

República de Colombia



Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío
Sala Tercera de Decisión

Armenia, Quindío, diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Asunto: Sentencia Segunda Instancia
Acción: Reparación Directa
Proceso: 63001-3331-701-2012-00382-02
Demandante: Hernán Marín García y otros
Demandado: Caprecom E.P.S y otros
Magistrado Ponente: Alejandro Londoño Jaramillo

005-2017-339

CONSIDERACIONES INICIALES

El Tribunal Administrativo del Quindío, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Caprecom E.P.S., contra la sentencia proferida el 30 de mayo de 2014 por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión Escritural del Circuito de Armenia, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES.

LA DEMANDA¹.

Hernán Marín García, Jeisson Manuel Marín Jiménez, Etna Bibiana Marín Jiménez, Valentina Valencia Marín obrando a través de apoderado judicial, interpusieron acción de reparación directa contra el Caprecom E.P.S, la ESE Hospital San Juan de Dios de Armenia, Hospital San Vicente de Paul de Montenegro, Instituto Seccional de Salud del Quindío (sucesor procesal Departamento del Quindío)², Clínica del Café -Dumian Medical Center-, con el fin de que se resuelva sobre las siguientes:

PRETENSIONES:

¹ Fls. 1-33 C. Principal 1

² Por auto del 6 de marzo de 2014, proferido por este despacho se tuvo como sucesor procesal del Instituto Seccional de Salud al Departamento del Quindío, para lo cual, se confirmó la decisión del a-quo del 21 de agosto de 2013 (fls. 563 al 568 C. ppal No. 03)

La parte actora expuso las siguientes pretensiones que se resumen de la siguiente forma:

- Declarar responsables solidaria y administrativamente a las entidades demandadas, por los daños y consecuentes perjuicios sufridos por el señor Hernán Marín García y sus familiares, derivados de la amputación de la pierna izquierda que le fue practicada al señor Marín como consecuencia de la falla en el servicio de salud en el que incurrieron los demandados.

- Como consecuencia de la declaratoria anterior, solicita condenar solidariamente a las entidades demandadas, al pago, por concepto de perjuicios morales, de las siguientes sumas de dinero:

- (i) Hernán Marín García, 300 SMLMV.
- (ii) Jeisson Manuel Marín Jiménez, 100 SMLMV.
- (iii) Etna Bibiana Marín Jiménez, 100 SMLMV.
- (iv) Valentina Valencia Marín, 100 SMLMV.

- Condenar a las partes demandadas al pago por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, que comprende tanto el consolidado, desde la ocurrencia del daño hasta la ejecutoria de la sentencia hasta el pago respectivo, y el futuro desde la ejecutoria de la sentencia hasta el pago respectivo, a favor del señor Hernán Marín García, al igual que a su hija Etna Bibiana Marín, su hijo Jeisson Manuel Marín y su nieta Valentina Valencia Marín, quienes recibían apoyo económico del señor Hernán Marín, dando aplicación a la fórmula utilizada por el Consejo de Estado para liquidar este tipo de perjuicios. Teniendo en cuenta que el citado señor devengaba un salario aproximado de \$800.000 mil pesos mensuales o en su defecto, el que se pruebe en el transcurso del proceso en su labor como mecánico independiente.

- Condenar a los demandados al pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente futuro, de acuerdo a la fórmula utilizada por el Consejo de Estado a favor del señor Hernán Marín García, y los que se determinen a partir de los medios probatorios consistentes, en valoraciones por médico legista del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y demás profesionales que puedan establecer la asistencia médica que requiera (terapias de fisioterapia, psicológicas, instrumentos, como prótesis, sillas de ruedas etc.) a futuro el afectado Hernán Marín García hasta que pueda desarrollar actividades de vida cotidiana que llevaba antes del suceso ocurrido (amputación)

- Condenar a los demandados al pago de perjuicios materiales por el daño emergente, de acuerdo a los gastos realizados por concepto de transporte para los traslados del señor Marín García, para acudir a las citas médicas de fisioterapia, médico especialista, etc; ya que el señor debía desplazar desde la

ciudad de Montenegro hasta donde le asignaran la respectiva cita e incluso tuvo que ir a la ciudad de Cali Valle a la Clínica Rey David, para valoración por médico cirujano vascular. Además los pagos que realizó por exámenes médicos que le correspondió hacer. De lo anterior sumado en un valor total de un millón ciento sesenta y siete mil ciento treinta (\$ 1.167.130.00) pesos moneda corriente, de recibos aportados como anexos.

- Condenar a los demandados al pago de 200 SMMLV al señor Hernán Marín García, por concepto de daño a la vida de relación.

- Condenar al pago de treinta y dos millones ciento noventa mil pesos (\$32.190.000 m/c), en virtud de la necesidad de contratar a una persona para que asista al señor Hernán Marín García en su vida diaria, en vista de su imposibilidad de desplazarse y bañarse por sí sólo durante el tiempo equivalente a su expectativa de vida, esto es aproximadamente 5 años más.

- Condenar a los accionados a pagar la suma de 200 SMMLV a favor del señor Hernán Marín por los perjuicios derivados de daños o patologías psicológicas y/o psiquiátricos que resulten probados dentro del proceso.

- Que los valores solicitados en los numerales 2, 3, 4, 5, 6 y 7 sean indexados mes por mes y año por año conforme al IPC de año inmediatamente anterior, contados a partir de la fecha en que se produjo el daño a la hoy víctima directa hasta el pago de éstos.

- Que previo dictamen pericial de la residencia del señor Marín, se condene a los demandados, al pago de los arreglos o adecuaciones, específicamente en los baños, pisos y dormitorio, que requiera de dicha casa de habitación, con el fin de que el señor Marín lo puedan trasladar y bañar cómodamente; situaciones estas que lo dignificarían.

- Condenar al pago de intereses moratorios causados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso hasta el pago respectivo.

- Que se dé cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

- De ser procedente, se condene en costas a los demandados.

FUNDAMENTO FÁCTICO.

Los demandantes soportan sus pretensiones en los siguientes hechos que la Sala encuentra relevantes:

- El señor Hernán Marín García es una persona de 65 años de edad, y afiliado a Caprecom E.P.S en el régimen subsidiado.

- Indican que el día ocho (8) de febrero de 2011, a las 9:34 pm, el señor Hernán Marín García se dirigió al Hospital San Vicente de Paul de Montenegro, con el fin de que lo atendieran por presentar fuerte dolor en su pie izquierdo, debido a que cuando se encontraba trabajando se golpeó con un instrumento de trabajo, ingresó con tensión arterial 190/90, y frecuencia cardiaca 78.

- Manifiestan que en la valoración realizada por la médica Jenny Johanna Bejarano Arias, se le diagnosticó: "*Dx principal L031- Celulitis de otras partes de los miembros, Dx relacionado 1 I10x- Hipertensión esencial (primaria), tipo de diagnostico principal: Confirmado nuevo.*" Como consecuencia de lo anterior le aplicaron medicamentos tales como Diclofenáco ampolla IM y Captopril x 25 mg sublingual, para el dolor y la hinchazón, después lo enviaron a su casa el mismo día a las 10:13 pm, con tensión arterial 160/60, recomendaciones, formulas y signos de alarma.

- El 18 de febrero de 2011 a las 9:10 p.m. en compañía de su hija, debido a la coloración violácea que estaba adquiriendo en su dedo y el fuerte dolor acudió nuevamente a la misma E.S.E, donde se le valoró y se encontró que estaba teniendo "*cambios compatibles con el proceso infeccioso local, edema, enrojecimiento, eritema perilesional, y daño en la uña*", diagnosticándole una "*Necrosis arterial*", por lo que la hospitalizaron y tratarlo con los siguientes medicamentos: "*Cateter Venoso, oxacilina, ASA, enalapril, dipirona, tramadol, acetaminofén, diclofenaco, ranitida, amitriptilina*" y se dispuso iniciar el trámite de remisión al Hospital San Juan de Dios de Armenia, para valoración por especialista, con un diagnóstico de traumatismo del 5 dedo necrosis secundaria TA 160/80 y FC 70.

- El día 19 de febrero de 2011 a las 7:51, ingresa al Hospital San Juan de Dios de Armenia, remitido por la E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Montenegro, en dicho centro hospitalario le toman exámenes físicos paraclínicos, FC 78 y TA 80/145; posteriormente es valorado por cirugía general encontrándolo en aceptables condiciones generales de salud, procediendo a ordenar su hospitalización, emiten orden para examen Arteriografía de miembros inferiores y Aortograma (practicado el 23 de febrero de 2011).

- Del resultado de los exámenes anteriormente mencionados y de paraclínicos practicados el 25 de febrero 2011 se le diagnostica Síndrome de Leriche, se decide remitir a un hospital de mayor complejidad para manejo por cirugía vascular.

- El día 2 de marzo de 2011, en la Fundación Alejandro Londoño, el cirujano vascular el Doctor Fernando Villegas Gonzáles, realizó valoración cardiovascular, en el cual confirmó el diagnostico Síndrome de Leriche, e indicó practicarle al señor Marín cirugía de: "*revascularización puente aorto bifemoral como la única salida para cirugía. Se indica remisión para la*

clínica la Sagrada Familia al grupo vascular Doctor Mosquera o Doctor Villegas. Cirugía electiva prioritaria, no es urgencia”.

- Afirman que de acuerdo con las anotaciones de la historia clínica se debía remitir al señor Marín para la Clínica la Sagrada Familia, pero por motivos de trámites internos administrativos con Caprecom E.P.S, no se pudo realizar dicho procedimiento de manejo por cirugía vascular, situación que aumentó la gravedad en la apariencia del pie izquierdo.

- Señalan que el día 11 de marzo de 2011, Caprecom EPS expidió autorización de servicio NUA 2953823, para la realización de derivación Puente Aorto Bifemoral especialidad Quirúrgico Cirugía Vascular y Angiología, para realizarle al señor Hernán Marín en la Fundación Cardiovascular del Quindío, procedimiento que no realizaron, pues afirmaron que dicho procedimiento no se realiza allí, sino en la Fundación Cardiovascular del Eje Cafetero en la Clínica Central del Quindío. Es claro, que si bien es cierto, la orden fue expedida para la realización del procedimiento ordenado por los médicos tratantes del Hospital San Juan de Dios, también es cierto que la institución a la que se remitió, no fue la ordenada por aquellos; debió ser de conocimiento por parte de Caprecom E.P.S, que donde fue remitido no realizaban la intervención quirúrgica.

- Manifiestan que no obra en la historia clínica, examen de muestra de cultivo de la pierna afectada del señor Marín, en aras de propugnarle un tratamiento adecuado para la infección que presentaba; sin embargo está plasmado en la historia clínica los cambios constantes en la tensión arterial del señor Marín, sumado a esto los fuertes dolores en su pie izquierdo, tratados con Dipirona y Tramadol.

- Argumentan que con posteriormente al 15 de marzo de 2011, la señora Etna Bibiana Marín Jiménez, actuando como agente oficioso de su padre Hernán Marín García, interpuso acción de tutela en contra de Caprecom E.P.S, requiriendo de dicha E.P.S autorizara el traslado de su padre a la Clínica la Sagrada Familia de Armenia con el propósito que se le realiza la cirugía de Revascularización Puente Aorto Bifemoral, y así poder darle solución a sus graves problemas de salud y fuertes dolores.

- Señalan que dicha acción de tutela fue admitida por el Juzgado Segundo Civil de Circuito mediante auto del 15 de marzo del 2011, en la cual se ordenó como medida provisional la autorización y traslado del señor Hernán Marín Jiménez a la Clínica de la Sagrada Familia, con el fin de que le realizaran el procedimiento ordenado por su médico tratante (Revascularización Puente Aorto Bifemoral), el cual no se realizó; posteriormente se profirió fallo el 28 de marzo de 2011, en el que se dispuso tutelar los derechos fundamentales a la salud, vida, entre otros, ordenando a Caprecom E.P.S que realizará la cirugía dentro del menor tiempo posible si el médico tratante así lo autorizaba.

- El 16 de mayo de 2011, solicitó la hija de la víctima directa la señora Etna Bibiana Marín, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito, el trámite de incidente de desacato de tutela contra Caprecom E.P.S, puesto que a esa fecha no se le había dado cumplimiento al fallo del 28 de marzo del mismo año.

- En dicho incidente de desacato, el Juzgado de conocimiento de la tutela recepcionó testimonios, de Fernando Villegas González de profesión médico especialista en cirugía vascular, quien en alguna oportunidad atendió al señor Hernán Marín García; Alberto Hernández Suarez médico cirujano vascular de la clínica Dumian de Armenia. De dichos testimonios se resalta que ambos coinciden en que el señor tenía posibilidades de que al momento en que le fue diagnosticado el Síndrome de Leriche se le hubiera podido haber intervenido con cirugía de puente aorto bifemoral a tal punto que se atreve a manifestar el Doctor Villegas, que le hubiera practicado dicha operación en ese momento.

- Indica que desde el mismo día 25 de febrero, día en que se le diagnosticó Síndrome de Leriche, se dispuso por parte del Hospital la remisión a un hospital de mayor complejidad, en este caso el de la Sagrada Familia de Armenia donde practicaban dicho procedimiento. Sin embargo, no fue posible dado que Caprecom nunca expidió la autorización respectiva y solo hasta el mes de junio posterior a la tutela e incidente de desacato interpuesto la autorizó, después de cotizar el servicio, remitiéndolo a la Clínica del Café, donde el resultado fue la amputación de toda su pierna izquierda.

- Concluye afirmando que el señor Marín, vivía antes de su amputación con los familiares que hoy demandan, quedando estos privados del apoyo económico brindado por aquel con los frutos de su trabajo, que como mecánico independiente, tenía unos ingresos aproximados y variables entre \$800,000 a \$1.000.000 mensuales, como se probará en su debida ocasión.

FUNDAMENTO JURÍDICO

Como fundamento de sus fundamentos de hecho, la parte demandante cita las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia los artículos: 1°, 2°, 6° 48, 49, 90; Código Contencioso Administrativo artículos: 2, 82, 86, 136, 171, 176, 177, 178; Código Civil artículos: 2341 y siguientes; Ley 1395 de 2010 y la Ley 100 de 1993.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EPSS CAPRECOM³

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, indica que consta en la historia clínica que el señor Marín de forma consciente omitió información de su patología, ocasionándole de este modo un diagnóstico tardío, por otra parte

³ Fls. 239-247 C. Principal 2

indicó que si se estudia la historia clínica no hay mención de negligencia o demora por parte de la EPS CAPRECOM, son las IPS que manejan al paciente las que realizan las gestiones y consultas, son la que determinan el procedimiento a seguir.

Expresa que la EPSS cumplió con todas sus responsabilidades, no existió ninguna dilación e irresponsabilidad en la atención y manejo de la patología del usuario, lo que es responsabilidad exclusiva del Hospital de La Tebaida, el Hospital San Juan de Dios y la Clínica del Café.

Proponen como excepciones las siguientes:

- ***Inaplicabilidad del título de imputación falla del servicio presunta:*** Manifiesta que el régimen de responsabilidad aplicable es la falla del servicio probada, por lo que le corresponde a la parte demandante correr con la carga probatoria de todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad del estado.

- ***Hecho exclusivo de un tercero:*** Señala que de acuerdo con los supuestos fácticos y probatorios de la demanda está claro que la atención de urgencias y la Hospitalización recaen sobre las IPS, ya que Caprecom E.P.S cumplió con las autorizaciones necesarias para la prestación del servicio del paciente, indicando que hay que entrar a determinar el manejo dado en la IPS donde se realizaron las atenciones médicas

- ***Falta de Legitimación por pasiva:*** Indica que Caprecom E.P.S cumplió con todas las autorizaciones necesarias y solicitadas por los médicos tratantes, son las IPS las que deben dar el manejo de las patologías y determinar el tratamiento que debe seguir, en lo cual la E.P.S no tiene ninguna injerencia, responsabilidad y manejo.

- ***Ausencia de responsabilidad:*** explica que en los eventos de daños imputables al Estado con ocasión de la prestación del servicio médico, se aplica el régimen de responsabilidad subjetivo o de falla probada, que impone la prueba del daño antijurídico, de la falla del servicio y de la causalidad jurídica existente entre ésta y aquella; en ese orden la administración puede exonerarse si logra romper el nexo causal, probando ya una fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero e inclusive demostrando diligencia y cuidado que desvirtuaré la falla del servicio.

Departamento del Quindío como sucesor procesal del Instituto Seccional de Salud del Quindío.⁴

⁴ Fls. 256 al 264 del C. principal 2

Expone después de pronunciarse frente a los hechos de la demanda y oponerse a las pretensiones que, como se puede evidenciar en el expediente no reposa prueba que el dolor y sufrimiento del señor Hernán Marín García y su familia se haya producido como consecuencia de la negligencia en el servicio prestado por el Instituto.

Indica que en la demanda se afirma de la enfermedad crónica del paciente y sus antecedentes, así como el haber tenido un accidente laboral meses atrás, por consiguiente es claro que el actor tardó en solicitar el servicio médico y lo hizo en un estado avanzado de su enfermedad, por lo tanto no se encuentra demostrado en el presente caso el daño alegado.

En lo relacionado con la imputación por el posible daño sufrido, expone que no era de su competencia ordenar y realizar los procedimientos médicos que el demandante requería para su recuperación.

Expone que en el presente caso la conducta de la víctima estuvo ligada a la producción del daño, por ser fumador y tener malos hábitos alimenticios, además como lo indicó el Dr. Villegas, el procedimiento por él ordenado era posible en ese momento y no era el único tratamiento viable para el paciente, es de señalarse que desde la fecha de la orden de la cirugía hasta la fecha de la operación solo trascurrió un mes y como se dijo una enfermedad crónica es de evolución lenta y progresiva, por lo que, la amputación de la pierna resultaba como un hecho inevitable.

Propone como excepciones la de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de responsabilidad y culpa exclusiva de la víctima.

LLAMADO EN GARANTIA- COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA, COMO LLAMADO EN GARANTÍA DEL ISSQ.⁵

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas por los demandantes.

Proponen como excepciones las siguientes:

- **Falta de legitimación por pasiva:** Indica que el Instituto Seccional no es la que está llamada a responder y por eso no debe ser demandado, el que tenía la función legal era la de autorizar y desembolsar los recursos era la E.P.S Caprecom E.S.E mediante una I.P.S especializada, quien debía realizar los exámenes requeridos por el actor, por lo tanto dicha obligación no puede radicarse en cabeza de esta entidad en liquidación.

- **Ausencia de responsabilidad por parte del Instituto Seccional de Salud del Quindío:** Manifiesta que en ninguna parte se puede demostrar que el Instituto

⁵ Fls. 446 al 466 del C. principal 2.

Seccional de Salud del Quindío, haya tenido algún tipo de responsabilidad por el daño que haya podido ocasionar al demandante y a su familia, por el contrario, todo indica que actuó de manera diligente y oportuna en la autorización de los exámenes requeridos por el señor Hernán Marín García, en el cual, es importante destacar que según el concepto médico el procedimiento ordenado por el profesional de la salud tratante al paciente no era urgente, sino prioritario y que como tal fue tratado por la entidad prestadora de salud correspondiente, por lo que, el desenlace que tuvo de amputación de la pierna izquierda obedeció a un hecho inevitable por el estado de su salud deteriorado y no por una falla en el servicio.

- **Culpa exclusiva de la víctima:** Sostiene que se ha podido demostrar que existieron elementos fácticos que estuvieron en cabeza del demandado y que llevaron al resultado de la amputación, lo cual se provocó por su culpa exclusiva y exime de responsabilidad al estado.

- **Ausencia de nexo causal:** Advierte que entre el incierto daño causado al demandante y sus familiares y las acciones u omisiones del Instituto Seccional de Salud en Liquidación, no existe un nexo del que pueda predicar la responsabilidad por parte del I.S.S.Q. en Liquidación.

- **CLÍNICA DEL CAFÉ DUMIAN MEDICAL S.A.S, ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO EL QUINDÍO SAN JUAN DE DIOS DE ARMENIA Y ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE MONTENEGRO.**

Contestaron la demanda de manera extemporánea, tal como consta en la providencia del 1 de agosto de 2013⁶

LA SENTENCIA APELADA⁷

En sentencia proferida 30 de mayo de 2014, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión Escritural del Circuito de Armenia, decidió declarar probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva respecto de los demandados Departamento del Quindío, E.S.E Hospital Departamental Universitario San Juan de Dios de Armenia, E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Montenegro y Clínica del Café y Declarar administrativamente responsable a la E.P.S. Caprecom de la pérdida de oportunidad al señor Hernán Marín García por los perjuicios causados a los demandantes.

En efecto afirma el a-quo, según el material probatorio obrante en el expediente, que se demostró el daño antijurídico que sufrió la parte demandante, el cual está configurado por la pérdida de oportunidad que tuvo el paciente de haber sido amputado a nivel del dedo o tobillo, pues no obstante

⁶ Fls. 480 al 482 del C. principal 2

⁷ Fl. 619 y ss C. Principal III.

sufrir una enfermedad que requería una valoración especializada urgente y de existir una orden de tutela en tal sentido, al no haberse remitido de manera oportuna al servicio de cirugía vascular, le resto a éste cualquier chance de recuperar o de salvar parte de su extremidad inferior.

Así entonces el Juez de instancia manifiesta que resulta innegable que el paciente requería atención urgente por cirugía vascular, la cual si bien fue autorizada en un tiempo prudente, por razones que no constan en el plenario, finalmente no se llevó a cabo; lo que supone, cuando menos, que dicha situación, al margen de configurar una falla del servicio hizo restar o privar al paciente de la oportunidad de mejorar su patología. Lo anterior indica, que al tratarse la pérdida de oportunidad de una clase de daño autónomo, el elemento inicial bajo estudio, daño se encuentra debidamente acreditado, aunque se insiste, no debido a la amputación como tal, sino específicamente a la pérdida de oportunidad de haber sido amputado a nivel inferior de la rodilla, al respecto tal y como lo advirtió el testigo Doctor Villegas, la amputación a nivel de la rodilla y no a nivel inferior no se trata de un asunto menor, no sólo por la estética del paciente, sino por la misma calidad de vida, pues, por ejemplo, prótesis a tal altura no son fáciles de incorporar al cuerpo.

Sostiene que el Juzgado no se trata de un simple daño hipotético, todo lo contrario, de la lectura de la historia clínica y en especial del testimonio médico recepcionado, es absolutamente claro que el paciente tenía algunas probabilidades de haber recuperado su estado de salud de haber recibido atención, de lo contrario, no se entendería la decisión de remisión a cirugía vascular, lo que permitió afirmar al a-quo, que el daño como pérdida de oportunidad por los menos haber sido amputado a la altura interior a la rodilla no es una simple eventualidad o un daño hipotético, sino, por el contrario un daño cierto, tal y como lo exige la jurisprudencia para su configuración.

Frente a la falla del servicio, refirió que la E.S.E Hospital San Juan de Dios de Armenia, ni la E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Montenegro ni el Departamento del Quindío, están materialmente legitimados en la causa por pasiva, pues ninguna imputación le realizan los actores y si bien alguna relación tuvieron con la atención del paciente, no se vislumbra por parte del Juzgado error o falla alguna en la que hayan incurrido, lo que implica desde ahora mismo denegar las súplicas de la demanda en lo que respecta a éstos tres demandados por configurarse una falta de legitimación material en la causa.

EL RECURSO DE APELACIÓN- E.P.S CAPRECOM

La E.P.S Caprecom (Q), interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el fin de que la misma sea revocada.

Indicando que el a-quo se centró en daño padecido como una pérdida de oportunidad por parte de la E.P.S, asumiendo sin prueba decisoria la

responsabilidad de dicha entidad, por lo contrario, se evidencia que el paciente fue el que atentó contra su estado de salud, al continuar con su actuar descuidado; ya que la pérdida del miembro inferior era inevitable por las condiciones clínicas del demandante, existiendo diagnósticos que no le daban porcentajes favorables de recuperación, sin importar lo diligente o correcto de la actuación de los médicos, en este caso era inevitable el desenlace acaecido.

Aduce que el señor Hernán Marín mintió en cada una de las valoraciones de urgencias a las cuales asistió, indicando que no se encontraba afiliado en ninguna E.P.S, pues si se revisa en la historia clínica se podrá evidenciar que el paciente mintió dando como resultado una fecha errónea para el manejo y control de la enfermedad.

Argumenta que de acuerdo con el concepto del médico especialista en cirugía vascular Fernando Villegas, éste manifestó que no era posible predecir un final, ya que estos pacientes son fumadores pesados, hipertensos con alto riesgo cardiovascular, hay pacientes que se operan y salen bien, y otros que los operan inclusive con el fin de disminuir el área de amputación y a veces no se puede.

Refiere que está demostrado que el señor Marín en el momento de consultar por urgencias venía con una patología de más de 6 meses, que no se encontraba afiliado a ninguna EPS y que a causa de su dolor decide afiliarse Caprecom E.P.S, al momento de afiliarse consulta al médico por urgencias en el hospital de Montenegro, donde omite la verdad o mejor miente al médico tratante, informando que es un dolor de pocos días, por lo que el médico solo lo trata con algunos medicamentos, después de 10 días consulta nuevamente, pero acá empieza a decir la verdad y afirma que la evolución del dolor es superior a un mes, y en otra atención afirma que es superior a 6 meses.

Señala que si bien es cierto el diagnóstico fue confirmado en el mes de marzo del año 2011, venía con una sintomatología de más de 6 meses, lo que indica que los problemas de salud son del mes de agosto a septiembre del año 2010, esto es importante reiterarlo, puesto que el paciente tiene la obligación de recibir una buena atención, la cual es otorgada si el paciente hubiera acudido a tiempo al médico para realizar un diagnóstico, las complicaciones médicas que surgen en este caso son responsabilidad exclusiva del señor Marín, ya que éste tenía la obligación de acudir al médico y no debía omitir o mentir, puesto que esto dilata el proceso de recuperación.

Finalmente señaló que en los registros de la historia clínica en el caso presente, el señor Marín omitió de forma consciente la información de su patología, ocasionalmente de este modo un diagnóstico tardío, si se estudia la historia clínica no hay mención de negligencia o demora por parte de la EPS Caprecom, son las IPS las manejan al paciente quienes realizan las gestiones y consultas y determinan el procedimiento a seguir.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DEL QUINDÍO SAN JUAN DE DIOS.

Aduce que hay inexistencia de falla en el servicio, toda vez que analizada la historia clínica se puede afirmar sin duda alguna, que no existe falla del servicio del Hospital San Juan de Dios, pues es evidente la eficiencia, eficacia y diligencia en la atención prestada al señor Hernán Marín García, donde se hace un diagnóstico acertado y oportuno cumpliendo los protocolos médicos.

Expone que de los testimonios dados por los médicos, podemos deducir que el paciente con su evidente conducta descuidada para con su integridad física, producto del consumo de cigarrillos aceleró el desmejoramiento de su salud, teniendo como resultado la amputación del miembro inferior izquierdo.

DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO.

Expone que el ISSQ nunca le negó servicio alguno al señor Hernán Marín, pues ante dicha entidad no se elevó petición tendiente a la autorización de exámenes, medicamentos u otros que pudieran estar a cargo del Instituto, además es claro que el fallo de tutela presentado por los familiares del usuario, se condena única y exclusivamente a la EPS – CAPRECOM, siendo exonerado el Instituto Seccional de Salud del Quindío.

Aduce que lo requerido por el señor Marín estaba en el POS correspondiéndole dicha prestación a la EPS- S CAPRECOM, habiendo sido esto ratificado por el fallo de tutela en el que se condenó a la EPS.

CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM”

En sus alegatos de conclusión indica que se encuentra probada la culpa exclusiva de la víctima, en el sentido que la amputación de la pierna del señor Marín era inevitable, ya que éste no tuvo el autocuidado requerido por ser fumador pesado, además al momento de consultar venía con una patología de más de 6 meses, sin encontrarse afiliado a ninguna EPS y a causa del dolor se afilia a CAPRECOM, mintiendo, pues afirma que tenía un dolor hacía pocos días, por lo que, el médico lo trata con algunos medicamentos sin recetarle el tratamiento indicado.

Expone que todo el petitorio está encaminado a responsabilizar a CAPRECOM por no entregar las autorizaciones de los servicios requeridos, lo cual no es cierto, ya que si se entregaron las autorizaciones y en la historia clínica no existe mención que el procedimiento no se vaya a realizar, por el contrario, los especialistas tratantes confirman valoraciones y exámenes pre quirúrgicos para programar la cirugía.

Concluye afirmando que no existió dilación e irresponsabilidad en la atención y manejo de la patología de la usuaria, si hay responsabilidad es del Hospital de La Tebaida; Hospital San Juan de Dios y la Clínica del Café.

PARTE DEMANDANTE.

Se ratifica en la contestación y los alegatos de primera instancia, indicando que se debe confirmar la sentencia apelada, en el sentido que existió una pérdida de oportunidad del paciente por la amputación de su pierna izquierda a la altura de encima de la rodilla, lo cual se ocasionó por no remitirse el paciente a cirugía de revascularización tal como lo ordenó el médico tratante, intervención quirúrgica que le hubiera evitado una amputación total de su pierna.

MINISTERIO PÚBLICO Y EL LLAMADO EN GARANTÍA.

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES FINALES DE LA CORPORACIÓN

COMPETENCIA DE LA CORPORACIÓN PARA CONOCER DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS.

Sobre el tema relacionado con la competencia del superior con ocasión de los recursos de apelación interpuestos contra las providencias de primera instancia, el Consejo de Estado, en forma reiterada, ha sostenido:

*“En este orden de ideas resulta claro que para el juez de segunda instancia el marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adoptó en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por los recurrentes, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación opera el principio de la congruencia de la sentencia, de acuerdo con el cual ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”.*⁸ (Destaca la Sala).

De conformidad con el anterior aparte jurisprudencial, el marco de competencia del Juez de segunda instancia, está limitado a las referencias conceptuales y los argumentos que se aduzcan contra la decisión que se controvierte, por lo que, de conformidad con el principio de congruencia de la

⁸ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente 16985, actor: Segundo Juan Arcos Gallardo y otros y la sentencia del 12 de mayo de 2014, de la misma Sección, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, expediente 36268, actor Carlos Enrique Garcés Jaimes.

sentencia, los argumentos del recurrente condicionan la competencia del juez que conoce del mismo.

En este orden de ideas, la Corporación se limitará a resolver el recurso de apelación interpuesto en lo referente a las inconformidades manifestadas en contra de la providencia impugnada.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA y FIJACIÓN DEL DEBATE EN ESTA INSTANCIA.

Con el fin de analizar los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto, es menester que la Sala estudie si es posible establecer si la tardanza en la práctica de la cirugía al señor Hernán Marín García le generó como daño una amputación de su miembro inferior izquierda menos invasiva.

Se aduce por el a-quo, que la mora en practicarle la cirugía de “*revascularización de puente aorto biforme*”, generó como consecuencia que al señor Marín le tuvieran que amputar de manera absoluta su pierna izquierda, ya que de haberse realizado la cirugía a tiempo éste hubiera tenido alguna oportunidad de una amputación menos gravosa.

Por el contrario, CAPRECOM considera que no se demostró que la omisión de la EPS contribuyó en el desenlace de la enfermedad, pues la amputación referida se debió a culpa exclusiva de la víctima, ya que el señor Marín no observó el autocuidado requerido por las afecciones sufridas y la tardanza en el procedimiento no es imputable a CAPRECOM, sino que se debió por la necesidad de hacer exámenes y atenciones con anterioridad a la cirugía.

Desde ya advierte la Sala, que se limitara a analizar la responsabilidad de CAPRECOM, en virtud a que el a-quo exoneró a los demás demandados, lo que no generó reparo de las partes.

En ese orden de ideas para efectos de resolver caso en concreto, se analizarán los siguientes aspectos: (i) el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de responsabilidad médica y la carga de la prueba en estos asuntos, (ii) la pérdida de oportunidad – como daño antijurídico autónomo en materia de responsabilidad médica, para resolver, el (III) caso en concreto.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS IMPUTABLES A FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO Y LA CARGA DE LA PRUEBA.

De conformidad con la posición jurisprudencial consolidada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la principal razón para comprometer la responsabilidad del Estado por la actividad médica hospitalaria es la existencia

de una falla probada del servicio¹⁰, con las consecuencias probatorias que, tal y como se ha reiterado¹¹, le son propias¹². Así, quien pretenda ser indemnizado por los daños que considera imputables a una entidad pública a título de falla del servicio, debe demostrar la existencia del daño, el defecto en la prestación del servicio médico asistencial y, como se ha denominado tradicionalmente, un nexo de causalidad entre el daño y la falla¹³.

A propósito de la falla en la prestación del servicio médico, la Sección Tercera ha precisado que¹⁴:

Es necesario que se demuestre que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso¹⁵. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance¹⁶./negrillas fuera de texto/

En relación con el lazo que debe existir entre la falla y el daño la Sección Tercera admitió que, en circunstancias en las que no fuera posible esperar certeza o exactitud sobre la existencia del mismo, podía tenerse por acreditado si se observaba un “grado suficiente de probabilidad”¹⁷; sin embargo, dicha posición fue precisada en el sentido de indicar que se trata de una regla de prueba en virtud de la cual ese nexo puede demostrarse por vía indirecta, es decir, a través de indicios, pero en ningún momento constituye una excepción al deber que le asiste a la parte demandante, de acreditar lo que tradicionalmente se ha denominado como el lazo de causalidad que debe existir entre la falla y el daño para que se estructure la responsabilidad de la administración¹⁸.

¹⁰ Es pertinente señalar que la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno consideró que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. Es decir, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deberán resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede —en cada caso concreto— válidamente considerar que existen razones, tanto jurídicas como fácticas, que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente. Ver: Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

¹¹ Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre el mismo punto ver, entre otras, Sección Tercera, sentencias de 10 de febrero de 2000, exp. 11878, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez y de 23 de abril de 2008, expediente 17750, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa y, las de 3 de octubre de 2007, exp. 16402, de 28 de enero de 2009, exp. 16700 y de 9 de junio de 2010, exp. 18.683, todas con ponencia del consejero Mauricio Fajardo Gómez. Recientemente, ver sentencia de 29 de octubre de 2012, exp. 25331, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹³ Sección Tercera, sentencia de 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁴ Subsección B, sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 20315, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁵ [31] Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación No. 52001233100019950792301, expediente No. 17149, actor: Fair Benjamin Cahache y otros.

¹⁶ [32] En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez y otros, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

¹⁷ Por ejemplo: Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la parálisis sufrida (...) haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se amputaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”, de manera que existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la institución.

¹⁸ Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, *ibidem*, en la cual se sostuvo: “En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulta imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueban dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”, que permita tenerlo por establecido. // De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la

Por otra parte, existen reglas probatorias señaladas por la jurisprudencia que deben ser tenidas en cuenta al momento de valorar la prueba en estos asuntos, al respecto en lo relacionado con la prueba testimonial, en lo atinente a los declarantes que tienen un parentesco cercano con los demandantes o que laboran para alguna de las partes, considera el Consejo de Estado, con base en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil¹⁹, que son testigos sospechosos, no obstante ello no implica que sus versiones deban ser descartadas sino, más bien, que la valoración de su credibilidad debe ser sea reforzada, al respecto esa alta Corporación expresó citando a la Corte Suprema de Justicia que:

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil en sentencia de 19 de septiembre de 2001, exp. 6424, sostuvo: "...el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar esos testimonios, no lo habilita para desconocer a priori, su valor intrínseco, debido a que 'la sospecha no descalifica de antemano...sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio".²⁰

Resulta de capital importancia en estos asuntos establecer en qué consistió precisamente la atención médica brindada a un paciente, por lo que la historia clínica²¹ es la prueba directa por excelencia para estos menesteres, pues como lo ha sostenido la Sección Tercera dicho documento da fe de lo que ocurre a los pacientes²²:

Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no

existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hubiera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con finamiento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios".

¹⁹ "Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas".

²⁰ En este mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias de 29 de agosto de 2012, exp. 20412 C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth y de 19 de junio de 2013, exp. 24682, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²¹ La Ley 23 de 1981 definió la historia clínica y estableció su obligatoriedad así: "ARTICULO 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley. // ARTICULO 35. En las entidades del Sistema Nacional de Salud la Historia Clínica estará sujeta a los modelos implantados por el Ministerio de Salud. // ARTICULO 36. En todos los casos la Historia Clínica deberá diligenciarse con claridad". Aunque no es aplicable al caso bajo análisis por haber sido expedida con posterioridad a la fecha de los hechos, es importante indicar que, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 23, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 1995 de 1999, la cual estipula: "ARTICULO 1. DEFINICIONES. La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. // Estado de salud: El estado de salud del paciente se registra en los datos e informes acerca de la condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden incidir en la salud del usuario (...). // ARTICULO 3. CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA. Integridad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en los fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria. // Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista arbitrístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario. // Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo. // Disponibilidad: Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley. // Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio".

²² Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2011, exp. 18793, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía (negrita del texto citado)²³.

...A su vez, esta Sala se ha pronunciado respecto de —y ahora reafirma— la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo. En la anotada dirección se ha aseverado lo siguiente:

No debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación del servicio médico²⁴.

En ese sentido es de recordar que la Ley establece que todas las entidades prestadoras de servicios de salud están en la obligación de llevar registros de las actuaciones médicas (artículo 34 de la Ley 23 de 1981), de modo que el no dar cuenta de estos últimos constituye, por sí mismo, una falla que, como lo ha considerado el Consejo de Estado, puede, en ciertos eventos, llegar a comprometer la responsabilidad de la entidad demandada²⁵.

Finalmente y no menos importante es pertinente recordar que puede el Juez acudir a la literatura médica para efectos de mejorar conocimiento acerca de los temas sometidos a su consideración, en sentencia del 28 de marzo de 2012 se expresó: “(...) el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa”²⁶.

²³ [7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2007, exp. n.º 15178, CP: María Elena Giraldo Gómez.

²⁴ [8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. n.º 15772, CP: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Ver, por ejemplo, sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 25075, C.P. Danilo Rojas Betancouth, se sostuvo: “27. Como quiera que la parte demandada en este asunto no puede beneficiarse de su propia culpa, la Sala considera que la situación descrita, constituye en sí misma una falla del servicio, por cuanto el ISS incumplió sus obligaciones institucionales y legales de llevar el registro médico del paciente, y brindar acceso a la información requerida por los actores y por las autoridades. Esta falla del ISS ocasionó un daño a las personas que hoy conforman el extremo activo de la relación procesal y por lo tanto la demandada está en el deber de indemnizarlos conforme se expondrá en el acápite pertinente”.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp.1993-01854-01 (22163), C. P. Enrique Gil Botero.

Igualmente, la Sala Plena de Sección precisó en sentencia de 28 de agosto de 2014, en la que se unificó la jurisprudencia sobre la reparación del daño a la salud, lo siguiente²⁷:

“Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo” – se destaca.

LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD – COMO DAÑO ANTIJURÍDICO AUTÓNOMO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

En efecto, en relación con la pérdida de oportunidad, la Sección Tercera ha optado por considerarla como una modalidad de daño autónomo²⁸ y no como una técnica para facilitar la prueba en casos de incertidumbre causal – posibilidad planteada por la doctrina²⁹, aunque existan posiciones disidentes³⁰, de ahí que haya sido definida como el quebrantamiento del interés legítimo de obtener un beneficio cuya realización, aunque incierta, resulta probable, o de eludir un perjuicio cuya concreción no podría evitarse del todo. En ese sentido se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, aunque sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización. De acuerdo con lo sintetizado por el Consejo de Estado³¹, la pérdida de oportunidad:

... (i) debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; (ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, (iii) la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido, y (iv) el bien lesionado no es un derecho subjetivo sino de un interés legítimo.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2017, Exp. 28804, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁸ Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ Sección Tercera, Subsección B, sentencias de 29 de agosto de 2013, exp. 30347 y 29113 y de 31 de julio de 2014, exp. 31781, todas con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero.

³⁰ En ese sentido puede consultarse la sentencia de la Subsección C de 8 de abril de 2014, exp. 29809, C.P. Enrique Gil Botero.

³¹ Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de octubre de 2014, exp. 29720, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En síntesis, cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad. El grado de probabilidad que tenía el paciente de lograr el beneficio será, entre otros factores, el que determine la indemnización.³²

Lo mismo ocurre en relación con la falta de atención médica oportuna y adecuada que, desde octubre de 2009, la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado como un daño autónomo, en virtud de lo sostenido por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud. En palabras de la Sección Tercera del Consejo de Estado³³:

Los únicos daños indemnizables en estos eventos no son la muerte y las lesiones corporales; también están comprendidos, entre otros, los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz.

Al respecto cabe tener en cuenta que el derecho a la salud, tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional, es un derecho autónomo:

“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud³⁴. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.³⁵” (Subraya la Sala)

Y en el entendido de que el derecho a la salud es autónomo, resulta procedente considerar también la autonomía del daño que se configura cuando se produce la lesión de alguna de las facultades que emanan del citado derecho, aun cuando no se demuestre la lesión del derecho a la vida y/o a la integridad personal, como ocurre en el caso concreto.³⁶

³² En el mismo sentido la sentencia del 5 de marzo de 2015, de la Sección Tercera Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt, Expediente: 32.955, Radicación: 470012331000199806046-01, Actor: Sonia Esther Ruiz de la Cruz y otros, Demandado: Hospital Santander Herrera de Pivijay-Magdalena E.S.E.

³³ Sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 35656, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp. 20502 y de 15 de febrero de 2012, exp. 20710, amabas con ponencia de la consejera Ruth Stella Correa Palacio. De la Subsección B pueden consultarse: sentencias de 30 de abril de 2012, exp. 22251, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 5 de abril de 2013, exp. 25887, C.P. (E) Danilo Rojas Betancourt; 27 de septiembre de 2013, exp. 24886, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y, recientemente, 9 de octubre de 2014, exp. 32551, con ponencia de la misma magistrada.

15 de febrero de 2012, exp. 20710, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

³⁴ [6] *Así por ejemplo, en la Sentencia T- 345 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...) tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”*

³⁵ [8] *En la sentencia T- 736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere “(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.” En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T- 438 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte Constitucional consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.*

³⁶ Es de anotar que el reconocimiento de este daño encuentra su correlato en materia de perjuicios pues, como lo estableció recientemente la Sección Tercera en sentencia de unificación de jurisprudencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero), los perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados constituyen perjuicios inmateriales autónomos con parámetros de indemnización propios. Así, a partir de esta decisión, la autonomía del daño consistente en la falta de atención médica oportuna y adecuada, implica a su vez la del perjuicio inmaterial que se reconocería como consecuencia de ella y que, en ningún caso, puede confundirse con el daño a la salud, tipología de perjuicio reservada única y exclusivamente para las consecuencias inmateriales de las afectaciones sicosfísicas sufridas por las víctimas de algún tipo de lesión corporal.

Así las cosas, corresponde al juez, en ejercicio del deber que le asiste de interpretar armónicamente la demanda que le es sometida y teniendo en cuenta los límites que le impone el principio de congruencia y la garantía del derecho de defensa de la contraparte³⁷, precisar el daño antijurídico que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad.

De acuerdo con las anteriores premisas la Corporación resolverá el caso en concreto.

EL CASO EN CONCRETO.

Como primera medida es indispensable determinar, teniendo en cuenta los límites del recurso de apelación interpuesto, si existió el daño imputable al demandado CAPRECOM EPSS, para dichos efectos se deberá dilucidar si la omisión en la cirugía de “*revascularización de puente aorto biforme*” generó como consecuencia que al señor Hernán Marín García le tuvieran que amputar de manera absoluta su pierna izquierda, ya que se aduce que de haberse realizado dicha intervención a tiempo, éste hubiera tenido alguna oportunidad de una amputación menos invasiva.

Es preciso indicar, de acuerdo con el expuesto, que el derecho a la salud invocado como afectado adquiere la categoría de derecho fundamental cuando su vulneración pone en riesgo bienes jurídicamente protegidos como la vida. Es por eso que, con el fin de garantizar la consecución de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, la efectiva protección del derecho a la salud es una obligación pública de carácter prestacional, que involucra obligaciones de hacer por parte del Estado, para lograr una efectiva prestación del servicio público, en el que se garantice el pleno goce de los servicios de asistencia médica³⁸.

A las entidades prestadoras del servicio de salud, además de garantizar la aplicación de los procedimientos médicos acordes con la buena práctica médica, les corresponde garantizar la accesibilidad a los pacientes de los medicamentos y procedimientos necesarios para contribuir de manera efectiva a la satisfacción de la necesidad que implica la prestación del servicio de salud.

Lo anterior en virtud de lo previsto en el artículo 49 de la Constitución Política, según el cual la atención en Salud, hace parte de los servicios públicos a cargo del Estado, por lo que este debe garantizar “*a todas las*

³⁷ En ese sentido, en la sentencia de la Sección Tercera de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa, se afirmó: “*Reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte*”.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T – 571 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, conforme al principio de eficiencia, que implica el control de la gestión administrativa en la prestación del servicio³⁹.

De lo anterior la Sala constata, que se aduce la existencia de una falla en la prestación del servicio médico, debido a la demora en la práctica de un procedimiento quirúrgico que le ocasionó al paciente una desmejora en sus condiciones físicas

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁴⁰, la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades estas últimas que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Todas estas actuaciones integran el “acto médico complejo”, que la doctrina, acogida por el Consejo de Estado⁴¹ clasifica en: (i) actos puramente médicos; (ii) actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico, que por lo general son llevadas a cabo por personal auxiliar, en la cual se incluyen las obligaciones de seguridad, y (iii) los actos extramédicos, que corresponden a los servicios hospitalarios de alojamiento y manutención del paciente⁴².

Para el caso que ocupa el estudio de la Sala, el análisis se centrará en la responsabilidad del Estado por el daño ocurrido como consecuencia de una omisión hospitalaria, que encaja en la tercera de las referidas categorías, en tanto se trata de la falta de diligencia en la realización de un procedimiento quirúrgico, lo cual resulta fundamental para el desarrollo de la una actividad médica integral y ajustada a los preceptos de la *lex artis*.⁴³

En ese orden de ideas, debe la Sala dilucidar la existencia de la omisión descrita y si dicha actuación omisiva tuvo efectos ciertos y determinantes en la integridad física del señor Hernán Marín García

Siguiendo el anterior derrotero, al respecto no hay duda para la Corporación y así lo manifestó el a-quo, que según la historia clínica del Hospital San Juan de Dios de Armenia el señor Marín es un paciente en delicadas condiciones de salud, ya que fue remitido del Hospital de Montenegro con cuadro de 15 días de evolución consistente en necrosis progresiva del quinto dedo del pie izquierdo, asociado a dolor urente y prurito, reportando en el Arteriograma de

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-116 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, exp. 19.101, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp. 11.405, C.P. Alirio Eduardo Hernández Enríquez.

⁴² BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos. Ed. Hammurabi. 1ª reimpresión de la 2ª edición. Buenos Aires, 1994, p. 424, 425.

⁴³ Al respecto la sentencia del 8 de julio de 2016 de la SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Expediente: 36933. Radicado: 19001233100020060096001. Actor: Danny Tomás Vivas Angulo y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales y E.S.E. Antonio Nariño

miembros inferiores, reporta oclusión del 100% Aorto Abdominal Infrarenal, lesión severa en femoral superficial en tercio medio 70% derecho y recanalización por colaterales de arterias femorales, poplítea y vasos infrapoplíteos.⁴⁴

Adicionalmente, se destacan como antecedentes de importancia que el paciente es hipertenso medicado, fumador y con antecedentes familiares de cardiopatía.⁴⁵ Siendo diagnosticado el 24 de febrero de 2011 por cirugía General con enfermedad Arterial Oclusiva Crónica, Síndrome de Leriche y lesión severa femoral superficial derecho 70%.⁴⁶

El 2 de marzo de 2011, en la Fundación Alejandro Londoño, fue examinado por el Médico Cirujano Vascular Fernando Villegas González, ordenándole la cirugía de Revascularización Aorto Bifemoral como única salida quirúrgica, quien concluyó lo siguiente:

*DIAGNOSTICO: síndrome de Leriche. Diagnostico clinico y arteriografico.
Antecedentes personales: fumador pesado. HTA.
Paciente de 66 años con hc de claudicación intermitente en las piernas desde hace 2 años con distancia de media cuadra.
Al examen físico no pulsos femoral poplíteo ni tibiales.
Se indica cirugía de revascularización puente aorto bifemoral como la única salida para cirugía.
Se indica remisión para la clínica sagrada familia al grupo vascular Dr. Mosquera o Dr. Villegas.⁴⁷/resultado fuera de texto/*

A lo largo de la historia clínica del señor Marín, se dejan anotaciones consistentes en que está pendiente por trámites administrativos la remisión para cirugía vascular, resaltándose la anotación del 9 de marzo en la que se indica; “ Pendiente: Remisión a la sagrada familia para manejo por CX vascular por inconvenientes administrativos no ha sido trasladada a esa institución.”⁴⁸ y la del 24 de marzo, en donde se especifica como complicaciones las siguientes: “33 DIAS DE DEMORA POR TRAMITES Estrictamente administrativos estancia que no es del servicio de cirugía gral”⁴⁹

Se observa en la historia clínica que el 23 de marzo de 2011 fue dado de alta, quedando pendiente a cirugía vascular, citándolo en una semana para programar el procedimiento.⁵⁰

Se encuentra igualmente probado con la copia de la sentencia de tutela aportada y proveniente del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia⁵¹, que Etna Bibiana Marín Jiménez como agente oficioso del señor Hernán

⁴⁴ Fl. 122 C de pruebas.

⁴⁵ ibidem

⁴⁶ Fl. 132 C de pruebas.

⁴⁷ Fl. 176 C de pruebas.

⁴⁸ Fl. 144 vto C. de pruebas

⁴⁹ FL. 133 VTO C. de pruebas.

⁵⁰ Fl. 147 C. de pruebas

⁵¹ Fls. 18 al 34 C de pruebas

Marín García, solicitó el amparo constitucional para la protección de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana y seguridad social, lo anterior por “No haber autorizado el traslado a la Clínica la Sagrada familia para que le realicen la cirugía de revascularización Puente Aorto Bifemoral requerido por el accionante y ordenado por su médico tratante.”, en la decisión mencionado se expresó lo siguiente, que la Corporación resalta:

4. Del caso concreto:

En el presente caso el señor Hernán Marín García, presento acción de tutela por conducto de su hija, pues considera violados el derecho a la salud, a la vida y a la integridad personal por parte de Caprecom EPS-S, al no realizarle la cirugía de revascularización Puente Aorto Bifemoral que de manera prioritaria ordeno el medico tratante.

Por otra lado, afirma la agente oficiosa, que la demora se debe a trámites dilatorios que perjudican la salud de su padre que se encuentra recluso en Hospital San Juan de Dios de Armenia.

Durante el trámite de instancia la EPS-S, en su contestación afirma que el accionante, ya se le autorizo e inclusive ya se le genero una orden, estando a la espera de que el accionante se acerque a reclamarlas, es así, que este despacho se comunicó con la señora Etna Bibiana Marín al numero de celular 3127312154 para que nos comunicara que habia pasado con la medida provisional decretada que se ordeno al momento de admitir la presente acción de tutela, lo que nos informó que a su padre le habian dado de alta que además, deben sacarle una nueva cita por consulta externa para volver a valorarlo y que solamente le mandaron unos medicamentos para controlarle la presión., afirmaciones realizadas por al agente oficiosa, las cuales gozan del principio de buena fe.

(...)

Razón por la cual habrá de ordenarse a al EPS CAPRECOM que le realice al señor Hernán Marín García, si el médico tratante así lo autoriza, se proceda a realizar dentro del menor tiempo posible la cirugía de Revascularización Puente Aorto Bifemoral requerida proel mismo, y brindarle de forma integral el tratamiento que el medico le formule con ocasión a la enfermedad que padece.

Dicho Juzgado había ordenado como medida cautelar, por auto del 15 de marzo de 2011 que se autorizara y trasladara al paciente para la realización de la cirugía en el menor tiempo posible.⁵²

Dentro de la acción de tutela mencionada el médico Fernando Villegas González, rindió declaración juramentada,⁵³ indicando que valoró al paciente en la Clínica Alejandro Londoño, diagnosticándolo de la siguiente forma:

Valoro al paciente con todos los estudios y exámenes necesarios para el procedimiento quirúrgico, ya tenia una arteriografía lista y la sintomatología

⁵² Fls. 155 y 156 C. ppal 1

⁵³ Fls. 173 al 175 C. ppal 1

clínica de claudicación intermitente, o sea dolor al caminar a muy cortas instancias indicando un estado de isquemia o mala circulación avanzado, que si bien no era urgente, entendiéndose como urgencia resolver como urgencia en términos de horas, si era una intervención prioritaria para resolverse en término de aproximadamente en un término de 15 días a un mes, en mi recomendación, dejé claro que no era una urgencia, pero si una cirugía electiva prioritaria y sugería la remisión a la clínica sagrada familia para dicho procedimiento donde hemos atendido paciente de CAPRECOM, en dicha clínica tenemos grupo vascular pues esta es una cirugía considerada de grande porte. /negrilla fuera de texto/

Sobre los efectos de la cirugía a corto plazo indica que:

Estos pacientes son fumadores pesados, hipertensos, con alto riesgo cardiovascular en el cual la cirugía en un alto porcentaje mejora perfusión (oxigenación de tejidos) de las piernas, pero no es posible predecir un final, hay pacientes que se operan y salen bien y otros que operamos e inclusive con el fin de disminuir el área de amputación y a veces no se puede. Fue remitido probablemente por la EPS en la que el paciente está vinculado. Agrega en este punto que no se podría asegurar que era evitable la amputación de la pierna, es decir, que podía no ocurrir u ocurrir. . /negrilla fuera de texto/

Sobre los riesgos de la cirugía dijo:

Los riesgos de la cirugía del injerto aorto bifemoral son inherentes al estado del paciente y se igualan a cualquier procedimiento quirúrgico, como son la infección, obstrucción del injerto y muerte

En ese mismo sentido, dentro del expediente obra declaración juramentada practicada por el a-quo al mismo profesional de la salud el 6 de mayo de 2014, de la cual se destaca que el testigo indica que el pronóstico de recuperación para estos pacientes es hipotético, por tener alto riesgo cardiovascular por sus malas condiciones físicas, toda vez que era hipertenso, fumador pesado y consultó en estado avanzado de su enfermedad, expone que considera que el riesgo de la cirugía era mediano, en el cual el objetivo es salvar la mayor parte de la pierna, pues lo que se logre salvar es importante, asevera que la enfermedad que tiene es progresiva y con los factores de riesgo existía un probabilidad media de mortalidad⁵⁴

Obra copia auténtica de la historia clínica de la Clínica del Café DUMIAN MEDICAL, en la cual consta la realización el 3 de junio de 2011 de la cirugía vascular del señor María García, en la cual se realizó amputación del miembro inferior izquierdo por encima de la rodilla.⁵⁵

De los anteriores medios probatorios, queda claro para la Corporación que al señor Hernán Marín García le fue ordenada el 2 de marzo de 2011, por su grave estado de salud, una cirugía de Revascularización Aorto Bifemoral de manera prioritaria, para ser practicada, según el médico especialista en cirugía

⁵⁴ Fls. 252 al 254 del C. de pruebas.

⁵⁵ Fls. 117 al 119 del C. de pruebas.

vascular, en un plazo de 15 días a un mes, dicha intervención se hizo finalmente el 3 de junio de 2011; por consiguiente desde la orden de realizar la cirugía a la práctica de la misma, pasaron tres meses.

Por lo anterior, para la Corporación no existe duda que existió una omisión por la tardanza en la práctica de la cirugía mencionada, ya que además de dejarse constancia en la historia clínica de la mora, hubo una decisión judicial dentro de una acción de tutela⁵⁶ que ordenaba que dicha intervención se realizará en el menor tiempo posible.

Determinado lo anterior, que es la existencia de la falla del servicio por la omisión en la realización de la cirugía vascular, debe de dilucidarse, para efectos de responsabilizar a CAPRECOM, qué impacto tuvo dicho actuar omisivo en el desenlace de la cirugía practica al señor Hernán Marín García, pues se aduce que sí dicha intervención se hubiera practicado a tiempo (dentro de los 15 o un mes siguientes a su orden), la amputación del miembro inferior izquierdo del paciente fuera menor.

Al respecto, además de la historia clínica del paciente, el único medio probatorio tendiente a demostrar el daño señalado, son las declaraciones del cirujano vascular Dr. Fernando Villegas González, quien no es conclusivo en afirmar en sus atestaciones que la mora o tardanza en la practica del examen ordenado haya generado una amputación más grave del miembro inferior izquierdo del señor Hernán Marín García, pues éste asegura que la situación del paciente era delicada, calificando el riesgo de la operación como moderado y resaltando las graves condiciones y preexistencias del paciente, que no generaban un pronóstico certero del resultado de la intervención

No debe olvidarse y lo resalta la Corporación, que el señor Hernán Marín García contaba como antecedentes al momento de la orden de la cirugía, pues tenía una enfermedad cardiovascular grave de dos años de evolución (Enfermedad Arterial Oclusiva Crónica, Síndrome de Leriche y Lesión Severa Femoral Superficial Derecho 70%), era un fumador pesado, hipertenso y con un dedo necrosado, lo cual generó la necesidad de amputar su extremidad inferior izquierda, empero, no hay demostración certera o con un alto grado de probabilidad, que la tardanza de alrededor de 2 meses en la práctica de la cirugía, haya generado una amputación más severa que la practicada, ya que las pruebas obrantes en el plenario no son concluyentes en ese sentido.

Queda pues claro que no hay demostración con un alto grado de probabilidad que la tardanza en la realización de la cirugía del señor Marín hubiera generado una mayor amputación de la pierna de éste, convirtiéndose dicho evento en un circunstancia que hipotéticamente pudo haber incidido en el resultado final, pero por la falta de comprobación, no puede ser determinada como un daño cierto, lo que lleva a concluir a la Corporación que no se comprobó la pérdida de oportunidad alegada imputable a la entidad

⁵⁶ Por medio de la medida cautelar dentro de la acción de tutela, por auto del 15 de marzo de 2011, se ordenó la realización de la cirugía en el menor tiempo posible. (Fls. 155 y 156 C. ppal 1)

demandada, lo que genera como consecuencia que debe revocarse la sentencia apelada, negando las pretensiones de la demanda.

No obstante lo anterior, aun cuando es evidente que sí se produjo una afectación al derecho a la salud de accionante por la tardanza al realizar la cirugía, también es cierto que no puede efectuarse reconocimiento alguno por dicho concepto comoquiera que el mismo no fue objeto de demanda.

Finalmente y en consideración a qué no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Quindío, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

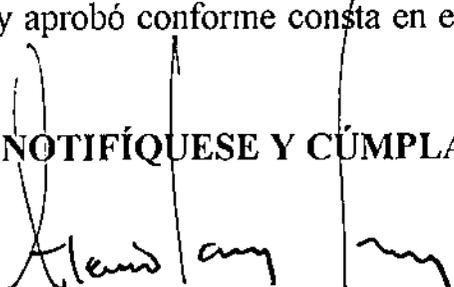
Primero: Revocase la sentencia 30 de mayo de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión Escritural del Circuito de Armenia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y como consecuencia se niegan las pretensiones de la demanda.

Segundo: No se condena en costas como se expresó en la parte motiva de esta sentencia.

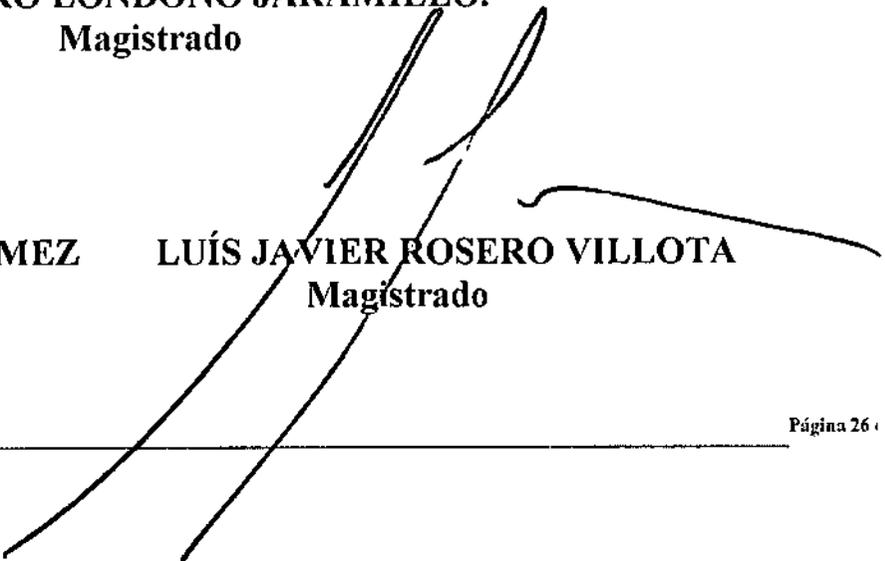
Tercero: Una vez en firme la anterior sentencia, se ordena su devolución al Juzgado de primera instancia, luego de realizar las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia Siglo XXI.

Este fallo se discutió y aprobó conforme consta en el Acta de Sala No.39 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO.
Magistrado


RIGOBERTO REYES GÓMEZ
Magistrado


LUÍS JAVIER ROSERO VILLOTA
Magistrado