

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

MAGISTRADA PONENTE: KATIA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ GARCÉS

RADICACIÓN:	76001-33-33-004-2015-00140-01
DEMANDANTE:	Martha Cecilia Mosquera Muñoz y otros
APODERADO:	Ximena Leal Tello ximendaleal79@hotmail.com blbasesoresjuridicos@gmail.com
DEMANDADO:	Hospital Universitario del Valle Evaristo García notificacionesjudiciales@huv.gov.co responsabilidadmedica@huv.gov.co La Previsora Compañía de Seguros S.A. notificacionesjudiciales@previsora.gov.co
MEDIO DE CONTROL:	Reparación directa
TEMA:	Responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico

Sentencia No.55.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García y la llamada en garantía La Previsora S.A. en contra de la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, en la siguiente forma:

PRIMERO: DECLARAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA administrativamente responsable de la pérdida de oportunidad con ocasión de los hechos acaecidos el 28 y 29 de agosto de 2013, relacionados con la atención médica brindada al señor JUAN PABLO MOSQUERA.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E. a indemnizar los perjuicios causados a los demandantes por concepto de pérdida de oportunidad:

Martha Cecilia Mosquera Muñoz	50 smlv
Asli Stefania Berrio Sánchez	50 smlv
Guillermo Berrio Mosquera	25 smlv
José Rodrigo Mosquera Muñoz	17.5 smlv

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones.

CUARTO: NO CONDENAR en costas, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: Se dará cumplimiento a esta Sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Una vez en firme esta sentencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias dejando las constancias del caso, previo al registro el sistema Siglo XXI.

SÉPTIMO: Contra esta providencia procede el recurso de apelación de conformidad con el artículo 243 del CPACA y de acuerdo con las reglas del 247 ib.

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1.- Las pretensiones

En escrito radicado el 22 de mayo de 2015 los señores Martha Cecilia Mosquera Muñoz, Ingrid Sánchez en representación de la menor Asli Stefania Berrio Sánchez, Guillermo Berrio Mosquera y José Rodrigo Berrio Mosquera¹ mediante apoderada judicial, solicitaron que se declare la responsabilidad del Estado por los graves perjuicios morales y materiales causados por la no prestación adecuada y oportuna de la atención médica y asistencial que conllevó a la muerte del señor Juan Pablo Berrio Mosquera. En consecuencia, solicitaron que se condene al pago de perjuicios morales y daño a la vida en relación la suma de 100 SMLMV para cada uno.

De igual manera, por daños materiales en los conceptos de daño emergente y lucro cesante la suma de ciento catorce millones quinientos cuarenta y cuatro mil ciento setenta y dos pesos m/cte (114'544.172), los cuales serán indexados al momento del fallo condenatorio.

1.2.- Los hechos:

En síntesis, son los siguientes:

El señor Juan Pablo Berrio Mosquera quien era pintor de profesión, el 28 de agosto de 2013 hacia las 10:30 pm transitaba en su bicicleta por el barrio La Esperanza de la ciudad de Cali, cuando recibió un impacto de bala a la altura del abdomen por desconocidos, para lo cual, fue llevado inmediatamente al Hospital Carlos Carmona Montoya de esa misma ciudad.

¹Folios 45 a 56 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

Refirió que, en ese Hospital no le brindaron atención y lo remitieron a las 11:18 pm de ese mismo día hacia el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, donde ingresó al servicio de urgencias a las 11:55 pm de la misma fecha.

Informó que, la atención brindada por parte del Hospital Universitario del Valle Evaristo García al señor Berrío Mosquera fue precaria, ya que después de su ingreso, esto es, a las 11:55 pm, solo se le realizó una observación general de su situación por parte de un paramédico que lo ingresó al hospital, pero hasta minutos antes del momento de su muerte, no se realizaron procedimientos, maniobras o exámenes acordes a su condición de salud, todo lo anterior, de acuerdo a lo obrante en la historia clínica.

Señaló que, entre la media noche y las 2:30 am del 29 de agosto de 2013, al señor Berrío Mosquera se le realizó un RX de tórax; sin embargo, en la historia clínica no está acreditado el resultado, pues los galenos no lo relacionaron en la atención médica brindada, además, el paciente tenía hipertensión y presión arterial baja a causa de la pérdida de sangre.

Manifestó que, siendo las 6:15 am del 29 de agosto de 2013, cuatro horas después de la última revisión médica, en la historia clínica se referencia que el paciente se encuentra pálido, diaforético sin pulso radial y con dificultad respiratoria, adicionalmente, tenía descompensación aguda y requería intervención quirúrgica de urgencia.

Indicó que, de acuerdo a los ruegos de la señora Martha Cecilia Mosquera y debido al mal estado de salud de su hijo, el cual venía agravándose y por no haber sido atendido a tiempo, a las 6:30 am del 29 de agosto de 2013, ingresó el paciente a la sala de cirugía, el cual en ese momento ya no tenía ritmo cardíaco, por lo tanto, procedieron a hacer maniobras de reanimación, es intubado por un médico residente, se le realizaron desfibrilaciones, masajes cardíacos, y se deja la anotación de que el paciente fue recibido en malas condiciones y sin signos.

Refirió que, conforme a la historia clínica del señor Berrío Mosquera, se presentan irregularidades ya que, tiene consignadas dos horas de deceso diferentes, una a las 7:15 am y otra a las 7:18 am, ambas del 29 de agosto de 2013. El primer dato certificado por la doctora Jessica Correa con registro médico 731121/10, mientras que la segunda hora no tiene información de la persona que diligenció o el responsable del procedimiento. Situación que demuestra el inadecuado manejo de la historia clínica, donde se puede concluir la inoportuna atención médica brindada, donde el paciente después de 7 horas sin prestarle el servicio

médico requerido colapsó y falleció, presentado de esta forma la falla del servicio médico asistencial.

Finalmente manifestó que, el señor Juan Pablo Berrio Mosquera vivía en el barrio La Independencia cerca al lugar de los hechos, convivía con su hermano, su madre y un tío, donde los dos últimos dependían económicamente de él. Así mismo, era padre de la menor Asly Estefanía Berrio Sánchez por quien también velaba. Reiteró que, todos sus familiares han sido afectados emocional y económicamente, puesto que, el señor Berrio Mosquera, era quien trabajaba arduamente para contribuir con el sostenimiento del hogar y de las necesidades de sus familiares.

2.- Actuación procesal y contestación de demanda

Por auto del 24 de julio de 2015, se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al extremo pasivo Hospital Universitario del Valle Evaristo García, y al Ministerio Público. Así como también, se corrió el traslado para contestar la demanda.

La parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García mediante escrito radicado el 7 de octubre de 2015², manifestó que se oponía a cada una de las pretensiones de la demanda por considerarlas ajenas a la realidad de los hechos ocurridos, además, porque dicha entidad desde ningún punto de vista es responsable de los daños que se le imputaron, por lo tanto, solicitó que sean negadas dichas pretensiones y como consecuencia de ello, no se condene al pago de suma alguna de valor y por el contrario se condene en costas a la parte demandante.

De igual manera, sustentó que en el presente caso se estaba frente al título de imputación denominado falla en el servicio médico la que debía ser probada del servicio, lo cual no se realizó.

Por otra parte, propuso la excepción inexistencia de falla en el servicio médico prestado, para la cual manifestó que, al señor Berrio Mosquera a pesar de su condición clínica por la cual fue remitido al servicio de urgencias, se le brindó la atención médica correspondiente con los profesionales especializados, los cuales agotaron todos los recursos con el fin de recuperar la patología del paciente, pero a pesar de todos los esfuerzos para salvaguardar su vida no se logró.

Así mismo, sustentó la inexistencia del nexo causal como elemento de responsabilidad, al respecto, consideró que los médicos del Hospital actuaron

²Folio 77 -92 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

conforme a la *Lex Artis*, por lo tanto, se perdió el nexo de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y el actuar diligente de los médicos, de tal manera, que no se debe imputar la responsabilidad a la entidad demandada y por consiguiente no se debe condenar al pago de suma indemnizatoria, cuando está debidamente probado que el actuar del cuerpo médico cumplió con los protocolos y el paciente llegó herido de bala, además, había consumido cocaína.

De igual manera, atacó las pretensiones de la demanda, en el sentido de indicar que al verse probado el rompimiento del nexo casualidad entre el daño sufrido y actuar medico se podría concluir que lo que se presentó fue un caso fortuito. Igualmente, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, para lo cual reiteró que al señor Berrio Mosquera se le brindó de manera oportuna y adecuada la atención que requería por parte de los especialistas, tal como se puede constatar en la correspondiente historia clínica.

Por otra parte, llamó en garantía a la aseguradora La Previsora S.A. Compañía de Seguros teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en vigencia de las pólizas con cobertura por valor aproximado de \$2.000.000.000. Por lo tanto, mediante auto del 18 de marzo de 2016³, se admitió el llamamiento en garantía.

De acuerdo con lo anterior, la aseguradora La Previsora S.A. contestó el llamamiento en garantía⁴, para lo cual, manifestó que se opone a que se declare responsable al Hospital Universitario del Valle Evaristo García, ya que, según los documentos aportados en el proceso se evidencia que el lamentable fallecimiento del señor Berrio Mosquera fue consecuencia de la herida por proyectil de arma de fuego, y no de alguna falla en la prestación del servicio médico, para concluir que, la atención brindada por la institución médica fue oportuna, diligente, cuidadosa y ajustada a los protocolos médicos.

Igualmente, refirió que los perjuicios materiales reclamados por la parte actora no se encuentran acreditados, y que además las sumas reclamadas desbordan los lineamientos fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De igual manera, coadyuvó las excepciones propuestas por la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García en su escrito de contestación, para concluir que se le debe exonerar de toda responsabilidad, puesto que, se tiene demostrado que el actuar del cuerpo médico fue diligente y oportuno.

³Folios 23 -cuaderno llamamiento en garantía- Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

⁴Folios 30 a 47 - cuaderno llamamiento en garantía- Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

Por otra parte, propuso las excepciones denominadas inexistencia de cobertura de las pólizas, al respecto, manifestó que la reclamación al asegurado no se formuló durante la vigencia de ninguno de los contratos esgrimidos por el Hospital Universitario del Valle Evaristo García con la aseguradora.

Así mismo, alegó la exclusión del amparo de la póliza, al considerar que la misma no tiene cobertura cuando se declara la responsabilidad médica, para ello, citó partes de la póliza donde se excluye el pago que provengan de las reclamaciones y/o indemnizaciones que el asegurado tenga que pagar por daño materiales y/o lesiones corporales que deriven de actos médicos practicados en vigencia de la póliza.

3.- Los alegatos de primera instancia

La llamada en garantía La Previsora S.A.⁵ reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para lo cual, hizo un recuento de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, para concluir que si bien es cierto, se produjo un daño antijurídico éste no obedeció a la prestación del servicio médico que le suministró el personal médico del Hospital demandado, de tal manera, que se perdió el nexo de causalidad del daño antijurídico toda vez que, no se probó que la atención médica no haya sido diligente y oportuna, ya que, al revisar la historia clínica del señor Berrio Mosquera se evidencia los tiempos en que se le suministraron los procedimientos y diagnósticos.

Lo anterior, para que se denieguen todas las pretensiones de la demanda y se declare probadas todas las excepciones propuestas por la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García y consecuentemente se declare que La Previsora S.A. no está obligada a cancelar indemnización alguna a la parte demandante, y que, en el caso en el que se condene a la parte demandada, se tenga en cuenta la inexistencia de las coberturas de las pólizas de aseguramiento.

De igual manera, la parte demandante⁶ alegó de conclusión, para lo cual, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en las otras etapas procesales, así como también hizo referencia a las pruebas obrantes en el proceso, con el fin de solicitar que se declare la responsabilidad de la entidad demandada, por la falla en la prestación del servicio médico que se le suministró al señor Berrio Mosquera, el cual estuvo más de siete horas a la espera de un intervención quirúrgica que no llegó en su debido momento, lo cual le ocasionó

⁵Folios 168 a 176 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

⁶Folios 177 a 184 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

la muerte, produciendo de esta manera el daño antijurídico que no tenía que soportar él ni su familia.

De otra parte, hizo referencia a la pérdida de oportunidad, al respecto, trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que éste se constituye como un daño autónomo e independiente, que para el caso se probó con la falla en el servicio que le causó la muerte al señor Berrio Mosquera, pues la pérdida de oportunidad tiene implícitamente la condición de un servicio médico asistencial mal prestado, con negligencia, con impericia o una simple omisión de la prestación del servicio, siendo este el nexo de causalidad del daño antijurídico sufrido por la parte demandante.

Finalmente, refirió que con los testimonios obrantes en el proceso se demostró los perjuicios morales sufridos por la familia, así como también, con el material probatorio aportado con la demanda se da certeza que, el señor Berrio Mosquera fue intervenido hasta el momento en que llegó al estado de shock hipovolémico y sin signos vitales, para lo cual, se debieron hacer maniobras de reanimación, que ya fueron tarde para evitar el fallecimiento del paciente.

La parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García y el Ministerio Público guardaron silencio.

4.- La sentencia recurrida

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali⁷ declaró administrativamente responsable al Hospital Universitario del Valle Evaristo García de la pérdida de oportunidad con ocasión de los hechos acaecidos los días 28 y 29 de agosto de 2013, relacionados con la atención médica brindada al señor Juan Pablo Berrio Mosquera.

De acuerdo con lo anterior, condenó a la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García a pagar a la madre y a su hija la suma de 50 SMLMV a cada una de ellas, a su hermano 25 SMLMV y a su tío 17.5 SMLMV por concepto de pérdida de oportunidad.

Las demás pretensiones fueron negadas, así como tampoco condenó en costas.

⁷Folios 186 a 195 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

5.- El recurso de apelación

Inconformes con la anterior decisión los apoderados de la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García⁸ y de la llamada en garantía La Previsora S.A.⁹ interpusieron recurso de apelación.

El apoderado de la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, puesto que, consideró que el juez imputó la responsabilidad de su representada bajo argumento de una supuesta tardanza en una atención oportuna, para la cual realizó una imputación de manera objetiva, pues como el mismo juez lo indicó en el proceso no obra una prueba que pudiera determinar si la intervención del paciente se produjo dentro de un término adecuado, dejando de la lado los protocolos médicos que si se cumplieron, tales como, la valoración y apoyo en paraclínicos.

Reiteró los argumentos expuestos en otras etapas procesales, para lo cual refirió que el paciente fue atendido de manera oportuna por parte de los médicos especializados y multidisciplinario quienes trabajaron en busca de mejorar o recuperar las condiciones patológicas del señor Berrio Mosquera, tal y como reposa en la historia clínica, por lo tanto, concluyó que no se probó la existencia de la falla en el servicio médico prestado.

Por otra parte, sustentó su inconformidad por la condena impuesta con ocasión a la pérdida de oportunidad, puesto que, consideró que el juez olvidó que debe existir plena certeza de la existencia de una oportunidad, por lo tanto, en el presente caso no se probó que si se hubiera intervenido al señor Berrio Mosquera una vez ingresara a la Institución éste hubiera sobrevivido, situación que no fue desplegada de manera certera, pues el juez solo basó su decisión en indicar que el paciente fue privado de una oportunidad de vida porque la atención fue suministrada siete horas después de la llegada, cuando la historia clínica indica que desde su ingreso se le prestó la atención requerida.

Finalmente, reiteró que no existe un nexo de causalidad entre el hecho y el daño, ya que, las patologías y complicaciones presentadas por el señor Berrio Mosquera ya eran preexistencias a la atención que le brindó el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, institución que solo pretendía mejorar su condición de salud aplicando las reglas de la *Lex Artis*.

⁸Folios 196 a 204 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

⁹Folios 186 a 195 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

Por su parte, el apoderado de La Previsora S.A. solicitó que se revoqué el fallo de primera instancia declarando probadas las excepciones propuestas por la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García, así como también, que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

Manifestó que, el Juez de primera instancia hizo una valoración desacertada y descontextualizada de las pruebas, ya que, revisado el acervo probatorio no se logró demostrar la falla del servicio imputada, por el contrario, basó su decisión en un «oficio» entregado por el Subdirector de Urgencias al Director de Historias Clínicas de la institución demandada, donde informó los protocolos médicos establecidos para la atención de urgencia; sin embargo, revisada la historia clínica del señor Berrio Mosquera se evidencia que nunca requirió de atención inmediata sino un manejo conservador a su patología, situación que se ofreció al paciente. Igualmente, en dicha respuesta el médico nunca afirmó haber revisado la historia clínica para concluir que requería de una intervención de urgencia.

Por otra parte, consideró no estar de acuerdo con la decisión del juez, puesto que, inaplicó el principio de congruencia, ya que desconoció el petitum de la demanda, el planteamiento realizado con la fijación del litigio y el problema jurídico. Al respecto, trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que dicho principio tiene como finalidad, encontrar concordancia y armonía entre lo pedido y lo probado para garantizar un debido proceso, además indicó que, la parte resolutive de la sentencia debe contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones para dar una certeza jurídica y evitar decisiones dudosas.

Por su parte, refirió que en la fijación del litigio se planteó el siguiente problema jurídico «¿Es responsable administrativa y extracontractualmente la entidad demandada por los daños padecidos por los demandantes por la muerte del señor Juan Pablo Berrio Mosquera como consecuencia de la presunta no prestación oportuna y adecuada en el servicio médico brindado los días 28 y 29 de agosto de 2013? » Por lo tanto, el litigio estaba dirigido a estudiar si hubo o no un daño pleno en la salud del Señor Berrio Mosquera, pero nunca se previó la posibilidad de pérdida de oportunidad que de manera generosa el juez adecuó y precisó en la sentencia.

De acuerdo con lo anterior, refirió que, si desde un comienzo se hubiera planteado el problema en ese sentido, la defensa técnica se había orientado a demostrar con pruebas pertinentes la inexistencia de la posibilidad de sobrevivencia del paciente, teniendo en cuenta, su complicación en el cuadro clínico presentado. De igual manera, indicó que, en la sentencia se puede

evidenciar que el juez ni siquiera tuvo una idea clara de que había o no una posibilidad de sobrevivencia para el enfermo, por lo tanto, no existían elementos técnico – científicos para concluir la pérdida de oportunidad.

En consecuencia, solicitó desestimar el reconocimiento de perjuicios dado a los demandantes, puesto que, no se logró acreditar la pérdida de oportunidad.

Por otra parte, manifestó que el juez omitió hacer un análisis del contrato de seguro por el cual su representada fue llamada en garantía. Al respecto, reiteró los argumentos expuestos en la contestación y alegatos de conclusión, para deducir que, las pólizas 1008804 y 1010647 tienen la modalidad de contrato denominada *claim made*, para lo cual explicó que, si bien las pólizas se encontraban vigentes para la ocurrencia de los hechos, no lo estaban para el momento de la reclamación extrajudicial efectuada por la institución de salud asegurada, razón por la cual el contrato mencionado no ofrece cobertura para los hechos que sustentan la demanda.

Igualmente, manifestó que las pólizas cuentan con unos límites máximos de cobertura por daños extrapatrimoniales al monto de \$200'000.000 por evento y \$400'000.000 por vigencia, por lo tanto, en el evento en que se hicieren efectivas no pueden superar la suma mencionada y si la condena estuviera por fuera del límite se generaría una exclusión absoluta, de conformidad con lo establecido en el contrato de seguro, el cual debe primar por ser ley para las partes.

6.- Trámite de segunda instancia

Mediante auto del 4 de febrero de 2020¹⁰ se concedió, en efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García y la llamada en garantía La Previsora S.A. Lo anterior, por cuanto las partes no presentaron acuerdo conciliatorio en la audiencia de celebrada en esa misma fecha.

El mencionado recurso fue admitido mediante proveído del 20 de enero de 2021¹¹ en el que además luego de su ejecutoría, se ordenó correr traslado común a las partes por el término de diez días para alegar de conclusión, y vencido éste, se surtió el término al Ministerio Público para emitir concepto, toda vez que, consideró innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento.

¹⁰Folio 214 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

¹¹Folio 220 Expediente físico

La parte demandante presentó alegatos de conclusión¹² en los cuales solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que existió un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado, que, para el caso, fue la muerte del señor Juan Pablo Berrio Mosquera. Por lo tanto, reiteró que la relación de causalidad entre la falta de atención médica y la muerte del señor Berrio Mosquera por la falla en el servicio, fue la justificación de la pérdida de oportunidad, que se configuró en la medida en que se iniciaron actos de atención en salud luego de siete horas de espera y cuando el paciente ya no tenía signos vitales.

Explicó que, si se hubiera realizado una valoración y diagnóstico oportuno, el paciente no hubiera llegado al estado de «shock hipovolémico», pues a pesar de que el señor Berrio Mosquera tenía una orden médica de realizar una laparotomía de carácter urgente, ésta sólo se ejecutó siete horas después, lo cual indica que, si bien esto no garantizaba que se hubiera evitado la muerte, si pudo haber significado una oportunidad de corregir la patología detectada.

Del mismo modo, la llamada en garantía La Previsora S.A.¹³ presentó alegatos de conclusión en los cuales solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, al respecto reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación, relacionados como primera medida, con la fijación del litigio, la violación al principio de congruencia, la indebida valoración de las pruebas, el incorrecto estudio de los elementos que componen la pérdida de oportunidad, y como segunda medida confirmó lo expuesto con relación al contrato y las pólizas de aseguramiento que conformaron con la institución médica demandada.

Anudado a lo anterior, manifestó que se vulneró el derecho al debido proceso, puesto que, si el juez en la fijación del litigio hubiera planteado la posibilidad de una pérdida de oportunidad, los argumentos de defensa se hubieran orientado en ese sentido.

Con relación a los elementos que componen la pérdida de oportunidad, indicó que, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha establecido que elementos son los siguientes: «i) certidumbre respecto a si el beneficiario o perjuicio se iba a recibir o a evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; y iii) certeza sobre la extinción irreversible de la posibilidad».

De acuerdo con lo anterior, consideró que el juez de primera instancia sustentó la pérdida de oportunidad sin tener una prueba científica de que el paciente

¹²³_ALLEGAMEMORIAL_ALEGATOSDECONCLUSI(.PDF) NroActua 9

¹³⁵_ALLEGAMEMORIAL_ALEGATOSDECONCLUSI(.PDF) NroActua 10

tenía siquiera una oportunidad de sobrevivir y que la misma fue frustrada por la institución médica. Por lo tanto, y luego de quedar evacuada dicha comprobación, se debió analizar proporcionalmente el provecho que le fue negado al afectado, con el fin de determinar la cuantía a compensar.

Así mismo, reiteró que en caso en que no se revoque la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar al Hospital Universitario del Valle Evaristo García, solicitó que se tengan en cuenta los parámetros generales y particulares establecidos en las pólizas constituidas entre la entidad demandada y la aseguradora.

Finalmente, reiteró los argumentos relacionados con el contrato de aseguramiento llevado a cabo el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, para concluir que, en caso de que el fallo sea de carácter condenatorio se tenga en cuenta las condiciones establecidas en las pólizas, para lo cual resaltó la inexistencia de cobertura, la suma amparada y el deducible pactado en el contrato.

Por su parte, el Hospital Universitario del Valle Evaristo García¹⁴ presentó alegatos de conclusión, en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, para lo cual, manifestó que la parte demandante no logró demostrar cada una de las afirmaciones planteadas en la demanda, ya que no acreditó la supuesta falla en la prestación del servicio de salud; sin embargo, el juez de primera instancia, hizo una valoración de las pruebas sin verificar la situación del caso en concreto, pues la entidad si cumplió por cuanto, se encargó de atender de manera diligente con el despliegue desde su ingreso con recursos técnicos y médicos para recuperar las condiciones patológicas del paciente, pero que lamentablemente y debido a una falla sistémica que no pudo ser evitada o mitigada por los profesionales de la salud se produjo la muerte del señor Barrio Mosquera.

De igual manera, refirió que no existe un nexo causal entre la prestación del servicio médico y el daño aducido por la parte actora, puesto que, en la historia clínica se evidencia que el señor Berrio Mosquera presentaba lesiones por arma de fuego, por lo cual los problemas que posteriormente se presentaron, no fueron a causa del actuar médico, sino que obedecieron a complicaciones médicas propias de la patología que presentaba el paciente.

Finalmente, manifestó que, con relación al llamamiento en garantía, solicitó que en caso que se declare la responsabilidad y se condene al reconocimiento de perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, se ordené a La Previsora S.A., al

¹⁴10_ALLEGAMEMORIAL_ALEGATOSDECONCLUSI(.PDF) NroActua 12

pago de las sumas de dinero reconocidas, de conformidad con los términos y condiciones pactados en el contrato de seguro que sirvió de sustento para la vinculación procesal.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 15¹⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 320¹⁶ del Código General del Proceso, la Sala se suscribirá al estudio de las razones de disenso planteadas y expuestas contra la decisión de primera instancia por la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García y la llamada en garantía La Previsora S.A.

2. Validez de la prueba recaudada

El material probatorio que se adjuntó con la demanda y el auto de pruebas, fue sometido a contradicción de las partes, por lo tanto, será valorado con base en el principio de la comunidad de la prueba, las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

Lo anterior conforme con la providencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013¹⁷, según la cual: «en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas».

3. Problema jurídico

La Sala debe establecer, con fundamento en los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García y la llamada en garantía La Previsora S.A., si éstas son

¹⁵ Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio.

¹⁶ Artículo 320. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente: 05001-23-31-000-1996-00659-01 (25.022), M.P.: Enrique Gil Botero.

administrativamente responsables por los daños y perjuicios causados a la parte demandante ocasionada por la falla en la prestación del servicio de salud.

4. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia al considerar que en el presente caso se lograron acreditar los presupuestos de la pérdida de oportunidad derivada de la falla en la prestación del servicio de salud por parte del Hospital Universitario del Valle Evaristo García, debido a que las falencias en la atención idónea y la omisión en el cuidado especial que requería el paciente Juan Pablo Berrio Mosquera, fueron relevantes para que generará su fallecimiento.

5. Marco normativo y jurisprudencial

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

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

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

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

El Consejo de Estado sobre este tópico ha dicho:

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

(...)

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la

imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo¹⁸.

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

Sobre dicha temática refirió el Consejo de Estado en Sentencia del 27 de abril de 2011¹⁹, lo siguiente:

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

Así mismo, en sentencia del 28 de abril de 2011²⁰ con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt, el máximo Tribunal de esta Jurisdicción explicó:

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

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

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, 26 de febrero de 2015. Radicación: 68001-23-15-000-1999-02617-01.

¹⁹ C.E., Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07622-01 (19846).

²⁰ C.E., Sección Tercera, Subsección B, Radicación número: 47001-23-31-000-1994-03766-01 (19963).

Conforme a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado la falla del servicio corresponde al título jurídico de imputación por excelencia para determinar si existe una obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que este título es mecanismo idóneo para determinar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

6.- Análisis probatorio y resolución del caso concreto

6.1. El daño

En el caso concreto y de conformidad con lo acreditado en la historia clínica se tiene demostrado que el señor Juan Pablo Berrio Mosquera ingresó al centro hospitalario demandado a las 11:30 pm del 28 de agosto de 2013, con atención previa del Hospital Carlos Carmona Montoya, presentando una lesión por arma de fuego a nivel toraco abdominal, por lo que se decide pasar a turno quirúrgico para exploración de diafragma y laparotomía por presentar «emesis con características de concho de café».

De igual manera, y de acuerdo a la epicrisis de la historia clínica²¹, se tiene demostrado que el señor Berrio Mosquera después de siete horas de espera para ingresar a cirugía, esto es las 6:15 am del 29 de agosto de 2023, y debido a su empeoramiento de salud que lo conllevó a presentar un shock hipovolémico fue ingresado al quirófano de manera inmediata, donde luego de varios procedimientos médicos como resucitación e intubación el paciente fallece, con lo cual se encuentra acreditado el daño.

6.2. La falla del servicio y el nexo de causalidad

Establecido el daño antijurídico, corresponde analizar si el mismo le es atribuible a una acción u omisión desplegada por el Hospital Universitario del Valle Evaristo García conforme se solicitó su estudio en el recurso de apelación.

En el presente asunto, se tiene que la demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García consideró que con las pruebas allegadas al plenario se llega a la conclusión que el servicio médico prestado al señor Juan Pablo Berrio Mosquera fue ofrecido de manera eficiente y oportuno, de igual manera, sustentó que desde el momento en que llegó el paciente al servicio de urgencia

²¹ Folios 494 a 495 Archivo 08Expediente digital 8 y folios 496 a 497 Archivo 09Expediente digital 9

estuvo monitoreado por el personal médico y que se le realizaron los exámenes pertinentes.

A fin de establecer si se presentó la falla en el servicio médico y el nexo de causalidad en el presente caso, la Sala hará un análisis de las actuaciones desplegadas por la entidad demandada.

En el acervo probatorio presente en el expediente, del cual hacen parte las copias de las historias clínicas elaboradas por el personal médico del Hospital Carlos Carmona Montoya²² y el Hospital Universitario del Valle Evaristo García²³, se refiere que el señor Juan Pablo Berrio Mosquera ingresó a la institución médica demandada a las 11:30 pm del 28 de agosto de 2023, con atención previa del Hospital Carlos Carmona, presentando una lesión por arma de fuego, fue atendido en la Unidad de Trauma, donde se indicó que debido a su diagnóstico la conducta a seguir sería ingresarlo a «turno quirúrgico para revisión de diafragma + laparotomía, EKG, troponinas, RX de Tórax, reserva de 2 UGR, Hb y HTC».

Más adelante se observa que siendo las 6:15 am del 29 de agosto de 2023, en la historia clínica se consigna que el paciente se encuentra con las siguientes características: «paciente pálido, diaforético sin pulso radial, polipneico, con dificultad respiratoria HPAF inferior reja costal izquierda, hematemesis franca con SV: FC 132/min», por lo tanto, requiere ingreso de inmediato a intervención quirúrgica.

En seguida, esto es, a las 6:35 am ingresó a la sala de operaciones, donde durante su intervención quirúrgica ingresó en estado de choque hipovolémico para la cual, se inició «toracotomía de resucitación, clampeo de aorta, masaje cardíaco, luego laparotomía para manejo de lesiones sin lograr recuperación de mas de 40 minutos de masaje, desfibrilación y RCCP», pero lamentablemente fallece a las 7:18 am del 29 de agosto de 2023.

Conforme con las pruebas que anteceden se encuentra acreditado que la atención prestada al accionante no fue oportuna y eficiente, toda vez que, no se le realizó la intervención quirúrgica de manera prioritaria, ya que es evidente que el servicio médico de la entidad demandada tardó aproximadamente siete horas en ingresar al paciente quien presentaba un diagnóstico que requería de manera urgente una evaluación y exploración a través de una laparotomía, ya que tenía la probabilidad del 98% de tener una lesión de un

²²Folios 4 Archivo 001 Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

²³Folios 8 a 23 Archivo 001 Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

órgano intraabdominal, la cual podría generar un sangrado activo o daño del intestino que debe ser corregido de manera inmediata.

Lo anterior, se puede concluir de acuerdo al oficio expedido por el subdirector del servicio de Urgencias del Hospital Universitario del Valle Evaristo García²⁴ donde informó los protocolos a seguir en los casos con diagnóstico de herida por arma de fuego en abdomen y región toracoabdominal, situación que aplica para el presente caso.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la entidad demandada, Hospital Universitario del Valle Evaristo García es la llamada a responder por el daño causado al demandante, toda vez que, quedó demostrado que no se cumplieron con los protocolos establecidos por la misma institución para el manejo de pacientes con herida por arma de fuego en la zona abdominal, lo cual generó que se le privará de la oportunidad de vivir.

Por lo tanto, si bien es cierto que de conformidad con el informe pericial de necropsia²⁵ la causa de la muerte del señor Berrio Mosquera fue la herida por arma de fuego toraco abdominal, lo cierto es que, la omisión en la atención médica de urgencia que requería el paciente fue la causa de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance de recuperar su salud.

Ahora bien, con relación al concepto de la pérdida de oportunidad el Consejo de Estado²⁶, ha considerado que:

En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e

²⁴Folios 1 del CD obrante en índice 148

²⁵Folios 26 a 29 Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.646.

indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...)

De igual manera, el Alto tribunal en pronunciamiento del 12 de diciembre de 2022²⁷, reiteró que la pérdida de oportunidad como el daño jurídicamente indemnizable que alude a aquellos eventos en que una persona está en una posición apta para obtener un provecho o impedir una pérdida pero que, con ocasión de un acto u omisión de un tercero, la consolidación de dicha posibilidad se frustra de manera definitiva. La pérdida de oportunidad no parte entonces de la existencia de un derecho subjetivo que se ve afectado por una conducta antijurídica, sino de la frustración de una posibilidad o legítima expectativa de concretar un derecho subjetivo o de impedir la pérdida.

Se reitera que, el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo corresponde a una línea jurisprudencial consolidada desde el año 2010 en la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸; en aquellos casos en los que cobra mayor fuerza la incertidumbre acerca del beneficio que pudo obtener la víctima, que la prueba del nexo causal entre la pérdida de oportunidad y la actuación de la Administración, razón por la cual, en el caso que se examina, dicha línea se acoge plenamente²⁹.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A Consejero ponente: José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022) Exp.59776.

²⁸ Ver por ejemplo Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 12 de julio de 2012. Exp. 15.024. C.P. Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2020. Exp. 21.554, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 5 de marzo de 2021. Exp. 39.249. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, entre otras.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 14 de marzo de 2013, exp. 25000-23-26-000-1999-00791-01 (23632) y del 9 de octubre de 2013, exp. 25000-23- 26-000-2001-02817-01 (30286) CP: Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, exp. 25000232600020000215101, CP: Ramiro Pazos Guerreiro;

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto se confirmará la tesis del juez de primera instancia, ya que se logró demostrar que la indemnización de los perjuicios no surge de la muerte del señor Berrio Mosquera, sino por el perjuicio autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que se cercenó al no ser atendido de manera diligente y oportuna de conformidad con la patología que presentaba, la cual era evidente que requería una intervención quirúrgica de urgencia.

Así las cosas, dado que el retardo de la entidad le restó oportunidades al paciente de sobrevivir, pues resulta importante destacar que la víctima duró en la sala de urgencias del hospital aproximadamente siete horas sin practicársele la intervención quirúrgica, la Sala declarará la responsabilidad de la parte demandada por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir del paciente, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa.

Ahora bien, con relación a los argumentos expuestos por la llamada en garantía en el recurso de apelación relacionados con el principio de congruencia, la Sección Tercera del Consejo en casos similares al que nos ocupa ha manifestado³⁰:

En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo antes expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor (...), sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al petitum de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte del señor Valencia Monsalve sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria correspondiente, inacción que, precisamente equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base fáctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad, en cuanto a través de ellas se ha solicitado que se declare "... que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA –Servicio Seccional de Salud– y el HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina – Antioquia, son solidaria y administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes ..." (Se subraya y se resalta), daños que, naturalmente, deben tener origen directo en los hechos de la demanda, entre los cuales se encuentra, según se ha explicado y bueno es reiterarlo, el daño consistente en la tantas veces referida pérdida de oportunidad.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que para el presente caso no se inaplicó el principio de congruencia, ya que, lo que pretende la parte demandante es

Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2014, exp. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), CP: Jaime Orlando Santofimio Gambo.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. No. 18593

que declare la responsabilidad de la entidad demandada por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, daños que tuvieron origen directo con los hechos de la demanda, entre los cuales se configuró la pérdida de oportunidad.

De otro lado, con relación a la cuantificación de la indemnización impuesta por la condena realizada por juez de primera instancia, la Sala confirmará el fallo al considerar que se cuantificó en equidad tal y como lo ha hecho en casos similares el Alto Tribunal³¹, cuando se trata de la pérdida de oportunidad, así:

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la **equidad** como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998³²— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar...

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y tratar de sobrevivir, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo

Por otra parte, y de conformidad con los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y la llamada en garantía, se hará el estudio del contrato de aseguramiento y las respectivas pólizas para concluir la responsabilidad de la aseguradora.

Revisado el cuaderno del llamamiento en garantía se encontró que el mismo obedeció al contrato suscrito entre la parte demandada Hospital Universitario del Valle Evaristo García y la aseguradora La Previsora S.A., dentro del cual se expidieron tres pólizas que podrían tener relación con la fecha y actos u omisiones objeto de la presente demanda, así:

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. No. 18593

³² Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

1. Póliza 1008804, con cobertura desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 1 de enero de 2014.
2. Póliza 1009577 con vigencia del 1 de febrero de 2014 al 1 de enero de 2015, tiempo durante el cual se convocó a la audiencia prejudicial.
3. Póliza 1010647 del 15 de febrero de 2015 al 1 de enero de 2016, tiempo durante el cual se notificó la admisión de la presente demanda.

Ahora bien, luego de hacer un análisis de las coberturas de las tres pólizas previamente referidas, se concluye lo siguiente:

Con relación a la póliza No. 1008804 se encontraba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos objeto de la demanda, más no lo estaba para el momento en que los demandantes formularon la reclamación extrajudicial al ente asegurado, esto es, el 10 de septiembre de 2014, y como ese contrato opera bajo la modalidad *claims made*, el mismo solo cubre con sujeción a las demás condiciones de la póliza, es decir, hechos ocurridos durante el periodo de retroactividad, pero reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza y en este caso la Póliza 1008804 no se encontraba vigente para el momento en el que los demandantes formularon al Hospital Universitario del Valle la reclamación extrajudicial de conciliación ante la Procuraduría 20 Judicial II para Asuntos Administrativos, por lo que ese contrato de seguro no cuenta con cobertura para el objeto de la demanda.

De igual manera, la póliza No. 1010647 no cuenta con cobertura, toda vez que, ésta también cuenta con la modalidad *claims made*, lo cual quiere decir que para el momento en que se hizo la reclamación administrativa, esto es, el 10 de septiembre de 2014, dicha póliza no se encontraba vigente, ya que su fecha de expedición fue el 15 de febrero de 2015 con cobertura hasta el 1 de enero de 2016 y los hechos reclamados por la parte demandante ocurrieron el 29 de agosto de 2023, que para el caso tampoco aplicaría.

Por lo tanto, se encuentra probado que la póliza que si contaba con cobertura y vigencia era la **10095577**, ya que la misma fue expedida el **1 de febrero de 2014 hasta el 1 de enero de 2015**, por lo tanto, esta se encontraba vigente para la fecha de la reclamación administrativa. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en dicha póliza la cual tiene la característica de ser contratada bajo la modalidad *claims made*, lo que quiere decir que cubre los hechos ocurridos durante el periodo de retroactividad, esto es, **29 de agosto de 2023** fecha del fallecimiento del señor Berrio Mosquera, pero reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza, es decir, el **10 de septiembre de 2014** día en el que se radicó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 20 Judicial II para Asuntos Administrativos.

Ahora bien, revisados los escritos de sustentación del recurso de apelación y alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la llamada en garantía La Previsora S.A, causa curiosidad que no hace referencia a la póliza previamente referida No. **10095577**, por lo tanto, se procederá a hacer un análisis de la cobertura de acuerdo a las condiciones estipuladas en la misma³³ y al escrito de contestación de la llamada en garantía³⁴.

Al respecto, se tiene que la póliza 10095577 tiene un límite asegurado de máximo dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), para cubrir los siguientes eventos:

Se ampara la Responsabilidad Civil por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales (al 100%), que el asegurado cause a terceros en razón a la responsabilidad civil en que incurra como consecuencia de cualquier acto médico, derivados de la prestación de servicios profesionales de la atención en la salud de las personas, como también los que provengan de acciones u omisiones de sus empleados y/o de profesionales y/o auxiliares intervinientes con relación al acto médico en relación de dependencia a o no con el asegurado, igualmente se cubre la responsabilidad civil que provenga de un evento que cause daños materiales y/o lesiones corporales a terceros.

Rc como consecuencia de cualquier acto médico derivado de la prestación de servicios profesionales de atención en salud a las personas. Rc que provenga de acciones u omisiones de sus empleados y/o de los profesionales y/o auxiliares intervinientes, con relación al acto médico. Rc como consecuencia de asistencia médica de emergencia a persona o personas, en cumplimiento de una obligación legal y/o un deber de humanidad generalmente aceptada.

De igual manera, tiene como condición el amparo retroactivo, así:

Se amparan las reclamaciones que provengan de hechos o circunstancias ocurridas a partir de la fecha de la cual, EL ASEGURADO, suscribió por primera vez con la aseguradora, la póliza de Responsabilidad civil Servidores Públicos, actualmente vigente 31 de mayo de 2003.

Así mismo, con relación a la cláusula de descubrimiento se evidencia que:

Fecha de retroactividad al inicio de la primera póliza con la compañía siempre y cuando no haya existido continuidad del seguro. No obstante, cualquier estipulación en contrario en las condiciones generales y particulares de la póliza se conviene que las pérdidas provenientes de los amparos del seguro, se regirán por el término de descubrimiento (*claims made*) y no ocurrencia por tanto quedan debidamente amparadas todas las pérdidas que se reclamen durante la vigencia de la misma por hechos ocurridos durante la vigencia o la retroactividad contratada.

Por otra parte, su cobertura se hace extensible a actos u omisiones de los empleados de la entidad demandada, así:

Se extiende a cubrir la responsabilidad civil extracontractual del asegurado a consecuencia de los actos u omisiones cometidas por los empleados a su servicio, incluidos los temporales, ocasionales transitorios, estudiantes en práctica, durante el desempeño de sus funciones dentro de la República de Colombia y en el exterior, siendo entendido que todo juicio o demanda deberá ser entablada ante las autoridades competentes.

³³ Folios 16 a 19 y 58 a 61 - cuaderno llamamiento en garantía- Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

³⁴ Folios 30 a 47 - cuaderno llamamiento en garantía- Archivo 001Expediente digital Cuaderno denominado Contrato 104 de 2020

Finalmente, con relación al pago del deducible, se tiene que para todas las coberturas es el 10% sobre el valor de la pérdida o mínimo \$9.000.000 y para los gastos médicos: no hay deducible.

Por otra parte, revisadas toda la lista de exclusiones de cobertura del contrato de aseguramiento no se encontró alguna relacionada con los hechos de la demandada, por lo tanto y de conformidad con las condiciones relacionadas, se logra concluir que la aseguradora La Previsora S.A. está llamada a responder por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes por los hechos que dieron origen a la pérdida de oportunidad de sobrevivencia del señor Berrio Mosquera, el 29 de agosto de 2023, en las instalaciones del Hospital Universitario del Valle Evaristo García.

Ahora bien, con relación al monto de cobertura que para el caso es de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), para cubrir todas las reclamaciones que se efectúen en vigencia de la póliza y cumplan con las condiciones estipuladas en la misma, como no se tiene certeza del monto de cobertura con que contaba la aseguradora al momento de la vinculación al proceso, y en la contestación del llamamiento en garantía el apoderado manifestó que se reservaba el derecho a informar «cualquier otra demanda o reclamación que se llegare a presentar en virtud de la Póliza 1009577, utilizada como fundamento de la convocatoria, así como de los desembolsos que con cargo a esa póliza, durante la vigencia respectiva, realice mi representada por concepto de indemnización». Entonces, la aseguradora deberá reintegrar a la entidad demandada, el valor que pague efectivamente con ocasión de la presente condena, hasta el límite del valor asegurado y con aplicación del deducible pactado, conforme a la póliza de seguros 10095577.

Todo lo anterior, permite concluir que, en el presente caso se logró acreditar los supuestos de la pérdida de oportunidad, motivo por el cual la Sala confirmará la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019.

7. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el numeral 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se debería condenar en costas a la parte demandada y a la llamada en garantía La Previsora S.A. ante la no prosperidad de sus recursos de apelación; sin embargo las mismas no se encuentran acreditadas.

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

FALLA

1. MODIFICAR la sentencia del 19 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA administrativamente responsable de la pérdida de oportunidad con ocasión de los hechos acaecidos el 28 y 29 de agosto de 2013, relacionados con la atención médica brindada al señor JUAN PABLO MOSQUERA.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E. a indemnizar los perjuicios causados a los demandantes por concepto de pérdida de oportunidad:

Martha Cecilia Mosquera Muñoz	50 smlv
Asli Stefania Berrio Sánchez	50 smlv
Guillermo Berrio Mosquera	25 smlv
José Rodrigo Mosquera Muñoz	17.5 smlv

TERCERO: CONDENAR a la aseguradora La Previsora S.A. a reintegrar a la entidad demandada, el valor que pague efectivamente con ocasión de la presente condena, hasta el límite del valor asegurado y con aplicación del deducible pactado, conforme a la póliza de seguros 10095577.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: NO CONDENAR en costas, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: Se dará cumplimiento a esta Sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Una vez en firme esta sentencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias dejando las constancias del caso, previo al registro el sistema Siglo XXI.

OCTAVO: Contra esta providencia procede el recurso de apelación de conformidad con el artículo 243 del CPACA y de acuerdo con las reglas del 247 ib.

2. NO CONDENAR en costas de esta instancia.

3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen una vez ejecutoriada la presente Sentencia, previas anotaciones en el sistema informático "SAMAI".

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

KATIA ALEXANDRA DOMÍNGUEZ GARCÉS
Magistrada

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Magistrada

GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Magistrado

Este documento se firmó electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8088>