

Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2017)

Acción	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-31-004-2012-00155-01
Demandante	JUDITH CABARCAS DE LA ROSA
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Perdida de la oportunidad – omisión en el suministro de oxígeno a paciente con enfisema pulmonar – incumplimiento de fallo de tutela que amparaba derechos del paciente

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y los demandados, en contra la sentencia del 13 de enero de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1 Demandante

La presente acción, fue instaurada por las señoras JUDITH CABARCAS DE LA ROSA y ERNESTINA CABARCAS DE LA ROSA, por conducto de apoderado judicial.

2.2 Demandados

La acción, se encuentra dirigida en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y CAPRECOM.

2.3 Demanda

Las demandantes, solicitan, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

2.4 Pretensiones:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

PRIMERO: Que se condene solidariamente a CAPRECOM – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, como responsables por la muerte del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANA.

SEGUNDO: Que, en consecuencia, se condene a las accionadas, a reparar el daño ocasionado a las señoras JUDITH CABARCAS DE LA ROSA y ERNESTINA CABARCAS DE LA ROSA, representado en los perjuicios morales y materiales, actuales y futuros que resulten probados dentro del proceso.

TERCERO: Que se actualice cada uno de los rubros indemnizatorios reconocidos, en la sentencia con base en el art. 178 del CCA, y se reconozca los intereses legales.

CUARTO: Que se ordene hacer efectiva la condena, tal y como lo establecen los artículos 176 y 177 del CCA.

2.5 Hechos relevantes

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes hechos:

El señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANA, se encontraba afiliado a la EPS Subsidiada CAPRECOM y desde hace varios años venía sufriendo una afección pulmonar crónica, por la cual, el médico tratante la había autorizado, mediante orden médica del 26 de abril de 2010, el uso de oxígeno permanente, para efectos de mejorar su calidad de vida.

Sin embargo, la EPS a la que se encontraba afiliado, le negó el suministro de dicho servicio, manifestando que el mismo no se encontraba cubierto por el POS.

Mediante fallo de tutela el 20 de mayo de 2010, el juez constitucional ordenó a la EPS CAPRECOM y a la Secretaría Departamental que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la providencia, se le suministrara al señor Cabarcas el oxígeno que necesitaba; pero, a pesar de todos los requerimientos ninguna de las entidades obligadas cumplió la orden de tutela.

La falta de suministro del oxígeno, agravó la condición del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANA, puesto que dicho medicamento era vital para el mejoramiento de la salud del paciente y su subsistencia, quien finalmente falleció el 5 de julio de 2010, 2 meses después de que se le ordenara el servicio de oxígeno que le fue negado.



2.6 Contestación de la Demanda

2.6.1 Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM¹

CAPRECOM EPS., dio contestación a la demanda, de manera oportuna, manifestando que es cierto que el señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANA sufría de una enfermedad pulmonar, pero que la Eps en su oportunidad le suministró los medicamentos necesarios para superar dicho padecimiento; y que, de acuerdo con la historia clínica, el paciente presentaba alto riesgo por todas las anomalías que presentaba en su salud, agravadas por el hecho de ser fumador, todas estas condiciones lo llevaron que padeciera un shock séptico que fue lo que lo llevó a la muerte.

Como mecanismo de defensa, expuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de nexo causal

Argumenta, que en el caso de marras, la entidad de salud prestó los servicios tal y como se desprende de la historia clínica anexa al proceso, destacándose que el servicio médico dado al paciente fue idóneo, y que, en tal medida, no puede obligarse a la hoy demandada a garantizar un resultado, puesto que todo paciente está sometido a una serie de complicaciones derivados de la evolución natural de sus padecimientos; en ese orden de ideas, de la historia clínica lo único que puede corroborarse es la debida actuación de la administración.

Para soportar sus alegatos, el apoderado de CAPRECOM cita apartes de la literatura médica, para ilustrar al juzgador sobre la situación padecida por el señor Cabarcas.

De acuerdo con lo anterior, agrega, que de las pruebas aportadas con la demanda, no es posible evidenciar ningún indicio que indique que el hecho puede ser atribuido a la EPS CAPRECOM, pues lo único cierto es que, de acuerdo con la historia clínica, al paciente se le brindó toda la atención idónea que requería, por lo cual, la ocurrencia del daño no es una responsabilidad imputable a la entidad de salud.

Añade que, tratándose de responsabilidad patrimonial, debe estar plenamente demostrada la relación de causalidad que permita imputar al demandado, el daño experimentado. No es suficiente acreditar una omisión de la atención médica en abstracto, sino que requiere demostrar

¹ Folio 112-125 c. 1



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

fehacientemente, que la conducta asumida por el médico o la entidad asistencial se constituye en una causa eficiente y adecuada de la consecuencia o evento dañino.

- Ausencia de responsabilidad – falla probada

Manifiesta, que de las pruebas, se demostrará que el manejo dado al paciente fue adecuado, y la actuación administrativa fue idónea, no generadora de daño, de tal manera que, desde que ingresó el paciente al centro hospitalarios, se le realizaron todas las maniobras necesarias para salvar su vida, pero, debido a todas las complicaciones que registraba su estado de salud, éste perdió la vida.

- Cumplimiento de las obligaciones que corresponden a la EPS Caprecom

Expone el defensor, que, en este caso existe una obligación de medio, que no garantiza el resultado, por lo tanto, la clínica no estaba obligada a que se curara al enfermo, solo a realizar las gestiones encaminadas a ello; pero, en este caso, no fue así. Aunque eso no es mérito para concluir que la prestadora de servicios de salud incumplió sus obligaciones.

2.6.2 Departamento de Bolívar²

El Departamento de Bolívar, por intermedio de apoderado judicial, y dentro de la oportunidad correspondiente, manifestó que no le constan ninguno de los hechos expuestos de la demanda, en consecuencia, se denegaran las pretensiones de la demanda.

Como mecanismo de defensa, expuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de nexo causal

Sostienen que es una realidad el hecho de que el señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANA venía padeciendo una enfermedad crónica denominada enfisema pulmonar, lo que venía desmejorando su salud, convirtiendo su muerte en un hecho cercano e inevitable, por lo que no puede derivarse su causa de cualquier otra circunstancia.

III. SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de sentencia del 9 de diciembre de 2015, el Juez Décimo administrativo del Circuito de Cartagena, decidió acceder parcialmente a las

² Folio 171-177 c. 1

³ folio 418- 441 c.2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

pretensiones de la demanda, argumentando que, dentro del proceso se encontraba demostrada la negligencia con la que actuaron las entidades demandadas, quienes desconocieron una orden de tutela impartida por un juez constitucional, y omitieron entregar el oxígeno recetado al señor PEDRO CLAVER CABARCAS, limitando de ésta manera su posibilidad de vida.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez de primera instancia decidió condenar a las accionadas a pagar el total de 10 SMLNV, como reparación por daño autónomo denominado de pérdida de la oportunidad. Sustentó su decisión en el hecho de que la expectativa de vida del señor CABARCAS era baja debido al tipo de enfermedad que padecía, además, la misma la venía sufriendo desde hace varios años y se encontraba en estado de alto riesgo para cuando sucedieron los hechos que sustentan la demanda.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Demandante⁴

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que no es admisible la negativa que realizó el Juez a quo frente al reconocimiento de daños morales, puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado para, para dicho reconocimiento solo se necesita la prueba del parentesco para presumirse el dolor y el sufrimiento de los reclamantes; y que en este caso lo que se busca es el pago de perjuicios por la pérdida de oportunidad del señor Cabarcas quien no pudo vivir por más tiempo debido a la negativa de la EPS en la entrega del oxígeno recetado por el médico tratante.

Solicita que se condene a las demandadas al pago de perjuicios por daño a la vida de relación, el cual fue negado en el fallo de primera instancia, a pesar de encontrarse probado en el plenario a través del testimonio de la señora Levis Cabarcas, quien dio fe del estado de congoja y tristeza en el que se sumieron las hermanas del señor Cabarcas, tras su fallecimiento.

Expone que la indemnización reconocida a las demandantes debía ser superior, por cuanto está demostrado en el proceso la pérdida de oportunidad derivó en la muerte del paciente Cabarcas, y que de ser suministrado el oxígeno éste habría vivido por más tiempo.

4.2 Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM⁵

⁴ Folio 454-460 c. 2

⁵ Folio 443-444 c. 2



Dentro de la oportunidad prevista para ello, el apoderado de CAPRECOM presentó recurso de apelación en el cual manifestó, que en el proceso está demostrado que el señor Cabarcas padecía de enfisema pulmonar, y que además era un fumador empedernido, lo que agravaba más su situación, por lo tanto, no puede concluirse que el resultado dañoso de su enfermedad sea atribuida a la administración, puesto que ésta actuó de manera diligente, oportuna y segura, tal y como se encuentra demostrada en la historia clínica.

Sostiene que los médicos de la EPS atendieron todos los protocolos y procedimientos necesarios para atender la enfermedad del señor Cabarcas, pero aconteció una complicación – shock séptico- que derivó en la muerte del paciente, sin que ello pueda ser atribuido a la accionada.

Añade, que para este caso, deben tenerse en cuenta las causales de exoneración de la responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima, puesto que la enfermedad que padecía el paciente fue provocada por los malos hábitos que este llevaba en su vida diaria, y por ello deben ser imputados a él mismo; lo anterior, teniendo en cuenta que, según la literatura médica, es necesario que una persona se fume un paquete de cigarrillos al día durante 20 años para que desarrolle un enfisema pulmonar.

4.3 Departamento de Bolívar⁶

El Departamento de Bolívar, por medio de su impugnación pretende que se revoque la sentencia de primera instancia argumentando que nadie está obligado a lo imposible, y que dicha entidad nunca tuvo conocimiento de las omisiones en las que incurrió CAPRECOM ni de la existencia de la acción de tutela que ordenaba la entrega del oxígeno al paciente Pedro Cabarcas, pues el fallo de la misma no le fue notificado. En ese sentido, reclama que se aplique el principio que indica que nadie está obligado a lo imposible.

Agrega, que la patología que padecía el señor Cabarcas y por la cual falleció no era ocasionada por el actuar del departamento y por lo tanto no es de su responsabilidad la muerte del mismo; además, de las pruebas del expediente se puede verificar que el paciente fumaba, cocinaba en leña y además, sus familiares nunca se acercaron al Departamento de Bolívar a buscar el oxígeno que le fue recetado.

Señala que no existe relación entre el daño y el actuar de la administración, pues la tutela no se le notificó y además, quien tiene la obligación de prestar el servicio de salud es CARECOM no el Departamento de Bolívar.

⁶ Folio 445-453 c. 2



V.- TRÁMITE PROCESAL

De la revisión del plenario, se destaca que los recursos en mención fueron admitidos mediante auto del 24 de agosto de 2016⁷, y por medio de providencia del 26 de septiembre de 2016⁸ se corrió traslado para alegar, oportunidad que fue aprovechada por los interesados.

VI.- ALEGACIONES

6.1 Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM⁹

Por medio de escrito del 12 de octubre de 2016, esta entidad presentó escrito de alegaciones en segunda instancia, en el cual se ratificó en los argumentos planteados en el recurso de apelación

4.3 Departamento de Bolívar¹⁰

Por medio de escrito del 11 de octubre de 2016, esta entidad presentó escrito de alegaciones en segunda instancia, en el cual se ratificó en los argumentos planteados en el recurso de apelación

VII. CONSIDERACIONES

7.1 Control de legalidad

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2 Excepciones

Como quiera que las excepciones planteadas por las artes, tocan directamente el fondo del asunto, la existencia o no de la responsabilidad civil extracontractual, las mismas se estudiarán conjuntamente con el fondo del asunto.

⁷ Fl. 5 c. apelaciones

⁸ Fl. 7 c. apelaciones

⁹ Fl. 8-16 c. apelaciones

¹⁰ Fl. 17-23 c. apelaciones



7.3 Problema Jurídico

Los problemas jurídicos para resolver la presente controversia giran en torno los siguientes interrogantes:

- i) ¿Se encuentra comprometida la responsabilidad de CAPRECOM y del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, por la pérdida de oportunidad que derivó en la muerte del señor PEDRO CLAVER CABARCAS?
- ii) ¿Incurrieron las accionadas en una omisión que derivó en la pérdida de oportunidad de vida del señor Cabarcas?
- iii) ¿Es procedente en este evento elevar el monto de la indemnización reconocida a las demandantes por la muerte del señor PEDRO CLAVER CABARCAS, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado?

7.4 Tesis de la Sala

La Sala, declarará la responsabilidad patrimonial de CAPRECOM y del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, de manera solidaria, por la pérdida de oportunidad que derivó en la muerte del señor PEDRO CLAVER CABARCAS. Lo anterior, atendiendo a que se halla demostrado en este asunto, que la omisión en la entrega de oxígeno limitó la probabilidad de que el paciente pudiera disfrutar su vida por más tiempo.

En orden a resolver el presente asunto, la Sala primeramente se permitirá ahondar en el (i) régimen de responsabilidad aplicable; (ii) de la pérdida de oportunidad; daño autónomo en materia médica (iii) los elementos que configuran la responsabilidad del Estado; (iv) caso concreto; (v) conclusión

7.5 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

7.5.1 De la Responsabilidad del Estado

La acción promovida por el actor es la de reparación directa, cuya fuente constitucional se encuentra en el artículo 90 superior, desarrollado legalmente por el Código Contencioso Administrativo, y cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

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

ART. 86 CCA. - Modificado. L. 446/98, art. 31. Acción de reparación directa. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa..."

El artículo 90 constitucional, establece una cláusula general de responsabilidad del Estado cuando determina que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos¹¹:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño

En ese orden de ideas, una vez confluyan los elementos antes mencionados puede imputársele responsabilidad a la administración, con fundamento en cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad, ya sea la falla en el servicio, en cualquiera de sus modalidades: probada y presunta; el riesgo excepcional y el daño especial; títulos que permiten ubicar al Juzgador en un escenario acorde con cada situación fáctica que se demande.

7.5.2 Régimen de responsabilidad aplicable.

El Consejo de Estado, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la 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 de que es ella el

¹¹ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.



mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual¹².

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por **retardo**, por **irregularidad**, por **ineficiencia**, por **omisión** o por **ausencia del mismo**. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente en la prestación del servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía¹³.

En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación –conducta activa u omisa– del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del Juez, de las falencias en las que incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche.

El Consejo de Estado se ha pronunciado frente a la responsabilidad por omisión, exponiendo lo siguiente:

"En casos como el que es objeto de estudio, en el cual se discute la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la presunta omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ha considerado que el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. Es así como frente a supuestos en los cuales se analiza si es procedente declarar la responsabilidad del Estado, como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia se alega que ha sido determinante la omisión por parte de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. (...) En conclusión, como está demostrada la existencia de unas obligaciones concretas a cargo del Estado que, de haberse cumplido, hubieran evitado el daño patrimonial que sufrió la parte demandante, hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a la entidad demandada por falla en el servicio por omisión, pues resulta claro, que de tomarse los correctivos legales para imposibilitar la oferta y la enajenación de los inmuebles prometidos en venta por una sociedad que no estaba autorizada para ello,

¹² Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

¹³ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.



la demandante no hubiese celebrado con el urbanizador el referido acto jurídico de venta y, menos entregado suma de dinero alguna"¹⁴.

7.5.3 Responsabilidad por pérdida de oportunidad: daño autónomo en materia médica.

Respecto a esta modalidad de daño restaurativo y de carácter autónomo, el H. Consejo de Estado, se ha referido en repetidas ocasiones, en especial tratándose de casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades tanto médicas, como también asistenciales. Recientemente¹⁵, reiterando los criterios expuestos en sentencias anteriores como las del 11 de agosto de 2010¹⁶ y del 7 de julio de 2011¹⁷, literalmente ha señalado:

"2.- La 'pérdida de oportunidad' o 'pérdida de chance' como modalidad del daño a reparar.

"Se ha señalado que las expresiones 'chance' u 'oportunidad' resultan próximas a otras como 'ocasión', 'probabilidad' o 'expectativa' y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

"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 pérdida 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

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 08001-23-31-000-1998-00081-01(28980).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, expediente 26.437.

¹⁶ Expediente 18.593.

¹⁷ Expediente 20.139.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

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 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 (...)"

Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado ha precisado que "pueden presentarse de dos maneras, uno positivo -chance de gain- y otro negativo -chance d'éviter une perte-¹⁸. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas

¹⁸ DEGUERGUE comenta que la pérdida de oportunidad se representa como una especie de ion con un polo positivo y negativo: DEGUERGUE, Maryse, "La perte de chance en droit administratif", in L'Égalité des chances. Analyses, évolutions, perspectives, dir. G. Koubi y G-J Guglielmi, La Découverte, 2000, p.198.



de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud"¹⁹.

En la misma sentencia, de fecha 5 de abril de 2017, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo expone:

15. Elementos del daño de pérdida de oportunidad

15.3. 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.

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

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió.

15.5. 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"

7.6 Pruebas aportadas al proceso

Dentro de las pruebas relevantes aportadas y practicadas en el proceso, se destacan las siguientes:

- Sentencia del 20 de mayo de 2010, por medio de la cual el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena tutela los derechos del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, y ordena a la EPS CAPRECOM y a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD, que en un término de 48 horas contados a partir de la notificación de esa decisión "AUTORICE EL SUMINISTRO PERMANENTE DE OXIGENO ASÍ COMO TODO LO QUE SE GENERE CON POSTERIORIDAD A CONSECUENCIA DE LA PATOLOGÍA QUE PADECE"²⁰
- Registro Civil de Defunción del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, en el que se da cuenta de su fallecimiento el día 4 de julio de 2010²¹.

¹⁹CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017). Expediente: 25706. Radicación: 170012331000200000645-01

²⁰ Folio 9-18 c. 1

²¹ Folio 21 c. 1



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

- Registro Civil de Nacimiento de la señora JUDITH CABARCAS DE LA ROSA, en el que se da cuenta que es hija de la señora ARGENTINA DE LA ROSA JIMÉNEZ con el señor **JOSÉ DE LOS SANTOS CABARCAS GUERRERO²²**.
- Registro Civil de Nacimiento de la señora HERNESTINA CABARCAS DE LA ROSA, en el que se da cuenta que es hija de la señora HERNESTINA DE LA ROSA JIMÉNEZ con el señor **JOSÉ DE LOS SANTOS CABARCAS GUERRERO²³**
- Registro Civil de Nacimiento del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, en el que se da cuenta que es hijo de la señora ESTEBANA CABANAS CASTELLANO con el señor **JOSÉ DE LOS SANTOS CABARCAS GUERRERO²⁴**
- Epícrisis e Historia Clínica del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, proferida por la Clínica Cardiovascular Jesús de Nazaret, con fecha de ingreso del 30 de junio de 2010 hasta el 4 de julio de 2010²⁵
- Historia Clínica del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, proferida por el Hospital Local Santa rosa de Lima donde consta que se dio atención al paciente hasta el 29 de junio de 2010²⁶.
- Testimonio de las señoras LEVIS CABARCAS CABARCAS²⁷, HAYDEE LUZ YEPEZ BLANQUISSET²⁸, YADIRA ORTIZ MERCADO²⁹.

La Sala advierte, que frente al testimonio de la señora LEVIS CABARCAS CABARCAS la parte accionada presentó tacha, la cual fue resuelta por la juez de primera instancia aduciendo que, si bien se evidenciaba que la declarante era familiar de las demandantes, lo cierto es que verificado su testimonio se encuentra que el mismo es concordante con las demás pruebas allegadas al proceso (historia clínica del paciente), y con el escrito de demanda. En ese sentido, no existe ninguna razón para invalidar o tachar el testimonio rendido por la señora Levis Cabarcas.

- Interrogatorio de señora JUDITH CABARCAS y HERNESTINA CABARCAS DE LA ROSA³⁰

²² Folio 22 c. 1

²³ Folio 23 c. 1

²⁴ Folio 92 c. 1

²⁵ Folio 25 -91 c. 1 y 213-280 c. 1

²⁶ Folio 129-167 c. 1 y 330-391 c. 2

²⁷ Folio 282-283 c. 2

²⁸ Folio 284-285 c. 2

²⁹ Folio 299-301 c. 2

³⁰ Folio 286-287 c. 2 y 297 c. 2



6.6 CASO CONCRETO

Se demanda en el proceso de la referencia, los perjuicios causados a las demandantes con la muerte del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, por la omisión en la que incurrieron las entidades demandadas, al negarse a autorizar el suministro de oxígeno que requería el paciente, para mejorar y alargar su probabilidad de vida, lo que en últimas constituye una pérdida de oportunidad de supervivencia.

Ahora bien, para efectos de demostrar la responsabilidad de la administración, se hace necesario, como primera medida, analizar la existencia de un daño, y como segunda medida, debe verificarse si ese daño le es imputable a la administración.

6.6.1. El daño.

Según la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, y conforme a lo reseñado en múltiples sentencias desde 1991³¹, el daño debe ser entendido como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración³².

Encuentra esta Corporación que, para demostrar el primer elemento de la responsabilidad del Estado, se aportó al expediente Registro civil de defunción del señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, en el que se da cuenta de su fallecimiento ocurrió el día 4 de julio de 2010.

De igual manera, se observan en el plenario las historias clínicas donde se evidencia que el señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS padecía una enfermedad denominada "EPOC AGUDIZADO" o ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA; así mismo, se evidencia un análisis de torax³³, en el que se da cuenta que el "parénquima pulmonar presenta signos de retención aérea, sin demostrarse zonas de consolidación ni de infiltrarse" "CONCLUSIÓN: CAMBIOS POR PROCESO FIBROENFISEMATOSO". Las referencias médicas en comento datan del año 2007, sin embargo, de acuerdo con la versión rendida

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

³² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

³³ Fl. 387 c. 2



por la testigo, la señora Levis Cabarcas, el paciente en comento sufría de dicha enfermedad desde el año 2000, y falleció a causa de la misma en el año 2010³⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra demostrado en el plenario, el daño ocasionado a las demandas, el cual es la muerte de su hermano PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS.

6.6.2. La Imputación

Establecida la existencia del daño que constituye el primero de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso verificar el segundo: la imputación de ese daño al Estado; este elemento indispensable -aunque no siempre suficiente- para la imputación, es el **nexo causal** entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero. En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él.

Así las cosas, corresponde a este Tribunal verificar si la muerte de PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS es atribuible a la conducta asumida por CAPRECOM y la SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL, por incurrir estas entidades en una omisión que disminuyó la probabilidad de supervivencia del paciente; para ello, deberá determinar esta Judicatura: i) si las entidades accionadas tenían la obligación de prestar los servicios médicos al paciente en comento, ii) si dichas entidades incurrieron en alguna omisión en el cumplimiento de sus deberes y, iii) si esa omisión fue la que originó la pérdida de la oportunidad del señor Cabarcas, de mejorar su estado de salud, de mejorar su calidad de vida o de vivir por un periodo de tiempo más largo.

Se encuentra entonces que, de acuerdo con lo afirmado en la demanda, y las versiones rendidas por los testigos Levis Cabarcas Cabarcas y Yadira Ortiz Mercado, el señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS se encontraba afiliado a la EPS Subsidiada CAPRECOM.

Ahora bien, conforme con el art. 177 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son los entes responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica consiste en **organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados** y girar, dentro de los términos previstos en la ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las

³⁴ Fl. 282-283 c. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía.

Al respecto, el art. 178 ibídem expone las funciones de las EPS, entre las cuales se destacan las siguientes:

3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.

4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia".

6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud".

En lo que se refiere al régimen subsidiado de salud, se tiene que, de acuerdo con el art. 215 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, tal régimen **se encuentra administrado por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud**, quienes deben suscribir contratos con las entidades promotoras de salud para que afilien a los beneficiarios del subsidio, y sean ellas quienes presten, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el plan de salud obligatorio a sus beneficiarios.

La Corte Constitucional ha sido clara a la hora de determinar quiénes son las entidades obligadas a brindar el servicio de salud en el régimen subsidiado, y al respecto ha expuesto que, uno de los deberes principales del Estado es la garantía del acceso a los servicios de salud de la población más vulnerable. En ese sentido, el artículo 43.2 de la Ley 715 de 2001, señala que es competencia de los departamentos, entre otras: "Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas³⁵".

De la misma manera, frente al deber de asumir el costo de los servicios de salud excluidos del plan de beneficios, la Corte Constitucional ha señalado que en armonía con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 715 de 2001 "el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, están a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, cuando tales servicios se autorizan dentro del Régimen Contributivo, y a cargo de las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos), en los casos en que los servicios no POS se reconocen dentro del Régimen Subsidiado³⁶".

³⁵ Ibídem.

³⁶ Sentencia T-483 de 2012 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

De otra parte, en relación con el rol de las EPS en la prestación de los servicios de salud en el régimen subsidiado, el artículo 13 del Decreto 806 de 1998 establece el conjunto de servicios de salud cubiertos por el plan de beneficios a los que tienen derecho las personas vinculadas al régimen subsidiado de salud. Ahora bien, frente a la responsabilidad en la prestación del servicio de salud en el régimen subsidiado, convergen con las Entidades Territoriales las Entidades Prestadoras de Salud autorizadas para administrar recursos del régimen subsidiado, de aquí que aun cuando las Entidades territoriales tienen obligaciones expresas frente a la garantía del acceso a la prestación de los servicios de salud, no es posible desvincular de esta responsabilidad a las EPS-S.

No está de más exponer, que en efecto, el suministro de oxígeno no se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiada – POSS, como se puede verificar en el Acuerdo 08 de 2009.

Advierte este Tribunal que, de acuerdo con la sentencia de fecha 20 de mayo de 2010, visible a folio 9-18 del expediente, la señora YADIRA ORTIZ MERCADO, actuando en representación el señor PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, presentó acción de tutela en contra de las entidades demandadas en este evento, buscando la protección del derecho a la salud de su representado, quien sufría de una afección pulmonar y necesitaba el suministro de oxígeno permanente, según prescripción médica del 26 de abril de 2010. En el fallo de la referencia, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito, a quien le correspondió el conocimiento de la acción constitucional, manifestó que:

"Conforme con el acervo probatorio allegado, el médico tratante de la EPS, que viene atendiendo a el paciente, le ordenó OXIGENO de manera permanente, con el fin de mejorar su calidad de vida.

Ahora bien, por el hecho de estar el accionante afiliado a CAPRECOM EPS, tiene esta EPS la obligación de brindarle todo la atención que aquella necesita, pues se encuentra bajo su responsabilidad y cuidado. De igual forma hay que tener presente que bajo ninguna circunstancia pueden vulnerarse derechos fundamentales por la aplicación de una norma, como es en este caso la no autorización de un procedimiento por encontrarse fuera del POS (...). En conclusión cabe observar que cuando determinado tratamiento es necesario para la salud, con el fin de evitar el deterioro de su integridad física y perjuicios mayores, es necesario establecer que no se les puede negar a los pacientes el acceso a ellos alegando que no se encuentra en el POS (...). "

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el juez de tutela resolvió, tutelar el derecho constitucional a la salud y la vida del señor PEDRO CLAVER CABARCAS, y ordenar a CAPRECON y en segundo lugar a la SECRETARIA DEPARTAMENTAL DE SALUD, que en un término de 48 horas contados a partir de la notificación de presente providencia, autoricen el suministro de oxígeno



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

permanente al señor Cabarcas, así como todo lo que se genere con posterioridad.

Queda demostrado en el plenario que las accionadas tenían encomendada la obligación de prestarle al actor todos los servicios de salud que éste necesitara para superar o conllevar las afecciones pulmonares que padecía; ahora bien, no existe prueba en el expediente que dé cuenta de que tales entidades dieron cumplimiento a sus deberes legales y a la orden de tutela antes mencionada.

Ante la omisión alegada, CAPRECOM se defiende manifestando que el paciente recibió la atención clínica - hospitalaria que necesitó para el cuidado de su enfermedad, y mientras estuvo en dichos centros hospitalarios – Clínica Cardiovascular Jesús de Nazareth y Hospital Local de Santa Rosa de Lima – se le suministró el oxígeno y los medicamentos requeridos; además, que los médicos le brindaron la atención idónea, de acuerdo con los protocolos de salud, lo que hace que se encuentre satisfecha su obligación de prestar los servicios asistenciales. Sin embargo, frente a la orden específica autorizar y suministrar el oxígeno domiciliario de manera permanente al señor Cabarcas, no se haya en el expediente prueba alguna que soporte dicho cumplimiento. De la misma manera, en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación se guarda silencio frente a tal omisión, lo que da pie a esta Corporación a hallar probada la omisión en el cumplimiento de sus deberes.

Así las cosas, si bien CAPRECOM asegura que le dio al paciente todo el tratamiento que éste requirió para la recuperación de su salud, se advierte que en el expediente no hay prueba que dé cuenta alguna sobre la entrega del oxígeno necesario para facilitar la funcionalidad de los pulmones del mismo, elemento este que es de vital importancia para superar las crisis respiratorias que sufría el señor Cabarcas.

En cuanto a la Secretaría de Salud Departamental, se tiene que, dicha entidad manifiesta que no tuvo conocimiento del fallo de tutela impetrado en su contra, por lo tanto, nunca pudo darle cumplimiento al mismo. Apoya su argumento también, en el hecho de que la señora Judith Cabarcas De La Rosa³⁷, en su Interrogatorio reconoció que nunca se presentó en las instalaciones de la Gobernación a solicitar el cumplimiento de la tutela, como tampoco se presentó la señora Yadira Ortiz Mercado, según consta en la declaración rendida por ésta³⁸, que de haberlo hecho la entidad habría actuado y entregado el medicamento necesitado por el paciente.

³⁷ Fl. 286-287 c. 2

³⁸ Fl. 299-301 c. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

Al respecto, considera esta Corporación, que le asiste razón al Juez *a quo*, cuando expone que la supuesta ausencia de notificación no es un hecho para ser debatido en esta instancia, toda vez que, el mismo debió ser objeto de defensa en la acción de tutela; además, el Departamento de Bolívar, en su defensa, solo hace referencia a la notificación del fallo de tutela, pero nada dice sobre la actuación asumida por esa entidad durante todo el trámite de la acción constitucional, pues es de su conocimiento que frente a la atención y cuidado de los pacientes afiliados al régimen subsidiado, le asisten obligaciones que tienen por finalidad garantizar la prestación del servicio de salud, y verificar que las entidades que han contratado para administrar dicho régimen, lo hagan sin incurrir en violaciones de los derechos de los beneficiarios.

No comparte esta Corporación, el argumento que expresa la entidad territorial demandada, sobre la "negligencia" de las accionantes por no ir a buscar el oxígeno necesitado a las instalaciones de dicha entidad, toda vez que la obligación cumplir la orden de tutela y de entregar el oxígeno es de la accionada, quien tampoco adelantó ninguna acción tendiente a ello, y no puede excusar su responsabilidad, atribuyéndole a otro la omisión que solo se puede predicar de ella.

Teniendo en cuenta lo anteriormente estudiado, se encuentra que en efecto las dos entidades accionadas se encontraban obligadas a brindarle al señor PEDRO CLAVER CABARCAS toda la atención y tratamiento prescrito para que éste superara su padecimiento, o por lo menos, viera menos desgastada su salud, de tal forma que pudiera mejorar su calidad de vida y, dentro de lo posible, extender la misma por un periodo más largo de tiempo. De igual manera, se encuentra demostrada la omisión en la que incurrieron las accionadas, al incumplir tanto sus deberes legales, como la ejecución de la sentencia de tutela, puesto que no realizaron ninguna gestión para la entrega del oxígeno al paciente con EPOC.

Se verifica en las historias clínicas aportadas al plenario, que el señor PEDRO CLAVER CABARCAS, fue tratado desde el año 2007 en el Hospital Local de Santa Rosa de Lima³⁹, en el que se le realiza seguimiento por cuadro de EPOC - enfermedad pulmonar obstructiva crónica; a lo largo de la historia clínica se registran diferentes ingresos del paciente a la ESE, manifestando encontrarse "apretado", siendo tratado con medicamentos y Oxígeno a 3 litros, siempre se deja constancia del mal estado en que llega el paciente. Los últimos ingresos del paciente fueron en el mes de abril de 2010 (fl. 344-346), y, en los meses de mayo y junio de 2010 (fl. 331-344), donde fue atendido por última vez, el 30 de junio de 2010.

³⁹ Folios 331-391 c. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

Se evidencia también, que el señor Cabarcas fue remitido a la Clínica Cardiovascular Jesús de Nazareth⁴⁰, con fecha de ingreso el 30 de junio de 2010, en la historia clínica se expone la enfermedad actual del paciente, y sus antecedentes personales así:

Motivo de consulta

Paciente remitido del hospital local santa rosa de lima

Enfermedad actual

Paciente con cuadro clínico de +/- 5 días de evolución consistente en dificultad respiratoria progresiva a ortopnea que se asocia a tos con expectoración blanquecina, presenta antecedentes de EPOC en manejo con broncodilatadores además refiere haber presentado cuadro diarreico con deposiciones líquidas fétidas

Antecedentes personales

Patológicos : si

Quirúrgico : no

Hospitalarios : si epoc

Transfusiones : no

Toxico - alérgico : no

Farmacológico : bromuro de ipatropio inh salbutamol inh

Otros: si fumador pesado"

En la referida historia clínica se hace seguimiento a los signos vitales del paciente, entre los cuales la respiración se mantiene en promedio de 20%⁴¹, lo cual sugiere un estado muy grave del paciente, de acuerdo con las citas médicas a las que a continuación se hace alusión en esta providencia. Se deja constancia del fallecimiento del paciente el día 4 de julio de 2017.

De acuerdo con el Doctor Benito Saíñz Menéndez, el Enfisema Pulmonar -EPOC:

"Se define en términos anatómicos como la dilatación anormal y permanente de los espacios aéreos distales al bronquiolo terminal con destrucción de sus paredes y sin signos de fibrosis. Clínicamente la disnea es el síntoma principal.

***Enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC):** Proceso patológico crónico, permanente y lentamente progresivo, de carácter generalizado, parcialmente reversible, caracterizado por una disminución del flujo en las vías aéreas con consecuencias sistémicas importantes y se asocia con una respuesta inflamatoria anormal a partículas o gases nocivos, principalmente el tabaquismo. El diagnóstico de la EPOC se confirma por espirometría: La relación entre el Volumen Espiratorio Forzado en el primer segundo post broncodilatador (VEF1) / Capacidad Vital Forzada (CVF)".*

Clasificación de la EPOC según criterios espirométricos:

⁴⁰ Folio 23-280 c. 1

⁴¹ Folio 253-258 c. 1



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

2.3.1 En riesgo (fumadores; expuestos a contaminantes; tos; aumento de la producción de esputo o disnea⁴²) : $VEF1 / CVF$ (post broncodilatador) > 0.7 y $VEF1 < 80\%$ del valor teórico.

2.3.2 Siempre y cuando se haya confirmado obstrucción por una relación $VEF1 / CVF$ (post broncodilatador) 0.7 será: **Leve** cuando el $VEF1 < 80\%$ del valor teórico. **Moderada** cuando el $VEF1 < 80\%$ hasta el 50% del valor teórico. **Grave** cuando el $VEF1$ está entre el 30% y menos del 50% del valor teórico. **Muy grave** $VEF1 < 30\%$ del valor teórico.

La graduación de la EPOC basada sólo en la espirometría tiene sus limitaciones, siendo necesario tener en cuenta: alteraciones del intercambio gaseoso, percepción de los síntomas, capacidad de ejercicio, estado de nutrición, frecuencia de agudizaciones e ingresos hospitalarios y volumen de expectoración"⁴³.

Por su parte, la Sociedad Torácica Estadounidense o "American Thoracic Society" expone lo siguiente:

"¿Qué es el enfisema? El enfisema es una enfermedad en la que se produce daño en las paredes de los sacos de aire (alveolos) del pulmón. Normalmente, el pulmón tiene más de 300 millones de alveolos que, en general, son elásticos y flexibles como globitos. Al igual que un globo, hay que esforzarse para hacer estallar un alveolo normal, sin embargo, no cuesta nada vaciar los alveolos porque recuperan su tamaño original. En un paciente con enfisema, las paredes de algunos de los alveolos están dañadas. Cuando esto sucede, los alveolos pierden su elasticidad y atraen pan aire. Como es difícil expulsar todo el aire de los pulmones, estos no se vacían de forma eficaz y, por lo tanto, contienen más aire de lo normal. Esto se denomina atrapamiento de aire y causa hiperinflación de los pulmones. La combinación de tener constantemente aire adicional en los pulmones y el esfuerzo adicional necesario para respirar causa la sensación de falta de aire. En el enfisema, hay obstrucción de las vías aéreas porque los alveolos que en general ayudan a las vías aéreas a abrirse no pueden hacerlo durante la inhalación o exhalación. Sin su ayuda, las vías respiratorias colapsan y causan la obstrucción del flujo de aire.

¿Cuáles son las causas de la EPOC? Existen muchos factores que causan la EPOC, aunque la causa más común es el humo de cigarrillo. Los factores ambientales y la genética también pueden causar esta enfermedad. Por ejemplo, la exposición prolongada a ciertos polvos en el trabajo, químicos y aire contaminado en ambientes cerrados y abiertos puede contribuir a la EPOC. No está clara la razón por la que algunos fumadores nunca la padecen y algunas personas que nunca fumaron sí. Es probable que los factores hereditarios (genéticos) influyan en quién desarrolla la EPOC.

¿Cómo se trata la EPOC? El primer y más importante tratamiento en pacientes fumadores es que dejen de fumar. En general, se recetan medicamentos para ampliar las vías aéreas (broncodilatadores), para reducir la inflamación de las vías aéreas (fármacos antiinflamatorios, como esteroides) y/o para tratar infecciones (antibióticos). La EPOC también puede causar un descenso del nivel de oxígeno en sangre; si esto sucede, se recetará oxígeno adicional (consulte el Folleto sobre Oxigenoterapia de la Serie de Información al paciente de la ATS en <http://www.thoracic.org/patients>). Sin

⁴² La Disnea se refiere a la asfixia

⁴³ Revista Cubana Cir 2006; 45 (3-4) Enfisema pulmonar y bullas de enfisema. Clasificación. Diagnostico. Tratamiento Dr. Benito Saíenz Menéndez.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

embargo, puede tener dificultad para respirar con la EPOC, incluso si sus niveles de oxígeno son buenos (consulte el Folleto sobre Dificultad respiratoria de la Serie de información al paciente de la ATS en <http://www.thoracic.org/patients>). En consecuencia, la dificultad respiratoria no es una buena guía para el uso de oxígeno. Para controlar los síntomas de la EPOC, se deben tomar los medicamentos para la respiración todos los días, en general de por vida. En algunos casos de EPOC, a veces ayuda someterse a procedimientos quirúrgicos como una reducción quirúrgica del volumen pulmonar o un trasplante de pulmón (consulte el Folleto sobre Cirugías para la EPOC de la Serie de información al paciente de la ATS en <http://www.thoracic.org/patients>). Los programas de rehabilitación pulmonar ofrecen ejercicios supervisados e información para aquellos con problemas respiratorios (consulte el Folleto sobre Rehabilitación pulmonar de la ATS en la próxima edición). También existen grupos de apoyo para los pacientes de EPOC que buscan información y oportunidades de compartir sus experiencias con otros pacientes y familias"⁴⁴.

De otro lado, la Asociación Latinoamericana de Tórax en sus estudios, ha expuesto lo siguiente:

"Tratamiento no farmacológico Oxigenoterapia

El tratamiento con oxigenoterapia continua domiciliaria (OCD) aumenta la supervivencia de los pacientes con EPOC grave e insuficiencia respiratoria 1,2, 100, 101. La Tabla 7 muestra las indicaciones de OCD en pacientes con EPOC. El objetivo es mantener una $PaO_2 > 60$ mmHg o $SaO_2 > 90\%$. Los valores de gases arteriales son necesarios para establecer la indicación. El efecto de la OCD depende de la duración de su administración. Se recomienda usar al menos 15 horas al día.

Tratamiento en etapas avanzadas de la enfermedad

A pesar de recibir tratamiento óptimo, incluyendo rehabilitación pulmonar, los pacientes en etapas avanzadas pueden experimentar importante limitación en las actividades diarias debido a la disnea. En este grupo de pacientes se deben considerar la cirugía de reducción de volumen pulmonar (CRVP), el trasplante pulmonar y **la ventilación no invasiva domiciliaria**

Exacerbación de la EPOC

Definición e impacto La exacerbación es un evento agudo en el curso natural de la EPOC caracterizado por aumento en la disnea, tos y/o expectoración (volumen o purulencia) basal del paciente más allá de la variabilidad diaria y suficiente para requerir modificación del tratamiento regular^{109, 110}. Las exacerbaciones de la EPOC (E-EPOC) empeoran el curso natural de la enfermedad, deterioran la calidad de vida y

⁴⁴ AMERICAN THORACIC SOCIETY. Online Version Updated September 2013 Serie de Información al paciente de la ATS ©2005 American Thoracic Society; <https://www.thoracic.org/patients/patient-resources/resources/spanish/chronic-obstructive-pulmonary-disease-copd.pdf>. "La Serie de Información al paciente de la ATS es un servicio público de la sociedad científica American Thoracic Society y su publicación, la AJRCCM (Revista norteamericana de medicina respiratoria y cuidados intensivos). La información contenida en esta serie sirve únicamente propósitos educativos. (...) Si desea más información acerca de esta serie, comuníquese con J. Com a través de jcom@thoracic.org"



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

la función pulmonar, aumentan la mortalidad e incrementan los costos por utilización de servicios de salud"⁴⁵

De lo anteriormente estudiado, puede concluir este Tribunal que en efecto, el tratamiento con oxígeno domiciliario es recomendado para los pacientes que padecen de enfermedad pulmonar obstructiva crónica, puesto que, si bien no cura la enfermedad, **si le genera al afectado una mejor calidad de vida y una mayor extensión de ésta**; sin embargo en el caso de marras, se encuentra demostrado que las entidades accionadas negaron la entrega de dicho tratamiento al afiliado, registrándose la muerte de éste a los 2 meses de hacérsele recetado el mismo.

Ahora bien, para efectos de determinar la existencia o no de la pérdida de la oportunidad, según el Consejo de Estado, debe tenerse en cuenta lo elementos del mismo, como lo son: i) la aleatoriedad del resultado, ii) la certeza de la existencia de oportunidad y iii) la pérdida definitiva de la oportunidad.

i) Aleatoriedad del resultado.

En efecto, en este caso en concreto, se encuentra demostrada la existencia de un resultado aleatorio, es decir, que no era cierto, pero si probable, en el entendido de que, como lo indica la historia clínica del paciente, éste sufría de EPOC, enfermedad que, según la literatura médica citada, es mortal e irreversible y en su etapa avanzada, necesita del suministro de oxígeno para mitigar los padecimientos de la misma y mejorar las condiciones de vida del paciente.

ii) La certeza de la existencia de oportunidad.

La anterior argumentación también nos sirve, para determinar la existencia del segundo elemento, puesto que, como ya se estudió, el oxígeno es un tratamiento indicado para personas con EPOC; bajo ese entendido, si bien la enfermedad que padecía por el señor CABARCAS CABANAS iba a continuar hasta llevarlo a su fallecimiento incluso, si se le suministrara oxígeno domiciliario; lo cierto es que existía la probabilidad de que con el tratamiento de oxigenoterapia ordenado por el médico, su calidad de vida mejorara y quizás, también pudiera disfrutar de un periodo más largo de vida.

⁴⁵ ALAT – ASOCIACION LATINOAMERICANA DE TORX. Recomendaciones para el Diagnóstico y Tratamiento de la Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC).
file:///C:/Users/CSJ07333/Desktop/ENFERMEDAD%20PULMONAR/guiaalat_epoc_abril2011.pdf



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

iii) La pérdida definitiva de la oportunidad.

En cuanto al tercer elemento, se tiene que, está demostrado que al paciente se le negó el servicio de oxígeno domiciliario, lo que generó sus repetidos ingresos al Hospital Local de Santa Rosa de Lima en repetidas ocasiones – desde abril a junio de 2010- con asfixia, manifestando sentirse "apretado", suministrándosele el tratamiento respectivo, entre ellos, oxígeno 3 litros.

Ahora bien, no puede perderse de vista que, el señor PEDRO CLAVER CABARCAR CABARCAS, era **fumador pesado**⁴⁶, según consta en su historia clínica, lo anterior se encuentra respaldado por las versiones rendidas por la señora Levis Cabarcas (sobrina), Judith Cabarcas (hermana) y Yadira Ortiz⁴⁷; sobre todo las dos primera quienes manifestaron que el señor Cabarcas continuaba fumando y cocinaba en leña cuando trabajaba en el monte, las anteriores versiones se rindieron así:

Testimonio de Levis Cabarcas:

"PREGUNTADO: conoce las causales por las cuales los médicos manifestaron que el señor padecía esa enfermedad. CONTESTÓ: sí, el era una persona que vivía en el monte, en una finca, cocinaba en leña fumaba y se dedicaba al perifoneo en el Municipio en cuestiones políticas (...) (sic)⁴⁸"

Interrogatorio de Judith Cabarcas:

"PREGUNTADO 4): sírvase manifestar al despacho teniendo en cuenta que según respuesta anterior que usted prácticamente convivía con su hermano desde que se enfermó, si era fumador como técnicamente se conoce, fumador pesado. CONTESTO: El fumaba pero no así, no constantemente, sino que se fumaba su cigarrillo de vez en cuando. (...) PREGUNTADO: 6) de conformidad con la respuesta anterior, usted ha manifestado que el señor trabajaba en el monte, sin embargo a folio 140 de la historia clínica que milita en este despacho, en el reporte correspondiente al 6 de enero de 2010, figura lo siguiente "llama la atención fuerte olor a ACPM impregnado en la piel, ropas del paciente". La cual le pongo de presente. CONTESTO: él cocinaba en el monte, y hacía comida ahí en el monte, a veces se quedaba o a veces se iba para el pueblo. PREGUNTADO: 7) de conformidad a la historia clínica que fue aportado por ustedes como prueba al proceso, tenemos dentro de los antecedentes personales patológicos, otro si, fumador pesado, está en lo correspondiente al reporte de junio 30 de 2010, que tiene usted que decir al respecto; CONTESTO: el fumaba pero no así, sino que de vez en cuando se fumaba su cigarrillo como hacen los agricultores (sic)⁴⁹.

Testimonio de Yadira Ortiz:

⁴⁶ Folio 213

⁴⁷ Folios 282-283, 286-287 y 299-301

⁴⁸ Errores ortográficos y e puntuación propios del texto

⁴⁹ Errores ortográficos y e puntuación propios del texto



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

"PREGUNTADO: SÍRVASE MANIFESTAR AL Despacho ya que según su dicho usted era la persona que estaba al cuidado del señor PEDRO CABARCAS si el fumaba y si lo hacía en forma constante. CONTESTO: para la época en que yo lo atendía, como en el año 2000 no fumaba. Preguntado: cuanto tiempo trabajó cuidando al señor PEDRO CLAVER CABARCAS. CONTESTO: como 8 o 9 años hasta el momento de su muerte. PREGUNTADO: diga usted al despacho si durante ese lapso que dice haber trabajado cuidando al señor PEDRO CABARCAS usted se percató que él fumaba. CONTESTO: nunca lo vi fumando. Preguntado: sírvase usted explicar al despacho si lo sabe, las razones por las cuales tal y como se evidencia en la Historia Clínica aportada por los accionante o demandantes, específicamente 2010 -06-30 se extraen los antecedentes personales y patológicos entre otros fumador pesado. CONTESTO: No. Nunca lo vi fumando, será cuando cocinaba en los montes con leña (sic)⁵⁰"

Conforme con la doctrina medica citada en esta providencia, que la principal recomendación para pacientes con EPOC es la cesación del uso del cigarrillo, seguida del suministro de medicamentos y el oxígeno en el evento de que se detecte una menor cantidad de dicho elemento en la sangre⁵¹.

Así las cosas, se concluye que el señor PEDRO CABARCAS CABANA padecía, desde 10 años antes de su muerte, de enfisema pulmonar – EPOC, lo cual se puede verificar en la declaración de su sobrina Levis Cabaracas⁵². Además, el señor Cabarcas era considerado como fumador pesado, lo que hace inferir que la exposición al humo del cigarrillo y la leña necesariamente deterioraba más su salud; sumado ello, según se verifica en la historia clínica del Hospital Local de Santa Rosa de Lima, desde el año 2009, se registran ingresos recurrentes del señor Cabarcas, para su atención en urgencias, con episodios de asfixia.

Lo anterior, permite a la Sala evidenciar, que la expectativa de vida del señor PEDRO CABARCAS CABANA era baja; y que, si bien ésta lograba extenderse con el suministro de oxígeno, la probabilidad de ampliar su supervivencia era mínima, toda vez que los padecimientos que éste tenía dan muestra de que el

⁵⁰ Errores ortográficos y e puntuación propios del texto

⁵¹ **SOCIEDAD AMERICANA DE TORAX:** ¿Cómo se trata la EPOC? El primer y más importante tratamiento en pacientes fumadores es que dejen de fumar. En general, se recetan medicamentos para ampliar las vías aéreas (broncodilatadores), para reducir la inflamación de las vías aéreas (fármacos antiinflamatorios, como esteroides) y/o para tratar infecciones (antibióticos). La EPOC también puede causar un descenso del nivel de oxígeno en sangre; si esto sucede, se recetará oxígeno adicional (consulte el Folleto sobre Oxigenoterapia de la Serie de Información al paciente de la ATS en <http://www.thoracic.org/patients>).

SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE TORAX: Cesación Tabáquica. La EPOC es una enfermedad prevenible. Dejar de fumar es la intervención más costo-efectiva en la prevención del desarrollo y progresión de la EPOC. También reduce la mortalidad por otras causas, muchas de las cuales son comorbilidades asociadas a la EPOC.

⁵² Quien expuso que la enfermedad citada le fue diagnosticada a su tío en el año 2000



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

paciente se encontraba en una etapa muy avanzada de la enfermedad, y sufría de otras complicaciones que limitaban su longevidad⁵³.

Ahora bien, no puede perder de vista esta Corporación que, otra de las finalidades que persigue el tratamiento con oxígeno, es la mejora en la calidad de vida del paciente; así las cosas, en este caso en específico, se verifica también que la negativa de CAPRECOM a realizar la entrega del oxígeno, conllevó a que el paciente se viera obligado a trasladarse a la sala de urgencias de la ESE Hospital Local Santa Rosa de Lima, de manera repetitiva, durante los meses de abril mayo y junio, por presentar cuadros clínicos de asfixia; lo anterior, también es ratificado por la señora YADIRA ORTIZ, quien expuso en su declaración, que se vio obligada a salir con el paciente para urgencias sin importar la hora de la madrugada o si estaba lloviendo o no, debido a los episodios de asfixia que éste presentaba.

En ese sentido, encuentra esta Corporación, que se ha configurado la pérdida de oportunidad del paciente, de extender su vida por un periodo mínimo de tiempo adicional; toda vez que las entidades accionadas, aun teniendo el deber de suministrarle todo el tratamiento para la enfermedad que padecía, no lo hicieron, pues le negaron la autorización para el suministrado de oxígeno, lo cual era vital para su subsistencia.

6.7 Indemnización de perjuicios

En la sentencia de primera instancia, el Juez a quo condenó a las accionadas al pago de 10 SMLMV por concepto de daños por la pérdida de la oportunidad, en favor de las demandantes en esta acción. Su decisión la fundamentó en la probabilidad de supervivencia del señor Cabarcas, toda vez que según la historia clínica su expectativa de vida era baja, como quiera que la afección pulmonar que sufría tenía varios años de evolución, con un estado avanzado de gravedad para abril de 2010, cuando se le recomendó el uso de oxígeno domiciliario; además, el paciente se mantenía en contacto con gases que empeoraban su situación, como es el cigarrillo – pues estaba catalogado como fumador pesado; y que, cuando asistía al médico Expedía un fuerte olor a ACPM.

Sin embargo, no reconoció daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, ni daño a la vida de relación, toda vez que la muerte del señor Pedro Cabarcas se debió a causas naturales, por la enfermedad pulmonar que padecía, por lo que tales gastos (daño emergente y lucro cesante) y dolor moral por la pérdida, no es más que el curso normal que tendría su enfermedad.

⁵³ En la historia clínica de la Clínica Jesús de Nasaret, se destaca que el paciente ingresó con diarrea y con una sepsis o infección pulmonar.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

Frente a lo anterior, la parte accionante interpuso recurso de apelación, manifestando que se estaba violando el precedente del Consejo de Estado al dejar de reconocer los perjuicios de daño moral a las hermanas del señor Cabarcas, puesto que la jurisprudencia ha definido que el dolor por la muerte de un familiar se presume, por lo que solo debe el interesado demostrar la filiación, como sucedió en este caso. También reclama por la negativa a reconocer perjuicios a la vida de relación pues considera que los mismos están probados con la declaración de la señora Levis Cabarcas, quien expuso sobre el sufrimiento que padecieron las hermanas del occiso, por su fallecimiento.

Aunado a ello, solicita el reconocimiento de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, al considerar que el fallecimiento adelantado del señor Cabarcas generó gastos que no se tenían previstos y que, igualmente sus hermanas se vieron abocadas a la compra de medicamentos por la forma como se vio agravada la situación de su hermano.

Por último, requiere que se le aumente la indemnización por la pérdida de oportunidad que impidió que la vida del señor PEDRO CLAVER CABARCAS se prolongara en el tiempo.

Frente a las anteriores reclamaciones se hace necesario hacer alusión a la más reciente sentencia del Consejo de Estado, que, al tocar el tema en referencia, expone:

"26. Parámetros para cuantificar la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica:

- i. El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.
- ii. La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que **está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%,** ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.
- iii. No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el **truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial⁵⁴.**

iv. No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

y. **El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina⁵⁵, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad⁵⁶, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998⁵⁷-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados⁵⁸.**

⁵⁴ Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizaría o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: "insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño" GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

⁵⁵ TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

⁵⁶ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15.024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

⁵⁷ "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".

⁵⁸ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

vi. Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos⁵⁹, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.

26.1. De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivida -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se proferiera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.

26.2. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la *lex artis*.

26.3. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivida que tenía la señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial".

obran en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁵⁹ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIG-ULLASTRE, AAVV, "Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica", *Revista Española de Medicina Legal, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, vol. 39, 2013, p. 159.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

De lo anotado por el Consejo de estado en la sentencia en comento, proferida el 5 de abril de 2017, puede concluirse que:

i) La indemnización por pérdida de la oportunidad siempre será menor a lo que se hubiera reconocido por la indemnización del perjuicio final, es decir, en caso de muerte, el reconocimiento siempre será menor al que normalmente se reconoce por dicho daño.

ii) La expectativa de vida se calculará en términos porcentuales.

iii) La pérdida de oportunidad no es un perjuicio independiente de los demás perjuicios, y por lo tanto no puede ser reconocido de manera separada del perjuicio material e inmaterial. Lo que en estos casos se trunca es la expectativa de vida de una persona, por ello, debe repararse los diferentes perjuicios que esto ocasiona, ya sea del orden moral o material.

iv) La pérdida de oportunidad es una fuente de daño, cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

v) El porcentaje de probabilidad de expectativas de vida truncada, debe estar soportado en los diferentes medios de prueba, en caso de no existir una prueba técnica que establezca el porcentaje mencionado, debe condenarse en abstracto o acudir a criterios de equidad.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, esta Corporación procede a verificar las pruebas del proceso **para efectos de determinar el porcentaje de probabilidad de expectativa truncada** con la que contaba el señor PEDRO CLAVER CABARCAR CABARCAS.

Al respecto se encuentra que, como ya se ha mencionado en esta sentencia, el señor PEDRO CLAVER CABARCAR CABARCAS, era **fumador pesado, además cocinaba en leña**, lo anterior se encuentra respaldado por la historia clínica⁶⁰ y las versiones rendidas por la señora Levis Cabarcas (sobrina), Judith Cabarcas (hermana) y Yadira Ortiz⁶¹. También se encuentra demostrado que el paciente sufría de enfisema pulmonar – EPOC, desde 10 años antes de su muerte, lo cual se puede verificar en la declaración de su sobrina Levis Cabarcas, y en su último año de vida (2010), éste ingresó de manera recurrente a Urgencias por crisis respiratorias, con repetidos cuadros de asfixia, complicada con sepsis o infección en los pulmones, diarrea y mal estado general.

En ese orden de ideas, debe concluirse que la expectativa de vida del señor PEDRO CABARCAS CABANA era muy baja; además, la probabilidad de

⁶⁰ Folio 213

⁶¹ Folios 282-283, 286-287 y 299-301



supervivencia y de mejoras en su calidad de vida no superaban un 20%; lo anterior, fundamentado en los criterios de equidad y las pruebas analizadas al plenario, pues si bien es cierto que tanto Caprecom como el Departamento de Bolívar incumplieron sus obligaciones en el suministro del oxígeno, dicho medicamento no era el que iba a hacer que el paciente recuperara su salud, pues la enfermedad que éste padecía tenía muchos años de evolución y prácticamente se encontraba en una etapa crítica, de acuerdo con la historia clínica; por lo que debe determinarse ese porcentaje como medida para el reconocimiento de los perjuicios a indemnizar.

6.7.1 Perjuicios morales

El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. Con relación a la estimación del perjuicio moral, el H. Consejo de Estado no ha exigido pruebas del daño moral sufrido por las víctimas y su parientes cercanos, a partir de la acertada presunción de dar por existente el sufrimiento, desasosiego, congoja y frustración que conlleva la muerte de un ser querido; de tal manera que, para el reconocimiento de la indemnización en ese sentido, solo deben acreditar el vínculo que los une con esa persona.

En reciente pronunciamiento, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo unificó y reiteró los criterios a tener en cuenta para el reconocimiento de los perjuicios morales por la muerte, así⁶²:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

En este caso, como quiera que las demandantes, HERNESTINA CABARCAS DE LA ROSA y JUDITH CABARCAS DE LA ROSA, acreditaron ser hermanas del señor

⁶² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA PLENA, SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).



PEDRO CLAVER CABARCAS CABANAS, mediante los registros civiles aportados el proceso⁶³, tienen derecho al reconocimiento de perjuicio moral por la pérdida de oportunidad que derivó en la imposibilidad de extenderle la vida al mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, como quiera que el Consejo de Estado reconoce a los hermanos, cuando existe muerte de la víctima, el valor de 50 smlmv, en este caso, teniendo en cuenta el porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada, que se fijó en un 20%, el reconocimiento a cada una de las demandantes es de 10 smlmv.

6.7.2 Perjuicios materiales – daño emergente

Este reconocimiento será denegado por este Tribunal, teniendo en cuenta que si bien en el proceso fue aportada una factura que da cuenta de los gastos funerarios por el sepelio del señor PEDRO CABARCAS, lo cierto es que se desconoce quien fue la persona que pagó dichos emolumentos, puesto que cuando se le preguntó a la señora LEVIS CABARCAS⁶⁴ por ello, ella manifestó que desconocía quienes habían sufragado dichos gastos y que a ella le parecía que había sido uno de sus tíos. Ahora bien, del testimonio de la señora Levis se puede inferir que el señor Cabarcas contaba con varios hermanos, entre ella la señora Judith Cabarcas, de quien afirma ser hija; al respecto comenta lo siguiente *"al fallecimiento de mi tío, Pedro Cabarcas, mis tías y mi mamá Judith Cabarcas se sintieron muy mal"*.

En ese sentido, al desconocerse cuál de todos los tíos pagó el funeral del señor Cabarcas, debe concluirse que no existe prueba que demuestre quien sufragó las expensas funerarias del mismo, por lo que no puede ser reconocido dicho emolumento a las accionadas.

6.7.3 perjuicios materiales lucro cesante

Este reconocimiento será denegado por esta Corporación, en atención a que en el plenario no se encuentra demostrado que alguna de las demandantes dependiera económicamente del señor PEDRO CLAVER CABARCAS. Al contrario, se encuentra demostrado, según la versión de la señora Yadira Ortiz que eran ellas, quienes suplían los gastos del señor Cabarcas, pagando los servicios que la señora Yadira le prestaba como empleada.

6.7.4 Alteración en las condiciones de existencia

⁶³ Folio 22, 23 y 91 c. 1

⁶⁴ Folio 282-283 c. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

Ante la negativa de la Juez a quo de reconocer este perjuicio el cual estudió bajo la figura del daño a la vida de relación, solicita la parte actora que se concedan por cuanto no cabe duda que la muerte del hermano de las demandantes les generó una grave alteración en las condiciones de existencia, tal y como lo manifestó la señora Levis Cabarcas en su testimonio.

En relación con el principio de reparación integral, el Consejo de Estado adoptó la denominación de "alteración a las condiciones de existencia", para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, sostuvo Sobre el particular el H. Consejo de Estado, sostuvo

"A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que "rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación".

"En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1º de la Constitución Política.

"En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que "[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él."

"Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más compresiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

"El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

"En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario." (Destaca el Tribunal).

En el presente caso, no obra material probatorio contundente que permita a esta Corporación concluir que los demandantes hayan sufrido una alteración de tal magnitud que deba ser reconocida a través de esta pretensión. Es de resaltar que el daño moral se presume cuando aparecen acreditados los presupuestos de responsabilidad, evento que no ocurre con el reconocimiento de perjuicios por alteración grave o daño a la vida de relación, pues estos deberán demostrarse mediante cualquier instrumento probatorio dentro del proceso; cosa que no sucedió en el caso de referencia.

En efecto, dentro del proceso no se demostró cuál fue la afectación exterior en el entorno personal, social y familiar que sufrieron los actores por los hechos que se demanda; pues si bien la señora Levis Cabarcas manifiesta en su testimonio que las demandantes padecieron dolor, congoja, depresión por la muerte de su hermano, dichos padecimientos se enmarcan más dentro de la indemnización por daño moral, que ya fue reconocida, por lo que no encuentra esta Sala lugar a reconocer ningún emolumento por daño a la vida de relación.

6.8 Costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, así:

"SEGUNDO: CONDENAR a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES - CAPRECOM y el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, a pagar a las señoras JUDITH y ERNESTINA CABARCAS DE LA ROSA, la suma DIEZ (10) SMLMV, para cada una de ellas, por concepto



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 053/2017

SIGCMA

de perjuicio o daño moral. Esta suma de dinero causará intereses en la forma dispuesta en el art. 177 del CCA., adicionado por la Ley 446 de 1998 artículo 60.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda"

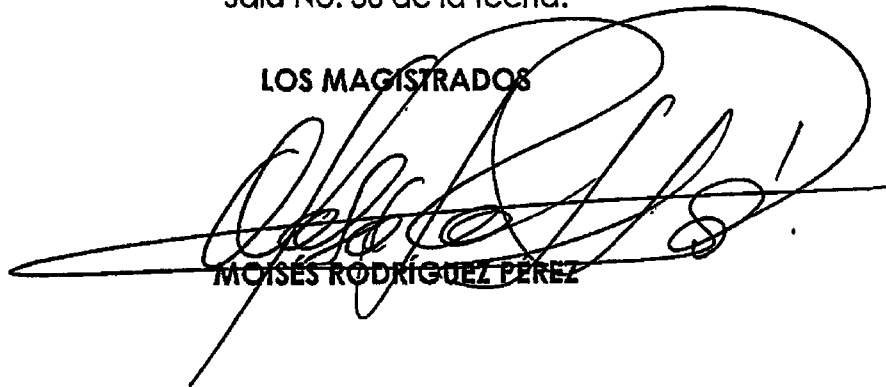
SEGUNDO: No hay lugar a condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

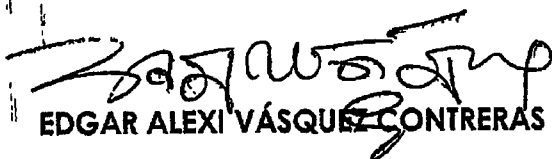
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala No. 56 de la fecha.

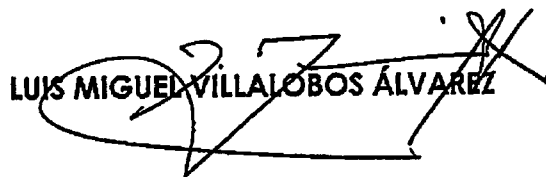
LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ