



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, cinco (05) de octubre de dos mil veinte (2020)

Sentencia No. 148

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante	Yuliza Silva Enciso y Otros
Demandado	Departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la sala resolver el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este circuito judicial el trece (13) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), dentro del proceso iniciado por los señores Yuliza Silva Enciso, Jeyson Nicolás Rizo Silva, Jaissel Danisha Rizo Silva, Jaissa Nelly Rizo Viloría, Neyis Judith Zarabia Garcia, Alejandro Rizo Horta y Neither Esther Rizo Zarabia, contra el Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa catalina y Otros. mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRANSE probadas las excepciones de mérito de ausencia incumpliendo por parte de la IPS universitaria, Ausencia de Falla en el Servicio como elemento estructural de la responsabilidad médica por parte de la IPS Universitaria y ausencia del nexo causal en el daño sufrido por los actores como consecuencia del padecimiento del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, ello acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: de conformidad con el artículo 188 del CPACA, **condenase** en costas a la parte de manante de igual manera se les condena a las agencias en derecho las cuales fijan el 4% de lo pedido.

CUARTO: contra la presente decisión procede el recurso de apelación en los términos de artículo 247 del CPACA.

QUINTO: *Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente constancia de notificación: decisión que se notifica en estrados”*

II.- ANTECEDENTES

DEMANDA

Los actores a través de apoderado judicial, instauraron demanda de Reparación directa, en contra del Departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y la IPS Universitaria de Antioquia, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

“PRIMERO: *que se declare mediante acción de reparación directa a que el Departamento Archipiélago de San Andres isla y la IPS Universitaria de Antioquia Sede San Andres son administrativamente responsable solidariamente de los perjuicios morales y materiales sufridos por la Sra. Yuliza Silva Enciso,(compañera), Jeyson Nicolás Rizo Silva, Jaisel Danisha Rizo Silva y Jaissa Nelly Rizo Viloría (hijas legítimas), Neyis Judith Zarabía García (madre), Alejandro Rizo Horta (padre), y Neither Esther Rizo Zarabía, (hermana carnal de la víctima)*

Y por consiguiente de los perjuicios causados a: Yuliza Silva Encizo, Jeyson Nicolás Rizo Silva, Jaisel Danysha Rizo Silva, Jaissa Nelly Rizo Viloría, Neyis Judith Zarabía García, Alejandro Rizo Horta, y Neither Esther Rizo Zarabía, en calidad de compañera, Hijos, padres Y Hermana de la víctima.

SEGUNDO: *Se reclaman perjuicios Morales subjetivos por la cantidad de 100 SMLV, A Yuliza encizo, Jeison Nicolás Rizo Silva, Jaysel Danysha Rizo Silva, Jaissa Nelly Rizo villoria, Neyis Judith Zarabía García y Alejandro Rizo Horta., para cada uno de ellos. Al precio que se encuentre el SMLV a la fecha de la ejecutoria de la conciliación y o sentencia judicial.*

TERCERO: *Se reclaman perjuicios materiales lucro cesante a favor de la compañera marital de carácter permanente, Sra. Yuliza Silva Encizo por la suma de 25.000.000 y para sus hijos Jeison Nicolás Rizo Silva y Jassel Danysha Rizo Silva, la suma de 25.000.000 es decir 12.500.000 para cada uno de ellos.*

- HECHOS

Los demandantes solicitan la reparación de unos daños morales y materiales, con fundamento en los hechos que a continuación se transcriben:

“La demanda ordinaria de reparación directa fue presentada en contra del Departamento de San Andres, Providencia y Santa Catalina e IPS Universitaria de Antioquia, sede San Andres Isla; por daños morales y materiales, causados por hechos y omisiones que le ocasionaron la muerte al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, compañero marital de carácter permanente, padre, hijo y hermano en hechos ocurridos el día 17 de abril del año 2015 a las 10 de la noche, en el avión ambulancia, cuando era trasladado desde el aeropuerto “Gustavo Rojas Pinilla” de la isla de San Andres, con rumbo a la ciudad de Barranquilla a donde fue remitido por los galenos del Hospital Departamental “Amor de Patria”. Que el día 6 de marzo del año 2015, a las 10:28 ingresó a las instalaciones del Hospital Departamental Amor de Patria de San Andres para evaluación médica y chequeo de como iba evolucionando de las diversas operaciones efectuadas en la ciudad de Barranquilla.

El señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, siempre laboraba en el ramo de la construcción y fue en este arte en donde encontró una caída el día 27 de enero de 2015 A las 12:32:51 horas; que le ocasionó cantidad de fracturas. Según el informe de epicrisis de Hospital Departamental “Amor de Patria”, San Andres, permaneció en este nosocomio bajo observación y estabilización hasta el día 29 de enero del año 2015 a las 5:43:10 a.m., día en que fue remitido a la ciudad de barranquilla para su intervención quirúrgica.

En la ciudad de barranquilla el paciente fue intervenido de las diferentes fracturas¹ en el hospital universitario “Cari”, regresando a la isla en condiciones óptimas.

¹ *“.....sospecha de fractura estable de pelvis, integridad de huesos largos de MMSS Y MMII. Evidente deformidad de cuello de pie y pie izquierdo, dolor calcáneo derecho, elevada sospecha de luxa FX cuello de pie izquierdo y calcáneo estrágalo. elevada sospecha de FX calcáneo estrágalo de pie izquierdo. TR esfínter de tono adecuado, próstata, en posición sin sangrado, sin sangrado uretral... fractura de otras partes no especificadas de la columna lumbar y de la pelvis... fractura de rama iliopubica y izquiopubica paciente con fractura de vertebra T 12 sin déficit neurológico, además fractura conminuta de calcáneo, amerita remisión a tercer nivel para Lam integro neurológicamente, amerita de forma urgente la realización de resonancia magnética de columna dorsal y lumbar además de valoración por neurocirugía para laminectomía de T 12 y L1 además, de artrodesis instrumentada dos niveles por arriba y dos niveles por debajo se le ordenaron TAC de columna que muestra fractura de T12 con invasión del canal... el TAC de cuello de pie muestra fractura multifragmentada de calcáneo... el TAC de pelvis confirma fractura de rama iliopubica e izquiopubica izquierdas sin compromiso de ace... tabulo de las RX muestran en la pelvis fractura de rama isostática y fractura de rama iliaca FX las RX de columna son aparente mente normales... al igual que las RX de la muñeca izquierda análisis: poli trauma con caída SDE evaluación mayor, múltiples fracturas posible de pies y cuello de pie, posible fractura estable de pelvis, posible fracturas de vértebras lumbares fractura de vértebras lumbares 3,4 y 5. Posible fractura carpo izquierdo... requiere la especialidad de neurocirugía y por ente, un*

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

El día 6 de marzo del año 2015 a las 8:17:24 de la mañana, el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, se presentó al Hospital Departamental “Amor de Patria” de San Andrés, con el fin de que le fueran retirados los puntos y fuera evaluado como control de las operaciones recibidas en Barranquilla, y en la nota de ronda e interconsulta se observa que se encontró en “buenas condiciones generales....paciente a quien se le realizó instrumentación de Columna y osteosíntesis de calcáneo izquierdo, se operó el 6 de febrero en la ciudad de Barranquilla, se retiraron puntos el día 6 de marzo del año 2015, heridas quirúrgicas sin signos de infección”.

El señor derbis Nicolás Rizo Zarabia ingresó nuevamente al Hospital Departamental “Amor de Patria” de San Andres, el día 16 de marzo del año 2015 a las 12:20, con calor local y dolor. El neurocirujano, quien recomendó autorización para ingresar por urgencias pues requería valoración y estudios de infección indicando que el paciente, refiere desde hace 8 días aparición de masa en región lumbar.

Que al ser examinado presentaba dolor a la palpación de la región lumbar, o presencia de masas fluctuantes en región con calor local, se observó cicatriz de cirugía en región lumbar, se ingresó para estudios de extensión y valoración de neurocirugía; se le formuló lo siguiente: naproxeno 250 MG tableta o cápsula, diclofenaco sódico 75 MG /3 ML Solución inyectable, paciente con dolor residual lumbar residual y se decide dar de alta con fórmula médica y cita de revisión por consulta externa en 8 días.

En fecha 18 de marzo de 2015 a las 7:47 de la mañana, el paciente ingresó nuevamente al Hospital y esta vez solicitó una cita para el día 30 de marzo del año 2015 con el objeto de realizarse una radiografía de tobillo AP lateral y rotación interna.

Sin embargo, el día 3 de abril del año 2015 a las 9:39PM el paciente acude al centro hospitalario con dolor costal izquierdo, FX de calcáneo izquierdo, FX columna dorsal por HC. Mediante informe médico (Nota Interconsulta) se indica que el paciente que ingresó con dolor costal izquierdo, refiriendo haber empeorado con el movimiento. No obstante, le fue autorizada su salida con formulación de algunos medicamentos como: naproxeno 20 MG, Metocarbamol 750 MG, Diclofenaco AMP 75 MG, Tiamina TAB. 300 MG y recomendaciones para orden de neurología si continuaba con dolor.

El día 4 de abril del año 2015 a las 9:08 AM, el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, ingresó para recibir atención por parte de la especialidad de Neurología donde manifestó dolor costal izquierdo que empeoraba con la

ente hospitalario de tercer nivel, por cuanto el hospital “Amor de Patria” es de segundo nivel por ello fue remitido a Barranquilla”.

inspiración y al movimiento y tres días después esto es, el día 7 de abril de 2015 ingresa por urgencia al Hospital Departamental, por presentar sepsis severa de origen pulmonar y tejidos blandos, falla ventilatoria por lo que se intuba y se conecta a ventilación mecánica con manejo continuo por medicina interna y neurología.

Por lo anterior, se solicita plan de remisión por medio de avión Ambulancia e institución de mayor nivel para manejo por infectología y equipo médico de cirugía de fijación de columna por absceso de región dorsolumbar.

Encontrándose en la Unidad de Cuidados Intensivos en críticas condiciones generales con disfunción pulmonar severa y preparándose para ser trasladado, se les informó a los familiares sobre los riesgos anestésicos; firmando el consentimiento, la compañera permanente del paciente. Se realiza lavado quirúrgico con jabón yodado. Se aplican campos estériles desechables en región dorsolumbar se incide sobre herida previa encontrado en porción lumbar colección de tejidos blandos, se observa desventilación de tejidos paravertebrales y material fibrinoide y se toman muestras para cultivo y patología. "terapia respiratoria"

El día domingo 17 de abril de 2015, el paciente fallece a las 10 de la noche al interior del avión ambulancia, en el espacio aéreo, producida por la bacteria adquirida dentro de las instalaciones de dicho nosocomio, luego de que acudiera a las instalaciones sanitarias del Hospital Departamental "Amor de Patria", para un chequeo médico normal, después de varias intervenciones quirúrgicas por fracturas de otras partes de las no especificadas de la columna lumbar y de la pelvis en un centro sanitario de la ciudad de barranquilla a donde fue remitido.

El paciente Dervis Nicolás Rizo Zarabia, posterior a la extracción de los puntos en la parte dorso lumbar, presentó un cuadro inflamatorio y dolor, por lo cual acudió en varias ocasiones al Hospital Departamental "Amor de Patria", y allí le trataban, pero con la simple formulación de medicamentos no adecuados para la sepsis severa que estaba padeciendo. En este orden, una infección nosocomial no fue advertida o detectada medicamente a tiempo por los galenos del Hospital Departamental "amor de Patria" salvo a lo último cuando el paciente ya estaba próximo a fallecer porque la infección lo había invadido.

La entidad o el establecimiento sanitario no hicieron lo posible por evitar la muerte del paciente Dervis Nicolás Rizo Zarabia, quien adquirió la bacteria por infección nosocomial en el purimenconado hospital departamental "Amor de Patria" cuando le fue retirado unos puntos de la región dorso lumbar y en el pie izquierdo. No hubo asepsia del material instrumental quirúrgico utilizado en dicho procedimiento, ya que el galeno que lo intervino en este

procedimiento manifestó tajantemente que no había infección en las heridas quirúrgicas en dichas áreas.

En consecuencia, los entes demandados: Departamento de San Andres, Providencia y Santa Catalina e IPS Universitaria de Antioquia sede San Andres isla a través del centro hospitalario reseñado incurrieron en omisión, impericia, imprudencia, negligencia y violaciones a todos los reglamentos de la culpa por parte del personal y paramédico, quienes atendieron al paciente antes, en y después de la quitada de los puntos de las zonas corporales ya señaladas.

Además, porque las autoridades sanitarias con su actuar, permitieron que el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia adquiriera la bacteria al interior del centro hospitalario citado, sin percatarse que las condiciones de asepsia no fueron las mejores y, por ende, el cuadro clínico presentado por él a los pocos días de dicho procedimiento, que avanzara de manera rápida y determinante en su salud deteriorándolo hasta llegar al estado crítico grave, y a raíz de esta bacteria (infección nosocomial) lo llevó a complicaciones serias que lo condujeron a la muerte.

Se presentó entonces, una verdadera falla presunta del servicio, por la culpa, culpa grave, culpa lata, omisión, impericia, imprudencia, negligencia, violación a todos los reglamentos de la culpa por parte del personal paramédico y médico de la entidad sanitaria mencionada.” (cursivas fuera del texto)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte actora señala las siguientes:

- Constitucionales, Artículos: 2, 9, 13, 29 y 90.
- Artículo 2° Inciso 2°, Art 86, en concordancia con los Arts. 20, 23, 90 de la constitución.
- Artículos: 176, 177, 178 C.C. A.,
- Decreto 2591 de 1991
- Ley 23 de 1981
- Resolución No. 1995 de julio de 1999, y demás normas concordantes

SIGCMA

Refiere que de acuerdo con el tratamiento intensivo dado al paciente Rizo Zarabia, consistente en una cantidad de antibióticos severos para contrarrestar la infección, se comprometieron varios órganos importantes del cuerpo, ocasionando su muerte, es una circunstancia igualmente indicativa de que el paciente la contrajo bacterias multirresistentes que, como su nombre lo indica, son resistentes a los antibióticos e inciden en las enfermedades de origen intrahospitalario.

Bajo estos supuestos, indica que existiendo prueba indicatoria de que el paciente contrajo la bacteria en el Hospital Departamental "Amor de Patria" de San Andres, cabe concluir que el daño ocasionado encuentra su origen en una infección bacteriana.

Para el efecto, cita la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, particularmente, la sentencia de fecha 19 de agosto de 2009, Exp. 17.733, C.P. Enrique Gil Botero, reiterada luego en la sentencia de 24 de marzo de 2001 Exp 20.836. C.P, Enrique Gil Botero; y la sentencia de 26 de marzo de 2008 Exp 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

- CONTESTACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

El apoderado judicial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina presentó contestación de la demanda de manera oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerar que la presente acción es abiertamente improcedente y temeraria; señalando que el ente departamental no es sujeto responsable del fallecimiento de Dervis Nicolás Rizo Zarbia, ni de los supuestos prejuicios que aseveran los demandantes haberse derivado de dicho fallecimiento.

La demandada propuso como excepciones de mérito las siguientes:

En primer lugar, señala la falta de legitimación en la causa por activa respecto a la parte actora, Señora Yuliza Silva Enciso, quien en los hechos de la demanda

SIGCMA

manifiesta tener unión marital con Dervis Nicolás Rizo Zarabia, sin embargo, no se logra acreditar a través de ningún medio probatorio idóneo su afirmación.

Que asimismo, se predica esta excepción respecto a Nider Rizo Zarabia, Alexander Rizo Zarabia y Cila Rizo Zarabia, quienes otorgaron poder especial para actuar al abogado, pero no se observa que los mismos sean relacionados con la demanda como presuntos acreedores de la administración departamental por los hechos que se discuten y no han acreditado a través de documento idóneo el vínculo de parentesco con el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia.

Propone la falta de legitimación por pasiva por considerar que no fue la Gobernación Departamental la entidad que prestó directa ni indirectamente el servicio de salud Dervis Nicolás Rizo Zarabia, pues el mismo, fue suministrado por la IPS Universitaria de Antioquia, entidad ésta que goza de personería jurídica.

Aunado a lo anterior, afirma que no se presentó acción u omisión por parte de la Gobernación Departamental que de lugar a vulneración de derechos o que genere responsabilidad alguna.

Que no existe nexo causal entre la muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia y el actuar del Departamento, amén, que tampoco se indica en la demanda cual fue el comportamiento que supuestamente desplegó esta entidad territorial para estar llamada a responder.

Arguye, la inexistencia de prueba que acredite que la sepsis severa presentada en el paciente tuviera el carácter nosocomial pues no se logró demostrar que la bacteria y/o infección presentada por el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia hubiere sido adquirida en el establecimiento hospitalario y tampoco existen indicios que corroboren esta hipótesis, máxime cuando el cuidado post operatorio del paciente no fue al interior del Hospital Departamental "Amor de Patria" de San Andres.

En este orden, la entidad refiere que la falta de evidencia científica que determine y/o corrobore que el indebido retiro de puntos hubiere sido la causa de la infección presentada por el paciente y su posterior deceso.

Y para concluir la contestación propone, no concurrencia de los elementos de culpa y/o responsabilidad médica porque el acto documental de mayor importancia es la historia clínica y de ella se desprende que, dentro de este proceso no concurren ninguno de los requisitos sustanciales para que la acción tenga éxito en sus pretensiones, pues no se evidencia la culpa de las entidades demandadas por el actuar de sus galenos, el daño y el nexo de causalidad y no se configuran los tres componentes de la culpa médica: *“imprudencia, negligencia e impericia”*

Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia “I.P.S Universitaria”

El apoderado judicial de la Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia “I.P.S Universitaria” al descorrer el traslado de la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto estima que no les asiste razón a los demandantes para reclamar derecho alguno, por las siguientes razones:

Que la intención médica brindada al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, fue adecuada, oportuna, ajustada a la ciencia médica y a los protocolos médicos en la materia.

Que el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, falleció como consecuencia de sus propias enfermedades de base y del trauma sufrido y no como consecuencia de una indebida atención médica por parte de la IPS Universitaria, razón suficiente para que se desestimen las pretensiones de la demanda.

Asevera que la actuación médica por parte de la IPS Universitaria, no generó los perjuicios que hoy se reclaman, por lo cual deberían desestimarse todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Que las atenciones médicas brindadas al paciente por parte de la IPS Universitaria, fueron completamente adecuadas, no existiendo un solo hecho por acción u omisión que hubiere causado el fallecimiento del paciente, por la parte demandada.

Proponen como excepciones de mérito o de fondo las siguiente:

Ausencia de incumplimiento por parte de la IPS Universitaria quien cumplió a cabalidad, todas y cada una de las obligaciones que, en su calidad de institución prestadora de servicios de salud, le corresponden.

La ausencia de falla en el servicio como elemento estructural de la responsabilidad médica por parte de la IPS Universitaria, argumentando que sin falla no existe responsabilidad médica, que las atenciones médicas que se le brindaron al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia por parte de la IPS Universitaria, fueron totalmente oportunas y acordes con la ciencia y la literatura médica.

Manifiesta, que, si se analiza el actuar de la IPS Universitaria, en relación con las obligaciones legales de las instituciones prestadoras de servicio de salud, como lo es la misma, es evidente que cumplió con todas y cada una de ellas.

Indica, que el proceso infeccioso del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, se presentó a nivel de área quirúrgica, es decir en la zona paravertebral, que no fue manipulada por parte de la IPS Universitaria al momento del retiro de suturas, pues en dicho procedimiento, solo se intervino la parte más superficial de la piel, sin que en dicha área se reportaran signos de infección.

Sostiene, que el hecho de que el paciente Dervis Nicolás Rizo Zarabia, hubiera presentado reporte positivo de *Staphylococcus aureus* no es atribuible médica ni jurídicamente a la IPS Universitaria, pues como ya fue advertido, dicho germen no fue adquirido al momento del retiro de los puntos y además se trata de un germen que está presente en múltiples ambientes de la vida diaria, haciendo parte de la piel de todos los humanos.

Por otro lado, la demandada señala igualmente que las infecciones constituyen un riesgo inherente y propio de todo acto médico, incluso de las curaciones a las que debía ser sometido el paciente en su lugar de habitación, luego de la intervención quirúrgica.

Expresa, que la atención que recibió el paciente se realizó cumpliendo con todos los protocolos médicos.

Propone también como excepción, la usencia del nexo causal, indicando que el diagnóstico final del paciente fue un absceso paravertebral, es decir, en la parte interna de la intervención quirúrgica realizada al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, en una institución ajena a la Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia "I.P.S Universitaria" y el procedimiento por el cual se pretende imputar responsabilidad a esta, es por el retiro de los puntos. Procedimiento que se resalta era totalmente necesario, que se llevó a cabo cumpliendo con todas las medidas de Bioseguridad exigidas y que, además, implica una manipulación casi nula de la herida superficial quirúrgica, zona en la cual ningún proceso infeccioso se manifestó.

Por último, propone como excepción de mérito, la indebida tasación de los perjuicios en cuanto a la responsabilidad administrativa y el reconocimiento de los perjuicios y resalta que no es suficiente la simple afirmación sobre su existencia para garantizar la reparación de estos.

Seguros del Estado S.A. (llamado en garantía)

El apoderado judicial de Seguros del Estado S.A., presentó respuesta al llamamiento en garantía formulado por la IPS Universitaria,² oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que la atención fue oportuna y pertinente en todos sus sentidos.

Señala, que ninguno de los hechos que se aducen en la demanda, le consta, en tanto le resultan ajenos. Por lo que se atiene a lo que se logre comprobar en el proceso. Sin embargo, advierte que, de los hechos relacionados por la parte actora, no se observa falta alguna en la prestación del servicio por parte de la IPS Universitaria, pues los servicios de salud prestados al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, se efectuaron no solo de acuerdo a los protocolos médicos establecidos para ello, sino que también, se realizaron atendiendo a las necesidades del

² Visible a folio 1 del Cdno Llamamiento en garantía

paciente, el cual no presentó síntomas externos de infección de herida localizada en la legión lumbar.

Manifiesta, que se opone a todas las pretensiones de la parte demandante, hasta tanto no se demuestren en el curso del presente proceso, que efectivamente la IPS Universitaria, haya incurrido por culpa de su agentes (prestadores del servicio médico), en la responsabilidad que se le atribuye, derivada de una presunta falla médica que nunca se configuró, pues de lo evidenciado en la respectiva historia clínica y demás documentos obrantes en el expediente, al paciente se le brindó una atención oportuna y su lamentable deceso se debió a un hecho súbito e impredecible.

Finalmente, formula como excepciones genéricas, la ausencia de responsabilidad de parte de la IPS Universitaria, inexistencia del nexo causal, exoneración de culpa por cumplimiento de obligación de medio, caso concreto, indebida tasación de perjuicios morales, ausencia de pruebas sobre los perjuicios materiales ocasionados / lucro cesante.

Federación gremial de trabajadores de la salud “Fedsalud” (llamado en garantía)

La IPS Universitaria, llamó en garantía a la federación gremial de trabajadores, pero póstumamente el apoderado judicial de la IPS Universitaria presentó un documento donde desiste del llamamiento en garantía a FEDSALUD, desistimiento que fue admitido mediante auto de sustanciación No. 00081-18 proferido por el juzgado único administrativo del circuito de San Andres, Providencia y Santa Catalina Islas.

Previsora S.A. Compañía de Seguros (llamado en garantía)

El apoderado judicial de La Previsora S.A., presentó respuesta al llamamiento en garantía formulado por FEDESALUD, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que no existe prueba que establezca responsabilidad dentro del caso.

Manifiesta, que no existe responsabilidad por parte de las demandadas ya que no obra prueba alguna, que establezca que la infección nosocomial fue adquirida

SIGCMA

dentro de la institución Hospitalaria “Amor de Patria”, pues el señor Dervis N. Rizo Z., fue atendido en una institución en la ciudad de Barranquilla, lugar en donde se le practicaron múltiples procedimientos quirúrgicos complejos y permaneció por un período prolongado, a diferencia de la institución demandada en donde el procedimiento practicado fue un retiro de puntos el cual no tiene mayor complejidad.

Señala, que de tal manera que no existe fundamento científico ni probatorio con el cual se pueda determinar que la infección adquirida por el señor Dervis N. Rizo Z., fuera adquirida en el Hospital “Amor de Patria” (hoy Clarence Lynd Newbal Memorial Hospital), toda vez que el retiro de puntos no es un procedimiento invasivo y en consecuencia, no existe riesgo de contagio; por otro lado, es ampliamente conocido por la ciencia médica que las bacterias tienen un período de incubación, por lo cual la bacteria se pudo haber adquirido, ya sea en otra institución, o en un lugar externo al nosocomio.

Finalmente, propone como excepciones de fondo, el límite del valor asegurado y deducible pactado, disponibilidad de pago y agotamiento del valor asegurado, sublímite del valor asegurado por perjuicios extrapatrimoniales, inexistencia de falla en el servicio, hecho de un tercero y excepción genérica.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Administrativo del Circuito Judicial de San Andrés Islas, en sentencia de 13 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El problema jurídico por resolver se circunscribió en determinar si las entidades demandadas Departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y la IPS Universitaria de la Universidad de Antioquia como operadora y administradora del Hospital “Amor de Patria” hoy Clarece Lynd Newball Memorial Hospital, son administrativamente responsables de los perjuicios de orden material y moral sufrido por los actores como consecuencia de la atención médica brindada al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, que se asegura, conllevó a su deceso el día 17 de abril de 2015, al señalarse que la muerte fue consecuencia de una bacteria por infección nosocomial contraída al interior del hospital “Amor de Patria”

SIGCMA

Descendiendo al caso concreto, el Juez refirió que la bacteria en cuanto al motivo o circunstancia que la produjeron y el momento de adquisición de la infección que al parecer conllevó y produjo a la muerte a la víctima, no se encuentra plenamente demostrado, esto es, que no se acredita si el lugar donde se adquirió fue intra o extrahospitalaria. (No aislamiento)

En ese orden, advirtió que en el plenario existen pruebas que no fueron controvertidas, enfatizando que el dictamen del Dr. Juan Camilo Díaz Coronado visible a folio 77 a 93 del cuaderno de llamamiento en garantía Fedsalud, en síntesis se explica como causa probable o circunstancia que pudo ocasionar la infección y consecuente muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, el momento de las intervenciones quirúrgicas realizadas en la ciudad de Barranquilla en el Hospital Universitario Cari E.S.E., institución, la cual no fue demandada y que se encuentra ajena a los sujetos procesales que componen el extremo pasivo de la litis debatida.

Asimismo, señaló que el perito al realizar el estudio de la historia clínica del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, encontró que el cuadro séptico del paciente pudo haber obedecido a la adquisición de una infección de origen nosocomial, sin embargo, descarta la posibilidad de que la misma pudiese adquirirse al momento del retiro de los puntos, por cuanto, el retiro material de la sutura es un procedimiento superficial sin relación con la inoculación de bacterias, en tanto no se incide sobre la piel. Además, dentro de las 48 horas siguientes a la atención, no se evidenció inicio de cuadro infeccioso alguno.

Indicó, que la posibilidad de que a pesar del tiempo transcurrido entre la cirugía y la aparición de la fistula demostrativa del cuadro infeccioso, se trata de una bacteria adquirida durante el procedimiento quirúrgico, porque muchas veces las bacterias forman películas en los materiales de osteosíntesis y no dar síntomas sino con el tiempo, causando dehiscencia de suturas o de material implantado, “si la infección es profunda puede no verse nada en la piel o el exterior que indique infección”.

Concluyó, que aun cuando aparezca demostrado el primer elemento de la responsabilidad del estado, el daño, conforme a las pruebas debidamente practicadas en curso del proceso, el mismo no resulta imputable a las demandadas lo que conlleva a que se denieguen las pretensiones de la demanda ante el

SIGCMA

incumplimiento del contenido del artículo 167 del CGP, por la parte actora, pues, no demostró que al momento del retiro del material de sutura se haya inoculado una bacteria, que desencadenó en la muerte de Dervis Nicolás Rizo Zarabia, ni mucho menos que esta fuese la causa eficiente de su muerte.

Afirma, que tampoco fue demostrado como, en el caso concreto, existió un incumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encontraba sometido el procedimiento que fue desarrollado por el personal médico adscrito a la IPS Universitaria de Antioquia, por el contrario, como quedó visto, la lesión no fue producto de una ejecución regular del acto médico ni paramédico, y que este no fue ejercido mediante instrumento que representare peligro o riesgo al paciente, sin que pueda pensarse en una falla en el servicio médico hospitalario.

Bajo estas consideraciones, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda.

- RECURSO DE APELACIÓN

Parte Actora, Yuliza Silva Enciso y Otros

Mediante apoderado judicial y dentro de la oportunidad legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo del circuito Departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina, exponiendo su inconformidad en base a los argumentos que a continuación se transcriben:

Es evidente que no hubo una valoración integral del acervo probatorio recaudado y que desconoció el juzgador de primera instancia, la falla en el servicio que se configuró al interior del Hospital Amor de Patria de San Andres Isla, por la falta de atención y cuidado en el momento en que el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia ingresó el día 27 de enero de 2015, requiriendo la especialidad de Neurocirugía, y por ende, un centro hospitalario de Tercer Nivel, por cuanto el Hospital "Amor de Patria" es de 2° nivel; por ello fue remitido a Barranquilla y luego del procedimiento quirúrgico realizado, retornó a la isla en óptimas condiciones.

SIGCMA

El señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia se presentó al Hospital Departamental “Amor de Patria” de San Andres, el día 6 de marzo de 2015, con el fin de que se le retiraran los puntos y lo evaluaran de las operaciones recibidas en barraquilla dentro del tratamiento normal y lógico que debe tener un postoperatorio y fue por el mismo lugar por donde se le retiraron los puntos de las intervenciones quirúrgicas, por donde salió la “materia”. “pus” infecciosa que llevó a la muerte al Sr. Rizo Zarabia. En el hospital lo atendieron y tras la extracción de los puntos de la región Dorso Lumbar le formularon droga que el tomó cuidadosamente. A los días, comenzó a sentir dolores y le salió un “granito” en la región dorso lumbar que fue el que reventó y por ende salieron litros de materia (PUS). Y eran tales las condiciones de salud del paciente, que no esperó 20 días para la cita que se le había programado con ortopedia, sino que tuvo necesidad de solicitar atención antes de tiempo, porque ya su situación de salud era crítica.

A pesar de las condiciones generales, en el Hospital Departamental “Amor de Patria” de San Andres, se hace caso omiso de la sintomatología que refería el paciente y nuevamente se incurre en error en el tratamiento y diagnóstico al no tener presente que es un paciente postquirúrgico perfilándose antemano sin lugar a equívocos, una falta en el servicio pues, su atención sigue siendo débil e inadecuada. Aun así, es enviado para su casa haciendo caso omiso de las condiciones de salud del paciente. Lo anterior, obliga al paciente, que ya tenía un deterioro evidente en su salud, a buscar la atención requerida en la entidad hospitalaria que para tal fin funciona en San Andres, y que por ello dada la gravedad de su situación ingresa de nuevo el 7 de abril de 2015.

Argumenta sólidamente, que hay un deficiente tratamiento postquirúrgico al interior de hospital Departamental “Amor de Patria” de San Andres, puesto que, en el momento que le sale la materia (PUS) de la zona de donde se le retiraron los puntos de la cirugía realizada al señor Dervis, el médico tratante, nada hizo para establecer cuáles eran las causas que originaron los síntomas presentados por el paciente.

Que no le asiste la razón al juez de primera instancia, toda vez que se logró probar con la historia clínica, que el momento en que el Sr. Dervis N. Rizo Z., adquirió la infección que le causó la muerte, fue cuando se le retiraron los puntos de las heridas de las intervenciones quirúrgicas realizadas. Posterior a ello, fue conocimiento del

SIGCMA

hospital departamental, que de la zona de donde se le retiraron los puntos o suturas, salió materia (PUS) ya que, para entonces, el señor Dervis N. Rizo Z., estaba infectado y el hospital nada hizo para controlarle dicha infección.

La falla en la prestación del servicio médico puede presentarse también en actividades posquirúrgicas, tratamientos intrahospitalarios, tratamientos farmacológicos, entre otros. En el caso presente, la falla en el servicio se presentó en la atención postquirúrgica recibida por el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, en el Hospital Departamental "Amor de Patria", de San Andres Islas, puesto que está probado que dicha atención no fue adecuada. Tampoco recibió un tratamiento farmacológico adecuado, toda vez que no se trató la infección con los medicamentos adecuados para ello, y esto fue otra de las causas que llevó al deceso de este. Todo esto ocurrió al interior del Hospital Departamental, donde se configuró la falla en el servicio por un tratamiento hospitalario inadecuado, en donde el paciente Dervis N. Rizo Z., al retirársele los puntos de la columna vertebral, fue contaminado con una bacteria, por ello por la no asepsia del instrumental quirúrgico con el cual el galeno retiro los puntos que aún se conservaban en la operación realizada en la ciudad de Barranquilla.

Con base en lo anteriormente expuesto, solicita se revoque la sentencia N° 097-19 de septiembre de 2019, de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina; y que, en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IPS Universitaria

El apoderado judicial de la IPS Universitaria dentro de la oportunidad presentó alegatos de conclusión, señalando lo siguiente:

Manifiesta, que el problema jurídico que se debe resolver, radica en establecer si las actuaciones médicas de la IPS Universitaria, dispensada al paciente Dervis Nicolás Rizo Zarabia, fueron coherentes, oportunas, adecuadas a los protocolos

SIGCMA

médicos en la materia y las condiciones clínicas del paciente en cada una de sus valoraciones. Que se deberá determinar en sede de segunda instancia, si la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo del circuito de San Andres, se ajustó a lo solicitado por la parte demandante, la fijación del litigio y los elementos de prueba recaudados en el proceso, para determinar finalmente, si los reproches a la sentencia, resultan congruentes o tienen sustento probatorio dentro del proceso.

Indica, que sobre la sentencia de primera instancia, el Juzgado Único Administrativo de San Andres, absolvió de toda responsabilidad a las demandadas, y en consecuencia, negó todas y cada una de las pretensiones de la demanda; considerando que el fallecimiento del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, no le es imputable a tales entidades y que además, la infección que aquejó al paciente no fue adquirida en la IPS Universitaria como erróneamente se afirmó en la demanda y que sin duda el razonamiento de Juez de primera instancia resulta enteramente correcto, de acuerdo a las propias pruebas del proceso y a los postulados y métodos de análisis que rigen los procesos de responsabilidad médica.

Manifiesta, que la parte recurrente en primer lugar, repara el título de imputación aplicado por el despacho (riesgo excepcional), indicando que se debió analizar el proceso bajo la luz de los presupuestos de la falla en el servicio. Sin embargo, desde ahora es preciso indicar que lo anterior no resulta procedente, toda vez que, desde la fijación del litigio conforme a los argumentos de la demanda, se evidencia que se pretende la declaratoria de responsabilidad derivada de una infección nosocomial.

Sostiene que los demandantes señalan que “no se dio un tratamiento médico adecuado para la sintomatología presentada por el señor Dervis N. Rizo Z., lo cual no es cierto, toda vez que las pruebas del proceso en especial el dictamen pericial da cuenta de la diligencia en el proceso y diagnóstico del paciente y en ese sentido, dicho reproche carece de congruencia en segunda pues, en primera instancia no se expuso.

Indica que, si se lee con detenimiento la demanda, ningún reparo se hace en relación con el proceso diagnóstico o postquirúrgico del paciente en la IPS Universitaria, por lo que no es de recibo en sede de segunda instancia, pues a la

apelante no le es dado cambiar, modificar o adicionar el objeto del litigio, agregando hecho, ni mucho menos reparos nuevos al proceso.

Aclara, que se afirma erróneamente en el escrito de apelación, que, al momento de ser atendido por el galeno, el paciente se encontraba libre de toda infección; situación que es contraria a la realidad de lo que aparece en la historia clínica, porque desde el momento mismo de la retirada de los puntos de sutura se evidenció infección, al existir presencia de (PUS), lo que no es cierto.

Sostiene, que frente al llamamiento en garantía formulado a Seguros del Estado, en el hipotético caso que el despacho considere que se deben acoger los argumentos de apelación del demandante y declare la existencia de una falla en el servicio por parte de la IPS Universitaria, deberá tener en cuenta, que dicho riesgo se encuentra plenamente amparado por la póliza 65-03-101023397 por lo tanto, en el escenario de una condena a la IPS Universitaria, será seguros del estado en calidad de llamamiento en garantía y aseguradora del riesgo, quien asuma las consecuencias económicas de dicha condena.

Ministerio público

Según constancia secretarial y durante el termino para alegar de conclusión, el agente del ministerio público guardó silencio³

- ACTUACIÓN PROCESAL

El 13 de septiembre de 2019, el Juzgado Único Administrativo del Circuito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, profirió sentencia.⁴

La parte actora mediante apoderado judicial interpuso en inmediaciones de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, recurso fue concedido en el efecto suspensivo en audiencia de conciliación.⁵

³ Visible a folio 347 (Cdno Ppal)

⁴ Visible a folios 244-278 (Cdno Ppal)

⁵ Visible a folio 299 (Cdno Ppal)

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Mediante el auto N° 0255 de 11 de diciembre de 2019⁶, esta Corporación admitió recurso de apelación, y ordenó a las partes presentar alegatos de conclusión, para lo cual se les concedió mediante constancia, el término de 10 días, asimismo, se le corrió traslado al Ministerio Público por el mismo término sin retiro del expediente⁷, oportunidad que hizo uso la parte demandada⁸.

III.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia No. 097-199 calendada 13 de septiembre de 2019 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Competencia y caducidad

El presente proceso corresponde a esta jurisdicción, por cuanto lo contencioso administrativo está instituido para conocer del medio de control de reparación directa contemplada en el artículo 140 del CPACA, que se impetre contra una entidad pública, tal y como lo es el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, entidad territorial citada como extremo pasivo (art. 104 CPACA). En cuanto a la competencia, los tribunales administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En cuanto a la oportunidad del medio de control, tal como lo señala el art. 164 de la Ley 1437 de 2011- CPACA, en su literal i) "*cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de 2 años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de hacerlo conocido en la fecha de su ocurrencia.*" En el presente caso, según registro civil de defunción obrante a folio

⁶ Visible a folio 347 (Cdnno Ppal)

⁷ Visible a folio 330 (Cdnno Ppal)

⁸ Visible a folios 339-347 (Cdnno Ppal)

78 del plenario, el daño ocurrió el día 17 de abril de 2015, por lo cual el conteo debe hacerse a partir del día siguiente (18 de abril de 2015 de conformidad con lo señalado en el literal i) del Art. 164 del CPACA.). Dicho término se interrumpió a partir del día 27 de abril de 2016 debido a la solicitud de conciliación, audiencia que fue celebrada el 23 de junio de 2016, día en que fue expedido el respectivo Acta, por tanto, el 24 de junio se reanudó el conteo del término de caducidad y la demanda fue presentada el mismo día-como lo demuestra el Acta de reparto visible a folio 120- esto es, dentro de la oportunidad legal.

Con base en lo anterior, se observa que el juez encontró al igual que este Tribunal, oportuna la presentación de la demanda que tramitó y en consecuencia, no ha operado el fenómeno de la caducidad en este asunto.

Legitimación en la causa

1. Por Activa

Los señores

Yuliza Silva Enciso, Jeyson Nicolás Rizo Silva, Jaissel Danisha Rizo Silva, Jaissa Nelly Rizo Viloria, Neyis Judith Zarabia Garcia, Alejandro Rizo Horta y Neither Esther Rizo Zarabia, conforme se demuestra con los registros civiles de nacimiento visible a folios 72-77 del cuaderno principal del expediente han demostrado interés para actuar. El artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, otorga el derecho de acción a la persona interesada y no condiciona su ejercicio a la demostración de su real interés, porque éste es objeto de probanza en juicio. Luego, en el *sub lite*, se encuentran legitimados por activa en tanto, se consideran lesionados por la supuesta falla en el servicio médico.

Distinto es si la legitimación material por activa, constituye un presupuesto de la sentencia favorable, referido a la relación sustancial que debe existir entre los demandantes y el demandado, y el interés perseguido en el juicio. La falta de dicho presupuesto conduce obligatoriamente a una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

2. Por Pasiva

En segundo lugar, se citó como demandada al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; IPS Universitaria de Antioquia, como extremo procesal pasivo legitimadas de hecho en la causa, dado que se le hacen imputaciones de responsabilidad por la presunta falla en el servicio.

3. De los llamados en garantía

Fueron llamados en garantía: FEDSALUD, Seguros del Estado S.A. y Previsora S.A.

La IPS Universitaria de Antioquia formuló llamado en garantía a la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud-FEDSALUD, por considera que eventualmente deberá asumir las obligaciones impuestas a la demandada en razón al contrato sindical con el objeto de la prestación de servicios de medicina general, medicina interna, neurología, cirugía, neurocirugía, anestesiología, obstetricia y algunos específicos de apoyo a los asistenciales que se ofrecen como enfermería e instrumentación quirúrgica.

Por medio de auto de fecha 18 de octubre de 2016, el Juzgado Único Administrativo de este Circuito, aceptó el llamamiento en garantía.

FEDSALUD, llamó en garantía a Previsora S.A. Compañía de Seguros, con base en el contrato de seguro de responsabilidad civil contenido en la póliza No. 1009612, para que se condene al pago de la indemnización que eventualmente imponga la sentencia a favor de los demandantes y a cargo de la IPS Universitaria de Antioquia. (ver folios 1-5 cdno. llamamiento en garantía)

Asimismo, fue llamado por la IPS Universitaria, Seguros del Estado S.A., en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil contenido en la póliza No. 65-03-101023397, con vigencia del 30 de noviembre de 2015 al 30 de noviembre de 2016.

Problema Jurídico

Corresponde a la Sala de este Tribunal, determinar si existe responsabilidad por el daño sufrido por los demandantes, a causa de la sepsis que produjo la muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, lo que haría revocar la sentencia de primera instancia o por el contrario, como lo señala el *A-quo*, las pruebas demuestran que la infección nosocomial no se originó en el Hospital Departamental “Amor de Patria”, aparejaría confirmar dicha sentencia.

Para resolver el problema jurídico planteado, es importante identificar, primeramente, la existencia de un daño antijurídico, si ese daño fue originado por alguna actuación u omisión de las demandadas y por último, si realmente están llamadas a responder por los perjuicios que solicita la parte actora.

Se hará referencia a las normas legales y líneas jurisprudenciales sobre la materia, como fundamento a la decisión que deberá adoptarse, en este orden: de la responsabilidad extracontractual del Estado, luego se estudiará el daño antijurídico, el régimen que se imputa, la responsabilidad por infecciones nosocomiales, para finalmente, abordar el asunto de fondo.

TESIS

Desde ya la Sala anuncia que la sentencia apelada será revocada, por cuanto del acervo probatorio se desprende una falla en el servicio por parte de la IPS Universitaria de Antioquia y se encuentran demostrados cada uno de los elementos de la responsabilidad en este caso, como se pasa a explicar. El Tribunal fundamentará su decisión en la teoría de la pérdida de oportunidad de sanar y en ese orden accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, el juicioso ejercicio de esta corporación parte de lo siguiente:

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido*

consecuencia de conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Y a su turno, el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 establece: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”* (Cursivas fuera del texto)

Daño antijurídico⁹.

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que:

⁹ **sentencia** 2006-01328 de 18 de mayo de 2017

Consejo de estado

Contenido: Responsabilidad del estado por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, luego de intervención con cesárea. Se establece que si se demuestra, que la paciente contrajo el cuadro infeccioso estando bajo el cuidado del personal médico del hospital, resulta imputable el daño antijurídico bajo los criterios de la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, definidos por la jurisprudencia, según los cuales basta que la parte actora acredite que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial y/o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que sea necesario probar que la entidad demanda actuó de manera indebida o negligente. En ese sentido, si después de una intervención con cesárea, en los días post-cesárea, se reporta drenaje de material purulento en la herida, así como mal olor, sangrado vaginal y continuidad, es indicativo de la existencia de una infección en el sitio quirúrgico, por lo que se requiere un tratamiento antibiótico, toma de exámenes médicos adicionales, sin embargo por la gravedad de la paciente, se termina realizando una histerectomía, donde se extrae la totalidad del útero y se esteriliza a la paciente de 17 años de edad, en consecuencia se encuentra demostrado que la paciente contrajo un cuadro infeccioso estando bajo el cuidado del personal médico del hospital, por ello resulta imputable el daño con criterios de responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

Temas específicos: responsabilidad del estado, atención en salud, procedimiento del médico, enfermedad de carácter intrahospitalario, régimen de responsabilidad objetiva

Sala: contencioso administrativo

Sección: tercera

Ponente: Santofimio Gamboa, Jaime Orlando

“(…) La antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

“(…) que esta acepción 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 Administración”. De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”.

Debe quedar claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

Régimen de Responsabilidad que se imputa¹⁰

Tradicionalmente el régimen de la falla en el servicio demanda tres elementos: i) el daño antijurídico ii) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha habido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada iii) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057)

Respecto a la falla médica propiamente, inicialmente se consideró el sistema de falla probada tanto para los errores hospitalarios como para los errores médicos.

En segundo lugar, pese a seguir siendo la falla el elemento esencial de la responsabilidad estatal por la prestación del servicio médico, surgió la tesis de la falla inferida, llamada también falla virtual, en aplicación del principio aquel de que “las cosas hablan por si solas” o ipsa loquitur.

En tercer lugar, surgió el régimen de la falla presunta, que invierte la carga probatoria en cabeza de la entidad demandada, presumiendo así mismo un rigor científico en la prueba del servicio médico que sólo el ente asistencial puede explicar en juicio

Una tesis posterior opta por analizar los casos de falla médica bajo el principio de las cargas probatorias dinámicas, dependiendo en cada evento litigioso cuál de las partes está en mejores posibilidades de demostrar la falla en el servicio. (Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de marzo 22 de 2001, exp. 63001-23-31-000-1995-3700-01 (13284), CP: Ricardo Hoyos Duque)

En síntesis, puede afirmarse que en muchos eventos el demandante puede ser relevado por el juez de acreditar la falla del servicio médico, en aplicación al principio de la carga dinámica de las pruebas, en consideración al alto grado de dificultad que representa para éste acreditar hechos de carácter científico o realizados en condiciones en las cuales únicamente el profesional médico puede tener acceso a la información. De igual manera, en algunos eventos no se requerirá que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal.

En sentencia de 19 de abril de 2016¹¹, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso

¹¹ Consejo de Estado, sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, exp. 21515

concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

Por su parte, la Corte Constitucional en reciente sentencia T-074/18, sobre la carga de la prueba señaló que:

Por regla general, la carga de la prueba le corresponde a las partes, quienes deben acreditar los hechos que invocan a su favor y que sirven de base para sus pretensiones. Este deber, conocido bajo el aforismo “onus probandi”, exige la realización de ciertas actuaciones procesales en interés propio, como la demostración de la ocurrencia de un hecho o el suministro de los medios de pruebas que respalden suficientemente la hipótesis jurídica defendida. De ahí que, de no realizarse tales actuaciones, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el resultado evidente sea la denegación de las pretensiones, la preclusión de las oportunidades y la pérdida de los derechos.

5.3.2. Esta regla ha estado prevista en el ordenamiento civil, al establecerse que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” (art. 177 del Código de Procedimiento Civil y art. 167 del Código General del Proceso). Por lo que, así visto, se puede concluir que, el incumplimiento de la carga de la prueba no resulta admisible por la normatividad civil.

(.....) en relación con el traslado de la carga de la prueba, esta Corte revisó la constitucionalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que fijó en el sistema procesal actual la posibilidad para distribuir entre las partes dicha carga, concluyendo que esa actividad constituye una prerrogativa judicial, en tanto resulta útil para el juez, conforme con los propósitos del proceso civil previstos en la legislación y las garantías constitucionales. En particular, se expresó que “desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 2º, 29, 228 y 229 de la Constitución) la Corte no advierte reparo constitucional alguno al hecho de que el Legislador haya autorizado al juez a distribuir la carga de la prueba entre las partes,

según las particularidades del caso, para exigir probar determinado hecho a quien se encuentre en una situación más favorable para hacerlo, sin que le haya impuesto el inexorable “deber” hacerlo en cada caso”.

Responsabilidad médica por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias¹².

En tratándose de infecciones intrahospitalarias o nosocomiales la jurisprudencia ha evolucionado de la falla presunta a la responsabilidad objetiva, aunque sin desplazar la aplicación de la falla en el servicio como factor subjetivo de imputación, cuando ella se encuentre probada.

En un principio —año 1997— en el caso de una paciente que durante una cirugía de cataratas contrajo una infección en el ojo, con posterior extirpación e implantación de una prótesis, la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó el título de falla presunta del servicio, donde le correspondía a la entidad demandada acreditar la diligencia y cuidado en la atención para exculparse:

“Con la copia de la historia clínica allegada al expediente (fl. 7, cdno. 2) aparece demostrado que Mariela Gutiérrez de Quiroga, quien tenía la condición de afiliada a la entidad demandada, efectivamente fue operada de cataratas en la clínica Fray Bartolomé de las Casas, por cuenta de la caja de previsión social de Bogotá D.C.; que tres días después de la operación presentó una grave infección y que, al no poder controlarse mediante drogas, a la paciente se le extrajo el ojo derecho y se le implantó una prótesis.

Lo anterior evidencia, entonces, de una parte, la existencia de un daño sufrido por la demandada; y de otra, la relación de causalidad del mismo con la intervención que le fue practicada por la entidad demandada, cuya demostración se cumple simplemente acreditando que el daño sufrido ha sido causado como consecuencia del tratamiento o intervención practicada por la demandada, sin que implique la demostración de la causa específica que lo determinó.

¹² Sentencia 2006-01328/36565 de mayo 18 de 2017 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Rad.: 730012331000200601328 01 (36.565)

(...) A la entidad demandada le correspondía desvirtuar la presunción de falla que obraba en su contra, en virtud de la cual se estimaba precisamente que la infección había ocurrido por su falta de diligencia.

Si era probable que la infección hubiese ocurrido en la sala de cirugía, como lo admite la propia médica tratante, la demandada tenía la carga de demostrar las precauciones que allí se tomaron para practicar la operación o al menos explicar cuáles fueron los resultados de las investigaciones que el propio hospital hizo para investigar la causa de la citada infección. Y la falta de dicha prueba, que deja en la indeterminación la causa específica del daño, acarrea como consecuencia que, en desarrollo de la presunción jurisprudencial establecida en esta materia, dicho daño se impute a la entidad prestadora del servicio médico”.

Años más tarde —2009—, en tratándose del empleo de cosas o actividades peligrosas dentro de la actividad médico-asistencial, la misma Sección Tercera consideró que, como excepción al régimen de la falla médica probada, las infecciones intrahospitalarias o nosocomiales deben ser analizadas bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, esto es, bajo la égida del título objetivo de riesgo excepcional:

“... Se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias”.

No obstante los anteriores pronunciamientos, sólo fue hasta la sentencia proferida el 27 de junio de 2012¹³, cuando el Consejo de Estado aplicó el régimen de responsabilidad objetivo en un caso concreto, en el cual se discutía la

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 27 de junio de 2012, Exp. 21.661 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

SIGCMA

responsabilidad de la Administración por una “artritis séptica” contraída en un centro hospitalario; para tal efecto, la Sala, luego de reiterar los anteriores pronunciamientos respecto de la responsabilidad de tipo objetivo que le asiste al Estado derivada de infecciones nosocomiales, precisó que,

“... para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial o que se produjo como consecuencia de un procedimiento médico, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente; ésta última, por su parte, podrá eximirse de responsabilidad única y exclusivamente probando que la infección, para el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, ocurrió como consecuencia de una causa extraña, esto es una fuerza mayor o el hecho determinante y exclusivo de la víctima o de un tercero.

“(...). La Sala encuentra, entonces, que a la luz de los documentos aportados al proceso, la infección sufrida por la señora Cuesta Torres, la cual le causó la artritis séptica, fue adquirida como consecuencia de la artrografía que se le realizó en su rodilla derecha el día 27 de octubre de 1997 en las instalaciones del Hospital Universitario San José de Popayán, razón por la cual y atendiendo la jurisprudencia consolidada en la materia, en punto a la responsabilidad objetiva por infecciones nosocomiales o intrahospitalarias, revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará al Hospital Universitario San José de Popayán y a COMSALUD I.P.S., como responsables patrimonialmente por los hechos objeto de este proceso.

Por otra parte, aun cuando tanto el Hospital Universitario San José de Popayán y como COMSALUD I.P.S., acreditaron haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del procedimiento médico, dicha conducta no resulta suficiente para exculparlas en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, puesto que sólo se podrá exculpar a la parte demandada, se reitera, cuando ella acredite una causa extraña; en el presente caso, sin embargo, no se encuentran elementos probatorios que le permitan a la Sala inferir la existencia de alguna causa extraña al actuar de las entidades demandadas, que hubiere podido generar la infección que padeció la señora Cuesta Torres”.

SIGCMA

En ese mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, declaró la responsabilidad del ISS por la muerte de una madre gestante cuyo diagnóstico final fue “*sepsis secundaria de episiotomía sobreinfectada*”. En aquella oportunidad al referirse a la responsabilidad del ente público demandado, discurrió de la siguiente manera:

“... Aun cuando el Hospital Lorencita Villegas de Santos acreditó haber actuado con diligencia y cuidado en la realización del parto -el cual se realizó de forma satisfactoria- y, posteriormente, inició el tratamiento antibiótico para contener la infección adquirida en dicho centro hospitalario, tales actuaciones per se no resultan suficientes para liberarlo de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio a partir de un esquema de responsabilidad objetiva, en virtud del cual corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues -bueno es insistir en ello-, fue una infección contraída en el centro hospitalario demandado que produjo la muerte de la paciente.

Ese mismo marco conceptual impone entender que es a la entidad demandada a quien correspondía demostrar -en este caso concreto-, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiera entenderse configurada una causal de exoneración, como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima, y ocurre que ninguna de estas causales eximentes de responsabilidad ha sido acreditada en el plenario”¹⁴.

En pronunciamiento más reciente del 29 de mayo de 2013¹⁵, la Subsección A de la Sección Tercera declaró la responsabilidad del Estado, en un asunto en el que se le reclamaba a la Administración la indemnización de perjuicios derivados de una infección intrahospitalaria, que condujo a la amputación de la extremidad inferior derecha del paciente, en dicha oportunidad sostuvo la Corporación:

“De todo lo anterior, la Sala considera que aparece demostrado que la infección presentada por el señor CESAR AUGUSTO OSPINA LEON, fue adquirida en la

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia proferida el 7 de noviembre de 2012, Exp. 26.124.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2013, Exp. 28.483.

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Clínica San Pedro Claver, por cuanto la historia clínica es contundente en señalar que, desde la entrada al centro hospitalario, 4 de abril de 1998, y hasta antes del primer postoperatorio, 28 de abril de esa anualidad, el paciente no presentó ningún síntoma o señal de infección, al punto que el cultivo practicado dio resultado negativo. Ahora bien, es claro que fue a partir de la cirugía que apareció el proceso infeccioso el cual se hizo persistente a punto que ni siquiera con la amputación de la extremidad se logró restablecer la salud del paciente. (...), situación fáctica que se ajusta a lo que la jurisprudencia de esta Sub Sección sostiene acerca de la responsabilidad de índole objetiva para eventos de infecciones intrahospitalarias.

Ese mismo marco conceptual impone entender que si bien está acreditada la diligencia y cuidado con las que actuó la entidad demandada en la atención prestada al señor Ospina con ocasión de su fractura, lo cierto es que, en estos eventos de infecciones intrahospitalarias, la responsabilidad del ente hospitalario se fundamenta en el hecho de que, a pesar de la gravedad de la fractura, lo cierto es que el lesionado ingresó libre de infección, y que los microorganismos que la provocaron, fueron adquiridos por el paciente en las instalaciones de la demandada”.

Finalmente, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de sentencia proferida el 29 de agosto de 2013¹⁶, al estudiar la responsabilidad del ISS en un caso de infección intrahospitalaria contraída por un menor de edad a quien esa infección le produjo una meningitis bacteriana, tuvo ocasión y también se ocupó de desarrollar los anteriores planteamientos en torno a la atribución de responsabilidad médico asistencial bajo el régimen objetivo, catalogándolo como una expresión de “riesgo excepcional”, derivado del denominado “riesgo alea”. Al respecto se discurió de la siguiente manera:

“De las cuatro modalidades de riesgo aceptadas por la jurisprudencia de esta Corporación (riesgo-peligro, riesgo-beneficio, riesgo-conflicto y riesgo-álea) la Sala considera que ésta última es la más apropiada para imputar jurídicamente responsabilidad a la Administración por los daños derivados de infecciones intrahospitalarias, teniendo en cuenta que esta categoría de riesgo toma en consideración la probabilidad de que “cierto tipo de actividades o procedimientos, pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa”.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp. 30.283, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

SIGCMA

Hasta el momento, la aplicación de la categoría de riesgo-álea, que encuentra su origen en la jurisprudencia francesa, se ha reservado en nuestro medio a aquellos supuestos en los que el daño se produce por la utilización de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica para el diagnóstico o tratamiento de ciertas enfermedades o patologías o por la ejecución de ciertos procedimientos para el mismo fin. No obstante, la Sala considera que nada obsta para hacer extensiva la categoría de riesgo-álea a los casos en los cuales el daño es consecuencia de una infección contraída en un centro asistencial, comoquiera que en todas estas situaciones el daño surge por la concreción de un riesgo que es conocido por la ciencia médica, pero que se torna irresistible en tanto su concreción depende, muchas veces, de la 'ineludible mediación del azar'.

"(..). En suma, en criterio de la Sala, el riesgo puede servir como factor para atribuir jurídicamente responsabilidad a la administración por los daños causados como consecuencia de una infección de carácter intrahospitalario, entendida como aquella que se contrae por el paciente en el hospital o centro asistencial. En estos eventos la responsabilidad es de carácter objetivo, por lo que la parte demandada, para liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios, tendrá que demostrar que el paciente ya portaba el cuadro infeccioso antes de ingresar al nosocomio".

De otra parte, debe resaltarse que los anteriores razonamientos estructurados por la Sección Tercera de dicha Corporación y sus respectivas Subsecciones, respecto del análisis de responsabilidad de las infecciones nosocomiales bajo el régimen objetivo de responsabilidad, resultan coherentes y concordantes con lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia extranjera que se han encargado de profundizar sobre el tema en cuestión. En efecto, existe en el derecho comparado una clara tendencia orientada hacia la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos de salud en estos asuntos, en virtud de la cual al paciente le basta con demostrar que el daño que padece es consecuencia de una -infección nosocomial- adquirida durante su permanencia en el centro hospitalario.

Con fundamento en lo anterior, la Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en el *sub lite* concurren, o no, los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de los hechos narrados en la demanda.

- Caso Concreto

Descendiendo al caso concreto, es de anotar que el juez en primera instancia concluyó que, aun cuando aparezca demostrado el primer elemento de la responsabilidad del Estado, el daño conforme a las pruebas debidamente practicadas en curso del proceso, el mismo no resulta imputable a las demandadas, lo que conlleva a que se denieguen las pretensiones de la demanda ante el incumplimiento de la parte actor al contenido del artículo 167 del CGP, pues no demostró que al momento del retiro del material de sutura se haya inoculado una bacteria, que desencadenó en la muerte de Dervis Nicolás Rizo Zarabia, ni mucho menos que esta fuese la causa eficiente de su muerte.

El juez, no encontró probada la existencia de un incumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentra sometido el procedimiento que fue desarrollado por el personal médico adscrito a la IPS Universitaria de Antioquia, por el contrario, considera que la lesión no fue producto de una ejecución irregular del acto médico ni paramédico y que este no fue ejercido mediante instrumento que represente peligro o riesgo al paciente, sin que pueda pensarse en una falla en el servicio médico hospitalario.

En este orden, decidió declarar probadas las excepciones de ausencia de incumplimiento por parte de la IPS Universitaria, ausencia de falla en el servicio como elemento estructural de la responsabilidad médica por parte de la demandada y ausencia del nexo causal en el daño sufrido por los actores como consecuencia del padecimiento del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia y negar las pretensiones de la demanda.

La apelante única, alega que no hubo una valoración integral del acervo probatorio recaudado y que desconoció el juzgador de primera instancia, la falla en el servicio que se configuró al interior del Hospital Amor de Patria de San Andres Isla, por la falta de atención y cuidado las veces que acudió al nosocomio el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia.

SIGCMA

Argumenta sólidamente, que hubo un deficiente tratamiento postquirúrgico al interior de hospital Departamental “Amor de Patria” de San Andres, puesto que, *“en el momento que le sale la materia (PUS) de la zona de donde se le retiraron los puntos de la cirugía realizada al señor Dervis, el médico tratante, nada hizo para establecer cuáles eran las causas que originaron los síntomas presentados por el paciente”*. (cursivas fuera del texto)

Para determinar si le asiste razón a la parte apelante, este Tribunal deberá analizar las pruebas decretadas y practicadas en el proceso de manera conjunta, pues de esto depende la verificación del cumplimiento de cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado y del estudio de fondo en el presente asunto, se logrará establecer si la muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia obedece a una presunta falla en el servicio por parte de la administradora del Hospital Departamental “Amor de Patria”.

- De las pruebas

Hechas las anteriores precisiones, se procede a verificar las pruebas allegadas al proceso y en consecuencia los hechos que se lograron demostrar:

De las pruebas aportadas junto con la demanda tenemos:

- Copia del certificado de registro civil de nacimiento del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia (folio 72 cdno ppal.)
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Jeyson Nicolás Rizo Silva (folio 73)
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Jayssel Danisha Rizo Silva (folio 74)
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Yuliza Silva Enciso (folio 75)
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Jaissa Nelly Rizo Viloría (folio 76)
- Copia simple de registro civil de nacimiento de Nayder Esther Rizo Sarabia
- Copia de registro civil de defunción del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, que indica la fecha de su fallecimiento 17 de abril de 2015. (ver folio 78)

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- Copia simple de historia clínica del Hospital Amor de Patria (ver folios 79-117)
- Copia del Acta No. 0021 de fecha junio 23 de 2016 expedido por la Procuraduría 17 Judicial II Ambiental y Agraria (ver folios 118 y 119)

La IPS Universitaria con la contestación de la demanda, allegó las siguientes pruebas documentales:

- Historia clínica integra del señor Dervis Nicolás Zarabia, mediante la cual se evidencia la prestación del servicio médico en el hospital departamental denominado para la época de los hechos "Amor de Patria". (ver folios 16-164 cdno contestación)
- El llamado en garantía Seguros del Estado aportó en la oportunidad procesal copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional No. 65-03-101023398
- La Previsora S.A. Compañía de Seguro también llamada en garantía por la IPS Universitaria y debidamente vinculada al presente proceso, coadyuva a las pruebas aportadas por la demandada, para lo cual se tiene en cuenta: copia del contrato de seguros No. 1009612, certificado de constitución, existencia y representación legal de la entidad. (ver cuaderno de llamamiento en garantía)
- Por parte de la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud-FEDSALUD fueron aportadas: Dictamen de parte, contrato sindical suscrito entre FEDSALUD y la ESE San Juan de Dios de Rionegro y certificado de existencia y representación. Además, solicitaron interrogatorio de parte, declaración, prueba por informe y testimonial.

En audiencia celebrada en fecha 13 de diciembre de 2017, el juez de primera instancia decretó las pruebas que seguidamente se relacionan:

- Prueba testimonial solicitada por la parte demandante

SIGCMA

- Prueba solicitada por la IPS Universitaria consistente en exhortar al Hospital Universitario Cary ESE, sede Barranquilla para que remita al proceso, historia clínica, interrogatorio de parte y testimonios.
- Dictamen pericial aportado por FEDSALUD, interrogatorio de parte, declaración de parte, prueba por informe y testimoniales.
- Interrogatorio de parte solicitado por la Previsora S.A. Compañía de Seguros

Aunado a lo anterior, el juez de instancia ordenó incorporar al expediente aquellos documentos allegados junto con la demanda y las contestaciones, para ser tenidas en cuenta como pruebas dentro del proceso de la referencia.

En fecha 15 de marzo de 2018, se llevó a cabo la práctica de pruebas (ver acta de audiencia a folios 204, 205 y 206 del cdno. ppal.) la diligencia tuvo continuidad el día 08 de mayo de 2018 (ver acta a folios 215 y 216 ibidem)

Análisis de las pruebas:

Historia clínica del Hospital Amor Patria.

1. En fecha 27 de enero de 2015 ingresó al hospital departamental Amor de Patria, el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia con traslado primario de ambulancia por caída de elevación de 6 metros, presentando politrauma. (folios 23 y 24)
2. El diagnóstico al ingresar el paciente fue "*fractura de otras partes de las no especificadas de la columna lumbar y de la pelvis*".
3. Ese día, se le brinda la atención al paciente por parte de medicina general y neurocirugía, le fueron solicitados algunos procedimientos y se inicia el siguiente tratamiento: "*acetaminofén 500MG Tableta cada 6 horas, Bisacodilo 5MG gragea 5MG cada 25 horas, Dipirona 1G solución inyectable 2,5GR cada 8 horas, Lidocaína gel o jalea 2% 30GR cada 24 horas, tramadol clorhidrato 100 MG/2ML solución inyectable 100MG cada 6 horas.*"
4. La nota de interconsulta del médico especialista en ortopedia y traumatología el mismo día del ingreso señala que: "*diagnóstico de fractura del astrágalo, paciente con trauma en L CAE E POES SDE 6 metros de altura, se encuentra con edema en pie y tobillo dolor en espalda, en cadera en pelvis. Plan a seguir: se inmoviliza MPI y se solicita el concurso de neurocirugía.*".

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

5. Las observaciones de enfermería y evolución del paciente durante los días 27, 28 y 29 de enero de 2015, día en que se autoriza su egreso del Hospital. (se constatan en la historia clínica a folios 34-38.)
6. Se observa que el día 28 de enero de 2015, nota del especialista en neurocirugía, quien solicita remisión del paciente para valoración por neurocirugía para laminectomía más artrodesis instrumentada por vía posterior. De esta manera se ordena remisión a tercer nivel.
7. La remisión se hace en avión ambulancia *en compañía de personal de remisión y compañeros de institución.*

Historia clínica del Hospital Universitario CARI ESE de la ciudad de Barranquilla

1. En fecha 29 de enero de 2015 se hace una solicitud de interconsulta para especialidad de ortopedia en el Hospital Universitario Cari E.S.E.
2. Obra en el expediente (tres formatos) de consentimiento informado diligenciado y suscrito por el mismo paciente (folios 66, 67 y 68 del cdno. de pruebas)
3. A folio 70 del cdno. de pruebas reposa una descripción quirúrgica suscrita por el doctor que realiza el procedimiento Dr. Alberto Henrique Mendoza, la cual indica que: *“el 06 de febrero de 2015 se le practicó al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, 1. reducción abierta, 2. osteosíntesis de calcáneo izquierdo y colgajo miofasciocutáneo, 3. aplicación de injerto óseo en calcáneo (hueso del tarso) y 4. Lavado y desbridamiento profundo en pierna y pie izquierdo”.*
4. Según descripción quirúrgica visible a folio 69 ibidem se observa que el procedimiento practicado en este centro hospitalario al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia consistió en: *“microcirugía de raíces-medula y nervios-por aracnoiditis, artrodesis de columna con instrumentación, laminectomía para exploración del canal raquideo-uno o más segmentos extradural-subdural o intramedular (cervical-dorsal-lumbar o sacra), artrodesis posterior de columna con instrumentación; injerto óseo en columna vertebral + artrodesis posterolateral de columna dorsal con instrumentación”*
5. Dicho procedimiento fue llevado a cabo tal como lo señala la Historia Clínica, el 10 de febrero de 2015, con hallazgos patológicos de fractura inestables del cuerpo vertebral de T12.

SIGCMA

6. Se constata que, en la descripción quirúrgica, además, se explica la intervención quirúrgica así: *“paciente bajo efecto de anestesia general inhalatoria, posición decúbito ventral, previa asepsia y antisepsia, colocación de campos quirúrgicos, incisión desde apófisis espinosas de T8 hasta L3, involucrando piel, TCS, grasa, fascia disección subperiósticas de apófisis espinosas, laminas y articulaciones facetarias y costovertebral. Hemostasia local con bipolar, monopolar y cera ósea, bajo visión fluoroscópica, se identifican pedículos de los niveles T10 y T11 y L1 y L2, se colocan inicialmente tornillos transpendiculares dorsales (4.5 x 50MM) en No de 4 y en columna lumbar en los niveles L1 y L2, se colocan 4 tornillos transpendiculares (55 x 50 MM) 8 tornillos prisioneros, 2 barras verticales de 185 MM y un conector transverso, se desperiostiza, en el nivel de láminas de T12, se realiza semhemilaminectomia bilateral, se retiran fragmentos amarillos, microcirugía liberadora de medula y raíces, se coagulan vasos del plexo hipertrofiados, se coloca injerto óseo (surechips 15 CC), se cierra por planos, sin complicaciones.*

Historia clínica del Hospital Amor Patria/ posterior a la cirugía

1. Obra en el expediente copia integra de la Historia Clínica aportada por la demandada, que demuestra que el 06 de marzo de 2015, esto es, aproximadamente 25 días después de realizada la cirugía al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia en el Hospital Universitario Cari E.S.E de la ciudad de Barranquilla, el paciente ingresó nuevamente al Hospital “Amor de Patria”, refiriendo mucho dolor en el pie. (ver folio 39 del cdno. de contestación.)
2. Ese día le asignaron cita con especialista en ortopedia, para revisión en 20 días y su tratamiento fue: Acetaminofén 500 MG tableta, Bisacodilo 5 MG Gragea, Carbamazepina 200 MG tableta, naproxeno 250 MG tableta o capsula y tramadol clorhidrato 100 MG/ML (10%) solución oral. Con esta fórmula, fue ordenada la interconsulta con medicina especializada.
3. La nota de interconsulta por su parte, señala que: *se revisan los papeles de egreso desde barranquilla y no hay descripción de los procedimientos quirúrgicos realizados. No hay fórmula de salida, no hay epicrisis...diagnostico: fractura de la epífisis inferior de la tibia y plan a seguir: analgesia multimodal + serie de RX de cuello de pie y columna dorso lumbar+*

SIGCMA

evaluación por ortopedia + retiro de suturas. El mismo día fue dado de alta por encontrarse en buenas condiciones generales según el médico especialista en ortopedia y traumatología. (ver folios 43 y 44 del cdno. contestación de la demanda)

4. En fecha 16 de marzo de 2015, acudió nuevamente el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, al Hospital remitido por consulta externa para ser valorado por neurocirugía. La nota de interconsulta dice que fue dado de alta ese mismo día con fórmula médica y cita de revisión en 8 días.
5. El día 03 de abril de 2015, el paciente regresó al Hospital Departamental aduciendo mucho dolor de costilla, quien en ese momento utilizada un inmovilizador de columna por fractura de columna dorsal que fue sometido a fijación. Se ingresa para manejo del dolor e imagenología de tórax y reja costal. Al día siguiente fue dado de alta, con la siguiente fórmula médica: naproxeno 20 MG, metocarbamol 750 MG, diclofenaco AMP 75MG, tiamina TAB 300 MG.
6. El 07 de abril de 2015, reingresa el paciente informando al personal médico que tenía mucho dolor. Se ingresa por dolor, signos de SIRS y antecedente. El médico internista anotó que el señor Rizo Zarabia padecía de síndrome febril en estudio, que en hemograma se evidenció aumento de GB u neutrófilos, que persistía dolor abdominal difuso con defensa voluntaria y sugirió un plan de valoración por cirugía general.
7. Una vez se le realizó RX de tórax, se observó infiltrado neumónico derecho que previamente no presentaba y por ello, se le inicia antibioticoterapia. Por su parte, el neurocirujano hizo el siguiente análisis: *“se considera paciente con proceso neumónico + absceso de área de cirugía instrumentada dorsolumbar, ameritando remisión a la ciudad donde se realizó intervención para revaloración por médicos tratantes e infectología por no haber condiciones para manejo a nivel local. Plan: remisión a IV nivel para manejo por proceso infeccioso multifocal por infectología y manejo por proceso infeccioso multifocal por infectología y manejo de instrumentación de columna infectada por neurocirujano tratante + debe viajar acostado en avión ambulancia medicalizada.”*
8. De otro lado, la nota del médico internista del día 14 de abril de 2015 dice: *“PTE con HC anotada. Con aumento en requerimientos de oxígeno en las últimas horas. Ha presentado drenaje espontaneo de abundante material*

SIGCMA

sanquinopurulento del área de cicatriz dorsolumbar. Se observa PTE en deterioro clínico por lo que se realiza viraje de antibióticos, solicitud de nueva valoración por neurocx e interconsulta medicina crítica por el alto riesgo de requerir soporte ventilatorio. Plan a seguir: suspender ampicilina-sulbactam, claritromicina, iniciar meropenem, vancomicina. Valoración por neurocx, interconsulta A.M. Intensiva.”

9. El día 15 de abril de 2015, fue valorado por el especialista en neurocirugía quien relata en su nota (ver folio 62), *“se considera paciente con proceso neumónico + absceso de área de cirugía instrumentada dorsolumbar, en esta séptico, ameritando remisión a la ciudad donde se realizó intervención para revaloración por médicos tratantes e infectología por no haber condiciones para manejo a nivel local. Plan: remisión a IV nivel para manejo por proceso infeccioso multifocal-sepsis-por infectología y manejo de instrumentación de columna infectada por neurocirujano tratante. + debe viajar acostado en avión ambulancia medicalizada.”*
10. La especialista en anestesiología, el 16 de abril de 2015, señaló que: el paciente con indicación de manejo en UCI por requerir soporte ventilatorio mecánico invasivo, se encontraba en críticas condiciones generales con disfunción pulmonar severa, con taquicardia sostenida, febril, sin compromiso renal ni neurológico. Registraba en ese momento, leucocitosis marcada con neutrofilia, PCR en ascenso, acidosis respiratoria con trastorno severo de la oxigenación. *“paciente con condición crítica que requiere de manera urgente control de proceso infeccioso para lograr control de sepsis severa, se insiste en neurocirugía para llevar a manejo QCO ante demora de proceso de remisión. Se informa a familiares condición actual.”* (subraya del despacho)
11. El 17 del mismo mes y año, el resumen de atención por parte de la anestesióloga indica: *“paciente con evolución estacionaria, persiste con signos de respuesta inflamatoria sistémica por lo que se considera requiere de manera urgente drenaje de colección, en el momento con mejoría de índices de oxigenación y sin soporte vasoactivo por lo que se considera puede ser llevado a cirugía. Se explica a familiares condiciones actuales. Plan de manejo. “.....terapia respiratoria: aceleración de flujo-higiene bronquial-reclutamiento alveolar”.* En consecuencia, se llevó a cabo el siguiente procedimiento: colonoscopia total. Drenaje, curetaje, secuestrectomía de columna vertebral vía anterior.

12. Finalmente, se ordena la remisión del paciente con septicemia no especificada, al Hospital Cari de la ciudad de Barranquilla y lamentablemente en el traslado dentro de avión ambulancia falleció el paciente.

Del dictamen pericial

Del informe presentado por el médico-perito, (escuchar audiencia celebrada en fecha 8 de mayo de 2018), se tiene que:

El retiro de suturas es un procedimiento superficial y NO tiene relación con inoculación de bacterias dado que no se incide en la piel nuevamente y generalmente es una piel cicatrizada a la cual se le retira material quirúrgico.

La bacteria multirresistente se considera una bacteria intrahospitalaria la cual puede inocularse en el procedimiento quirúrgico, pero no se puede asegurar que el paciente la haya obtenido en la IPS Universitaria, pues al inicio sufrió una fractura que no fue abierta y la posibilidad de contraer infecciones en ámbito hospitalario es remota y después de 48 horas se presentaron síntomas como fiebre e inflamación. Es decir, mucho tiempo después de la cirugía y por eso no existe indicio de que la infección nosocomial se haya dado en el Hospital Departamental "Amor de Patria". Sin embargo, hasta un año después se puede evidenciar una infección nosocomial.

Una fistula es una comunicación entre dos espacios, generalmente cuando se produce una reacción inflamatoria que se conoce como materia, que busca salir por algún lado, la fistula interna puede conectarse con algún órgano en este caso, se trató de una fistula cutánea.

El manejo de lavado, drenaje y ventilación mecánica son consecuencia de la infección nosocomial que padecía el paciente, considero que la atención que recibió en la UCI en IPS Universitaria fue el adecuado.

Definitivamente estoy de acuerdo en que fue una infección nosocomial pues en dos momentos se configura un nexo i) el procedimiento quirúrgico y ii) el germen. La mayor probabilidad es que haya sido en el lugar donde se hizo la cirugía. Para el

momento en que se hizo el lavado en la isla de San Andres ya se encontraba infectado.

No lo puedo asegurar 100% pero si hay certeza que la infección nosocomial se haya dado al momento de la intervención quirúrgica.

Según la nota de historia clínica, se entrega el paciente al avión ambulancia con leve taticardia por encima de 95, presiones arteriales normales y se le hace la valoración previa correspondiente.

No considero que para el momento de la segunda consulta en el posquirúrgico era el momento adecuado para remitir al paciente nuevamente a la ciudad de Barranquilla porque siempre hay dudas del foco de infección entonces mientras se busca puede pasar un tiempo. En este caso cuando le toman las imágenes no se observa infección sino, cuando el especialista decide ordenar la remisión. A pesar de los riesgos de toda cirugía de presentar infecciones, esta era muy baja.

La dificultad es confirmar el foco de la infección.

Para la fecha 17 de abril de 2015 ya el paciente presentaba sepsis unas condiciones muy desfavorables una respuesta inflamatoria y colapso hemodinámico en ese momento era obligatorio la remisión del paciente a un hospital de alto nivel de complejidad.

Huelga concluir, que al realizar el perito el estudio del caso del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia (q.e.p.d.), encontró que el cuadro séptico del paciente pudo haber obedecido a la adquisición de una infección de origen nosocomial. Sin embargo, descarta la posibilidad de que dicha infección pudiera adquirirse al momento del retiro de los puntos, por cuanto, *“el retiro del material de sutura es un procedimiento superficial sin relación con la inoculación de bacterias, en tanto no se incide sobre la piel.”* Además, dentro de las 48 horas siguientes a la atención, no se evidenció inicio de cuadro infeccioso alguno.

De los testimonios

Observa el despacho que los testimonios técnicos ratifican lo consignado en la epicrisis y la historia clínica sin presentar inconsistencias, las declaraciones de: Doctores Alex Fidelino Mc'lean Gómez y Antonio de Armas, quienes fueron escuchados en la isla de San Andres y los doctores Edgar Ignacio Preciado Meza, Sebastián Molina y Roberto Gómez Pineda quienes por medio de despacho comisorio fueron escuchados en la ciudad de Medellín.

Por otro lado, fueron recepcionados los testimonios de Lisandro Jessi Frías de la Hoz, Luis Eduardo Valdiris Chávez y el interrogatorio de Yuliza Silva Enciso.

Los testimonios indican que semanalmente el señor era maestro de obra y devengaba pagos semanales de \$2.000.000 que eran destinados para el sostenimiento del hogar. Su núcleo familiar estaba constituido por su compañera permanente y sus tres hijos. De la unión marital entre la señora Yuliza Silva Enciso sobreviven 2 hijos y el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia además, tuvo una hija mayor.

Teniendo en cuenta las pruebas relacionadas y estudiadas en este particular, sea lo primero advertir que, si bien, la fijación del litigio se contrae a determinar, si la muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia fue provocada por una infección adquirida en el Hospital Departamental "Amor de Patria" (bacteria intrahospitalaria o nosocomial), no es óbice para que el juez, si observa una falla en el servicio por parte del centro hospitalario que se encuentra legalmente obligado a brindar una atención oportuna y eficiente al paciente, declare su responsabilidad frente a la omisión, negligencia o falta de cuidado siempre que se pruebe dentro del proceso.

El juez al aplicar el riesgo excepcional como título de imputación en este caso, desconoció los múltiples pronunciamientos recientes del Honorable Consejo de Estado, cuando claramente señala que se debe en cada caso verificar si se configura la responsabilidad bajo uno u otro título de imputación distinto a la regla general de falla en el servicio, pues, de las particularidades y elementos fácticos el juzgador es quien mejor puede identificar cual debe aplicarse.

SIGCMA

No obstante, en el caso que ocupa la atención de esta colegiatura, la IPS Universitaria al momento de descorrer el traslado para alegar de conclusión dentro del trámite de alzada, afirma que el apelante no puede en esta oportunidad alegar una falla en el servicio y pretender modificar la causa petendi, cuando el juez en instancia que antecede ya había fijado el litigio considerando que el problema jurídico se centra en determinar si la bacteria nosocomial fue adquirida o no por el directo afectado, en el Hospital Departamental "Amor de Patria". Sobre este punto es menester indicar que existe una diferencia entre i) la posibilidad de analizar los hechos de la demanda, para adaptarlos a tal o cual título de imputación, con el fin de hallar la mejor adecuación jurídica del caso y, consigo, la verdad procesal y ii) la modificación de causa petendi.

Lo expuesto toda vez que, NO se trata de modificar las pretensiones, sino, de interpretar la demanda y los hechos en que se fundamenta para determinar si existe nexo causal entre la muerte de la víctima directa y el actuar u omisión de las entidades demandadas.

Aunado a lo anterior, no debe perderse de vista que, al tratarse de una acción en medio del control de reparación directa, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha expuesto que estas se rigen por el principio "*iura novit curia*", conforme al cual, al actor le incumbe la invocación y demostración de los hechos, siendo deber del juez la interpretación o adecuación de los fundamentos de derecho aplicables a cada caso objeto de juzgamiento. En razón de lo anterior, pese a que los actores pretenden la declaratoria de responsabilidad basados en una infección de origen nosocomial, dicha circunstancia no impide que el juzgador decida el caso con base en la norma y jurisprudencia que resulta jurídicamente aplicable, cuando observe que el daño radica en otro tipo de falla en el servicio, lo cual no va en contra del principio de congruencia por lo que se observa del mismo escrito de la demanda.

Ahora bien, continuando con el estudio que corresponde a este Tribunal, se encuentra acreditado en el expediente, el daño antijurídico consistente en la muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia el pasado 17 de abril de 2015, como lo demuestra el registro civil de defunción que reposa en folio 78.

SIGCMA

Se encuentra probado también, que dicha muerte se debe a una septicemia que le sobrevino al paciente luego de una intervención quirúrgica por fracturas originadas en una caída de gran altura.

Se observa asimismo, que de acuerdo a la prueba técnica no existe certeza que la infección fuera contraída en el Hospital Departamental “Amor de Patria” o en el Hospital Universitario Cari de la ciudad de Barranquilla, por cuanto el informe del perito experto, concluye que, sin descartar la posibilidad de ser al momento de retirar las suturas, la alta probabilidad es que los microorganismos multirresistentes se presenten de manera intrahospitalaria y en la mayoría de casos, al momento del procedimiento quirúrgico que se practica, tanto que medicamente es considerado uno de los riesgos generales que asume el paciente cuando manifiesta su consentimiento de ser intervenido.¹⁷

En este orden, sería del caso confirmar la decisión adoptada por el juez en primera instancia, teniendo en cuenta que del acervo probatorio no se logró demostrar a ciencia cierta que el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, fue contaminado en el Hospital “Amor de Patria” al momento del retiro de sutura en su zona lumbar, luego de la intervención quirúrgica a la cual fue sometido en el Hospital Universitario Cari y contrario sensu, existen serios indicios que permiten afirmar que la infección se dio desde el momento de la cirugía y como lo señala el *a-quo*, no fue vinculada al proceso dicha entidad, por lo tanto no amerita un análisis más amplio sobre la eventual responsabilidad en cabeza de esta. Empero, se vislumbra una deficiente atención y manejo médico-hospitalario respecto de la sepsis que, se itera, causó la muerte del señor Rizo Zarabia, lo que considera importante esta Sala resaltar.

Nótese que, si bien es cierto, no puede ser atribuida a las demandadas la infección nosocomial que dio lugar a una sepsis severa que resultó en la muerte del paciente; no es menos cierto que, en el centro médico hospitalario donde acudió desde que empezó a presentar sintomatología, debió darse el manejo adecuado, combatir el cuadro infeccioso en principio y/o evitar la grave situación de la cual no se libró y es en este punto donde se detendrá la Sala, para hacer un análisis juicioso acerca de

¹⁷ Obra en el expediente (tres formatos) de consentimiento informado diligenciado y suscrito por el mismo paciente (folios 66, 67 y 68 del cdno. de pruebas)

SIGCMA

la posible omisión, falta de cuidado-negligencia- o mal servicio de salud suministrado por la IPS Universitaria en calidad de administradora del Hospital Departamental para la época de los hechos.

De la historia clínica se desprende lo siguiente:

Que el procedimiento quirúrgico llevado a cabo en el Hospital Universitario Cari de la ciudad de Barranquilla, no tuvo aparente complicación, por ello, fue dado de alta el paciente, autorizándose su retorno a la isla de San Andres.

Que solo 25 días después, el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia empezó a presentar síntomas que considera el Tribunal, son de alarma pues tratándose de un paciente postquirúrgico requiere de mucho cuidado durante su proceso de recuperación y los fuertes dolores que refería el señor Rizo Zarabia, no debieron ser desapercibidos por el personal médico del Hospital "Amor de Patria" donde ingresó el 06 de marzo de 2015.

Le fueron formulados unos medicamentos y encontrándose en "buenas condiciones generales", fue dado de alta y le asignaron cita de interconsulta dentro de 20 días, para ser valorado por medicina especializada, tiempo que pareciera prudente pero no lo fue, como lo demuestra la necesidad que tuvo el paciente en acudir nuevamente al nosocomio en fecha 16 de marzo de 2015 remitido por consulta externa, esta vez también fue dado de alta, por no ameritar según el personal médico, tratamiento distinto al medicamento que le fue formulado y cita programada para dentro de 8 das con el neurocirujano.

El día 03 de abril de 2015, el paciente regresó al Hospital Departamental aduciendo mucho dolor de costilla, quien en ese momento utilizaba un inmovilizador de columna por fractura de columna dorsal que fue sometido a fijación. Se ingresa para manejo del dolor e imagenología de tórax y reja costal. Al día siguiente fue dado de alta bajo la siguiente fórmula: naproxeno 20 MG, metocarbamol 750 MG, diclofenaco AMP 75MG, tiamina TAB 300 MG.

Llama la atención de esta Sala, que un paciente postquirúrgico como es el caso del señor Rizo Zarabia, de manera recurrente acude al Hospital informando acerca de

SIGCMA

los fuertes dolores que padece, y el manejo clínico sea formularle algunos medicamentos y darle de alta, para que en casa continúe con su autocuidado. Y es que llama la atención aún más, que en el Hospital hayan manifestado en ese momento, desconocer del procedimiento quirúrgico que le fue realizado en la ciudad de Barranquilla, que no contaban con el informe de epicrisis respectivo, si fue precisamente remitido el paciente desde este centro hospitalario, quien requería de atención fuera de la sede, por nivel de complejidad.

El 07 de abril de 2015, reingresa el paciente informando al personal médico que tenía mucho dolor. Se ingresa por dolor, signos de SIRS y antecedente. El médico internista anotó que el señor Rizo Zarabia padecía de síndrome febril en estudio, que en hemograma se evidenció aumento de GB u neutrófilos, que persistía dolor abdominal difuso con defensa voluntaria y sugirió un plan de valoración por cirugía general. Una vez se le realizó RX de tórax, se observó infiltrado neumónico derecho que previamente no presentaba y por ello, se le inicia antibioticoterapia.

Con base en lo antes mencionado, se evidencia que solo hasta ese instante, la entidad demandada, se percata de la gravedad o estado crítico de salud del señor Rizo Zarabia e inicia inmediatamente un tratamiento con antibióticos.

El 15 de abril de 2015, fue valorado por el neurocirujano quien relata en su nota (ver folio 62), *“se considera paciente con proceso neumónico + absceso de área de cirugía instrumentada dorsolumbar, en estado séptico, ameritando remisión a la ciudad donde se realizó intervención para revaloración por médicos tratantes e infectología por no haber condiciones para manejo a nivel local. Plan: remisión a IV nivel para manejo por proceso infeccioso multifocal-sepsis-por infectología y manejo de instrumentación de columna infectada por neurocirujano tratante. + debe viajar acostado en avión ambulancia medicalizada.”* (cursivas fuera del texto)

No es de recibo para esta Sala de Decisión, que haya tenido que transcurrir aproximadamente 45 días desde la primera vez que ingresó el paciente al Hospital “Amor de Patria”, luego de la cirugía realizada en la ciudad de Barranquilla, para iniciar un tratamiento tardío y el especialista en neurocirugía sugerir una nueva remisión para que los galenos que le practicaron el procedimiento fueran quienes lo valoraran.

SIGCMA

La especialista en anestesiología, el 16 de abril de 2015, señaló que: el paciente con indicación de manejo en UCI por requerir soporte ventilatorio mecánico invasivo, se encontraba en críticas condiciones generales con disfunción pulmonar severa, con taquicardia sostenida, febril, sin compromiso renal ni neurológico. Registraba en ese momento, leucocitosis marcada con neutrofilia, PCR en ascenso, acidosis respiratoria con trastorno severo de la oxigenación. Sin embargo, aún el Hospital no definía acerca de la orden de remisión, siendo un asunto urgente, para lo cual la especialista insistió que se le dará un manejo quirúrgico para controlar la sepsis severa, ante la demora del proceso de remisión.

Finalmente, se ordenó la remisión del paciente con septicemia no especificada, al Hospital Cari de la ciudad de Barranquilla y lamentablemente en el traslado dentro de avión ambulancia falleció.

Sobre el tema de la remisión, el Tribunal considera que el hecho de haberse realizado una cirugía en el Hospital Universitario Cari de Barranquilla, no era razón suficiente para que el paciente volviera a ser remitido a dicho centro hospitalario con el fin de retirar suturas, valoración y control, sino, que una vez ya encontrándose en su proceso de recuperación en la isla, se presentaron síntomas que de ser tratados a tiempo y de la forma correcta en el Hospital "Amor de Patria", eventualmente no resultaría en su deceso.

Los galenos del Hospital Departamental "Amor de Patria" por su parte, optaron por recomendar un plan de ser valorado por quienes realizaron el procedimiento, al darse cuenta que la infección se focalizó en la zona de la herida causada por la intervención instrumentalizada e incluso si dicha remisión se hiciera oportunamente, probablemente sería también, distinto el resultado. Considera este cuerpo colegiado entonces, que la pérdida de chance u oportunidad, es lo que aquí se discute.

Sobre la teoría de la pérdida de oportunidad¹⁸

¹⁸ La pérdida de oportunidad, cuya aplicación se ha excluido por tratadistas foráneos y nacionales en tratándose de la responsabilidad médica dada la imposibilidad o dificultad de establecer el nexo de causalidad, conviene precisarlo, constituye una especie de daño independiente, provisto de unas singulares características y que, en últimas, se ve concretado en el desvanecimiento de la posibilidad de obtener una ganancia o de evitar que se produzca un evento, frustración que correlativamente, coloca a quien sufre el menoscabo en la posición de poder demandar la reparación de los perjuicios.

En materia de responsabilidad Estatal por falla en el servicio médico la pérdida de la oportunidad es un daño autónomo que se mueve en el péndulo de la certeza y la incertidumbre. Certeza, respecto al daño consistente en el cercenamiento de un interés legítimo de oportunidad de tratamiento o procedimiento médico y a la imputación a la Administración por falla en el servicio evidenciada en servicio tardío, defectuoso o en un mal diagnóstico.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia colombiana de lo contencioso administrativa se han tratado de diferente forma dos problemas jurídicos con relación a la pérdida de la oportunidad: i) Su ubicación dentro uno de los elementos de la responsabilidad del Estado, teniendo dos posiciones: Una que la ubican dentro del juicio de atribución o el elemento “imputación”, estimando que mediante esta figura se permite definir problemas de imputación en los eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que establece una determinada relación causa-efecto; otra, que la estiman como como un daño autónomo que consiste en la oportunidad de sobrevida o mejoría perdida. ii) La forma en cómo se configura el perjuicio indemnizable en esta clase de daño. Existen dos criterios, el primero fija un perjuicio indemnizable independiente llamado pérdida de oportunidad, y el segundo que considera que su indemnización deberá efectuarse con relación a lo

Aquella, en sí misma considerada, causa daño a quien se privó o se frustró de ese “chance”, razón por la cual tiene un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro, pues la lesión consistente en la desaparición absoluta de una probabilidad objetiva, posee una naturaleza cierta y directa.

Sus presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación refieren a: (i) Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL**

MARGARITA CABELLO BLANCO Magistrada Ponente **SC10261-2014** Ref: Expediente No 11001 31 03 003 1998 07770 01

probado en el proceso respecto del porcentaje o las probabilidades de obtener esta oportunidad.

Para que este daño autónomo se configure como daño cierto y no hipotético, es necesario que se demuestre en el proceso se estaba ante una situación potencialmente apta para conseguir el resultado buscado y que la intervención de ese tercero truncó la posibilidad de hacerlo. La pérdida de la oportunidad es un tema profundamente ligado al acontecer probatorio del proceso, de tal suerte que la prueba pericial o el testimonio técnico-médico sea requisito *sine quanem* para estructurar este tipo de daño.

La pérdida de la oportunidad no puede ser utilizado de forma errónea para llenar vacíos probatorios y fallar en equidad por parte de los jueces de la república; de lo contrario, se daría lugar a crear un marco de incertidumbre jurídica por la desnaturalización de la institución de la responsabilidad extracontractual.

Si bien, en la sentencia 18593 del 2010, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se afirmó que la estructuración de la pérdida de oportunidad requería de la certeza respecto de la existencia de la oportunidad pérdida, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho y la situación potencialmente apta de la víctima para pretender la consecución del resultado esperado, en una reciente decisión del Consejo de Estado reordenó los elementos de este daño autónomo.

En efecto, estableció que, en adelante, los elementos serán los siguientes:

- Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar: Para la Sala, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

- Certeza de la existencia de una oportunidad: La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que, en caso de no haber ocurrido el evento dañoso, la

víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

- Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima: *Si el beneficio final o el perjuicio eludido aún dependen de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹⁹.*

Mal haría este Tribunal, pasar por alto la negligencia en que incurrió el centro hospitalario demandado, al no darle el manejo adecuado al señor Rizo Zarabia, las veces que acudió en busca de una atención integral, oportuna y eficiente en salud, a la que tuvo derecho.

Lo anterior, significa que el daño que puede atribuirse a las demandadas no es la muerte en sí misma del señor Rizo Zarabia sino, la pérdida de oportunidad de sobrevivida en caso de haber contado con un acertado y específico control de riesgos.

Respecto de la entidad territorial demandada, que propuso como excepción la falta de legitimación por pasiva argumentando que no fue quien prestó directa ni indirectamente el servicio de salud al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, pues el mismo fue suministrado por la IPS Universitaria de Antioquia, entidad ésta que goza de personería jurídica, es menester hacer las siguientes precisiones:

Según los principios contenidos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se consagró la salud como derecho fundamental autónomo, ya no solo es un servicio público obligatorio como se expresaba en el Régimen de la Seguridad Social (Ley 100 de 1993) y en la Constitución Política.

Su Art. 6º dispone los elementos esenciales e interrelacionados del derecho fundamental a la salud.

¹⁹C. E., Secc. Tercera, Sent. 17001233100020000064501 (25706), Abr. 5/17 C. P. Ramiro Pazos

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

La Ley 715 de 2001 por su parte, 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 privadas.*

Teniendo en cuenta lo de su competencia y cada una de sus funciones como ente territorial y máxima autoridad departamental, considera esta Sala que en esta oportunidad, no está llamada a responder por los daños ocasionados a los actores, por cuanto la IPS Universitaria como administradora debió garantizar la atención en salud, brindada al señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia dentro del Hospital Departamental “Amor de Patria” de forma integral, no solo en el manejo clínico y asistencial sino, también en el trámite de remisión que tardíamente se adelantó para que el paciente recibiera una atención médica en un centro hospitalario de mayor complejidad²⁰. Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones contractuales de cada una de las entidades demandadas.

En este sentido, el Tribunal considera prospera la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento, presentada como excepción en el presente asunto.

Del llamamiento en garantía y la póliza de seguros²¹

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero, para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante

²⁰ Es pertinente en esta instancia, precisar que, según los niveles de complejidad del servicio de salud, la Resolución 2561 de 1994 *“por medio de la cual se establece el MAPIPOS (Manuel de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, los que corresponden a los niveles II y III son los siguientes:

El nivel secundario debe ofrecer: control de alto riesgo obstétrico, tratamiento ambulatorio de la morbilidad obstétrica y ginecológica, consulta medico pediátrica, ginecología, ortopedia, exámenes especializado, RX de tórax con proyecciones adicionales, mamografías electroencefalogramas, etc.

Al nivel terciario: Atención a la morbilidad obstétrica y ginecológica que requiere hospitalización, cirugía obstétrica y ginecológica, atención de todos los partos y recién nacidos, etc.

²¹ Ver póliza a folios 12-14 del cuaderno de llamamiento en garantía No. 5 que forma parte del expediente

SIGCMA

como producto de la sentencia. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante. El objeto del llamamiento en garantía lo es “que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a rembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento.”

En el presente caso la IPS Universitaria de Antioquia formuló llamado en garantía a la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud-FEDSALUD y esta llamó en garantía a Previsora S.A. Compañía de Seguros, con base en el contrato de seguro de responsabilidad civil contenido en la póliza No. 1009612. Sin embargo, dentro del trámite de primera instancia, la entidad demandada desistió del primer llamamiento, es decir, respecto de FEDSALUD.

Asimismo, fue llamado por la IPS Universitaria, Seguros del Estado S.A., en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil contenido en la póliza No. 65-03-101023397.

Ahora bien, el objetivo de los seguros de Responsabilidad Civil Profesional es hacer frente a los daños personales, materiales y consecuenciales que, involuntariamente, por sus errores u omisiones, el profesional haya podido causar a sus clientes en el ejercicio de su profesión, así como los perjuicios que de ellos se pudieran derivar.

El asegurador asume las consecuencias económicas de los hechos acaecidos y cubiertos por el contrato, reparando el daño causado por el asegurado a un tercero, hasta el límite pactado en la póliza de seguro, que es el documento que contiene las condiciones que regulan la relación contractual entre asegurar y asegurado, recogiendo los derechos y deberes de las partes.

Examinado el expediente se observa que, pese al desistimiento por parte de la IPS Universitaria al llamamiento de FEDSALUD, nótese que dicha Federación Gremial, además de aportar pruebas al proceso para su defensa, de igual manera llamó en

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

garantía a Previsora S.A. Compañía de Seguros, en razón del contrato de seguros de responsabilidad civil No. suscrito bajo la póliza No. 1009612 y sobre este, si deberá pronunciarse el Tribunal en esta instancia.

En este orden, se tiene que la póliza fue constituida el 28 de julio de 2011 con vigencia entre el 1 de agosto de 2011 hasta el 1 de agosto de 2012, copia que fue aportada al proceso junto con las respectivas renovaciones, de las cuales se destaca aquella que comprende la vigencia entre 1 de agosto de 2014 hasta el 1 de agosto de 2015, teniendo en cuenta que los hechos que se discuten acaecieron a partir del 27 de enero de 2015 -fecha en que ingresó el paciente al Hospital Departamental "Amor de Patria"-, hasta el 17 de abril de 2017-día en que falleció-.

Como ya se dijo, dentro del proceso de la referencia si bien, no se logró demostrar que la causa de la muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia fue una infección nosocomial contraída en el Hospital "*Clarence Lynd Newball*", de acuerdo al acervo probatorio lo que se evidencia es una deficiente e inoportuna prestación del servicio de salud por parte de la prestadora IPS Universitaria, falla que se le es atribuible en este caso a la entidad y no al personal médico de manera individual, pues no se encuentra probada la mala praxis o alguna irregularidad en que pudo haber incurrido los galenos que atendieron al directo afectado, siendo esto un requisito indispensable para la causalidad entre el daño y el actuar del profesional médico.

Ahora bien, se advierte que, si la negligencia o falta al deber de cuidado que se predica de este particular por parte de la entidad demandada, esto es, la IPS Universitaria, encuentra su origen en el actuar u omisión de algún profesional médico y cuenta con los elementos suficientes para repetir contra este, podrá hacerlo. Empero, con el proceso de reparación directa, lo que se pretende es determinar la responsabilidad administrativa y patrimonial se itera, de la entidad que fue demandada solamente.

Así las cosas, se considera que este llamamiento en garantía NO consagra *prima facie* las condiciones de la relación jurídica sustancial existente entre la demandada IPS Universitaria y la llamada en garantía Previsora S.A., así como tampoco entre FEDSALUD y la llamada en garantía, por cuanto FEDSALUD pese a haber sido llamado por la IPS Universitaria no puede ser declarada responsable del daño

SIGCMA

ocasionado a los demandantes en este asunto y en consecuencia, no podrá afectarse la póliza de seguros No. 1009612 que fue constituida como su garantía.

Finalmente, en lo que respecta a Seguros del Estado S.A., la entidad propone como excepciones, al dar contestación del llamamiento por parte de la IPS Universitaria, la ausencia de responsabilidad de la demandada, inexistencia del nexo causal, la exoneración de culpa por cumplimiento de obligación de medio. Alega la ausencia de pruebas sobre los perjuicios materiales ocasionados (lucro cesante) y la indebida tasación de los perjuicios morales.

Como argumento de defensa además de lo antes dicho, señala que en el caso bajo estudio se configura una de las exclusiones pactadas en el contrato de seguros, consistente en “*reclamaciones por organismos patogénicos (moho y hongos, sus esporas, bacterias, algas micotoxinas y cualquier otro producto metabólico, enzimas, proteínas segregadas por las anteriores, bien sea tóxicas o no)*”. (Cursiva fuera del texto)

Para justificar lo anterior, cita el Art. 1056 del código de comercio.

Sin embargo, observa esta Sala que, al no tratarse en este caso, de una infección nosocomial, pues luego del juicioso análisis se arriba a otra conclusión, imputándole a las demandadas la falla en el servicio por la prestación deficiente del servicio de salud y la demora en la remisión que requirió el paciente en su momento, lo que dio lugar a la pérdida de oportunidad de sanar, la responsabilidad que asume no es consecuencia de la circunstancia que expresamente se encuentra contenida en la cláusula de exclusión.

No obstante, es menester del Tribunal hacer algunas precisiones sobre la manera en que deberá asumir la condena esta llamada en garantía, pues no es de la inobservancia de esta Sala de Decisión las condiciones que fueron pactadas en el contrato de seguros, para que, al ser afectada la póliza correspondiente, se haga respetando los principios constitucionales y legales que rigen la materia.

La responsabilidad civil extracontractual a cargo de la aseguradora Seguros del Estado S.A., contratada mediante la póliza No. 65-03-101023397, se encuentra

SIGCMA

limitada por las exclusiones y demás cláusulas que definen las características del mismo, estableciendo la suma que eventualmente será cubierta por la misma.

En el caso que nos ocupa, en virtud a la autonomía de las partes en los contratos de este tipo, se incluyó un límite del valor asegurado equivalente a \$3.000.000.000, dentro de la póliza No. 65-101023397.

En este orden de ideas, en dicho documento, quedó estipulado el deducible, entendiéndose este como el valor que debe ser asumido por la asegurada en caso de siniestro, este deducible es equivalente a mínimo \$5.000.000 o 10%. Lo anterior, significa tal como lo expone el apoderado de la entidad, que en el caso de reclamarse un valor inferior a \$5.000.000 Seguros del Estado S.A., no está obligado al pago y si el valor es superior, se descontará el 10% al pagar.

Por otro lado, al analizar la póliza en mención, observa esta Corporación que sobre la vigencia señala lo siguiente: desde las 24 horas del 30/11/2015 hasta las 24 horas del 30/11/2016. Se advierte que la copia aportada al proceso es poco legible, empero, claramente se observan estas fechas.

Llama la atención de la Sala, que se llame en garantía a Seguros del Estado, fundamentándose la IPS Universitaria en el contrato de seguros No. 65-101023397, haciendo la salvedad de que se trata de un contrato complementario y/o que su cumplimiento se hace bajo la regla de retroactividad, aduciendo que los hechos que dieron lugar a la presente demanda de reparación directa están cobijados por este contrato.

Ahora bien, si como lo dice la demandada, la plurimencionada póliza, es la renovación o complementación de un contrato inicial, pues, debió junto con este documento allegar las otras pólizas que permitan demostrar que al momento de ocurridos los hechos que en sede administrativa se discuten, se encontraba debidamente asegurada, pues de no encontrarse estas condiciones probadas dentro del proceso, el juez no puede ordenar la afectación de esta póliza, interpretando que no se encontraba vigente al momento del fallecimiento del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia. Por lo anotado, no se condenará a Seguros del Estado

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

S.A., toda vez que no obra en el expediente las pruebas suficientes para proceder de conformidad.

Sobre la indemnización de perjuicios

La parte demandante solicitó que se condenara a las entidades demandadas a pagar por concepto de perjuicios morales y daños materiales así:

Se reclaman perjuicios Morales subjetivos por la cantidad de 100 SMLV, A Yuliza encizo, Jeison Nicolás Rizo Silva, Jaysse Danysha Rizo Silva, Jaissa Nelly Rizo villoria, Neyis Judith Zarabia García y Alejandro Rizo Horta., para cada uno de ellos. Al precio que se encuentre el SMLV a la fecha de la ejecutoria de la conciliación y o sentencia judicial.

Se reclaman perjuicios materiales lucro cesante a favor de la compañera marital de carácter permanente, Sra. Yuliza Silva Enciso por la suma de 25.000.000 y para sus hijos Jeison Nicolás Rizo Silva y Jassel Danysha Rizo Silva, la suma de 25.000.000 es decir 12.500.000 para cada uno de ellos.

Es menester de este cuerpo colegiado señalar que, en orden a la tasación de perjuicios, para que este sea indemnizable, debe ser cierto, directo, determinado y debidamente probado, puesto que no es posible resarcir perjuicios hipotéticos o meramente eventuales.

Se debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado, será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por esta Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un perjuicio autónomo, no deviene directamente del daño, en este caso, de la muerte del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia, sino, de la pérdida de la oportunidad de salvar su vida, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual

SIGCMA

se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho el máximo órgano de esta jurisdicción, en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad²².

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

Este cuerpo colegiado, respecto de los perjuicios inmateriales, no accederá en los términos solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo.

Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho el Honorable Consejo de Estado en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad.

²² Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Por lo dicho en precedencia y teniendo en cuenta que, desde la sentencia de unificación del 6 de septiembre de 2001, los valores concedidos por concepto de perjuicios inmateriales, serán tasados en salarios mínimos legales mensuales vigentes; el valor a reconocer en favor de los señores Yuliza Silva Enciso, Jeyson Nicolás Rizo Silva, Jaissel Danysha Rizo Silva, Jaissa Nelly Rizo Viloría, Neyis Judith Zarabia Garcia, Alejandro Rizo Horta, y Neither Esther Rizo Zarabia, en calidad de compañera, Hijos, padres y Hermana de la víctima, es de 70 SMMLV cada uno.

En lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, serán reconocidos por concepto de lucro cesante, al encontrarse debidamente probado que el señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia en vida se desempeñaba como maestro de obra, de hecho, se encontraba laborando cuando sufrió el accidente que originó el daño por el cual se declarará responsable la entidad demandada. En consecuencia, se aplicarán los criterios y fórmula de liquidación señalada por el Consejo de Estado para estos casos.

Dervis Nicolás Rizo Zarabia

Cálculo edad al momento de fallecer

24/10/1974 Fecha de nacimiento

17/04/2015 Fecha fallecimiento

40 40años5meses24dia

17/04/2015 Fecha del accidente

9/10/2020 Fecha sentencia

5años5meses22dias Años transcurridos

60

5

65 meses

0,733333333 Proporción 22 días

65,73333333 Total en meses

Fecha de nacimiento de la cónyuge

15/09/1980 Yuliza Silva Enciso

Edad de la cónyuge a la fecha del accidente

34 Yuliza Silva Enciso

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Edad de la cónyuge a la fecha de la sentencia

40años0meses24día Yuliza Silva Enciso

Fecha de Nacimiento de los hijos

11/05/1997 Jaissa Nelly Rizo Viloría
24/06/2000 Jeyson Nicolás Rizo Silva
26/11/2005 Jayssel Danysha Rizo Silva

Edad de los hijos a la fecha del accidente

17 Jaissa Nelly Rizo Viloría
14 Jeyson Nicolás Rizo Silva
9 Jayssel Danysha Rizo Silva

Edad de los hijos a la fecha de la sentencia

23años4meses28día Jaissa Nelly Rizo Viloría
20años3meses15día Jeyson Nicolás Rizo Silva
14años10meses13día Jayssel Danysha Rizo Silva

Fecha en que cumplirían los 25 años

11/05/2022 Jaissa Nelly Rizo Viloría
24/06/2025 Jeyson Nicolás Rizo Silva
26/11/2030 Jayssel Danysha Rizo Silva

Fecha en que cumplirían los 25 años

25años0meses0día Jaissa Nelly Rizo Viloría
25años0meses0día Jeyson Nicolás Rizo Silva
25años0meses0día Jayssel Danysha Rizo Silva

Meses faltantes para cumplir 25 años

19 Jaissa Nelly Rizo Viloría
56 Jeyson Nicolás Rizo Silva
121 Jayssel Danysha Rizo Silva

Meses faltantes para la ED en el momento de cumplir los 25 años la Hna mayor

37 Jeyson Nicolás Rizo Silva
65 Jayssel Danysha Rizo Silva

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Relación vida probable

Nombre	Edad a la fecha del accidente	Ver tabla de vida probable	Equivalente en meses	
Dervis Nicolás Rizo Zc	40	40,8	490	423,9
Yuliza Silva Enciso	34	51,5	618	552,3

Nota

El total de la renta se dividirá porcentualmente de la siguiente manera:

Yuliza Silva Enciso	50%
Jaissa Nelly Rizo Vilo	16,66666667%
Jeyson Nicolás Rizo §	16,66666667%
Jaysse Danysha Rizc	16,66666667%

SMMLV 20015

644.350

VP =	VA x	$\frac{\text{IPC Final (octubre 2020)}}{\text{IPC Inicial (Abril 2015)}}$
VP =	644.350	$\frac{102,86418}{86,694966}$
VP =	644.350	1,18651
VP =	764.526	Renta Actualizada

<i>IBL - SMMLV 2020</i>	877.803
Más el 25% prestador	1.097.254
	274.313
<i>Menos el 25%</i>	822.940

Nota

Teniendo en cuenta que la actualización del Salario mínimo del 2015 (año en que ocurrieron los hechos) es menor que el salario mínimo del año 2020 (año de la sentencia), se tomará este último para realizar el cálculo de la indemnización

Nota

Se tomará el 70% del salario mínimo como base para el cálculo por pérdida de oportunidad

70% \$ 576.058

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

Cónyuge

LCC=	288.029	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
LCC=	288.029	$\frac{(1+0,004867)^{65,73333333-1}}{0,004867}$
LCC=	288.029	$\frac{(1,004867)^{65,73333333-1}}{0,004867}$
LCC=	288.029	$\frac{0,375955109}{0,004867}$
LCC=	288.029	77,24576
LCC	\$	<u>22.249.027</u>

Hijos

LCC=	96.010	$\frac{(1+i)^n-1}{i}$
LCC=	96.010	$\frac{(1+0,004867)^{65,73333333-1}}{0,004867}$
LCC=	96.010	$\frac{(1,004867)^{65,73333333-1}}{0,004867}$
LCC=	96.010	$\frac{0,375955109}{0,004867}$
LCC=	96.010	77,24576
LCC=	\$	<u>7.416.342</u>

Nota

El lucro cesante consolidado para cada uno de los hijos será de \$7.416.342

LUCRO CESANTE FUTURO

IBL 2020	877.803
Más el 25% prestador	1.097.254
	274.313
Menos el 25%	822.940

Nota

El total de la renta se dividirá porcentualmente de la siguiente manera:	
Yuliza Silva Enciso	50%
Jaissa Nelly Rizo Vilo	16,66666667%
Jeyson Nicolás Rizo	16,66666667%
Jayssel Danysha Rizo	16,66666667%

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
 Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
 Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
 Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Nota

De acuerdo con la Resolución No. 0110 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia ["https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1005947&downloadname=r0110_14.docx"](https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1005947&downloadname=r0110_14.docx), y teniendo en cuenta que quien moriría primero si el hecho dañino no hubiese ocurrido sería el Señor Dervis Rizo, razón por la cual se tendrá en cuenta para la presente indemnización futura el tiempo comprendido desde la fecha de la sentencia hasta la de la vida probable del causante. Ver table **"Relación vida probable"**

Cónyuge

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$	
VA= \$	288.029	$\frac{(1+0,004867)^{423,9}-1}{0,004867+(1+0,004867)^{423,9}}$	7,831209165 6,831209165
VA= \$	288.029	$\frac{(1,004867)^{423,9}-1}{0,004867*7,83120916}$	
VA= \$	288.029	$\frac{6,8312092}{0,03811449}$	
VA= \$	288.029	179,228642	
VA= \$	51.623.066		

Jaissa Nelly Rizo Viloria

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$	
VA= \$	96.010	$\frac{(1+0,004867)^{19}-1}{0,004867+(1+0,004867)^{19}}$	1,096637516 0,096637516
VA= \$	96.010	$\frac{(1,004867)^{19}-1}{0,004867*1,09663752}$	
VA= \$	96.010	$\frac{0,0966375}{0,00533733}$	
VA= \$	96.010	18,105950	
VA= \$	1.738.347		

Nota

La suma de \$1.738.347 lo recibirá hasta que cumpla con la edad de establecimiento (25 años), esto es, hasta el mes de mayo de 2022.

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02
 Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.
 Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros
 Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Jeyson Nicolás Rizo Silva

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$	
VA= \$	96.010	$\frac{(1+0,004867)^{19}-1}{0,004867*(1+0,004867)^{19}}$	1,096637516 0,096637516
VA= \$	96.010	$\frac{(1,004867)^{19}-1}{0,004867*1,09663752}$	
VA= \$	96.010	$\frac{0,0966375}{0,00533733}$	
VA= \$	96.010	18,105950	-
VA= \$	1.738.347		

Nota

Hasta mayo de 2022, fecha en que su hermana mayor cumple la edad de establecimiento, el lucro cesante futuro se calcula sobre la base de \$96.010. Durante los años 2023, 2024 y 2025 (año en que cumple los 25 años), la base para el cálculo del lucro cesante futuro será de \$144.015. Esto teniendo en cuenta que su hermana mayor ya no presume los recursos del padre.

Nota

El total de la renta actualizada se dividirá, de la siguiente manera:

	50%	576.058
Jeyson Nicolás Rizo	25%	144.015
Jayssel Danysha Rizo	25%	144.015

Jeyson Nicolás Rizo Silva

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$	
VA= \$	144.015	$\frac{(1+0,004867)^{37}-1}{0,004867*(1+0,004867)^{37}}$	1,196789069 0,196789069
VA= \$	144.015	$\frac{(1,004867)^{37}-1}{0,004867*1,19678907}$	
VA= \$	144.015	$\frac{0,1967891}{0,00582477}$	
VA= \$	144.015	33,784851	
VA= \$	4.865.510		

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Jaysel Danysha Rizo Silva

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$		
VA=	\$	144.015	$\frac{(1+0,004867)^{56}-1}{0,004867*(1+0,004867)^{56}}$	1,312443791
VA=	\$	144.015	$\frac{(1,004867)^{56}-1}{0,004867*1,312443791}$	0,312443791
VA=	\$	144.015	$\frac{0,3124438}{0,00638766}$	
VA=	\$	144.015	48,913624	
VA=	\$	7.044.274		

Nota

Hasta junio de 2025, fecha en que su hermano Jayson cumple la edad de establecimiento, el lucro cesante futuro se calcula sobre la base de \$144.015. Durante los años 2026, 2027, 2028, 2029 y 2030 (año en que cumple los 25 años, la base para el cálculo del lucro cesante futuro será de \$288.029. Esto teniendo en cuenta que su hermano ya no presume los recursos del padre.

Nota

El total de la renta actualizada se dividirá, de la siguiente manera:

	50%	576.058
Jaysel Danysha Rizo	50% \$	288.029

Jaysel Danysha Rizo Silva

VA=	RA	$\frac{(1+i)^n-1}{i+(1+i)^n}$		
VA=	\$	288.029	$\frac{(1+0,004867)^{65}-1}{0,004867*(1+0,004867)^{65}}$	1,371064765
VA=	\$	288.029	$\frac{(1,004867)^{65}-1}{0,004867*1,37106477}$	0,371064765
VA=	\$	288.029	$\frac{0,3710648}{0,00667297}$	
VA=	\$	288.029	55,607120	
VA=	\$	16.016.469		

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

NOMBRE	PARENTESCO	CONCEPTO	VALOR
Yuliza Silva Enciso	Cónyuge	Lucro cesante consolidad	\$ 22.249.027
Yuliza Silva Enciso	Cónyuge	Lucro cesante futuro	\$ 51.623.066
TOTAL CÓNYUGE			\$ 73.872.093
Jaissa Nelly Rizo Viloría	Hija mayor	Lucro cesante consolidad	\$ 7.416.342
Jaissa Nelly Rizo Viloría	Hija mayor	Lucro cesante futuro	\$ 1.738.347
TOTAL HIJA MAYOR			\$ 9.154.689
Jeyson Nicolás Rizo Silva	Hijo	Lucro cesante consolidad	\$ 7.416.342
Jeyson Nicolás Rizo Silva	Hijo	Lucro cesante futuro	\$ 6.603.857
TOTAL HIJO			\$ 14.020.200
Jayssel Danysha Rizo Silva	Hija menor	Lucro cesante consolidad	\$ 7.416.342
Jayssel Danysha Rizo Silva	Hija menor	Lucro cesante futuro	\$ 23.060.743
TOTAL HIJA MENOR			\$ 30.477.085
GRAN TOTAL			\$ 127.524.067

- Condena en Costas

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes, la sentencia de fecha trece (13) de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar:

“**PRIMERO: DECLARAR** a la IPS Universitaria de Antioquia responsable por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la pérdida de oportunidad de sanar del señor Dervis Nicolás Rizo Zarabia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, **CONDENAR** a la IPS Universitaria de Antioquia, indemnizar a las siguientes personas en las siguientes sumas por concepto de perjuicios inmateriales (pérdida de oportunidad):

Nivel	Demandante	SMMLV 100%
1 (compañera)	Yuliza Silva Enciso	70 SMMLV
1 (hijo)	Jeyson Nicolás Rizo Silva	70 SMMLV
1 (hija)	Jaissa Nelly Rizo Viloría	70 SMMLV
1 (hija)	Jayssel Danisha Rizo Silva	70 SMMLV

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

1 (madre)	Neyis Judith Zarabia Garcia	70 SMMLV
1 (padre)	Alejandro Rizo Horta	70 SMMLV
2 (hermana)	Neither Esther Rizo Zarabia	70 SMMLV

TERCERO: CONDENAR a la IPS Universitaria de Antioquia, indemnizar a las siguientes personas en las siguientes sumas por concepto de daños materiales en modalidad de lucro cesante:

NOMBRE	PARENTESCO	CONCEPTO	VALOR
Yuliza Silva Enciso	Cónyuge	Lucro cesante consolidad	\$ 22.249.027
Yuliza Silva Enciso	Cónyuge	Lucro cesante futuro	\$ 51.623.066
TOTAL CÓNYUGE			\$ 73.872.093
Jaissa Nelly Rizo Vioria	Hija mayor	Lucro cesante consolidad	\$ 7.416.342
Jaissa Nelly Rizo Vioria	Hija mayor	Lucro cesante futuro	\$ 1.738.347
TOTAL HIJA MAYOR			\$ 9.154.689
Jeyson Nicolás Rizo Silva	Hijo	Lucro cesante consolidad	\$ 7.416.342
Jeyson Nicolás Rizo Silva	Hijo	Lucro cesante futuro	\$ 6.603.857
TOTAL HIJO			\$ 14.020.200
Jayssel Danysha Rizo Silva	Hija menor	Lucro cesante consolidad	\$ 7.416.342
Jayssel Danysha Rizo Silva	Hija menor	Lucro cesante futuro	\$ 23.060.743
TOTAL HIJA MENOR			\$ 30.477.085
GRAN TOTAL			\$ 127.524.067

”

SEGUNDO. - Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Tribunal Contencioso
Adm. de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

Expediente: 88-001-33-33-001-2016-00191-02

Demandante: Yuliza Silva Enciso y otros.

Demandado: Depto. Archipiélago de San Andres, Providencia y Santa Catalina y Otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

ACLARACIÓN DE VOTO
Tribunal Contencioso
Administrativo del Archipiélago de
San Andrés, Providencia y Santa
Catalina
NOEMI CARREÑO CORPUS
Magistrada

Tribunal Contencioso
Administrativo del Archipiélago de
San Andrés, Providencia y Santa
Catalina
JESÚS GUILLERMO GUERRERO
GONZÁLEZ
Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2016-00191-02)