



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

SIGCMA

San Andrés Isla, veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 0075

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	88-001-33-33-001-2018-00013-01
Demandante	Edilsa Rosa Tapis Hernández y Otros
Demandado	Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Otros
Magistrado Ponente	José María Mow Herrera

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 03 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, dentro del proceso iniciado por Edilsa Rosa Tapis Hernández quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Josué Rafael Estrada Tapia, y la señora Jeniverd del Carmen Estrada Tapias Fernández en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la IPS Universitaria de Antioquia y la Nueva EPS, mediante la cual se resolvió lo siguiente:

***“PRIMERO: DECLÁRENSE** no probadas las excepciones de méritos planteadas por las demandadas y llamados en garantía.*

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

***TERCERO: De conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, CONDÈNASE** en costas a la parte demandante, así como en agencias en derecho las cuales se fijan en un 4% de lo pedido.*

II. ANTECEDENTES

La señora Edilsa Rosa Tapias Hernández quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Josué Rafael Estrada Tapia, y la señora Jeniverd del Carmen Estrada Tapias Fernández, por intermedio de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de Reparación Directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitan se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO. – *Se declare administrativamente responsable al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, representada legalmente por el señor Ronald Housni Haller, El Hospital Amor de Patria de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y La Nueva Eps representada por o quien haga sus veces al momento de la citación, del daño ocasionado a los accionantes.*

SEGUNDO. – *En consecuencia, se ordene a la entidad demandada resarcir a las señoras Edilsa Rosa Tapias Fernández (Esposa), Jeniverd Del Carmen (hija), los perjuicios sufridos en la forma que a continuación se indica:*

Perjuicios Morales

Teniendo en cuenta la referida jurisprudencia del H. Consejo de Estado, A Edilsa Rosa Tapia, dada por la muerte de su esposo, el equivalente en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A Josué Rafael Estrada Tapia quien se encuentra representado por su madre Edilsa Rosa Tapia, dada por la muerte de su padre, el equivalente en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A Jeniverd Del Carmen Estrada Tapia hija del difunto, el equivalente en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

Perjuicios Materiales

Los ingresos dejados de percibir se cuantifican de la siguiente manera:

El señor Iban de Jesús Estrada Villadiego (QEPD) tenía 51 años de edad, como se dedicaba a la actividad de fabricación de puertas, ventanas, barandas y divisiones para baños en aluminio y vidrios, conforme lo certifica la Cámara de Comercio, devengando un salario de millón doscientos cincuenta mil pesos (\$1,250.000), mensual, resultado que le correspondía por la división de la sociedad que tenía con la empresa de comercio que tenía constituida.

Lucro Cesante Futuro

SIGCMA

Cantidad de dinero que la víctima reclamante hubiere recibido desde la fecha del fallecimiento (9 de diciembre de 2015), hasta finalizar del período indemnizable.

Determinado lo anterior, procederá la Sala a liquidar el lucro cesante consolidado, conforme a la vida probable del señor Iban de Jesús Estrada Villadiego, esto es, según la Resolución 1555 de 2010, 30.7 años, lo que corresponde a 368.4 meses, que aplicando la siguiente fórmula jurisprudencialmente aceptada arroja los siguientes resultados:

$$S = Ra \times (1 + i)^n - 1$$

1. *Liquidación a favor de Edilsa Rosa Tapia del lucro cesante consolidado:*

$$S = \$1.250.000 \times (1 + 0,004867)^{36} - 1 \times 0,004867 \times S = \$45.021.891$$

2. *liquidación a favor de Jeniverd del Carmen tapia del lucro cesante consolidado:*

$$S = \$1.250.000 \times (1 + 0,004867)^{230,36} - 1 \times 0,004867 \times S = \$45.021.891$$

3. *liquidación a favor de Josué Rafael Estrada tapia del lucro cesante consolidado:*

$$S = \$1.250.000 \times (1 + 0,004867)^{230,36} - 1 \times 0,004867 \times S = \$45.021.891$$

Total \$135.065.673

Liquidado el lucro cesante consolidado, procede respecto del futuro con base en los siguientes criterios:

Se tendrá en cuenta desde la fecha de la presente sentencia y hasta la expectativa de vida de la víctima, certificada por el DANE 1985 A 2015 para para la liquidación a favor de Edilsa Rosa Tapia se tendrá en cuenta desde la fecha de la presente sentencia y hasta que cumpliera el señor Iban de Jesús Estrada 70,95, teniendo en cuenta que para la época de los hechos, 9 de diciembre de 2015, tenía 51 años se descontará el período consolidado que ya ha sido reconocido, tendría una expectativa de vida de 19.95

La fórmula con base en la cual procede la liquidación, y aceptada jurisprudencialmente, es la siguiente: $S = Ra \times (1 + i)^n - 1 \times i \times (1 + i)^n$.

1. *liquidación del lucro cesante futuro a favor de Edilsa Rosa Tapia:*

$$S = \$1.250.000 \times (1 + 0,004867)^{30,7} - 1 \times 0,004867 \times (1 + 0,004867)^{30,7} \times S = \$38.561.740$$

2. *liquidación del lucro cesante futuro a favor de Jeniverd del Carmen Tapia:*

$$S = \$1.250.000 \times (1 + 0,004867)^{30,7} - 1 \times 0,004867 \times (1 + 0,004867)^{30,7} \times S = \$38.561.740$$

3. *liquidación del lucro cesante de Josué Rafael estrada:*

$$S = \$138.561.740.250.000 \times (1 + 0,004867)^{30,7} - 1 \times 0,004867 \times (1 + 0,004867)^{30,7} \times S = \$38.561.740$$

Total \$115.685.220

Resumen de la Indemnización

Perjuicios morales \$221.400.000

Perjuicios materiales \$250.750.893

Total, de perjuicios **\$472.150.893**

TERCERO. – Las sumas reconocidas en la demanda se pagarán indexadas, con los respectivos intereses comerciales y moratorios al vencimiento de dicho término, a la tasa máxima legalmente permitida.

CUARTO. - Condenar en costas de conformidad a lo indicado en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, cuya liquidación y ejecución ordena remitirse al Código de Procedimiento Civil en su artículo 392 o a la norma que para la fecha de la sentencia se encuentre vigente, con la respectiva indexación y pago de intereses corrientes y moratorios legalmente permitidos hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

QUINTO. – A la demanda respectiva se le dará el cumplimiento en los términos estipulados en la ley.”

- **HECHOS**

Los demandantes por intermedio de apoderado judicial, fundamentan su demanda en los hechos que a continuación se relatan:

Manifiesta, que el día 08 de diciembre de 2015, siendo aproximadamente las 14:25 pm, la señora Edilsa Rosa Tapias Fernández llevó a su esposo el señor Iban de Jesús Estrada Villadiego al Hospital Amor de Patria, con un dolor intenso en la región dorso-lumbar-hacia arriba, debido a que sentía dificultad para respirar.

Señala, que cuando atendieron al señor Iban de Jesús le aplicaron vía cutánea los siguientes medicamentos: diclofenaco, dipirona, metodopromina, naproxeno, tramadol, y le tomaron una radiografía de tórax, dándole salida a las 7:27 pm. En su egreso, le formularon naproxeno para el dolor, indicándole que debía suministrarlo cada 8 horas y regresar el día 09 de diciembre del mismo año para pedir una cita con medicina interna.

Sostiene, que el día 09 de diciembre de 2015, siendo las 05:27 a.m., la señora Edilsa Rosa Tapias Fernández, ingresó al hospital Amor de Patria acompañando a su esposo, quien presentaba los mismos síntomas del día anterior.

Afirma, que atendieron al señor a las 5:50 a.m., y en ese instante la señora Tapias Fernández le consultó al doctor de Armas, sobre el momento en que le tomarían la presión arterial a su esposo.

Afirma, que cuando lo revisaron y le tomaron la presión arterial, evidenciaron que el señor Iban de Jesús tenía la presión arterial en 204/104, y en ese momento, el paciente le manifestó al galeno que estaba tomando enalapril 20 mg, y carvedidol 25 mg.

Asimismo, señala, que el señor Iban de Jesús Estrada Villadiego (QEPD) le indicó al doctor de Armas, que a las 7:00 p.m., había ingerido el medicamento para la presión arterial, y posterior a ello, el médico solicitó que le suministraran un medicamento.

Manifiesta, que la señora Edilsa Tapias fue sacada del cuarto de observación por el vigilante del hospital, quien le informó que era necesario que saliera debido a que entregaría el turno, mientras que a su esposo le estaba dando de nuevo el dolor, pero los médicos habían salido a realizar la ronda a las otras habitaciones, dejándolo en una silla del hospital.

Indica, que cuando ingresó nuevamente la señora Edilsa Tapias, pudo observar que su esposo aún se encontraba sentado en la misma silla, debido a que no le habían asignado una camilla por temas de disponibilidad, y en este momento, el señor Iban de Jesús (QEPD) le manifestó que tenía un dolor en una pierna, en el pecho y sentía la cara adormecida.

Seguidamente, señala, que personas que se encontraban en el lugar le comentaron que al momento de ella salir, al señor Iban de Jesús Estrada le estaba repitiendo el dolor, por lo que procedieron a informarle a las enfermeras de turno que al señor le

estaba ocurriendo algo. Afirma, que el dolor era tan fuerte que el señor Iban de Jesús Estrada (QEPD) cayó de la silla, “a lo que el personal de salud fue indiferente”.

Sostiene, que la atención que recibió el paciente fue tan deficiente que no fue levantado inmediatamente del piso, afirmando existir “una clara negligencia médica”.

Manifiesta, que la señora Edilsa Tapias ingresó a la sala, y observó que su esposo ya estaba en una camilla, por lo que solicitó información sobre su estado de salud al médico tratante, a lo que le respondieron: “Él está convulsionando”.

Afirma, que al paciente lo ingresaron a zona roja para reanimarlo y le suministraron tramadol vía cutánea, a sabiendas que le estaba dando un infarto, prolongándole la muerte. Asimismo, señala, que en varias oportunidades entraron con tarros de oxígeno pequeños, pero nunca lo intubaron, solo tenía la máscara de oxígeno, afirmando que *“cuando lo declararon supuestamente muerto, y procedieron a ingresar, observaron que el paciente no tenía ningún aparato conectado, y notaron que presentaba el abdomen inflamado.”*

Finalmente, señala, que ante tal falla hospitalaria, el señor Iban de Jesús Estrada fue declarado muerto.

- **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Como fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala:

- Artículos: 90 de la Constitución Nacional, 104, 140, 156, 157, 164 literal i) del CPACA, artículo 26 del CGP, y demás normas concordantes.

- **CONTESTACIÓN**

- Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

La entidad demandada a través de apoderada judicial, contestó la demanda de la referencia¹, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con base en lo que brevemente se explica a continuación.

El representante de la entidad demandada, indica que, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no puede ser declarado responsable, ni aun solidariamente responsable, pues no está legitimado en la causa por pasiva, teniendo en cuenta el contrato 540/2012, suscrito entre la administración Departamental y la “IPS UNIVERSITARIA DE ANTIOQUIA”, a través del cual la entidad, suple la atención, que en salud le merece la comunidad.

Señala, que las cláusulas del citado contrato expresan, que la “IPS UNIVERSITARIA”, se obliga a mantener indemne al departamento de cualquier tipo de multas, penalidades, pagos y responsabilidad derivadas de la ejecución de dicho contrato, estando entonces ante la necesidad de que la contratista IPS UNIVERSITARIA, sea llamado a responder, si es posible endilgarle responsabilidad o negligencia ante los hechos y pretensiones de la demanda, si hubiere lugar a endilgarse responsabilidad alguna, en la muerte del señor Iban de Jesús Estrada Villadiego (QEPD), y en los daños y perjuicios materiales y morales que hubiera podido sufrir, por lo tanto, se atienden a lo que se pruebe o demuestre, en el trámite procesal.

Propone, las siguientes excepciones: i) inexistencia del daño antijurídico; ii) Inexistencia de causalidad; iii) Falta de legitimación en la causa por pasiva; iv) Inexistencia de la obligación; v) Pago de lo no debido; vi) Buena fe.

- Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia - IPS Universitaria

La entidad demandada a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia², oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con base en lo que brevemente se explica a continuación.

¹ Visible a folio 115-119 del cuaderno principal digitalizado.

² Visible a folio 155-168 del cuaderno principal digitalizado.

Expresa, que la atención médica brindada por la Ips Universitaria al señor Iván De Jesús Estrada Villadiego, fue totalmente oportuna, adecuada y acorde con los protocolos médicos en la materia frente a la sintomatología presentada por el paciente y su evolución clínica, por lo cual no se configuran los elementos estructurales de la responsabilidad, y por tanto deberán negarse todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y condenarse en costas a la parte demandante.

Propone, las siguientes excepciones: i) Ausencia de falla en el servicio por parte de la IPS Universitaria; ii) Ausencia de incumplimiento por parte de la IPS Universitaria; iii) Ausencia de nexo causal; iv) Indebida tasación de los perjuicios; v) Ausencia de solidaridad.

- Nueva EPS

La entidad demandada a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia³, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto carecen de fundamento jurídico o fáctico alguno que pueda conllevar responsabilidad de la entidad, con base en lo que brevemente se explica a continuación.

Expresa, que de la historia clínica aportada por la parte actora, se puede determinar que las intervenciones realizadas al señor Iván de Jesús Estrada Villadiego, fueron conforme los protocolos establecidos en la lex artis médica, sin embargo, toda intervención médica lleva consigo unos riesgos inherentes, es decir, riesgos que deben correr en aras de evitar un peor resultado, por lo cual la parte actora, intenta establecer responsabilidad al cuerpo médico quien cumplió su obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud frente a consecuencias naturales de patologías humanas o de intervenciones quirúrgicas.

Propone, las siguientes excepciones: i) Inexistencia de responsabilidad solidaria; ii) Inexistencia de daño indemnizable imputable a la Nueva EPS; iii) Inexistencia del factor de imputación a la Nueva EPS de culpa a título de falla en el servicio; iv)

³ Visible a folio 124-150 del cuaderno principal digitalizado.

Cumplimiento cabal de las obligaciones de la Nueva EPS en su condición de asegurador; v) Inexistencia de responsabilidad de la Nueva EPS por hechos de tercero (Eximentes de responsabilidad); vi) Inexistencia de falla en el servicio médico imputable a la Nueva EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de la Nueva EPS y el resultado final; vii) Ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero; viii) Carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a la Nueva EPS el daño alegado; ix) indebida tasación de perjuicios o enriquecimiento sin cusa o cobro de lo no debido; x) excepción genérica.

Llamadas en Garantía

- Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – FEDSALUD

La IPS Universitaria de Antioquia llamó en garantía a la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – FEDSALUD, quien descorrió el llamamiento manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de llamamiento.

Plantea las siguientes excepciones: i) Ausencia de responsabilidad por inexistencia de falla en el servicio, ii) Inexistencia de culpa; iii) Inexistencia de nexo causal; iv) Tasación excesiva de perjuicios; v) Hecho de un tercero; vi) Falta de legitimación en la causa por pasiva; vii) inexistencia de solidaridad.

- Seguros del Estado S.A.

La IPS Universitaria de Antioquia llamó en garantía a Seguros del Estado S.A., quien descorrió el llamamiento manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de llamamiento.

En primer lugar, objeta la liquidación de las pretensiones realizadas por el apoderado del demandante, dado que como se está ante un proceso de reclamación de perjuicios, es necesario la legitimidad en cabeza del perjudicado para poder solicitar el resarcimiento y adicionalmente se deben recaudar las

pruebas que respalden su afirmación, puesto que no basta con que se hayan causado.

Resalta que, al encontrarse frente al régimen de culpa probada la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la parte demandante por lo cual el daño alegado debe ser probado. Asimismo, señala, que *“no es viable pronunciarse al respecto ya que ni jurisprudencial, ni legalmente, se ha establecido como concepto autónomo la indemnización eventual a lo que el despacho no puede proceder a acceder a ella en caso de que determine una remota responsabilidad en cabeza de la demandada. Es importante recalcar que solo se limita el demandante a fijar unas cifras, sin discriminar ni determinar a que corresponden dichas cifras, por lo que no es viable una indemnización eventual como en este caso.”* (cursivas fuera del texto)

Por último, esgrime que, el apoderado de la parte actora se limita en relacionar el parentesco del señor Iván de Jesús Estrada Villadiego (QEPD), con sus familiares sin realizar esfuerzo alguno por probar o acreditar la realidad de los perjuicios que les fueron ocasionados, por lo cual no es suficiente aportar una prueba de parentesco para el reconocimiento de daños morales, pues los mismos no deben ser reconocidos sin obrar en el proceso prueba fehaciente que dejen en evidencia esa afectación sufrida en la vida social de los que hoy reclaman.

Plantea las siguientes excepciones: i) Inexistencia de nexo de causalidad entre la conducta desplegada por FEDSALUD y el fallecimiento del señor Iban de Jesús Estrada, ii) Ausencia de los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza del demandado FEDSALUD; iii) Ausencia de prueba del presunto daño y su cuantía; iv) Tasación excesiva de perjuicios; v) Enriquecimiento sin justa causa; vi) Cualquier otra excepción que resulte probada dentro del presente proceso en virtud de la Ley, conforme al artículo 282 del código General del Proceso.

- Organización Sindical Profesional en Salud – PROENSALUD

La Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – FEDSALUD llamó en garantía a la Organización Sindical Profesional en Salud – PROENSALUD, quien recorrió

el llamamiento manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de llamamiento.

Plantea las siguientes excepciones: i) Ausencia de la culpa y nexo causal, ii) No se allegó prueba sumaria del dolo o culpa grave del Dr. Antonio de Armas Forbes; iii) Inexistencia de la obligación del Dr. Antonio de Armas Forbes de pagar o reembolsar las condenas que le fueron impuestas al llamante PROENSALUD.

- Dr. Antonio De Armas Forbes

La Organización Sindical Profesional en Salud – PROENSALUD llamó en garantía al Dr. Antonio de Armas Forbes, quien recorrió el llamamiento manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de llamamiento, por carecer de fundamento fáctico, probatorio y científico para hacer la reclamación.

Señala que, la parte demandante en la estimación que realiza frente a los daños reclamados, no se esfuerza mínimamente en exponer ni acreditar las razones de su petición, por ello, dicha estimación es a todas luces exagerada e improcedente, comoquiera que su apadrinado no ha sido causante de los daños generadores del perjuicio que alega la parte accionante, en tanto que, el actuar médico se encaminó a atender el cuadro clínico que motivó el ingreso del señor Iván Estrada (QEPD), y frente a los síntomas nuevos que manifestó, se procedió inmediatamente a ordenar los exámenes pertinentes.

Asimismo, indica, que la estimación de la cuantía carece de pruebas que la soporten y por ello no debe ser tomada en cuenta, agrega que, la suma presentada por el apoderado de la parte demandante, *“no son sino números caprichosos en tanto no pueden derivarse ni pretender que surjan respecto de los cuales no se han aportado ni se han dado razones de su cuantía y de su procedencia que lo justifiquen.”* (cursiva fuera del texto)

Plantea las siguientes excepciones: i) Ausencia de la culpa y nexo causal, ii) Tasación de perjuicios excesiva; iii) Excepción genérica.

- La Previsora S.A. Compañía de Seguros

La Organización Sindical Profesional en Salud – PROENSALUD llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros, quien descorrió el llamamiento⁴ manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de llamamiento, pues la entidad solo responderá dentro de los límites del valor asegurado descontando el deducible pactado, adicionalmente, responderá únicamente si se han cumplido los requisitos de ley y que se demuestre que los hechos no están contemplados como excepciones dentro del contrato de seguro suscrito.

Asimismo, indica que la entidad responderá siempre y cuando el monto asegurado no se encuentre agotado, como tampoco se encuentre agotado el monto contemplado para los daños extrapatrimoniales.

Por último, señala que las pólizas de responsabilidad civil son contratadas bajo la modalidad CLAMS MADE, es decir, por reclamación, modalidad regulada por la Ley 389 de 1997, en su art. 4 norma vigente a la fecha. Indica, que estos son contratos celebrados por las partes y por lo tanto revestida por los preceptos establecidos en el art. 1602 del C.C., que establece que los contratos legalmente celebrados son una ley para las partes.

Presenta las siguientes excepciones: i) Modalidad de las pólizas de responsabilidad civil *claims made* (reclamación); ii) límite del valor asegurado y deducible pactado; iii) sub límite del valor asegurado por perjuicios extrapatrimoniales; iv) disponibilidad de pago y agotamiento del valor asegurado; v) inexistencia de falla en el servicio; vi) la tasación de los perjuicios morales no cumple con los lineamientos jurisprudenciales; vii) excepción genérica.

- SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 03 de diciembre de 2020⁵, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes premisas:

⁴ Visible a folio 242-255 del cuaderno principal digitalizado.

⁵ Visible en el archivo (03.SENTENCIA-RD-EDILSATAPIAS Y OTROS. Vs. DPTO Y OTROS.Pdf) del cuaderno principal digitalizado.

El problema jurídico se ciñó en establecer si la IPS Universitaria de la Universidad de Antioquia como operadora y administradora del Hospital Amor de Patria hoy Clarence Lynd Newball Memorial Hospital, el Departamento – Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Nueva Eps, son administrativamente responsables de la totalidad de los perjuicios causados a los actores, por la falla del servicio, como consecuencia de la atención intrahospitalaria brindada al señor Iván de Jesús Estrada Villadiego y su posterior fallecimiento.

Al descender al caso concreto, el *a-quo* señaló que, no se encuentra probada la señalada falla del servicio, por el contrario, se observó que la motivación de ingreso y posterior reingreso al hospital no daba cuenta de una patología o urgencia que debiera ser tratada por profesionales de la salud distintos a los médicos generales que lo hacen en el área de urgencias del hospital Clarence Lynd Newball, ello atendiendo el Nivel de complejidad del mismo.

En tal sentido, sostuvo que la evidencia probatoria documental arrimada al expediente no permite determinar la existencia o no de relación entre los motivos de ingreso los días 8 y 9 de diciembre de 2015 del señor Estrada Villadiego al servicio de urgencias del hospital departamental y las circunstancias que pudo conllevar al desenlace fatal, pues la única prueba traída con dicho fin, es el experticio rendido por la Dra. Ana Amalia Carbonell Sarmiento, donde la profesional afirma que según la historia clínica del paciente y su experiencia, no existe ninguna relación, tampoco el motivo de ingreso.

Para el caso en particular, señaló que no existe soporte probatorio para acoger alguna posible causa de muerte distinta a la de infarto agudo al miocardio, señalando además, que las partes dentro de sus solicitudes de medios probatorios no hicieron manifestación respecto a la necesidad de que se aportara al plenario copia del informe de necropsia que se hubiese realizado al cadáver del señor Iban de Jesús Villadiego Estrada, como tampoco el Despacho consideró pertinente decretar prueba con dicha finalidad por cuando la imputación fáctica que realizó la parte actora en su demanda no va dirigida a que la muerte haya sido ocasionada por un acto médico, lo que descarta de igual manera la pertinencia en realizar la

respectiva necropsia y, la posibilidad de que la misma fuese solicitada u ordenada por parte del hospital departamental, máxime cuando en su momento no existió manifestación alguna de parte de los deudos.

Respecto de la falta de oportunidad por no practicar un electrocardiograma, queda desvirtuado en tanto que la perito que acudió a la audiencia a pruebas aclaró que este se trata de un procedimiento que solo es un orientador más no siempre puede observarse a través de este un infarto de miocardio, además, aseguró que no se trataba de infarto de miocardio, esta última posición que podría guardar relación con los resultados de laboratorio obtenidos de las enzimas cardiacas y troponina, los que no confirman ese diagnóstico.

Así pues, considera que no se prueba como habría incidido de manera positiva y modificado el resultado la práctica del aludido examen, y aun cuando el paciente no fue valorado por médico especialista en cardiología, los galenos que brindaron la atención lo hicieron acorde a los protocolos médicos.

En este orden, resaltó que está plenamente demostrado que el tratamiento fue oportuno, como quiera que cada uno de los procedimientos fueron realizados el mismo día y conforme a la sintomatología que iba presentado el paciente, acorde a lo manifestado por él y su padecimiento, dejando en las observaciones que se trataba de una persona con antecedentes cardiacos y con una morbilidad de hipertensión arterial.

El juzgador decidió negar las pretensiones de la demanda al estar demostrado que la muerte del señor Iban de Jesús Estrada Villadiego fue el resultado de la evolución tórpida del paciente, se avino de manera repentina, totalmente ajeno al motivo por el cual se consultó inicialmente y a los médicos quienes realizaron la atención, además porque el fatal desenlace no es producto de la atención, procedimientos ni protocolos, mucho menos omisión o falla en el servicio médico dispensado, sino por hechos ajenos a la voluntad de los médicos tratantes, es decir, inevitable o imprevisible.

- RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de apoderado judicial, en la oportunidad legal expuso su inconformidad con la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, expresando que no comparte la decisión y solicita que ésta sea revocada y se acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, sostiene, que en el presente caso se comprobó más allá de toda duda razonable un sistema de fallas, tanto en los errores hospitalarios como los errores del personal médico en la prestación del servicio, y los daños consecuentes de irregularidades por parte de las instituciones demandadas.

Considera, que el a quo en el fallo objeto del presente recurso, no tuvo en cuenta lo señalado en los hechos de la demanda, el cual hace hincapié y comprueba lo dicho en la historia clínica del señor Iban de Jesús Estrada Villadiego; quien ingresó al Hospital Clarence Lynd Newball Memorial, de la Ips Universitaria de Antioquia, el día 8 y 9 de diciembre de 2015, con intenso dolor dorso-lumbar, por lo cual se demostró que hubo fallas en la atención del paciente del servicio médico lo que conllevó a la muerte de este.

Indica, que el Dr. de Armas, en calidad de testigo manifestó en la audiencia de pruebas que una vez realizada la atención al señor Estrada Villadiego, ordenó al personal de enfermería que se le realizara al paciente un electrocardiograma, procedimiento que no fue realizado, pues no se encuentra plasmado en la historia clínica del finado.

Manifiesta, que el electrocardiograma es un procedimiento imprescindible, con la patología que presentaba el señor Estrada Villadiego en su historia clínica, era necesario realizar lo ordenado por el médico, tal y como lo corrobora el testimonio del galeno en las respuestas dadas en el cuestionario presentado al Despacho en la audiencia de pruebas.

Reitera, que se pudo evidenciar la falla de servicio endilgada a las entidades demandadas, por cuanto, pese a haber tenido tiempo para valorar al paciente no se realizó el procedimiento ordenado por el médico tratante, pese a que este se encontraba por escrito, lo cual era imprescindible para establecer si el paciente presentaba complicaciones en el sistema coronario.

Aunado a ello, señala que el personal encargado de realizar el electrocardiograma al señor Estrada Villadiego, al no dar cumplimiento al mandato emitido, no dejó constancia escrita de las razones que conllevaron a negarse a realizar el dictamen y disponerse a enfrentar las consecuencias de tal decisión, por lo cual, a su juicio, hay una violación a la Ley 226 de 1998.

Expresa, que en el presente asunto se establecen los tres elementos fundamentales para que se configure la responsabilidad medica estatal-falla en el servicio médico, los cuales son: (i) El daño antijurídico sufrido por los demandantes, (ii) la falla del servicio la cual consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, toda vez que no se hizo cuando se debió hacerse o se hizo de manera tardía o equivocada y (iii) la relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Asimismo, señala, que con los hechos narrados y que son acordes a las pruebas allegadas y practicadas, así como las declaraciones escuchadas en audiencias, se puede demostrar la falta de oportunidad para practicar el electrocardiograma, puesto que dadas las complicaciones era necesaria y urgente la realización de dicho procedimiento, por parte del personal de enfermería ya sea por la enfermera jefe o auxiliar de enfermería, pero no se realizó en su oportunidad, como se ha manifestado por los médicos tratantes.

- **ALEGACIONES**

- Nueva EPS

El apoderado de la parte demandada reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda, argumentando que considera que el fallo es razonable, sustentado y apegado a lo que se prueba, por lo que debe ser sostenido.

- IPS Universitaria de Antioquia

El apoderado de la IPS Universitaria de Antioquia, señala, que la parte demandante alega una falla en el servicio referente al diagnóstico del 9 de diciembre de 2015, basándose en que el paciente no fue atendido por un especialista en cardiología, lo cual, tal como ya el juez de primera instancia falló, no significa de ninguna manera un error o una falla en el servicio médico prestado al señor Iban de Jesús Estrada.

Afirma, que se demostró que la realización del electrocardiograma no habría influido en el resultado fatal del paciente, pues, este examen es simplemente una ayuda diagnóstica y no un tratamiento médico, es decir que, de haberse realizado, no habría revertido los cuadros clínicos del paciente. Asimismo, ponen de presente que el mismo no se realizó no por una demora u omisión por parte de la IPS UNIVERSITARIA, sino porque el paciente lamentablemente falleció de modo súbito, cuando el personal de enfermería estaba disponiendo todo lo necesario para la realización del examen.

Expresa, que el paciente, quien ingresó a la IPS UNIVERSITARIA a las 5:27 am del 9 de diciembre de 2015, refirió dolor lumbar, sin irradiaciones y sin otros síntomas asociados, no obstante, ante la crisis hipertensiva que presentaba, se ingresó para manejo del dolor y de la presión arterial, señalando que minutos después, esto es, a las 6:14 am, el señor Iban de Jesús Estrada manifestó un nuevo síntoma consistente en dolor torácico, por lo que el médico Antonio de Armas Forbes, inmediatamente ordenó la realización de electrocardiograma y pruebas de enzimas cardíacas y troponinas.

Sostiene, que una vez se tomaron las muestras para los laboratorios de enzimas cardíacas, y se disponía lo necesario para la realización del electrocardiograma, el paciente inició un episodio convulsivo, por lo que fue trasladado a la sala de reanimación para monitoreo de signos vitales y control convulsivo, señalando, que allí se le suministraron los respectivos medicamentos anticonvulsivos y antiepilépticos.

Sin embargo, indica que el señor Iban de Jesús Estrada continuó desmejorando su estado general, y a las 8:00 am reportó actividad eléctrica sin pulso, por lo que se le realizaron maniobras de reanimación cardiopulmonar por más de 20 minutos sin respuesta favorable, declarándose su muerte a las 8:20 am.

En este orden, aduce que, no hubo tardanza u omisión alguna por parte de la IPS UNIVERSITARIA en la realización de los exámenes médicos ordenados por el médico Antonio de Armas Forbes, pues tal y como se demostró a lo largo del proceso, el electrocardiograma es una ayuda diagnóstica, es decir, este es un procedimiento simplemente orientador y no un tratamiento médico, y que la realización del mismo no habría cambiado el resultado fatal del paciente.

- Seguros del Estado S.A

El apoderado de la entidad, indica, que no basta con afirmar que el daño se produjo como consecuencia de la conducta imprudente e imprevista del personal médico de la Institución Prestadora de servicios de Salud de La Universidad de Antioquia "IPS UNIVERSITARIA", pues se deben probar los tres elementos de la responsabilidad para lograr la prosperidad de la pretensión.

Expresa, que como lo afirma el Doctor Juan Carlos Henao, "... en ocasiones a pesar de existir el daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido el daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe, pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre..." (Juan Carlos Henao, El Daño, Edit. Universidad Externado de Colombia, 1998)

En sentido, manifiesta, que dentro de ese tipo de acciones se le impone al demandante la carga de tener que probar el nexo de causalidad, es establecer una relación entre la conducta asumida por una persona y las consecuencias de sus

actos, en otras palabras, lo que se pretende es probar la existencia de una conexión necesaria entre un antecedente (causa) y un consiguiente (efecto).

Expone, que para el caso en concreto es claro que no existe culpa y nexo de causalidad entre el daño y conducta que haya desplegado por la Ips Universitaria, pues se le prestaron todos los servicios médicos requeridos por la paciente, en cumplimiento de los protocolos médicos tal como consta en la historia clínica de la paciente.

Señala, que no se logra vislumbrar omisión alguna en cuanto al seguimiento estricto del protocolo médico establecido para la atención brindada y el restablecimiento de la salud del señor Iban Estrada, por el contrario, se vislumbra un correcto manejo del cuadro clínico administrando los medicamentos indicados para controlar el dolor que lo aquejaba y volver a la normalidad sus signos vitales, lo cual fue logrado y reflejado en la mejoría que tuvo el paciente.

De otro lado, también señala, que se encuentra el testimonio del doctor Antonio De Armas Forbes quien atendió al paciente el día 9 de diciembre de 2015a las 5:39 a.m., cuando reingresó y tuvo como motivo de ingreso dolor lumbar nuevamente, por lo cual fue atendido practicándosele los exámenes para clínicos de rigor para determinar el dolor, lo cual según la experticia científica y lo expuesto por el propio médico, es el conducto regular para seguir en casos como este. Así pues, no se vislumbra ninguna clase omisión o negligencia en la atención prestada al paciente.

Del mismo modo, manifiesta, que tiene la exposición del dictamen pericial realizado por la doctora Ana Amalia Carbonel Sarmiento, quien manifestó en su exposición que en el caso del señor Iban Estrada, se tomaron todas las atenciones establecidas por la Lex Artis, indicando que el corazón con morbilidades es más difícil que responda positivamente al tratamiento que se le suministra, lo cual ocurrió en el presente caso.

En cuanto a la tasación excesiva del perjuicio, indica que, las acciones indemnizatorias no pueden constituirse en la manera en que los demandantes deriven un provecho indebido; el afectado en términos generales tiene derecho, si

SIGCMA

demuestra la responsabilidad, a que se indemnice el perjuicio causado y solo ese perjuicio, En las pretensiones de la demanda hay una tasación excesiva respecto a todos los tipos de perjuicios que se reclaman, como quiera que estos no se encuentran acreditados, olvidando que no es a criterio del demandante la fijación del perjuicio, sino que obedece a requisitos, medios probatorios y formulas financieras que precisan el daño realmente sufrido, solícita respetuosamente, declarar probada la excepción propuesta.

En cuanto a la inexistencia de solidaridad frente a SEGUROS del ESTADO S.A., señala, que el hecho de que exista una póliza en la cual el asegurador ampare parte de la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, no quiere decir que este sea responsable, ni mucho menos que sea SOLIDARIO en la obligación de indemnizar a los afectados; esto para aclarar que no se debe declarar solidariamente responsable a Seguros del Estado S.A.

Conforme a lo anterior, indica que, el asegurador bajo ninguna norma legal puede ser declarado solidariamente responsable con ocasión al aparente daño padecido, puesto que ni en forma directa ni a través de algún dependiente, ejecutó un hecho generador de responsabilidad; el asegurador es solo el garante en torno al pago de la indemnización a la cual se condene como responsable al asegurado, pago que está supeditado al límite del valor asegurado, previo el descuento de deducible pactado.

- La Previsora S.A

El apoderado de la Previsora S.A, reitera lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda, Argumentando que considera que el fallo es razonable, sustentado y apegado a lo que se prueba, por lo que debe ser sostenido, se reiteró en los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

- Organización Sindical Profesional en Salud – PROENSALUD

El apoderado del sindicato, indica, que la demandante realizó una serie de afirmaciones imprecisas y carentes de sustento probatorio, tampoco señala la

prueba que obra dentro del expediente que acredite los elementos de la responsabilidad.

Señala, que el médico Antonio de Armas en su testimonio en el minuto 59:06 afirma: *“El electrocardiograma no es ciento por ciento, seguridad de hacer un infarto. Y era muy difícil en ese momento por las enzimas, como le digo si fuera en ese momento que le dio el infarto no iban aparecer las enzimas alteradas, lo que comprueba que cuando el paciente se atendió inicialmente hacía doce (12) horas no tenía infarto, tenía un simple dolor lumbar”*. Y con este testimonio y con lo que consta en la historia clínica, queda desvirtuada la afirmación de la parte demandante donde que no hubo pertinencia de exámenes médicos para descartar o detectar un problema cardiaco.

Manifiesta, que no hay “falta de oportunidad” pues no se prueba como habría incidido de manera positiva y evitaría el fallecimiento del paciente la práctica y el resultado de dicho examen. Adicional debe señalarse que el electrocardiograma fue ordenado por unos de los médicos de forma oportuna, y que al paciente no se le realizó dicho examen por que lamentablemente falleció de modo súbito, cuando el personal de enfermería estaba disponiendo todo lo necesario para la realización del examen.

Arguye, que el paciente ingresa el día 8 con los siguientes síntomas: sensación de disnea y dolor dorsolumbar, este primer día es tratado por la médica SUZZETTE DOWNS HALLS, quien en su interrogatorio manifestó: “Para el día de los hechos estaba en el área de servicios de urgencias (8/12/2015). El paciente llega en la tarde refiriendo una sucesión subjetiva de disnea y dificultad respiratoria, asociado a un dolor de la región dorso lumbar, se ingresa para manejo con analgésico. Tuvo la oportunidad de volver a valorarlo como a las 3 horas que los familiares llegaron y que ya se sentía mejor y que se quería ir. se acercó a hablar con el paciente y lo revaloro, manifestando que debido a los analgésicos se sentía mucho mejor. Lo interrogo más a profundidad sobre sus antecedentes. Y se le recomendó que hiciera una cita prioritaria con medicina interna por el tema de la cirugía cardiaca que le habían practicado.

Sostiene, que al momento que el señor Iban, reingresó ya la médica no estaba de turno. Al momento del ingreso, Los signos vitales estaban dentro de lo normal, menos la presión que estaba un poco alta, apenas normal por el dolor que presentaba. Presión 149/90. Al minuto 20:00 se le pregunto ¿Había sintomatología que generara dudas sobre un problema cardiaco en el paciente?: “al momento de la revaloración el paciente se encuentra sintomático. Nunca tuvo dificultad respiratoria”

Señala, que el día 9 de diciembre de 2015 el señor Iban de Jesús Estrada Villadiego ingresa nuevamente por urgencias y refiere el mismo dolor dorsolumbar sin irradiaciones y ningún otro síntoma, sin embargo, al momento del médico Antonio de Armas Forbes lo valora encuentra que el paciente presenta una crisis hipertensiva y decide realizar exámenes de laboratorio. A las 6:14 am el paciente refiere un nuevo síntoma que es un dolor torácico, por lo que de forma inmediata el médico ordena el electrocardiograma y pruebas cardiacas.

Que, al momento en que el paciente se está preparando para la realización de los exámenes ordenados éste sufre un episodio convulsivo por lo que se traslada a la sala de reanimación y allí se le suministra medicamentos anticonvulsivos y antiepilépticos, sin embargo, en cuestión de 2 horas el paciente tuvo una evolución súbita que desencadeno en el fallecimiento del mismo, pese a las maniobras de reanimación cardiopulmonar por más de 20 minutos hechas por el personal médico.

Indica, que no hubo tardanza ni omisión en la realización de los exámenes médicos ordenados por el médico Antonio de Armas Forbes, una vez el paciente refirió un síntoma diferente a los expresados el día anterior. Señala, que adicional al interrogatorio del perito Ana Amalia Carbonel Sarmiento se pudo evidenciar que la salud del paciente era muy inestable por su antecedentes y enfermedades de base, por lo que le era imposible prever a los médicos que el paciente iba a empeorar tanto en su salud en un lapso de tiempo tan corto.

En este orden, solicita, que se confirme en su totalidad la sentencia N 0044-20 del 3 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

- Federación Gremial de Trabajadores de La Salud “Fedsalud”

El apoderado de Fedsalud arrió sus alegatos de conclusión, manifestando, que el señor Iban de Jesús Estrada Villadiego, ingresó el día 8 de diciembre de 2015, en horas de la tarde, indicando al personal médico un dolor en su espalda y con dificultad para respirar. Se le suministró medicación y fue dado de alta por el personal médico. Al día siguiente, a las 5.30 minutos de la mañana, ingresó nuevamente el señor Estrada Villadiego, presentando el mismo dolor en su espalda; se le toma la presión arterial, la cual estaba elevada, por tanto, el Dr. de Armas solicita la toma de paraclínicos, para determinar que conducta debía seguir con el paciente. Se le solicitan una serie de exámenes de sangre y un electrocardiograma, para descartar un problema cardiaco.

Expone, que de las pruebas practicadas y con las cuales se acreditan que las atenciones médicas fueron las adecuadas, para recordar lo probado en el proceso, Forbes y Zuzzette Downs Hall.

Manifiesta, que dichas circunstancias, son propias de un evento abrupto (infarto o aneurisma), porque cuando el dolor lumbar pasa al pecho, y de tener una presión alta a una presión baja, en un lapso inferior de dos (2) horas, dicha circunstancias no se puede prever y, por tanto, huye de la capacidad de reacción de cualquier personal médico.

Señala, frente al llamamiento en garantía que realizó la IPS Universitaria a Fedsalud, debe partir desde su causa, es decir, que debe verificarse en que consiste el contrato propiamente hablando, y determinar sí en efecto, Fedsalud fracturó alguna de las prestaciones del contrato que estaban a su cargo.

Sostiene, que, en virtud del objeto contractual en mención, Fedsalud como una entidad del segundo nivel que agremia sindicatos de gremio, entre ellos, el sindicato de Gremio llamado Proensalud quien, a su vez, también agrerian médicos generales.

Señala, que Proensalud excepcionó cumplimiento del convenio intersindical, aduciendo que el acto médico fue acorde con la lex artis ad hoc, mientras la Previsora por su parte, indicó que entre Fedsalud y ella, había un vínculo comercial, y que no existían circunstancias que se enfilaran como responsable del desafortunado deceso del señor Estrada Villadiego Fedsalud y, por lo tanto, no puede haber siniestro.

Informa, que, según los testimonios de los médicos generales, de la prueba pericial y de la propia historia clínica, se puede evidenciar que el cuadro clínico de ingreso del 8 y 9 de diciembre de 2015, fue por un dolor lumbar, el cual se diagnosticó con base en la clínica y, luego de cambiar, por así decirlo, el dolor de la región lumbar a la región torácica, el médico tratante solicitó la realización de unos exámenes o paraclínicos para diagnosticar; sin embargo, el paciente convulsiona, baja su presión arterial y ocurre el deceso, por lo tanto, se activa el código azul, y se inicia las maniobras de RCP, con el fin de poder lograr rescatar la vida del señor Estrada Villadiego; pesé a ello, no se logró. En consecuencia, el deceso del señor estrada Villadiego, corresponde a circunstancias distintas al acto médico.

Expresa, que el contrato sindical 035 suscrito entre Fedsalud y la IPS Universitaria fue cumplido a cabalidad, desde la prestación que le correspondía al contratista, de manera que, no puede ser declarada prospera la pretensión reversa.

Por otro lado, señala, que dentro de las pretensiones de la demanda, tanto en la principal y consecuencial, no se consignó el nombre de Joseue Rafael Estrada Tapias, por tanto, dicha situación limita el litigio claramente, frente a la señora Edilsa Rosa Tapias y Jeniverd del Carmen Estrada Tapias. Así mismo, indicó que dentro de los hechos de la demanda no se indica como está conformado el núcleo familiar de los demandantes y del señor Iban Estrada, circunstancias que imposibilitan interpretar la demanda, pues no hay simetría entre los hechos y los pedimentos.

En consecuencia, indica que si se llegará al hipotético y remoto evento que el despacho acceda a las pretensiones de la demanda, deberá ceñirse al escrito de demanda, pues de lo contrario, vulneraría derechos fundaméntelas de las partes demandadas y llamadas en garantía.

- Parte Demandante

En esta oportunidad, guardó silencio.

- Ministerio Publico

En esta oportunidad, guardó silencio.

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante auto de 044 de marzo de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha (03) de diciembre de 2020, se ordenó notificar personalmente a la representante del Ministerio Público, delegada ante esta Corporación, de conformidad con el numeral 3° del Art. 198 de la Ley 1437 de 2011.

Teniendo en cuenta que el auto No. 044 del 09 de marzo de 2021, por medio del cual se incorporaron los medios probatorios y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Posteriormente, el apoderado de la IPS Universitaria y la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – FEDSALUD, presentaron recurso de reposición contra el citado auto.

Mediante proveído No. 063 de dos mil veintiuno (2021), el despacho repuso la decisión, y se corrió traslado común a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de cierre, en el término de 10 días.

III.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2020 por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa

Catalina, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por NO encontrar el *a-quo*, probada la supuesta falla en el servicio dentro del presente asunto.

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 impetire contra una entidad pública, tal y como lo es el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, IPS Universitaria de Antioquia y Nueva EPS como extremo pasivo (art. 104 CPACA). En cuanto a la competencia, este Despacho es competente para conocer de este litigio, por razón del territorio atendiendo el lugar de ocurrencia de los hechos- la isla de San Andrés, (Art. 156 N° 6 del CPACA), y de conformidad con lo señalado en el Art. 153 ibidem es competente en segunda instancia.

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 24 y 25 del plenario, el daño ocurrió el día 09 de diciembre de 2015, por lo cual el conteo debe hacerse a partir del día siguiente (10 de diciembre de 2015 de conformidad con lo señalado en el literal i) del Art. 164 del CPACA.). Dicho término se interrumpió a partir del día 06 de diciembre de 2017 debido a la solicitud de conciliación, audiencia que fue celebrada el 25 de enero de 2018 y su constancia entregada en fecha 31 de diciembre del mismo año, por tanto, el 26 de enero se reanudó el conteo del término de caducidad y la demanda fue presentada el mismo día, esto es, dentro de la oportunidad legal.

Legitimación en la causa

1. Por Activa

Las señoras Edilsa Rosa Tapias Fernández (Esposa), Jeniverd Del Carmen (hija), quienes componen el núcleo familiar del fallecido Iban de Jesús Estrada Villadiego, conforme se demuestra con los registros y documentos de identificación que obran en el 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 el supuesto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

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, citaron como demandadas al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; la IPS Universitaria de Antioquia y la Nueva EPS como extremo procesal pasivo legitimado de hecho en la causa, dado que se le hacen imputaciones de responsabilidad por la presunta falla en el servicio.

Problema Jurídico

Corresponde a la Sala de este Tribunal, establecer si le asiste razón o no a la apelante única, al considerar que deben ser declaradas responsables las entidades demandadas por el fallecimiento del señor Iban de Jesús Estrada Villadiego,

consecuencia de la falla en el servicio consistente en la falta de oportunidad de mejoramiento en su salud física.

En este orden, se revisará solo los reproches que hace la demandante a la sentencia de primera instancia, pues el problema jurídico se circunscribe a las inconformidades del apelante único.⁶

Lo anterior, cobra sentido, pues al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con los mismos), pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia.

No obstante lo anterior, una providencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que cuando el apelante único impugna un aspecto global de la sentencia el juez de segunda instancia está facultado para revisar todos los aspectos que estén intrínsecamente relacionados con su recurso de apelación, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante.

De manera que tal premisa no se puede entender con el propósito de impedir al juez de segundo grado resolver, en eventos distintos, sobre aspectos que son desfavorables al apelante y que, aunque no se mencionen expresamente, están íntimamente relacionados con el objeto de su apelación⁷.

⁶La competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia. (...) Las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la “*non reformatio in pejus*”, introducido como precepto en el artículo 31 de la Constitución Política y, en segundo orden, por el objeto mismo del recurso de apelación (revocar o modificar la providencia), cuyo marco está definido, a su vez, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia. **Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera** Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015) **Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00874-01(28278)**

⁷Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 18001233100020110026401 (56371), May. 24/18.

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 la demandada y por último, si realmente está llamada a responder por los perjuicios que no fueron reconocidos en instancia que antecede.

Sin lugar a dudas, se tomarán los conceptos normativos y jurisprudenciales sobre la materia como fundamento a la decisión que deberá adoptarse.

Tesis

La Sala considera que debe revocarse la decisión adoptada en primera instancia, en aplicación a la teoría de la falta de oportunidad de sanarse quien en vida fue llamado Iban de Jesús Estrada Villadiego (QEPD).

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

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causado 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, aquel deberá repetir contra éste.

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)*

Régimen de Responsabilidad que se imputa

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.

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 sí 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)

Por otro lado, en sentencia de 19 de abril de 2016⁸, 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 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

⁸ Consejo de Estado, sección Tercera, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, exp. 21515

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.

Sin embargo, respecto de la responsabilidad médica en particular, 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.

Con fundamento en lo anterior, la Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, sí 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 el fatal desenlace en este caso, no es producto de la atención, procedimientos ni protocolos, mucho menos omisión o falla en el servicio médico que fue dispensado, sino por hechos ajenos a la voluntad de los médicos tratantes, es decir, inevitable o imprevisible y decidió desestimar las pretensiones de la demanda, puesto que la parte actora no acreditó ni demostró que existiera falla en el servicio dentro de la atención médica brindada al señor Estrada Villadiego.

Sin embargo, este Tribunal atendiendo los argumentos de la parte recurrente, deberá verificar que el análisis probatorio y la decisión que aquí se apela, haya sido

conforme a derecho, pues, de lo contrario, tendrá que ser revocada. Por lo antes dicho, pasa la Sala de Decisión a identificar las pruebas y hechos debidamente acreditados dentro del proceso de la referencia y con base en ello, establecer si se configuran o no, los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en este caso.

De las pruebas – Hechos probados

De las pruebas decretadas y practicadas tenemos:

- Copia de la hoja de vida del médico Antonio de Armas Forbes.⁹
- Copia del convenio intersindical suscrito entre Profesionales en salud Sindicato de Gremio – Proensalud y la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – Fedsalud para la administración y prestación de servicios de medicina general y especializada en la ejecución de contratos sindicales.¹⁰
- Copia del contrato de prestación de servicios asistenciales del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo bajo la modalidad de evento suscrito entre la Nueva Empresa Promotora de Salud EPS S.A. y la Institución Prestadora de Servicios de Salud de la Universidad de Antioquia.¹¹
- Copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional, aseguradora Seguros del estado al tomador la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – Fedsalud.¹²
- Copia del seguro de responsabilidad civil póliza de responsabilidad civil de la Previsora S.A. Compañía de seguros al tomador Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – Fedsalud.¹³
- Copia del Seguro de responsabilidad civil profesional médica para empresas de la salud de Seguros del Estado S.A.¹⁴

⁹ Folios 285 al 321 del Cdno principal

¹⁰ Folios 8 a 10 y 36 a 41 Cdno de Llamamiento en Garantía de Fedsalud a Proensalud

¹¹ Folios 5 al 20 del Cdno de llamamiento en garantía de la Nueva Eps a la Ips Universitaria

¹² Folios 7 a 8 y 74 a 79 del Cdno de llamamiento en garantía de Fedsalud a Seguros del Estado S.A.

¹³ Folios 12 a 55 del Cdno de llamamiento en garantía de Fedsalud a Seguros del Estado S.A.

¹⁴ Folios 81 a 99 del del Cdno de llamamiento en garantía de Fedsalud a Seguros del Estado S.A.

Expediente:88-001-33-33-001-2018-00013-01

Demandante: Edilsa Rosa Tapias Fernández y otros.

Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y otros

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

- - Copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional de Seguros del Estado S.A. al tomador Institución Prestadora de Servicios de la Salud Universidad de Antioquia.¹⁵
- Copia del Seguro de responsabilidad civil profesional médica para empresas de la salud de Seguros del Estado S.A.¹⁶
- Copia del Contrato sindical No. 035 suscrito entre la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud – Fedsalud y la Ips Universitaria.¹⁷
- Dictamen pericial de la médica Ana Amalia Carbonell Sarmiento aportado por el apoderado del llamado en garantía Antonio de Armas Forbes.¹⁸
- Copia de la historia clínica de atención del señor Ivan De Jesús Estrada Villadiego en el hospital Clarence Lynd Newball Memorial Hospital.¹⁹
- Prueba testimonial practicada dentro de la audiencia realizada el 13 de marzo del año 2020²⁰ se recibieron los testimonios técnicos de los médicos Sussette Viviette Julieth Downs Hall y Antonio De Armas Forbes, galenos quienes atendieron al señor Estrada Villadiego durante los dos días que acudió a las instalaciones del Hospital Departamental y quienes manifestaron los pormenores de la atención.

Con fundamento en dicho material probatorio, se lograron acreditar los siguientes hechos:

- Que el señor Iván De Jesús Estrada Villadiego, nació el 23 de marzo del año 1964²¹, quien según la historia clínica arrimada al expediente tenía antecedentes patológicos Hipertensión arterial, cardíacos con reemplazo de válvula mitral²².
- Que El señor Iván De Jesús Estrada Villadiego fue cónyuge de la señora Edilsa Rosa Tapia Fernández y padre Jeniverd Del Carmen Estrada Tapia.²³

¹⁵ Folios 7 a 12 y 73 a 79 Cdo de llamamiento en garantía de la Ips Universitaria a Seguros del Estado S.A.

¹⁶ Folios 80 a 98 del Cdo de llamamiento en garantía de la Ips universitaria a Seguros del Estado S.A.

¹⁷ Folios 18 a 22 y 91 a 98 del Cdo de llamamiento en garantía de la Ips Universitaria a Fedsalud

¹⁸ Folios 376 a 391 del Cdo principal No. 2

¹⁹ Folios 451 a 489 del Cdo principal No. 2

²⁰ Folios 451 a 489 del Cdo principal No. 2

²¹ fl. 19 cdno ppal

²² fls.451 a 488 cdno.ppal

²³ fl. 21 cdno. Ppal.

- Que, el día 08 de diciembre de 2015, ingresó al Hospital Amor de Patria hoy Clarence Lynd Newball Memorial Hospital, donde fue atendido y de la cual se consignó en la historia clínica su atención así:

“Día 08 de diciembre de 2015, Antecedentes: “Patológicos: HTA” “Qx: revascularización coronaria.”²⁴

A las 14:25:52 p.m.: Motivo de Consulta Estaba comiendo y no puede respirar Paciente masculino de 51 años quien consulta por cuadro clínico de aproximadamente 5 minutos de evolución consistente en dolor intenso en región dorsolumbar “siento que me corre hacia arriba” asociado a sensación de dificultad respiratoria que inicia durante la ingesta de alimentos Plan Paciente masculino adulto maduro con dolor dorsolumbar que asocia con sensación de disnea, en el momento paciente muy álgico sin signos de dificultad respiratoria ni de broncoespasmo, saturaciones adecuadas al ambiente, se ingresa para manejo analgésico Resumen de atención: Paciente masculino adulto con antecedentes de HTA y revascularización coronaria quien ingresó con dorso lumbalgia que mejora con analgesia parenteral por lo que se decide dar egreso hospitalario y se ordena cita con medicina interna para control de patología y cifras tensionales Especialidad: MEDICINA GENERAL Análisis: paciente masculino adulto maduro con antecedentes de HPTA y revascularización coronaria quien ingresó con dorso lumbalgia que mejora con analgesia parenteral por lo que se decide dar ingreso hospitalario y se ordena cita con medicina interna para control de patología y cifras tensionales”.²⁵

- De las observaciones de enfermería se extrae que:

08/12/2015-15:30: “INGRESA PACIENTE ADULTO SEXO MASCULINO AL SERVICIO DE URGENCIAS POR SUS PROPIOS MESIOS EN COMPAÑÍA DE FAMILIAR QUIEN MANIFIESTA QUE EL PACIENTE ESTABA COMIENDO Y NO PUEDE RESPIRAR ES VALORADO POR LA DOCTORA SUZZETT DOWNS QUIEN ORDENA CANALIZAR CON SOLUCION SALINA 1000CC RECIBE TRATAMIENTO TRAMADOL 100 MG IV DILUIDO METOCLOPRAMIDA 10 MG IV DILUIDO SE CUMPLEN ORDENES MEDICAS P/ RX” 08/12/2015-15:45: “SE TRASLADA PACIENTE EN SILLA DE RUEDA AL SERVICIO DE RADIOLOGIA P/ REPORTE” 08/12/2015-16:00: “PACIENTE PERCISTE CON DOLOR DOCTORA SUZZEETT ORDENA APLICAR DICLOFENACO 75 MG IM DIPIRONA 2 GR IV DILUIDO SE CUMPLEN ORDENES MEDICAS P/ REVALORAR” 08/12/2015-17:00: “PACIENTE MANIFIESTA SENTIRSE BIEN” 08/12/2015-17:48 “PACIENTE ES REVALORADO POR LA DOCTORA SUZZEETTE QUIEN DECIDE DAR SALIDA CON RECOMENDACIONES” 08/12/2015-17:52 “SALE PACIENTE

²⁴ fl. 211 cdno ppal.

²⁵ fls. 212-213 cdno ppal.

DEL SERVICIO DE URGENCIAS CAMINANDO EN COMPAÑÍA DE FAMILIAR SIN COMPLICACION²⁶

- De la historia clínica del día 09 de diciembre del año 2015, día del fallecimiento del señor Iván De Jesús Estrada Villadiego se realizaron las siguientes anotaciones:

*Día 09/12/2015 05:39:55 a.m.: "PACIENTE INGRESA AL SERVICIO POR SUS PROPIOS MEDIOS Motivo de consulta Tengo un dolor de espalda Enfermedad Actual Refiere el paciente que presenta dolor lumbar bajo no irradiado sin otro síntoma asociado de comienzo en forma súbita. Ayer consultó por igual cuadro clínico y mejoro con tto. Sintomático y fue dado de alta con naproxeno, pero hace una hora presentó reactividad del dolor."*²⁷

*09/12/2015-06:14 "Objetivo EL PACIENTE A SUN(sic) INGRESO NO PRESENTABA DOLOR TORAXICO, PERO A LOS POCOS MINUTOS DE SU INGRESO COMENZÓ A QUEJARSE DE DOLOR TORAXICO INESPECIFICO Subjetivo PACIENTE CON DX DE: 1.LUMBAGO 2.CONVULSION DE NOVO E/E MIESTRAS DE RECIVIA TURNO PACIENTE COMIENZA A CONVULSIONAR, SIN HISTORIA DE CULNVULSION(sic) PREVIA (SEGÚN ESPOSA) CON ANTESCEDENTES CARDIACOS ANTES MENSINADOS(sic) Análisis PACIENTE QUE SUBITAMENTE COMIENZA CON CONVULSION CON PRIMER EPISODIO, CON CIFRAS TENSIONALES BAJAS, DESATURACION, MAL ESTADO GENERAL QUE POCO A POCO SE FUE MEJORANDO Plan a seguir DIAZEPAM, FENITONIA AMP, SSN 1000 CC, LABORATORIOS. TAC DE CRANEO"*²⁸

09/12/2015-10:08 "Subjetivo PACIENTE CON DX DE: 1. CONVULSION DE NOVO 2. LUMBAGO? PACIENTE EN MAL ESTADO GENERAL QUE COMENZO CON EMPORAMIENTO (sic) DEL CUADRO DESATURANDOSE, Y DISMINUYENDO FRECUANCIA (sic) CARDIACA. Objetivo SE REEXAMINA PACIENTE ENCONTRONDO(sic) QUE YA NO TIEN(sic) PULSO SE INICIA REANIMACION CARDIOVASCULAR, SOPORT AVANZADO SE ADMINISTRA ADRENALINA, POSTERIOR A ENCONTRAR ACTIVIDAD ELECTRICA SIN PULSO, SE CONTINUAN LOS MASAJES+VENTILACION 5 CICLOS SE VERIFICA NUEVAMENTE RITNO EL CUAL SE ALICA CADA 5 MIN ADRENALINA DESPUES DE 3 ADRENALINAS SE APLICA VASOPRESINA SE CONTINUA CON MASAJES, SE CONTINUA CON ADRENALINA HASTA COMPLETAR 4, PACINTE(sic) ENTRA EN ASISTOLIA SE CONTINUA REANIMANDO POR MAS DE 20 MINUTOS, PACIENTE NO RESPONDE PESE ATODO

²⁶ fls. 217-218.

²⁷ fl. 220 cdno ppal

²⁸ Fl. 224 cdno ppal

EL PROCESO SE DESIDE PARAR REANIMACION, SE CDECLARA(sic) MUERTE DEL PACIENTE A LAS 8:20 A.M²⁹

- De las observaciones de enfermería del día 09 de diciembre del año 2015, se abstrae que:³⁰

09/12/2015-06:00 "INGRESA PACIENTE DE SEXO MASCULINO AL SERVICIO DE URGENCIAS, MANIFESTANDO "TENGO MUCHO DOLOR" ES VALORADO POR ANTONIO DE ARMAS QUIEN DA ORDENES POR CUMPLIR. SE PROCEDE A CANALIZAR CON YELCO #18, PREVIA ASEPSIA EN ZONA DE PUNCION, SE RECOGEN MUESTRAS DE LABORATORIOS Y SE INSTALAN LIQUIDOS+MEDICACION ORDENADA." 09/12/2015-07:00 "QUEDA PACIENTE DE SEXO MASCULINO EN SU UNIDAD, CON LIQUIDOS ENDOVENOSOS PENDIENTE REVALORAR."

09/12/2015-7:00 "Recibo paciente masculino mayor de edad en silla, consciente, orientado en sus tres esferas con líquidos endovenosos permeables pasando solución salina 0.9% + tramadol 100mg. Pendiente revalorar"

09/12/2015-07:30 "se acude llamado de familiar y médico por paciente presenta posible convulsión, se traslada paciente a sala de reanimación para monitoreo de signos vitales, se observa paciente desaturado por lo cual se instala oxígeno por cánula nasal a 3 litros por minuto, se le administra Diazepam 10mg iv, fenitoína 1000mg en 500cc de solución salina 0.9% para 20 minutos, se cumple orden médica, paciente con tensión arterial 80/56 por lo cual se coloca bolo de solución salina de 100ml. Paciente en regulares condiciones, se observa ansioso, agresivo."

09/12/2015-8:00: "Paciente con saturación de 80 x' por lo cual médico tratante ordena cambiar a mascara de reservio (sic), se cumple orden médica. 08:07 paciente con fc:40 se le comunica a médico tratante el cual activa código azul, y se inicia RCP paciente en regulares condiciones, no registra frecuencia cardiaca en monitor de signos vitales ni saturación, se realiza verificación de ritmo el que muestra actividad eléctrica sin pulso, por lo cual ordena administrar la primera dosis de adrenalina iv, se continua de RCP Por médicos generales, paciente sin mejoría continua sin pulso y registrando actividad eléctrica sin pulso, 08:10: se coloca segunda dosis de adrenalina 1mg iv, se continua RCP paciente sin registro de saturación no presenta pulso, 08:10: se coloca segunda dosis adrenalina 1mg iv, se continua RCP paciente sin registro de saturación no presenta pulso, médicos continúa masajes cardiacos sin respuesta 08:13: médico ordena colocar tercera dosis de adrenalina 1mg iv, paciente sin respuesta a masajes cardiacos 08:16: se coloca vasopresina 40 ui iv por orden médica, paciente con actividad eléctrica sin pulso sin

²⁹ Fl. 225 cdno.ppal.

³⁰ Fls. 226-227 cdno ppal

mejoría a RCP realizados por 20 minutos por lo cual se declara a las 8:20 muerte del paciente, se le informa a familiares, se prepara y se traslada a la morgue.”

Asimismo, dentro de la audiencia de pruebas realizada el 13 de marzo del año 2020 se recibieron los testimonios técnicos de los médicos Sussette Viviette Julieth Downs Hall y Antonio De Armas Forbes, galenos quienes atendieron al señor Estrada Villadiego durante los dos días que acudió a las instalaciones del Hospital Departamental y quienes manifestaron los pormenores de la atención en los siguientes términos:

1. Testimonio de **SUSSETTE VIVIETTE JULIETH DOWNS HALL** (Minuto 00:12:00 – 00:44:30)

PREGUNTADO: ¿Usted Conoció al señor IVAN DE JESUS ESTRADA VILLADIEGO? CONTESTÓ: *El día de la atención nada más* PREGUNTADO: Puede informarnos que día fue CONTESTÓ: *El 08 de diciembre de 2015.* PREGUNTADO: Puede informarnos al respecto de los motivos de consulta, si lo recuerda CONTESTÓ: *Si, el señor llegó en la tarde refiriendo que mientras se encontraba almorzando empezó a sentir una sensación subjetiva de disnea o dificultad respiratoria anunciando un dolor en la región lumbar, dorsolumbar* PREGUNTADO: según el diagnóstico y el examen que se le realizó, cuál era el plan a seguir CONTESTÓ: *En ese momento se realizó un diagnóstico de dolor agudo, ya que el paciente solo estaba refiriendo un dolor lumbar, que se infirió en el momento era de ... mecánica y se ingresó para manejo sintomático, ósea, solamente para analgesia.* PREGUNTADO: ¿Eso fue la única atención que usted dispuso? CONTESTÓ: *Si señor* PREGUNTADO: Tuvo la oportunidad de volverlo a ver el mismo día CONTESTÓ: *De revalorar como a las 3 horas, que los familiares llegaron refiriendo que ya se sentía mejor y ya se quería ir* PREGUNTADO: Puede indicarnos al respecto para la salida que se hizo, que hizo usted CONTESTÓ: *Para la salida se revalora el paciente, pues me acerque a hablar con él y los familiares, pues me refirió que posterior a los analgésicos ya se sentía mucho mejor, lo interrogué sobre sus antecedentes más profundo ya que cuando ingresó tenía mucho dolor, me dijo que era hipertenso, tenía un antecedente de una cirugía cardiaca que no especificaba muy bien que era o que le habían hecho exactamente, según me refirieron no era muy juicioso con los controles, por lo tanto, posterior a la salida, le recomendé que hiciera una cita prioritaria con medicina interna, creo que ese día era un domingo, le dije que al día siguiente creo que era lunes, que fueran a sacar la cita, para que el internista le hiciera el seguimiento y le ajustara los medicamentos a su hipertensión.* PREGUNTADO: recuerda a qué hora más o menos se le dio salida al paciente CONTESTÓ: *Eso fue como a las 5:30 de la tarde más o menos* PREGUNTADO: Usted supo si posterior a ello el paciente reingreso al hospital CONTESTÓ: *No señor (...)* PREGUNTADO: Durante el día en que usted presto los servicios que estuvo en el ingreso, le hizo la revaloración y dio el parte de salida, el señor durante ese tiempo manifestó algo más. CONTESTO: *Nunca solamente dolor lumbar que se le quito con los analgésicos.*

(...) *PREGUNTADO: Usted indicó que la familia había indicado que él tenía o usted manifestó que la familia indico que él había tenido reabastecimiento del corazón o alguna intervención en el corazón CONTESTO: Si señor PREGUNTADO: ¿Podría explicarle al Despacho y a los asistentes que significa eso? CONTESTO: Según lo que les entendí, el señor había presentado algún tipo de evento coronario, no me especificaron cual y le hicieron un procedimiento, ellos no me especificaron cual, no me especificaron si fue un cateterismo, si le hicieron algún reemplazo valvular, o si fue una cirugía a corazón abierto solamente me decían que tenía una cirugía cardiaca PREGUNTADO: Y la familia manifestó algo sobre la adherencia al tratamiento del paciente CONTESTO: Que no había asistido a control un tiempo, pero no me acuerdo exactamente cuánto tiempo me dijeron PREGUNTADO: Que puede pasar si un paciente que ha sido intervenido en el corazón no asiste a controles, cuáles son las consecuencias de la no aplicación de esos tratamientos. CONTESTO: El no seguimiento puede producir alteración de las cifras tensionales y muy seguramente va a terminar en un nuevo evento coronario que puede terminar fatal. PREGUNTADO: Porque ordena usted cita con medicina interna a este paciente que entro por un dolor de espalda CONTESTO: Precisamente porque me habían dicho que el paciente no estaba siendo muy juicioso con los controles, y con el antecedente me pareció importante que lo viera medicina interna, además de que cuando llego pues, la presión estaba un poquito alta que yo inferí que era por dolor, pero de todas formas había que descartar que no fuera por mala adherencia al tratamiento que necesitara ajustar la dosificación de esta. PREGUNTADO: Usted verificó en la historia clínica, que tuvo acceso posterior, ¿si la paciente se le hicieron exámenes de troponina y de enzimas cardiacas? CONTESTO: En lo que decía en la historia clínica posteriormente, sí señor. PREGUNTADO: ¿Y le podría explicar por favor al Despacho, y a los asistentes que son estos exámenes y para qué sirven? CONTESTO: Esos exámenes sirven para determinar si el paciente está presentando un evento coronario dícese mayormente de un infarto. PREGUNTADO: Y recuerda cuales fueron los valores reflejados en ese examen del paciente CONTESTO: Estaban negativos, estaba la troponina i estaba menor a 0,05 que es el valor de referencia y la CKMB que es específica también del musculo cardiaco estaba en 17 y lo normal es de 25 PREGUNTADO: Estos exámenes se realizaron obviamente un día después de la atención suya CONTESTO: Si señor PREGUNTADO: ¿En caso tal de que el paciente hubiera tenido un infarto el día 08 que fue la atención suya, estos exámenes hubieran salido alterados? CONTESTO: Si señor PREGUNTADO: ¿me clarifica en este caso no salieron alterados? CONTESTO: En este caso no salieron alterados, es decir previo a la toma de muestras el paciente no presentó un evento coronario agudo.*

2. Testimonio el médico ANTONIO DE ARMAS FORBES (Minuto 00:46:23 – 01:58:55)

PREGUNTADO: ¿Usted conoció al paciente IVAN DE JESUS ESTRADA VILLADIEGO? CONTESTO: Como paciente lo conocí el día en que lo atendí PREGUNTADO: Se acuerda que día lo atendió CONTESTO: Bueno aquí tengo la historia le puedo referir la historia PREGUNTADO: si señor CONTESTO: Lo atendí el día 09 de diciembre del año 2015. PREGUNTADO: Cual fue el motivo de consulta, primero díganos a qué hora ingreso CONTESTO: El paciente ingresó a las 5:39 horas y fue atendido a las 5:50 PREGUNTADO: Cual fue el motivo de ingreso CONTESTO: El motivo de ingreso del paciente fue por un dolor lumbar de moderada

SIGCMA

intensidad podríamos decir de la clasificación del 1 al 10 está clasificado en 5, pero el paciente había estado el día anterior, horas antes, porque era el día anterior, pero en horas de la tarde, estaba a las 4 o 5 de la tarde que estuvo en consulta externa en urgencias también por el mismo dolor lumbar, cuando reingresa nuevamente ingresa nuevamente por el mismo dolor lumbar por el que había consultado, por el cual, el paciente se enfocó inicialmente con un dolor lumbar, sin ninguna otra sintomatología, dolor lumbar (...) PREGUNTADO: Doctor atendiendo los antecedentes que el paciente le manifestó, la situación cardiaca, atendiendo el ingreso el motivo de ingreso anterior y el reingreso, cual fue según su examen físico que le hizo al paciente, ¿el seguimiento, que debía seguirse? CONTESTÓ: El paciente ingresa con un dolor, una lumbalgia mecánica, que inicialmente había que controlar el dolor, es muy importante tener en cuenta que el paciente en menos de 12 horas antes se le había formulado, se le había atendido, el paciente salió con instrucciones para seguir su manejo y para posterior control con medicina interna pero eso al día siguiente; el paciente se le atendió por el dolor que tenía para controlarle el dolor, el aumento de la presión que tenía el paciente podría estar relacionado con el dolor por la estimulación sintética que se produce por la estimulación del dolor, podría llevar a un aumento de la presión, entonces lo normal es tratar de controlar el dolor, sino se normaliza la presión contrario del dolor ya uno empieza a preguntar si el paciente es una hipertensión per se, pero no por el dolor. Pero al paciente no se le alcanza a controlar el dolor según la historia que reviso, el paciente se desplomó por el mareo, el paciente posteriormente cuando yo lo examino a las 5:50 tenía solamente el dolor lumbar, a las 6:14 ya el paciente presentaba otra sintomatología presentaba ya un dolor precordial un dolor torácico, eso hace pensar que el paciente podría tener un problema cardiaco, según los antecedentes y se procede a hacer lo que es mandatorio urgente en ese momento, tratar de hacer un diagnóstico, porque antes lo primero que hay que hacer aunque hubiere un dolor de origen cardiaco, habría que controlar el dolor, porque el mismo dolor por si per se, puede aumentar el daño miocardio, entonces habría que controlar el dolor, ósea ya se había comenzado a controlar el dolor, y se pidieron los exámenes paraclínicos inmediatos, necesarios para llegar a la conclusión de un infarto miocardio, cual era, enzimas cardiacas, proponía y electrocardiograma que se ordenó. (...) PREGUNTADO: Es decir cuando usted manda los exámenes, minutos después entrego el turno CONTESTÓ: Yo entregue el turno minutos después (...) PREGUNTADO: Doctor y usted conoce la historia clínica que también la tiene a la mano, cuáles fueron los resultados de los dos exámenes CONTESTÓ: Los dos exámenes que se pidieron aquí aparece reportado, el examen de la CPKMB, es una enzima del miocardio que cuando hay un daño del miocardio, esa enzima se pasa hacia la sangre y sobrepasa los niveles normales, pero que pasa el CPK total es un examen inespecífico, que se puede presentar con el daño al miocardio o el daño a cualquier musculo, pero dentro del CPK hay una sustracción que es la MB, que es la específica, y hay otro examen que es mucho más específico también que es la troponina, el examen que yo tengo aquí que yo te voy a revisar es la CPK total esta aumentada, porque el paciente viene con un dolor lumbar que tiene un trauma muscular, que tiene una miositis o cualquier cosa que este causando el dolor lumbar que aumenta el CPK que es inespecífico, entonces nos vamos a la MB, la MB esta normal, esta reportada con 17 y el normal está a 25, la troponina esta negativa, son diagnósticos, pero hay que hacer la salvedad, de que si el paciente presentó en ese momento, es muy probable que la enzima no alcanzaron a aumentar, entonces el diagnostico en ese momento no se podría hacer, tendría que esperar, y lo que normalmente se hace en estos casos, esperar

SIGCMA

unas 6 horas y se vuelve y se repite el examen, y se controla el dolor, se le pone su oxígeno al paciente y se busca hacer el daño miocardio lo menos posible y después se repiten los exámenes. PREGUNTADO: Y el electrocardiograma como fue el resultado doctor CONTESTÓ: No aparece reportado el electrocardiograma (...)

PREGUNTADO: Doctor Antonio, usted nos indica que un dolor puede generar en un paciente un alza de presión arterial, cuáles eran los niveles que tenía el paciente al ingresar cuando usted tomo dicha presión y si es normal esa alza que tuvo CONTESTÓ: El paciente tenía una presión de 204/104 que es una presión alta sí, pero no clasifica ni como una urgencia hipertensiva ni como una emergencia hipertensiva. Entonces ante esa evidencia pienso ombe el paciente hace menos de 12 horas, acabo de tomar dos antihipertensivos que le recetaron el día anterior que según el paciente mismo me informa que a las 7 de la noche del día anterior se tomó los antihipertensivos, enalapril y otro medicamento creo que es caveidol que se tomó a las 7 de la noche, entonces pienso yo que a esa hora menos de doce horas que había, esos dos antihipertensivo, yo le pongo otro antihipertensivo, le pongo algo para el dolor, puedo bajarle la presión por debajo de los límites fisiológicos y el miocardio deja de ser perfundido adecuadamente, e inducir un infarto al paciente por baja de presión, porque el miocardio que perfundía adecuadamente se necesita una presión mínima, (...)

(...) PREGUNTADO: ¿Ósea el paciente no tuvo bajo la literatura clínica el tiempo para que se pudiera actuar de otra forma distinta a la que se actuó, se actuó conforme a la lex artis? CONTESTÓ: Si se actuó de acuerdo lo que se tenía que hacer, calmar el dolor al paciente y si había o no infarto inicialmente.

Por su parte, la perito Ana Amalia Carbonell Sarmiento (Minuto 02:00:41 – 03:18:39), en síntesis, manifestó que³¹:

- I. El examen prescrito al señor Iban De Jesús Villadiego Estrada, de nombre electrocardiograma, podría vislumbrar un infarto de miocardio, sin embargo, no siempre podría observarse y el procedimiento dura aproximadamente 5 minutos y lo realiza el personal auxiliar en este caso la enfermera jefa de turno, es decir dicho procedimiento solo es un orientador.
- II. La única forma de establecer la causa de la muerte del señor Estrada era la realización de la necropsia médico legal, sin embargo, dicho procedimiento se realiza a solicitud de los familiares de la víctima.
- III. Los médicos que atendieron al paciente, realizaron sus procedimientos y protocolos de conformidad con la lex artis médica y las conductas realizadas por estos, fueron conducentes de acuerdo a la sintomatología presentada por

³¹ Folios 376 a 391 del Cdo. principal No. 2

él, aclarando que, dicho perito solo conoció la historia clínica referente a la atención de los médicos.

En ese sentido, presenta la experta dos posibles causas de muerte los cuales son 1) infarto de miocardio y 2) deserción aórtica o cuadro de deserción aórtica, afirmando con mayor precisión la segunda comoquiera que conforme la explicación dada por la misma, la evolución tórpida (sin mejoría) del paciente su cambio de síntomas repentinamente en el interior del nosocomio todas los comportamientos del mismo, conducen a dicha conclusión por cuanto en su experiencia ha tenido algunos contactos con pacientes que fallecieron por el mismo motivo.

Por último, expresó que, entre la consulta inicial del paciente y el cuadro final, no existen ninguna relación en lo absoluto, así como tampoco, el motivo de ingreso de dicho paciente y sus síntomas iniciales no coinciden con sintomatología ni de infarto de miocardio ni deserción aórtica.

Ahora bien, cabe resaltar que los aspectos atacados en la sentencia proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés Providencia y Santa Catalina, se encuentran claramente identificados, por cuanto hacen énfasis en la existencia de la falla en el servicio que el *a-quo* NO encontró probada dentro del presente medio de control por considerar que se omitieron algunos exámenes y/o procedimientos que de realizarse probablemente daría lugar a un resultado distinto.

En este orden de ideas, primeramente, se observa que el señor Iban de Jesús Estrada con antecedentes de hipertensión arterial y revascularización coronaria ingresó al nosocomio con dorso lumbalgia el día 08 de diciembre de 2015 y por considerar el personal médico que no existía en ese momento motivos suficiente para mantener al paciente en observación, decidieron ordenar su egreso y la valoración por parte de medicina interna.

Se observa claramente del historial clínico que, el día siguiente esto es, el 09 de diciembre de 2015, alrededor de las 5:39 AM, el señor Iban de Jesús Estrada reingresó al Hospital Departamental refiriendo nuevamente cuadro de dolor e indicando que el día anterior consultó por el mismo cuadro clínico, pese a ello, fue dado de alta bajo formula médica de naproxeno.

De la historia clínica se desprende además que, transcurrido aproximadamente 30 minutos desde su ingreso el día 09 de diciembre de 2015, el paciente convulsionó Súbitamente presentando mal estado general, cifras tensionales bajas, desaturación, para lo cual se ordenan una serie de exámenes (tac de cráneo y laboratorio) y le formulan diazepam, fenitoína.

Aproximadamente 45 minutos después, el señor Iban de Jesús Estrada empezó a empeorar, desaturándose y disminuyendo frecuencia cardiaca y al ser reexaminado se encontró sin pulso e inician la reanimación cardiovascular, administrándole adrenalina, evidenciándose actividad eléctrica sin pulso. Continúan con masajes más ventilación por cinco ciclos y luego le fue aplicado vasopresina y finalmente, el paciente no responde pese a todo el proceso de reanimación, declarándose su fallecimiento a las 8:20 A.M

Ahora bien, no solo contamos con la historia clínica e informe pericial, sino también lo dicho por los testigos.

Nótese que, de lo consignado en la historia clínica, pareciera que el señor Estrada hubiera recibido la atención médico-hospitalaria necesaria de manera oportuna y eficiente. Sin embargo, esta Sala debe decir que el Juez NO hizo una valoración probatoria en conjunto, dándole mayor valor a lo expuesto por el perito, desconociendo lo dicho por los testigos técnicos, siendo estos los médicos que atendieron al paciente.

No es de recibo para el Tribunal, que la conclusión del *a-quo* haya sido la falta de prueba que demuestre la falla en el servicio, si en el proceso se cuenta con los elementos suficientes para tomar una decisión que además de ser ajustada a derecho se considera la más acertada. Esto es, acceder a las pretensiones de la demanda bajo la teoría de la falta de oportunidad, pues claramente se encuentran configurados todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado.

Lo dicho en precedencia, ya que aun cuando en la historia clínica no se dejó constancia de manera detallada sobre los exámenes y procedimientos realizados al

paciente durante su estancia en el Hospital, los profesionales de la salud informaron al Despacho mediante sus testimonios, que se ordenaron los siguientes: “...enzimas cardiacas, proponía y electrocardiograma...”, de los cuales no se encuentra probado haberse realizado, el electrocardiograma. En este punto, el apoderado de la parte apelante hace hincapié en la necesidad de haber realizado este examen diagnóstico, pues eso demostraría a tiempo que el paciente presentaba síntomas de infarto, ante lo cual hubiera podido intervenir el personal médico de forma inmediata reduciendo el riesgo de mortalidad.

Surge entonces algunos interrogantes: ¿De haberse realizado el electrocardiograma el señor Villadiego Estrada no hubiera muerto? o ante esta incertidumbre, existe una alta probabilidad de haberse reanimado a tiempo, chance que se perdió al no conocer los médicos que se trataba de un infarto? Y ¿si el médico tratante ordenó un examen por que finalmente no fue realizado?

Observa el Tribunal que la experticia si bien, le resta importancia al electrocardiograma, claramente en el informe se explica que este procedimiento es un orientador que permite vislumbrar un infarto miocardio, motivo del fallecimiento en este caso.

La intervención del Dr. Antonio de Armas Forbes es clave para resolver el presente asunto, por cuanto el galeno afirma: “.....*El paciente ingresa con un dolor, una lumbalgia mecánica, que inicialmente había que controlar el dolor, es muy importante tener en cuenta que el paciente en menos de 12 horas antes se le había formulado, se le había atendido, el paciente salió con instrucciones para seguir su manejo y para posterior control con medicina interna pero eso al día siguiente; el paciente se le atendió por el dolor que tenía para controlarle el dolor, el aumento de la presión que tenía el paciente podría estar relacionado con el dolor por la estimulación sintética que se produce por la estimulación del dolor, podría llevar a un aumento de la presión, entonces lo normal es tratar de controlar el dolor, sino se normaliza la presión contrario del dolor ya uno empieza a preguntar si el paciente es una hipertensión per se, pero no por el dolor. Pero al paciente no se le alcanzo a controlar el dolor según la historia que reviso, el paciente se desplomó por el mareo, el paciente posteriormente cuando yo lo examino a las 5:50 tenía solamente*”

*el dolor lumbar, a las 6:14 ya el paciente presentaba otra sintomatología presentaba ya un dolor precordial un dolor torácico, eso hace pensar que el paciente podría tener un problema cardiaco, según los antecedentes y se procede a hacer lo que es mandatorio urgente en ese momento, tratar de hacer un diagnóstico, porque antes lo primero que hay que hacer aunque hubiere un dolor de origen cardiaco, habría que controlar el dolor, porque el mismo dolor por si per se, puede aumentar el daño miocardio, entonces habría que controlar el dolor, ósea ya se había comenzado a controlar el dolor, y se pidieron los exámenes paraclínicos inmediatos, necesarios para llegar a la conclusión de un infarto miocardio, cual era, **enzimas cardiacas, proponía y electrocardiograma que se ordenó.***” (Negrilla de la Sala)

Observa este cuerpo colegiado, que la valoración probatoria en primera instancia fue incompleta, pues se tuvo en cuenta parcialmente la prueba testimonial, omitiendo algunos apartes de suma importancia y que en sede de apelación son precisamente los utilizados por la actora para refutar tal decisión.

En este orden de ideas, se hace necesario referirnos a la teoría de la pérdida de oportunidad, por ser el quid del asunto que se debate.

Sobre la teoría de la pérdida de oportunidad

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 administrativo 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 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

SIGCMA

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 eventual³².*

Con fundamento en lo anterior, se vislumbra que en la sentencia objeto de recurso de alzada, el *a-quo* si bien, hace un análisis de cada uno de los elementos de la responsabilidad, encontrando configurado todos a excepción del nexo de causalidad, refiriendo que el Informe Pericial indica que ni siquiera existe relación entre los síntomas iniciales por los cuales acudió el paciente al servicio de urgencias del Hospital Departamental y su fallecimiento, no es de recibo para este Tribunal que haya omitido hacer la valoración probatoria en conjunto, por desconocer lo manifestado por los testigos en especial, el médico que ordenó los exámenes diagnósticos con el fin de establecer con claridad de acuerdo a la sintomatología que presentaba el señor Iban De Jesús Estrada Villadiego, si se trataba de algún problema cardíaco. Y es que realmente, le asiste razón a la parte apelante cuando insiste en que además de las inconsistencias en las anotaciones hechas en la historia clínica, no existe justificación de la NO realización de todos los exámenes que fueron solicitados por el médico tratante, pues de haberse acatado por el personal responsable del procedimiento de electrocardiograma, seguramente el debate que surge en esta instancia no tendría lugar y asimismo, probablemente se hubiera podido confirmar o descartar las causas de la muerte.

³²C. E., Secc. Tercera, Sent. 17001233100020000064501 (25706), Abr. 5/17 C. P. Ramiro Pazos

Aunado a lo anterior y sin perjuicio del principio de no *reformatio in pejus*, la Sala en este caso encuentra no solo la inobservancia por parte del personal médico al momento de la práctica de los exámenes médicos que le fueron ordenados al paciente pues omitió el electrocardiograma sino, también la falla en el servicio desde el ingreso al nosocomio.

Nótese que si bien es cierto, se le fue dispensado el servicio al señor Iban de Jesús Estrada en el Hospital Departamental, no es menos cierto que la primera vez en que acudió por urgencias, los médicos tratantes no debieron autorizar su salida sin antes hacer todos los estudios que permitieran diagnosticar desde ese momento la patología que presentaba, en vista de que, precisamente por los antecedentes del paciente los cuales se informaron al personal médico inmediatamente, debió inferirse el alto riesgo que existía de padecer alguna afectación a nivel cardiovascular.

Del historial médico claramente se desprende una ineficiente e inoportuna atención médico-hospitalaria, pues, como ya se dijo, no solo se echó de menos un procedimiento que de haberse realizado, probablemente el resultado fuera distinto sino, que, por la sintomatología inicialmente referida, se hacía necesario por lo menos dejar al paciente bajo observación y no autorizar su salida ligeramente luego de ser formulado con simple medicamento para el dolor.

Se advierte que, lo anterior no obedece a la acción y/u omisión por parte de la empresa promotora de salud Nueva EPS, en el entendido de que al paciente le fue suministrado el servicio sin dificultades desde el punto de vista administrativo o relacionado con su afiliación. Luego entonces, no se logró probar dentro del presente asunto, la responsabilidad por parte de esta entidad demandada.

Siendo así las cosas y ante la falta de certeza que de haberse practicado oportunamente el electrocardiograma en el paciente, este hubiera sobrevivido al infarto, considera esta Sala que en el presente caso debe aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad por parte de la entidad demandada comoquiera que existe la hipótesis antes descrita y pese a que el servicio hospitalario fue dispensado, no

fue garantizado su eficacia y contrario sensu, se omitió llevar a cabo un procedimiento orientador para diagnosticar a tiempo la patología, dejando así, al azar el estado de salud del señor Estrada Villadiego, máxime cuando era de conocimiento del personal médico y de enfermería del Hospital, sus antecedentes asociados y/o enfermedades de base que aumentaron el riesgo de tal afectación.

La Sala 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 Iban De Jesús Estrada Villadiego, 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 itera, 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 máximo órgano de esta jurisdicción, en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad.

Como también lo afirma Tamayo Jaramillo³³, respecto a la falta de certeza sobre el porcentaje de probabilidad que la víctima tenía hacía el futuro este no puede ser un obstáculo para que el juez otorgue el perjuicio, en la medida en que el mismo está demostrado, y solo es su cuantificación la que no ha quedado establecida, punto oscuro que debe ser cubierto por los criterios lógicos y auxiliares, como la equidad; además, en el caso colombiano, bajo la aplicación material del principio de reparación integral.

El hecho de reparar el derecho lesionado se expresa mediante diversos términos: reparar, restituir, indemnizar, compensar, que no siempre son sinónimos. Si bien todos los términos utilizados para hablar del fenómeno resarcitorio son en alguna medida sinónimos, en sentido estricto no lo son; por ejemplo, la reparación supone

³³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Cit. p. 359

un concepto más amplio que de alguna manera abarca tres formas: 1ª) componer el daño o perjuicio que ha sufrido en lo material o patrimonial; 2ª) desagraviar o satisfacer al ofendido, y 3ª) evitar un daño o perjuicio.

De otro lado, en cuanto a la reparación del daño que debe ser entendido como un principio de aspiración, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible, es decir, colocar al damnificado en el mismo estado en que habría encontrado, si no hubiese mediado el hecho dañoso³⁴

Por ello, la reparación debe ser integral, porque si bien los principios de reparación del daño enseñan que se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado, desde una perspectiva ontológica, la reparación del daño no siempre es posible y, por tanto, lo que aspira la indemnización, generalmente en dinero, es dar una cifra equivalente o proporcional al perjuicio sufrido.³⁵

Teniendo en cuenta lo anterior, en este caso dado que el paciente tenía 51 años de edad, con antecedentes de “*HPTA y revascularización coronaria*”, su patología de base podía comprometer su vida y además en el proceso se allegaron pruebas que dan cuenta de su falta de adherencia al tratamiento médico, esta Sala de Decisión considera que el valor de la probabilidad y en consecuencia, el monto indemnizatorio en aplicación al principio de equidad, será reconocido en un porcentaje del 50%.

La Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo”³⁶

³⁴ ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Lima, Ed. Juristas, 2006, pág. 782

³⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, Tomo I y II, Bogotá, Editorial Legis, 2007, p. 542 y ss

³⁶ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez

El contrato de seguro-responsabilidad civil³⁷

Desde una perspectiva general, cualquier seguro tiene por objeto que el asegurado se libere de un riesgo que amenaza su patrimonio, transfiriéndolo a una aseguradora que lo asume a cambio de una prima. Consecuentemente, de realizarse el riesgo, la compañía de seguros se obliga a pagar la indemnización respectiva.

El Código de Comercio, norma aplicable en esta materia, define este seguro de la siguiente manera:

El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

Como se evidencia, el Seguro de Responsabilidad tiene un doble propósito: por un lado, protege al asegurado en los eventos en que deba pagar una indemnización por ser civilmente responsable y, por el otro, resarce a la víctima por el daño sufrido.

Por esto, una vez contratada la cobertura con una aseguradora, el asegurado se libera, por lo menos parcialmente, de la eventual obligación de indemnizar a otro por un daño que ha infligido el primero; si al asegurado le reclaman extrajudicialmente o lo demandan por medio de un proceso judicial para exigirle el

³⁷ **ARTICULO 1036. <CONTRATO DE SEGURO>**. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 389 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

– Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 389 de 1997, publicada en el Diario Oficial No. 43.091 del 24 de julio de 1997.

El artículo 8o. de la Ley 389 de 1997 expresamente menciona que lo dispuesto en este artículo regirá a partir de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la Ley.

pago de la reparación a la víctima, éste podrá acudir a la aseguradora o, en caso de la demanda, llamarla en garantía, para que lo acompañe en caso de que se vea obligado a realizar un pago. Debe resaltarse que, como en todos los seguros, la aseguradora sólo está obligada a responder hasta la suma asegurada; en consecuencia, si el pago por la indemnización de perjuicios supera ese valor, el asegurado tendrá que asumir el excedente por su cuenta.

Por otro lado, cabe señalar que la estructura del Seguro de Responsabilidad Civil es distinta a la de otras coberturas, en la medida en que la víctima, que al momento de adquirir la póliza es un sujeto indeterminado, se convierte en el beneficiario del seguro cuando ocurre el siniestro o el hecho dañoso.

Además de reunir los elementos esenciales de todos los contratos de seguros³⁸, el de Responsabilidad Civil cuenta con unos componentes propios que lo diferencian y determinan su ejercicio práctico: i) Acción directa, ii) Prescripción y iii) Cobertura de gastos de defensa.

Finalidad del contrato de seguro

Reiterando lo dicho en la sentencia cuya aclaración ha sido solicitada por la entidad demandada, 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.

³⁸ Interés asegurable, riesgo asegurable, prima y obligación condicional.

La póliza de seguro-prueba del contrato

La forma de un contrato se determina de acuerdo con la manera en que se perfecciona o nace a la vida jurídica, si como requisito para su perfeccionamiento se deben cumplir con formalidades establecidas por la ley se considera solemne; en cambio sí para su perfeccionamiento es suficiente con el acuerdo de voluntades de las partes, se considera consensual.

En Colombia, con la Ley 389 de 1997 el legislador dejó a un lado la solemnidad para pasar a la consensualidad del contrato de seguro, pero limitando la prueba del mismo.

El profesor Hernán Fabio López Blanco, señala como causas reales del cambio la mala práctica que un sector de la economía aseguradora asumió frente a la ejecución del contrato de seguro como contrato solemne, ya que lo promovían como si fuera consensual en virtud del llamado amparo provisional, mediante el cual se otorgaba la cobertura al riesgo desde el momento en que se ajustaba el consentimiento sobre los aspectos principales del contrato, aunque la póliza se emitiera posteriormente. La controversia que existía sobre el momento en el cual se perfeccionaba el contrato de seguro originada por la redacción disímil de los artículos 1036 y 1046 fue igualmente una de las causas por las cuales se quiso introducir el cambio. El legislador toma en consideración la importancia de la prueba del contrato de seguro y establece el medio escrito y la confesión de parte como medios de prueba del mismo³⁹.

La redacción del artículo por su parte, no aclara la exclusión de otros medios probatorios, pero en diversas discusiones se estableció que la intención del legislador era limitar la prueba del contrato sólo al medio escrito y a la confesión. El artículo tercero de la Ley 389 deja algunas dudas con relación a los medios de prueba del contrato, ya que al limitar los medios de prueba convierte al contrato con formalidad *ad probationem* y, por ende, para su prueba se puede utilizar los demás medios probatorios establecidos en las leyes procesales.

³⁹ <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/15110/12268>

Por su parte la prueba documental escrita fue el medio probatorio por excelencia desde que el contrato de seguros era solemne. Con el cambio al contrato consensual lo único que varió fue el perfeccionamiento del contrato pues la póliza sigue siendo actualmente el documento que prueba por excelencia las condiciones contractuales con las cuales se suscribió el contrato de seguros.⁴⁰

En este orden, el contrato de seguro en Colombia, después de la reforma de 1997 es un contrato con formalidad *ad probationem*, debido a que el escrito y la confesión sólo cumplen la función de probar el contrato, pero en nada interfieren con su formación o nacimiento a la vida jurídica.

Del contrato suscrito entre la IPS Universitaria y Seguros del Estado S.A. - Póliza de seguros No. 65-03-101023398

La póliza aportada por la IPS demandada en el asunto de la referencia, obra en el expediente digital y en su encabezado se resalta claramente que se trata de una Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional “CLINICAS Y HOSPITALES”.

Dicha póliza fue expedida en la ciudad de Medellín y se señala como tomador y asegurado: La Institución prestadora de servicios de salud Universidad de Antioquia IP y como beneficiario: Terceros afectados.

Se indica en el documento que la fecha de expedición es el 4 de diciembre de 2015 y su vigencia a partir del 30 de noviembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2016. Asimismo, se visualiza que fue consignada una fecha de vigencia anexo desde el 30 de noviembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2016.

⁴⁰ El artículo 3 de la Ley 389 del 97 señala: “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza.

Sobre la información del riesgo la Póliza señala que “actividad clínicas y hospitales”, descripción: amparos y perjuicio patrimonial: “errores y omisiones”.

Ahora bien, pese a que el texto aclaratorio de la Póliza es poco legible en la copia que se allegó junto con el llamamiento en garantía por parte de la demandada, la base de la cobertura consiste en el pago del porcentaje contratado en caso de ser condenada la entidad demandada IPS Universitaria.

El señor Iban de Jesús Estrada Villadiego fue atendido en el Hospital Amor de Patria durante los días 8 y 9 de diciembre de 2015, época en que dicho centro hospitalario operaba bajo la administración de la prestadora del servicio IPS Universitaria de Antioquia. Los hechos que dieron a la demanda entonces, acaecieron dentro de la vigencia de la respectiva póliza de seguro.

Seguros del Estado S.A., por su parte alega que la IPS Universitaria no debe ser declarada responsable del daño objeto de la demanda de reparación directa y por consiguiente no está obligada al pago de la indemnización. Señala, que *el hecho de que exista una póliza en la cual el asegurador ampare parte de la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado, no quiere decir que este sea responsable, ni mucho menos que sea SOLIDARIO en la obligación de indemnizar a los afectados.*

Sin embargo, esta Sala estima que debe ser declarado civilmente responsable en este caso, en virtud del contrato de seguros contenido en la póliza No. 65-03-101023398, máxime cuando no propuso excepción de alguna causal que la exima de tal responsabilidad y por no ser legible en todas sus partes la póliza aportada, se presume que no existe cláusula relacionada con eximente de responsabilidad en el caso particular.

Sobre la reclamación

Según lo dispuesto en el artículo 1077 del Código Mercantil, para que proceda la indemnización de la aseguradora, es indispensable que el asegurado o beneficiario

demuestre en su reclamación no sólo la ocurrencia del siniestro sino la cuantía de los perjuicios derivados del mismo.

En materia del Seguro de Responsabilidad Civil, independientemente de quien presente la reclamación, ya sea el asegurado o el beneficiario, será fundamental que se demuestren estos presupuestos, sin los cuales no podrá configurarse responsabilidad alguna.

Por todo 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 la señora Edilsa Rosa Tapias Hernández quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor Josué Rafael Estrada Tapia, y la señora Jeniverd del Carmen Estrada Tapias Fernández, en calidad de esposa e hija respectivamente, es de 70 SMMLV para cada una.

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,

IV. FALLA

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia de fecha 03 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, y en su lugar, **DECLARAR** responsable a la IPS Universitaria de Antioquia por los daños y perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la pérdida de oportunidad del señor Iban de Jesús Estrada Villadiego (q.e.p.d).

Expediente:88-001-33-33-001-2018-00013-01
Demandante: Edilsa Rosa Tapias Fernández y otros.
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

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

<i>NIVEL</i>	<i>DEMANDANTE</i>	<i>SMLMV (100%)</i>
<i>1</i>	<i>EDILSA ROSA TAPIS HERNÁNDEZ (en calidad de cónyuge del directo afectado)</i>	<i>50 SMLMV</i>
<i>1</i>	<i>JENIVERD DEL CARMEN ESTRADA TAPIA (en calidad de hija del fallecido)</i>	<i>50 SMLMV</i>
<i>1</i>	<i>JOSUÉ RAFAEL ESTRADA TAPIA (en calidad de hija del fallecido)</i>	<i>50 SMLMV</i>

TERCERO. - Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JOSE MARÍA MOW HERRERA

Magistrado Ponente

NOEMÍ CARREÑO CORPUSJESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Magistrada

Magistrado

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-33-33-001-2018-00013-01)

Expediente:88-001-33-33-001-2018-00013-01
Demandante: Edilsa Rosa Tapias Fernández y otros.
Demandado: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y otros
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Firmado Por:

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Firma Con Aclaración De Voto

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8ba30cd2c400b41238f942cb1c20e2eaf7ca4bb5040789dd401d504c46ebadb1

Documento generado en 15/09/2021 09:48:33 AM