. nosotros estamos limitados por el operador y por el aparato, mal podríamos nosotros intentar una ecografía de tercer nivel, entonces siempre pedimos que se haga lo que dice la guía, hacer una ecografía de III nivel cuando los hallazgos se encuentran por fuera del rango del tiempo en que pide, la ecografía de detalle fetal. No tengo bien claro en este momento si había otra ecografía, si yo lo hice o no. Yo tengo bien claro que encontré un polihidramnios severo, tan severo en ese tiempo un polihidramnios de más de 300 o más es severo y el 75% de estos fetos están anormales.

Quedó probado en los testimonios que ni cuando se presentaron las condiciones delicadas para el feto, fue remitida como urgencia vital la paciente a un centro de III NIVEL. En el testimonio del médico de obstetricia Dr. Marco Aurelio Orrego, tenemos como relevante:

A las 3:21:15 de la audiencia de pruebas, responde lo siguiente ante pregunta del Despacho:

P/ Doctor de acuerdo al estado de la paciente que se refiere en la historia clínica ¿existía de pronto realizar una remisión de pronto con una urgencia vital, para efecto de tomar esa radiografía en un nivel superior de atención?

R/ No se consideró que tuviera una urgencia vital, se le vio que la dilatación que tenía no estaba tan avanzada, si hubiera una dilatación más avanzada hubiera sido criterio para remisión a un III nivel y remitirla como urgencia para realizarle la ecografía, tampoco se consideró como urgencia.

Con las explicaciones dadas por el médico ginecobotetra Dr. Durango, se demostró el descuido al que se sometió a la paciente, al no realizar controles con estudios diagnósticos a tiempo que permitieran brindar la posibilidad de un tratamiento al feto ante posibles malformaciones.

Por lo antes expuesto, el discurrir de los hechos que rodearon la atención medico

asistencial, los daños perpetuados a los actores que exigen una reparación, así como, las bases probatorias que nos brindan sólidamente la historia clínica y los testimonios depuestos por los médicos, los cuales obran en el plenario, me permito con todo respeto señora jueza, interponer el recurso de APELACIÓN, en beneficio de la equidad y la búsqueda de justicia.

PETICIÓN ESPECIAL

Me permito elevar la solicitud especial a los honorables Magistrados, que en el ejercicio de desatar el recurso impetrado, acudiendo al principio *iura novit curia*, en el remoto caso que la Sala considere que con las pruebas allegadas al plenario no se logra demostrar la responsabilidad plena de las entidades demandas (falla del servicio), considerar la posibilidad de conceder las pretensiones por pérdida de oportunidad.

En relación con la pérdida de oportunidad, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda se ha pronunciado en distintas ocasiones, en reciente sentencia¹, señaló:

“ ... ”

2. Problema jurídico.

Corresponde al Tribunal en esta instancia, de acuerdo con los fundamentos de los recursos de apelación interpuestos por las partes, determinar si la Empresa Promotora de Salud Occidental de Salud - S.O.S. y la Caja de Compensación Familiar de Risaralda – Comfamiliar Risaralda son administrativa y patrimonialmente responsables por la imputación realizada en los términos del libelo introductorio, en virtud de una falla en el servicio médico, a título de falta de oportunidad en el diagnóstico, atribuible a una negligente prestación del servicio de salud al señor Oswaldo Antonio Gómez, y que culminó con su muerte, o si por el contrario, las entidades prestadoras de salud atendieron diligentemente al señor Gómez sin que el desenlace pudiera ser distinto al presentado.

En caso de que haya lugar a confirmar la decisión de primera instancia, se estudiará la tasación de perjuicios, realizada por el a quo.

“ ... ”

3.1. La pérdida de oportunidad en materia médica

La teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance o curación, ha sido definida jurisprudencialmente como el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud, en donde se exige en un primer estadio establecer un vínculo de causalidad entre la culpa del personal médico, asistencial e incluso administrativo y el estado del paciente y en un segundo estadio, la existencia de una probabilidad cierta de mejoría o de evitar deterioros en la salud y no de meras expectativas y, corresponde al juez ordenar la reparación en forma proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente.

La línea jurisprudencial del Consejo de Estado en sus inicios permitía indemnizar con probabilidades de sobrevivencia y cada vez ha hecho más rigurosa la prueba, al eliminar las meras expectativas y exigir la certeza de la afectación y del perjuicio final.

¹ Sentencia del 29 de junio de 2023, Radicado No. 66001-33-33-002-2013-00135-02 (F-0959-2020), con ponencia del magistrado Andrés Medina Pineda.

Frente al tema, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha señalado los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado; es decir, que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar.

De igual manera, en sentencias del 15 de abril de 2017 y del 02 de octubre del mismo año, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

«Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente.

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 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.»

En las anteriores providencias el alto Tribunal indicó que la pérdida de oportunidad como daño autónomo cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre:

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

Por todo lo anterior, la Sala le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; iv) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia

de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad.»

Ahora bien, en los fallos en mención se recuerdan los elementos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: 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.

De igual manera, en sentencia del 02 de marzo de 202017, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo recordó que la pérdida de oportunidad es un fundamento del daño proveniente de la violación a una expectativa legítima, «es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad y la equidad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente.»

Puntualizado lo anterior, la Sala entrará a verificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos para determinar la falla probada en el servicio que aquí se alega a que modalidad pertenece.

“ ... ”

5.2.1. Elementos del daño de pérdida de oportunidad

En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 201036 se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

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 evitar un perjuicio 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 eventual**; 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.***

Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que “la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, el Consejo de Estado, en sentencia del 12 de octubre de 2017 consideró que este elemento debía ser replanteado por las siguientes razones:

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

De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad

de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

Recapitulando lo anterior, la colegiatura 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.

“ ... ”

La Sala encuentra que, el primer componente de la pérdida de oportunidad se encuentra acreditado en el caso bajo estudio, ya que no es posible determinar con certeza que de haber mediado un oportuno diagnóstico por parte de las entidades de Salud se habría superado el daño final, esto es, el fallecimiento del paciente. No es posible afirmar, entonces, con certeza que la muerte del señor Oswaldo Antonio Gómez paciente pueda ser atribuida a las fallas de la entidad y no a la patología que padecía desde tiempo atrás. En efecto, al margen de que la alteración de salud requiriera una atención oportuna, inmediata, eficaz y de calidad, lo que se ha probado es que el paciente estaba involucrado en un curso patológico desfavorable; esto es, con un cáncer gástrico, por lo que la Sala no tiene razones objetivas suficientes para concluir que el daño cuya indemnización se solicita en la demanda consistente en la muerte resulta imputable a las entidades de salud demandadas por las irregularidades cometidas.

Ahora, puede ocurrir que, dados los elementos acreditados en el expediente, aparezca que el daño imputable a la falla en la prestación del servicio médico no sea necesariamente la muerte -que es aquel invocado de forma expresa en el petitum de la demanda y lo que pretende la parte actora recurrente-, sino el que resulta de la pérdida de oportunidad de sobrevida.

Así las cosas, corresponde al juez, en ejercicio del deber que le asiste de interpretar armónicamente la demanda que le es sometida a su juicio y teniendo en cuenta los límites que le impone la prohibición de alterar su causa petendi y la garantía del derecho de defensa de la contraparte, precisar el daño que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad.

De acuerdo con este razonamiento y teniendo en cuenta las circunstancias que envuelven el presente caso, para que pueda configurarse la existencia del daño de pérdida de oportunidad por un diagnóstico que no fue oportuno, es menester proseguir con los otros elementos del daño de pérdida de oportunidad.

“ ... ”

De acuerdo con lo anterior, se encuentra claramente probado que el paciente Oswaldo Antonio Gómez tenía una expectativa razonable de sobrevida a su dolencia, siempre y cuando el cáncer hubiera sido detectado en un estado temprano, pues tal y como lo indicó el testimonio técnico de la parte demandada – Comfamiliar Risaralda, el cirujano Oncólogo doctor Calvache: “lo ideal es que uno siempre, trate un paciente con un cáncer en una etapa inicial, por lo que hablamos ahorita, porque es el único paciente que se puede curar con una curación que va por encima del 90% el que se encuentra en un carcinoma in situ, este carcinoma in situ solamente se puede detectar si

nosotros hiciéramos tamización, como lo decía ahora rato como cuando se hace en cáncer de mama una mamografía o un cáncer de cérvix una citología, es la única forma de encontrarlo temprano”; sin embargo, la deficiente atención brindada en el servicio por parte de las demandadas al haber hecho un diagnóstico inoportuno o tardío le truncó dicha posibilidad de sobrevida.

“ ... ”

La probabilidad que tenía el señor Oswaldo Antonio Gómez de sobrevida se tornó en inexistente o disminuyó drásticamente cuando las entidades de Salud demandadas no le ofrecieron la atención adecuada; es decir, cuando no hicieron un diagnóstico oportuno utilizando las ayudas imagenológicas correspondientes, no se le practicaron los exámenes físicos y clínicos pertinentes a tiempo. En efecto, este se dio después de más de 3 años de haber acudido a urgencias por molestias abdominales con 8 años de evolución según lo manifestado en forma expresa por el paciente y que quedó asentado en la historia clínica, sin que dicha manifestación fuera relevante para el médico tratante en su momento.

“ ... ”

Imputación del daño de pérdida de oportunidad

Para el Juez de primera instancia la falla del servicio imputable a las demandadas consiste en que pese a haber acudido el señor Gómez a los servicios de salud por presentar un cuadro repetitivo de molestias gástricas, no fue diagnosticado a tiempo, en razón a que cuando existe la evidencia de la realización de la endoscopia, ya era demasiado tarde para el paciente, factor determinante del despojo de la pérdida de oportunidad.

Según lo dicho por el Consejo de Estado, 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 alta 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; en este caso en clave de pérdida de oportunidad, el 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.

Es preciso resaltar habida cuenta de que al presentarse a los servicios brindados por la Entidad Promotora de Salud, el paciente se encontraba forzosamente a disposición del personal de salud, de cuyo correcto ejercicio profesional dependía no solo que se ordenaran los procedimientos necesarios para identificar de manera temprana la patología padecida sino que se evitara o mitigara el despliegue de efectos letales no deseados, sin que esto quiera decir infalibilidad del ejercicio profesional de la medicina.

En el presente caso se tiene que, de conformidad a las condiciones fácticas y los medios probatorios, la prestación del servicio no fue diligente debido a que no se realizaron los exámenes pertinentes en un tiempo razonable. En efecto, las recurrencias de síntomas traducidos en molestias gástricas y abdominales, náuseas, poca aceptación de alimentos y dolor en epigastrio en un paciente mayor de 40 años de edad puede corresponder entre otras a una patología de cáncer gástrico, el cual,

debe ser la razón de evaluaciones oportunas y eficaces, así como el requerimiento de ayudas imagenológicas que puedan determinar con certeza el diagnóstico.

Así las cosas, se observa que el señor Oswaldo Antonio Gómez asistió a urgencias con las dolencias abdominales (01 de agosto de 2008), así mismo, en octubre del año 2008 advierte sobre un dolor tipo ardor en el epigastrio con 8 años de evolución, distensión abdominal con mejoría parcial manejado con omeprazol, con diagnóstico de gastritis, ordenan manejo médico contra helicobacter pylori y envían para control en programa de adulto mayor, de nuevo consulta en el mes de junio del año 2010 por esta misma razón: dolor en epigastrio, náuseas y un episodio de vómito, relata frecuente vómito postprandial, siendo esta la tercer consulta por síntomas relacionados, sin que las entidades de salud requirieran ayudas imagenológicas para su diagnóstico.

No existe duda en todos los dictámenes y testimonios técnicos o no que reposan en el proceso, que la detección temprana del cáncer mejora las posibilidades de curación o al menos de sobrevida, tampoco existe controversia respecto a que si las molestias gástricas son persistentes en el tiempo, se hacen necesarias las ayudas diagnosticas para descartar posibles patologías.

Lo cierto es la controversia radica en la forma de leer la historia clínica en su conjunto, ya que para algunas médicos el hecho de que no hubiese consultado sino casi dos años después de las primeras anotaciones del 2008, desemboca en que el tratamiento dispensado inicialmente fue el adecuado, ya que no existen registros previos al 2008 de molestias o constas por razón de problemas gástricos; sin embargo, esta sala de decisión le otorga mayor peso a los testimonios y dictámenes que indican que era necesaria una endoscopia digestiva, pues es la propia historia clínica la que claramente indica, que el paciente refiere que al 2008 lleva 8 años de molestias, así de aquellas no existencia constancia en anteriores historias clínicas, para esta colegiatura esa manifestación, consignada en la historia clínica, obligaba a realizar diferentes exámenes diagnósticos, incluyendo exámenes clínicos y una endoscopia, que no fueron ordenados y ello, fue lo que materializó la pérdida de oportunidad del paciente.

Si bien se evidencia que el 18 de junio de 2010, se registra en la historia clínica que “ya le realizaron endoscopia”, lo cierto es que no se sabe si efectivamente se la hicieron (o alguna fecha), pues no se registra el resultado, o que haya sido ordenada por la EPS o la Clínica Comfamiliar, en razón a ello, se diagnostica con dolor abdominal localizado, dan manejo ambulatorio con omeprazol e indicaciones de control por consulta externa.

En el mes de diciembre del mismo año 2010, consulta por 15 días de evolución de dolor y distención abdominal, con deposiciones diarreicas, al examen físico solo registran como hallazgo relevante dolor a la palpación abdominal en epigastrio, con diagnóstico de dispepsia, dan de alta con manejo médico con omeprazol. Nuevamente consulta en el mes de enero del año 2011, por dolor en mesogastrio tipo cólico, sin otros síntomas, con diagnóstico de dolor abdominal dan de alta con orden para exámenes de laboratorio y control por consulta.

*Y sólo hasta el día 27 de enero de 2011, que consulta por un cuadro de 15 días de evolución de hematemesis, **se registra resultado de endoscopia con masa ulcerativa en el estómago de localización antro pilórica, reporte de patología: neoplasia maligna**, sin hallazgos al examen físico sin hallazgos positivos. Ante el diagnóstico de cáncer gástrico el especialista en cirugía programa para manejo quirúrgico: gastrectomía subtotal radical, explicando los riesgos del procedimiento quirúrgico incluyendo: infección, sangrado, peritonitis, fistulas, hernias, incluso la muerte.*

De conformidad a la información brindada por los expertos en la materia y que obra en el proceso de la referencia, el lapso que transcurrió entre la primera consulta, entre la consulta en donde refiere que lleva 8 años con síntomas gástricos (09 de octubre de 2008) y el diagnóstico a partir de la endoscopia (12 de enero de 2011), no es aceptable ni razonable tal demora, al margen de que se tratase de dicha patología.

*Si partimos de que el diagnóstico está constituido por “el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por la paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones de aquel”; y cuya fase de la intervención del profesional de la salud suele comprender “la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la anamnesis, vale decir la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes”, para la Sala es claro que, de acuerdo con lo consignado en la historia clínica en el caso bajo análisis, el servicio de salud prestado por la EPS SOS y Comfamiliar Risaralda no fue el adecuado según la *lex artis* para asistir convenientemente a un paciente con graves y constantes dolencias gástricas que se prolongaron por varios años. Pues, hubo falta de diligencia para realizar un diagnóstico temprano de la enfermedad sufrida por el paciente y así hubiera podido iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado con la posibilidad de ser favorable, pues de ser así, en este tipo de patologías disminuye la tasa de mortalidad.*

Comoquiera que la pérdida de oportunidad reclamada por los demandantes fue consecuencia de una falla en la prestación del servicio de la EPS SOS y Comfamiliar Risaralda, por lo cual están llamadas a reparar a los demandantes, en la medida que la pérdida de oportunidad de sobrevivida de dicho paciente les es imputable jurídicamente.

Así las cosas, la pérdida de oportunidad de sobrevivida del señor Oswaldo Antonio Gómez comporta un daño antijurídico imputable a la E.P.S. SOS y Comfamiliar Risaralda, toda vez que no se hallaba en la obligación de que se extinga su posibilidad de evitar el evento fatal, circunstancia que, necesariamente, conduce a confirmar la sentencia de primer grado y a declarar su responsabilidad, no siendo de recibo los argumentos expuestos en los recursos de apelación, pues el análisis probatorio fue razonado y en conjunto.

“...” (negritas y subrayas no originales de la sentencia citada)

En este orden de ideas, **contrario a la conclusión a la que arribó la *a quo***, la parte demandante sí demostró la falla del servicio en la que incurrieron las entidades demandadas, y en caso de que a criterio de la Sala de decisión del Tribunal, no se haya acreditado plenamente la falla del servicio, de manera subsidiaria sí se acreditó la pérdida de oportunidad para la paciente Yuliana Escalante Carmona; que era precisamente la carga con la cual debía cumplir la parte demandante, para abrirse paso de esa forma el derecho a ser indemnizados quienes fungen como pleiteantes por activa en este proceso, por lo que se suplica a la Sala de Decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda, que **revoque la sentencia objeto de apelación, para que en su lugar se declare la responsabilidad de las demandadas, y con ello, salga avante la pretensión indemnizatoria deprecada en el libelo demandatorio.**



RABINDRANATH COBO RAMOS
ABOGADO - UNIVERSIDAD LIBRE

Especialista en Derecho Administrativo, Constitucional y Derechos Humanos – Fundación Universitaria del Área Andina

Con sentimientos de respeto hacia la Honorable Sala de Decisión,

Respetuosamente,

RABINDRANATH COBO RAMOS

C.C. Nro. 11.797.416 de Quibdó

T.P. Nro. 184729 del C. S. de la J.