



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**

Bogotá, D.C, veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020).

<b>Referencia</b>	110013330332012-00001-00
<b>Sentencia</b>	SC3-20082454
<b>Acción:</b>	REPARACIÓN DIRECTA
<b>Demandante</b>	Euline Orostegui Gómez y otros
<b>Demandado</b>	Nación - Ministerio de la Protección Social y otros
<b>Tema</b>	Falla médica. Servicio de atención de urgencias. No aplica indicio grave para el caso en concreto respecto a no allegar la historia clínica completa. No se demandó a entidades que brindaron los servicios para tratar la enfermedad de cirrosis que padecía el paciente desde el año 2004. No se demostró falla médica en la atención de urgencias brindada al paciente por parte de la Clínica Vascular Navarra. No se probó la pérdida de oportunidad

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por la señora EULINE OROSTEGUI GÓMEZ y sus hijos ANDREA Y WILLIAM PORTILLO OROSTEGUI contra la NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, EPS HUMANAVIVIR S.A y la CLÍNICA VASCULAR NAVARRA.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. La Demanda.**

En demanda del 25 de febrero de 2011, los señores EULINE OROSTEGUI GÓMEZ y sus hijos ANDREA Y WILLIAM PORTILLO OROSTEGUI, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron la declaratoria de responsabilidad de la NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, EPS HUMANAVIVIR S.A y la CLÍNICA VASCULAR NAVARRA, siendo sus pretensiones las siguientes:

“Primera.- Que la Nación – Ministerio de Protección Social- EPS Humanavivir y la Clínica Vascular Navarra, son administrativa y patrimonialmente responsables de los daños y perjuicios ocasionados a la señora EULINE OROSTEGUI GÓMEZ, ANDREA Y WILLIAM PORTILLO OROSTEGUI, quienes comparecen en su calidad de esposa e hijos respectivamente, del señor JOSÉ HUMBERTO PORTILLO CABRERA q.e.p.d, quien falleció por una indebida y tardía prestación del servicio médico.

Segunda.-Que como consecuencia de la anterior declaración, la NACIÓN- MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, EPS HUMANAVIVIR S.A y la CLÍNICA VASCULAR NAVARRA, deberá pagar a cada uno de los actores, a título de indemnización de perjuicios, las siguientes sumas de dinero:

1. EULINE OROSTEGUI GÓMEZ

- a. Por perjuicios morales el valor equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
  - b. Por daño a la vida en relación, la suma correspondiente a 150 S salarios mínimos legales mensuales vigentes.
  - c. Por lucro cesante, el valor correspondiente según la vida probable del señor ALFONSO PORTILLO víctima, de acuerdo con la determinación que se pruebe durante este proceso.
2. A ANDREA Y WILLIAM PORTILLO OROSTEGUI:
- a. Por perjuicios morales el valor equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.
  - b. Por daño a la vida en relación, el valor equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Tercera.- Las anteriores codenas deberán actualizarse y devengaran intereses desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, todo de acuerdo con lo previsto en los artículos 176,177 y 178 vigentes del Código Contencioso Administrativo. "

Como fundamento de las pretensiones se expuso que conforme a la hoja de evolución emitida por PREVIMEDIC, el señor JOSÉ HUMBERTO PORTILLO CABRERA presentaba malestares en el estómago desde el 22 de julio de 2003, señalándose también que este paciente llevaba un año de evolución de dolor, distensión, abdominal y nauseas.

Refiere que el 5 de diciembre de 2003, el servicio de gastroenterología de PREVIMEDIC SA diagnóstico "várices esofágicas grado II y gastritis crónica activa".

Indica que el 16 de diciembre de 2003 el radiólogo CARLOS TORRES con base en una ecografía hepatobiliar consideró que el señor PORTILLA presentaba una "DISMINUCIÓN EN EL TAMAÑO DEL HIGADO CIRROSIS".

Posteriormente el 15 de enero de 2004 un informe de patología emitido por la doctora LILIA SÁNCHEZ diagnosticó con base en una biopsia del hígado del señor Portilla "hepatitis crónica con actividad necroinflamatoria moderada (score 13/18) en fase cirrótica (score 6/6); y que el 16 de enero de 2004, el paciente fue remitido a un hospital de III nivel, esto es, la Clínica San Rafael.

Manifiesta que el 3 de febrero de 2004, un informe de radiología, emitido por la CLÍNICA PREVIMEDIC, consideró que el estudio del señor Portilla se encontraba dentro de los límites normales (radiografía de tórax); y el 3 de marzo de 2004, esta misma clínica diagnosticó que el señor Portillo tenía una cirrosis hepática alcohólica y una enfermedad de reflujo gastroesofágico sin esofagitis y por lo tanto es remitido al Hospital San Ignacio.

Un año después, el 24 de febrero de 2005, el Hospital San Ignacio Diagnóstico "otra cirrosis del hígado y la no especificadas (K746)" y también refiere que se sospecharía que la etimología de la cirrosis podría corresponder a un Nash, sin embargo la biopsia no tiene correspondencia con este diagnóstico, razón por la cual solicitó paraclínicos para descartar otras patologías, valoración nutricional y control.

Precisa que el 14 de mayo del mismo año el radiólogo Juan Pablo Cuesta con base en una

ecografía hepatobiliar, encontró "hígado de tamaño y contornos normales con alteración difusa de la ecoarquitectura sin evidencia de lesiones focales", concepto diferente al emitido anteriormente; asimismo, sostuvo que el señor Portillo tenía una enfermedad parenquimatosa difusa y solicitó correlacionar con paraclínicos.

Indica que con una nueva ecografía hepobiliar realizada el 10 de octubre de 2006, se encontró que el señor Portillo padecía de hígado graso.

Luego, Previmedica S.A, el 1º de junio de 2007, cambió su diagnóstico y consideró que la cirrosis del señor Portillo no era alcohólica; y esta misma sociedad el 26 de noviembre de 2008, diagnosticó que el referido paciente tenía una enfermedad tóxica del hígado, con cirrosis y fibrosis del hígado.

Asimismo sostiene que el 25 de noviembre de 2008, la clínica Vasculat Navarra encontró que el señor Portillo "el hígado, el páncreas y las glándulas suprarrenales no muestran alteraciones"; esta misma clínica el día 28 de noviembre de 2008, trasladó al paciente a la RTS LIMITADA AGENCIA COUNTRY, quien procede a realizar la valoración del paciente concluyendo que el mismo se encuentra en malas condiciones con falla hepática descompensada, siendo mal remitido para valoración por necesidad de diálisis, pero el paciente requiere de manejo integral en cuidado intensivo por hepatólogo intensivistas y nefrólogo. El mismo día falleció en el Hospital Universitario de la Samaritana.

Arguye que la EPS Humana Vivir S.A nunca prestó el tratamiento que exigen los pacientes con cirrosis, pues si bien es cierto que la enfermedad es irreversible, también lo es que existen mecanismos para evitar o retardar la evolución de una cirrosis en estado inicial a las fases avanzadas; tampoco las demandadas no hicieron lo pertinente para el tratamiento definitivo de esta enfermedad como lo era el trasplante hepático, pues al señor Portillo nunca se le informó sobre la necesidad de trasplante, ni el procedimiento que debía adelantar, como tampoco fue incluido en la respectiva lista.

Se agrega en escrito separado que el Ministerio de protección Social incurrió en falla en el servicio en cuanto a la falta de vigilancia y cuidado en las entidades promotoras de salud de carácter privado como es el caso de la demandada Humana Vivir.

## **2. Actuación procesal en primera instancia.**

La demanda fue presentada ante el Juzgado 33 Administrativo del Circuito de Bogotá el 25 de febrero de 2011 (fl.22 C1 T1) quien con auto del 26 de marzo de 2011 remitió por competencia a los Tribunales Administrativos de Cundinamarca (fl. 30 a 31 C1 T1) quien con providencia del 27 de enero de 2012, declaró la falta de competencia y devolvió el proceso a los juzgados administrativos (fls. 43 y 44 ib) donde fue nuevamente repartido correspondiéndole al Juzgado 19 Administrativo de Descongestión ( fl. 46 ib) quien con auto del 20 de marzo de 2012 admitió la demanda y ordenó la notificación a las demandadas( fls. 54 y 55 ib.) Una vez surtido el trámite de notificaciones las demandadas contestaron la demanda. (fls. 64 a 80, 139 a 156 y 162 a 171 ib.)

El 17 de julio de 2012 se decretaron las pruebas pedidas por las partes (fls.184 a 188 ib.)

Finalmente, el 26 de enero de 2016 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión. (fl. 413 vltá tomo III)

Y el 24 de junio de 2016, se decretó auto de mejor proveer. (fls. 474 vlt)

### **3. sentencia de primera instancia.**

El 9 de abril de 2018, el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C profirió sentencia de primera instancia, en la que negó las pretensiones de la demanda así:

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de caducidad propuesta por la NACIÓN- Ministerio de Salud y Protección Social y Sociedad Humana Vivir S.A EPS.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL.

TERCERO: Declarar no probada excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la sociedad HUMANA VIVIR EPS S.A

CUARTO: Denegar las pretensiones de la demanda.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandante. Líquidense por secretaría.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.”

El a quo parte de aclarar la relación sustancial del afiliado con las demandadas, sosteniendo que el mismo, tenía con la EPS humana Vivir una relación de naturaleza contractual, no obstante, no se evidencia que esta entidad hubiese negado la autorización para algún servicio, no demostrándose el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; resalta que se debe tener en cuenta que la EPS no presta directamente el servicio de salud, sino se limita a sufragar los costos de la atención médica brindada a sus afiliados como una aseguradora, razón por la cual continua el estudio únicamente con las IPS particulares que prestaron este servicio de salud.

En cuanto a la falla en el servicio indica que la parte actora refiere a que la falla del servicio es la omisión de las prestadoras del servicio de salud en ordenar un trasplante de hígado, siendo este el procedimiento adecuado para tratar la enfermedad que padecía el afiliado, no obstante, solamente demanda a la clínica Vasculat Navarro, IPS cuya atención se limitó a la atención de urgencias en un solo evento.

Así indica, que partiendo de que la atención de urgencias consiste en la estabilización del paciente, no se le puede endilgar a esta prestadora falla alguna en no ordenar el trasplante, dado que esto correspondía a los médicos tratantes especializados de consulta externa.

Ahora, respecto a la pérdida de oportunidad de continuar con vida el afiliado si el prestador del servicio de urgencias hubiese actuado de forma diferente, hace referencia al concepto del Instituto de Medicina Legal, concluyendo que al enfermedad del paciente era grave y para el momento del fallecimiento su condición comprometía varios órganos, sin que se demostrará una falla médica o pérdida de oportunidad de supervivencia del paciente.

Destaca que el instituto de medicina legal señala que no hay un tratamiento específico para la NASH, por lo que no puede objetivamente demostrarse que alguno de los actores del sistema general de seguridad social haya podido incurrir en falla en el servicio.

Concluye que dentro del sub lite no se demuestra que la atención haya sido deficiente o que se configure la pérdida de oportunidad; y que si bien la unidad renal a donde se remitió el paciente consideró que se trataba de una mala remisión, no está demostrado que tuviera la posibilidad de supervivencia que permita concluir que hubo una pérdida de oportunidad, especialmente porque la muerte se ocasionó por varias fallas sistemáticas, y no solo la enfermedad renal determinó el resultado. (fls. 541 a 559 Cuaderno apelación sentencia)

## **II. RECURSO DE APELACIÓN.**

El 26 de abril de 2018, la apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia, partiendo de 5 postulados que atacan esta decisión así:

- i) Imposibilidad de probar la falla en el servicio por culpa imputable a las demandadas.

Para ello sostiene que el a quo se equivoca al concluir la inexistencia de la falla en el servicio, pues tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia han sido claras en manifestar que no aportar la historia clínica o hacerlo de manera incompleta o con tachaduras configura un indicio grave de responsabilidad en contra de las demandadas, situación que ocurre en el caso en concreto, pues no fue posible que las demandadas aportaran en su integridad la historia clínica, lo que impidió también que se emitiera el peritaje solicitado con la demanda, para efectos de determinar si los procedimientos fueron correctos o no, como tampoco se pudo determinar si el paciente hubiera tenido o no la oportunidad de curarse o aumentar los años de vida de haberse sometido al trasplante. Entonces, las demandadas al no aportar la historia clínica en su totalidad, se presume su responsabilidad, pues debido a esto no se pudo realizar una valoración completa por parte del perito.

Por otro lado, sostiene que es muy clara la falla en el servicio por parte de la Clínica Vasculor Navarra, dado que a pesar de no contar con lo necesario para atender al señor Portillo lo mantuvo 4 días y solo cuando ya estaba grave lo remitió a la clínica Country que tampoco contaba con la UCI para atender síndrome hepatorenal, por lo cual se remitió a la Clínica Samaritana donde falleció.

- ii) La tasación de la pérdida de oportunidad cuando no se logra probar la probabilidad de la vida del paciente.

Manifiesta que como no se pudo determinar la probabilidad de vida que tenía el señor Humberto Portillo debido a que la historia clínica no fue aportada en su totalidad, solicita que el daño sea tasado conforme a la sentencia del 5 de abril de 2017 rad. 25706, en el cual se ordenó indemnizar en un 50% del valor de las pretensiones.

Refiere a que se encuentra demostrado el primer componente de la pérdida de oportunidad, ya que no es posible determinar con certeza que de haber mediado una correcta y oportuna remisión por parte de clínica Vasculor Navarra se habría superado el

daño final, esto es el fallecimiento del paciente. Entonces, concluye que en el caso en concreto cabría la reparación de la pérdida de oportunidad de sobrevivida del paciente Portillo como consecuencia de la indebida prestación de los servicios de salud.

Indica que se sabe con certeza que la probabilidad que tenía el señor Portillo de sobrevivir se tornó en inexistente que ninguna de las demandadas le ofreció la alternativa de trasplante, es decir no le practicaron los exámenes físicos y clínicos pertinentes, ni tampoco le ofrecieron información sobre esta posibilidad de tratamiento.

iii) Responsabilidad solidaria entre la EPS Humana Vivir y la IPS Clínica Vasculare Navarra.

Trae precedente del Consejo de Estado donde se afirmó que las actuaciones desplegadas por los médicos de la EPS, se entiende realizada por estas últimas, ya que esos profesionales están ejerciendo funciones en su representación, ocurriendo lo mismo con las IPS (rad. 24985) también hace referencia al a imputación jurídica que le asiste a las entidades públicas por el hecho de sus contratistas.

Precisa que como quiera que se ordenó la liquidación y disolución dela EPS HUMANA VIVIR ,conforme al parágrafo 2 del artículo 18, el Ministerio de Salud y Protección Social es la entidad encargada de asumir las obligaciones derivadas de procesos judiciales en las que fuera parte esa EPS.

iv) La legitimación en la causa del Ministerio de Salud y Protección Social.

Resalta que la atención de salud es un servicio público a cargo del Estado al cual le corresponde organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo, teniendo igualmente como finalidad social el deber de asegurar una prestación eficiente de este servicio; ahora si bien puede delegar esta función en particulares, el Estado no puede desprenderse totalmente de sus obligaciones establecidas en la constitución como un servicio público.

Precisa que otra garantía que poseen los pacientes en el ejercicio de su derecho a la salud, es el deber estatal de diseñar un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud.

Además, refiere que el Ministerio tenía la obligación de fijar las políticas públicas en salud, no obstante, solo actualizó la ley de donación de órganos hasta el 4 de agosto de 2016, y antes no había diseñado claramente las directivas ni procedimiento que se deben adelantar cuando un enfermo requiere alguno de estos procedimientos, siendo su decisión tardía.

v) Improcedencia condena en costas.

Manifiesta que conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no es procedente la condena en costas, debido a que ninguna de las partes actuó de forma temeraria. (fls. 560 a 570 Cuaderno apelación sentencia)

El 17 de mayo de 2018, se concedió el recurso de apelación antes referenciado por parte del a quo (fl. 595 ib.)

## **1. Actuación procesal en Segunda Instancia.**

Recibido el expediente en esta Corporación, el 4 de diciembre de 2018, el Magistrado Sustanciador admitió el recurso de apelación en mención; y el 19 de febrero de 2019 corrió traslado a las partes para alegatos finales, y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto (fls. 599 y 601 ib.)

El 5 de marzo de 2019, presentó alegatos de conclusión la parte actora donde reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (fls. 602 a 614 ib)

Las demandadas no presentaron alegatos de conclusión.

El Agente del Ministerio no allegó concepto.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

### **III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICOS**

Teniendo en cuenta el debate jurídico propuesto por el recurso de apelación en mención la Sala se ocupará de resolver:

- Es procedente aplicar el incidido grave en contra de las de las demandadas por no aportar la historia clínica del señor José Alfonso Portillo, y en consecuencia declarar la responsabilidad de las mismas respecto a la atención brindada de este paciente?
- Es procedente acceder a las pretensiones a través dela figura de perdida de oportunidad?
- Debe revocarse la condena en costas realizada por el a quo?

#### **Tesis de la sala**

- Para la Sala no es procedente aplicar el indicio grave en contra de las demandadas partiendo de que a quien le correspondía allegar la historia clínica del paciente respecto al tratamiento que se le brindó a la enfermedad que presentaba el señor José Alfonso Portillo de cirrosis desde el año 2004, era a las entidades encargadas directamente de este servicio es decir PREVIMEDIC y el Hospital San Ignacio, pues ellas son las que tienen la custodia de la misma, no obstante las mismas no fueron demandadas en el sub lite. Ahora respecto de la atención de urgencias brindada por la clínica Vasculat Navarra, esta IPS allegó la historia clínica completa con la cual se demuestra la atención brindada al paciente realizando exámenes, análisis, evaluaciones, seguimientos por parte de diferentes especialidades dadas las condiciones que presentaba el paciente su estado de salud y su sintomatología, para efectos de establecer un diagnóstico y proceder a un tratamiento o plan; además no se demuestra que el personal médico se hubiese equivocado en el diagnóstico y tratamiento respecto a las afecciones que presentaba el paciente o este no hubiese sido el acertado, que la atención o realización de exámenes fuera tardía, que no se hubiera realizado los laboratorios requeridos en estos casos, pues estos son aspectos

técnicos propios de la ciencia médica que requieren de prueba, la cual se echa de menos en el sub lite.

- No es procedente acceder a las pretensiones de la demanda a través de pérdida de oportunidad como quiera que dentro del proceso no se logró acreditar- con certeza sobre la posibilidad de que en el caso de haberse realizado la valoración por parte de medicina interna el mismo día o el día siguiente que fue ordenada o de haberse remitido al paciente a una institución con nefrología y hepatología y no a RTS, ello hubiera podido evitar su muerte, pues, no se allegó otro medio de prueba que diera cuenta de que el ser valorado por las referidas especialidades hubiere conllevado a la recuperación del estado de salud del señor José Alfonso Portillo.
- Es procedente revocar la decisión de primera instancia de condena en costas dado que no se demostró temeridad de la parte vencida en el sub lite.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **1. Competencia.**

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y el valor de la pretensión mayor no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 133 y 134E del C.C.A, y del artículo 198 de la Ley 1450 de 2011" descongestión por razón de la cuantía en la jurisdicción contenciosos administrativo" el cual dispone la aplicación del artículo 157 del CPACA en cuanto al razonamiento de la cuantía para proceso radicados antes del 2 de julio de 2012.

##### **2. Caducidad.**

Al respecto es de anotar que el término de caducidad de la acción de reparación directa se contabiliza a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, de acuerdo con lo establecido en el No. 8 del artículo 136 del CCA.

Así las cosas, para efectos de establecer la caducidad de la acción de reparación directa en el presente asunto se tendrá en cuenta la fecha en que falleció el señor JOSÉ ALFONSO PORTILLO CABRERA el día 28 de noviembre de 2008 ( fl. 4 Cuaderno de pruebas tomo I) Entonces, entre el 29 de noviembre de 2008 al 29 de noviembre de 2010 corría el término de caducidad, no obstante, dicho término se suspendió el 26 de noviembre de 2010, con la radicación de la solicitud de conciliación extrajudicial (fl. 1 a 3 ib) quedándole 4 días para que operará la caducidad; la audiencia de conciliación fue realizada el 24 de febrero de 2011, (ib) es decir que tenía plazo de presentar la demanda hasta el 28 de febrero de 2011. La demanda fue presentada ante el Juzgado 33 Administrativo del Circuito de Bogotá el 25 de febrero de 2011 (fl.22 C1 T1), por lo que se entiende presentada en tiempo la demanda.

### **3. Legitimación en la causa.**

#### **3.1 Por activa.**

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan:

<b>Demandante</b>	<b>Parentesco</b>	<b>Prueba</b>
EULINE OROSTEGUI GÓMEZ	Esposa	Registro de matrimonio registrado en el año 1983 fl. 5 Cuaderno de pruebas tomo I
ANDREA PORTILLO OROSTEGUI	hija	Registro civil de nacimiento fl. 6 ib.
WILLIAM PORTILLO OROSTEGUI	hijo	Registro civil de nacimiento fl. 7 ib.

#### **3.2 Pasiva.**

La clínica Vascolar Navarra Ltda, está legitimada en la causa por pasiva, en atención a que fue donde se le presentó el servicio médico de urgencias al señor José Alfonso Portillo del cual se deriva la falla médica, conforma a la historia clínica obrante en el expediente (fls.81 a 131 C1 Tomo I)

Respecto a la legitimación de HUMANA VIVIR EPS S.A y del Ministerio de Salud y Protección Social por ser un debate propuesto en el recurso de apelación se resolverá en las consideraciones de esta sentencia.

### **4.- Argumentación Jurídica.**

#### **4.1 Cláusula general de responsabilidad del Estado Social de Derecho.**

La fórmula del Estado Social de Derecho no es una simple muletilla gramatical o fina galantería retórica, sino que incluye un reconocimiento efectivo de los derechos constitucionales ya que se funda en la dignidad humana, en la carta de derechos y mecanismos de protección, donde es la persona humana como fuente última que legitima la existencia y el accionar del Estado y sus autoridades. (Art. 1, 2 y 94 CP)<sup>1</sup>.

Pero mucho más importante es la inclusión a nivel constitucional de la fórmula básica o esencial de la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 90 de la Constitución, pues es la víctima y su daño antijurídico el que tiene en adelante toda la atención y protección de sus derechos frente a las acciones u omisiones del Estado y sus autoridades, que le sean imputables, las que sirven de fundamento a la indemnización de los perjuicios ocasionados por los mismos, ya sea a partir de los criterios de la "falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional o cualquier otro" (...) "En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ver Corte Constitucional T-406 de 1992, especialmente.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de noviembre de 2017, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00147-01(52993). CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Conforme lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples pronunciamientos, que la declaración de responsabilidad patrimonial y administrativa será posible siempre que se acredite la concurrencia de los elementos constitutivos de la misma, así: i) el daño antijurídico, patrimonial o moral, que el demandante no tenía por qué soportar, ii) la acción o la omisión constitutiva de una falla del servicio de la Administración y iii) la relación o nexo de causalidad entre los dos elementos anteriores<sup>3</sup>.

Sobre la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado ha precisado que ésta se encuentra comprometida siempre y cuando se acredite: **i)** la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la que se habrían evitado los perjuicios; **ii)** la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; **iii)** la existencia de un daño antijurídico; y **iv)** la relación de causalidad entre la omisión y el daño<sup>4</sup>.

Tal y como lo ha establecido el Máximo Tribunal Administrativo y la doctrina. "En ocasiones a pesar de existir 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 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 de responsabilidad; 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."<sup>5</sup>

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia del 1 de agosto de 2016<sup>6</sup>, reiteró la posición antes adoptada, en el sentido de advertir que, es el daño, la columna vertebral de la responsabilidad del Estado, de manera que corresponde al Juez establecer su existencia, su antijuridicidad, y la magnitud de su afectación, y para efectos de ser indemnizable, requiere de su cabal estructuración, la cual comprende la demostración de los siguientes aspectos:

- i)** Daño antijurídico: esto es, aquel que no se está en el deber jurídico de soportar.
- ii)** Derecho, bien o interés lesionado protegido por el ordenamiento jurídico.
- iii)** Daño cierto y personal: es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 12 de mayo de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2005-02581-01 (40544) / Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Sentencia de 9 de septiembre de 2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2001-03279-02(34468)

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C. diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 76001-23-31-000-2005-02897-01 (38092)

<sup>5</sup> HENAO, Juan Carlos. El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. Pág. 38.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C., 1º de agosto de 2016. Radicación número: 66001-23-31-000-2009-00171-01 (40943)

Sobre el carácter cierto y personal del daño, la Sala ha considerado que:

De allí que, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

Por otro lado, la falla del servicio, como título para imputar responsabilidad al Estado, se configura por alguno de los siguientes supuestos: (i) retardo, (ii) irregularidad, (iii) ineficiencia, u (iv) omisión o ausencia del mismo.

En relación con lo anterior, el Consejo ha señalado que:

El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía<sup>7</sup>.

Así las cosas, en el marco del título de imputación de responsabilidad de falla del servicio, adicional al daño antijurídico se requiere que la entidad demandada haya actuado de manera tardía, irregular, ineficiente o que no haya actuado.

Finalmente, existe un tercer elemento sin el cual no se puede configurar la responsabilidad del Estado, como lo es el **nexo de causalidad** entre el daño antijurídico y la acción u omisión de la administración. Se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar; por tanto, corresponde al juez, en principio, constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado éste, analizar la posibilidad de imputarlo o no a la entidad demandada, de manera que si el daño no está acreditado se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre configurada una falla en la prestación del servicio.

El nexo causal, entonces, debe ser definido como la relación necesaria y eficiente entre el daño antijurídico cierto y la acción u omisión de la administración. La jurisprudencia y la doctrina han indicado que "para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa – efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

La jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de abril de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

aplicable está “fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva”<sup>8</sup>.

#### **4.2 Régimen de imputación derivado de la actividad médica.**

Luego de muchos debates al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado, éste ha establecido que el régimen de responsabilidad aplicable en la actividad médica es la falla del servicio<sup>9</sup>. Específicamente la **falla probada del servicio**<sup>10</sup>.

Este título de imputación opera “no solo respecto de los daños indemnizables de la muerte o de las lesiones corporales causadas”, sino que comprende también la vulneración a los derechos a “ser informado, por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”<sup>11</sup>.

Ahora, en cuanto a la falta de **atención oportuna y eficaz** en la prestación del servicio de salud, lo que se afecta directamente es la garantía constitucional del derecho a la salud y que se refiere al respeto del principio de “integralidad en la prestación del servicio”<sup>12</sup>.

La Corte Constitucional ha definido el principio de integralidad así:

(...) todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>13</sup>.

El Consejo de Estado, por su parte, ha acogido este principio en su jurisprudencia y ha dicho que:

La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)<sup>14</sup> Subrayado fuera de texto.

<sup>8</sup> PATIÑO, Hector. La causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Universidad Externado de Colombia. Revista de derecho privado No. 20, Enero – Junio de 2011. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/2898/2539> Consultado el 11 de octubre de 2016.

<sup>9</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

<sup>10</sup> Sentencias de agosto 31 de 2006. Exp. 15772; octubre 3 de 2007. Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp.15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

<sup>11</sup> Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

<sup>14</sup> Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

### a. La atención en el servicio de urgencias.

La atención de la salud está consagrada como servicio público (art. 49 CP) a cargo del Estado; sin embargo, también la salud es un verdadero derecho fundamental<sup>15</sup>, pues su garantía, la efectiva y eficiente prestación del servicio afecta de manera inexorable los derechos fundamentales como la dignidad humana, la vida y la integridad personal. Esto último no solo con fundamento en la Constitución, sino también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, en el que se estableció que “los Estados Partes en el presente pacto **reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**” (art. 12.1) y que “entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (art. 12.2).

En línea con lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14, aprobada en el año 2000, señaló que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino que entraña libertades y derechos.

Por su parte, la Ley 100 de 1993, que regula la prestación del servicio a la salud, establece como principios rectores la equidad<sup>16</sup>, la obligatoriedad<sup>17</sup>, la protección integral<sup>18</sup>, la libre escogencia<sup>19</sup>, la autonomía de las instituciones<sup>20</sup>, la descentralización administrativa<sup>21</sup>, la participación social<sup>22</sup>, la concertación<sup>23</sup> y la calidad del servicio<sup>24</sup>. Entre sus características básica del sistema general de salud está la pertenencia de todos los colombianos al sistema a través del régimen contributivo, beneficiario o subsidiario y se organiza a través de las ESPS, IPS y la atención de urgencia<sup>25</sup> en todo el territorio nacional<sup>26</sup>, niveles de complejidad

<sup>15</sup> Ver entre otras las sentencias T- 185 de 2009, T-589 de 2009 y T- 195 de 2011.

<sup>16</sup> Equidad. El sistema general de seguridad social en salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

<sup>17</sup> Obligatoriedad. La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago.

<sup>18</sup> Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud.

<sup>19</sup> Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.

<sup>20</sup> Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley.

<sup>21</sup> Descentralización administrativa. La organización del sistema general de seguridad social en salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

<sup>22</sup> Participación social. El sistema general de seguridad social en salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema general de seguridad social en salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público.

<sup>23</sup> Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los consejos nacional, departamentales, distritales y municipales de seguridad social en salud.

<sup>24</sup> Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

<sup>25</sup> atención de urgencias de especialidades básicas y subespecialidades tales como: Cardiología, Neumología, Gastroenterología, Neurología, Dermatología, Endocrinología, Hematología, Psiquiatría, Fisiatría, Genética, Nefrología, Cirugía General, Ortopedia, Otorrinolaringología, Oftalmología, Urología, Cirugía pediátrica, Neurocirugía, Cirugía plástica, entre otras; cuidado crítico adulto, pediátrico y neonatal, atención de partos y cesáreas de alta complejidad, laboratorio e imagenología de alta complejidad, atención odontológica especializada, otros servicios y terapias de apoyo para rehabilitación funcional.

<sup>26</sup> Numeral 2º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993: Garantías de los afiliados.

(Baja<sup>27</sup>, Media<sup>28</sup> y Alta<sup>29</sup>) y atención en cuanto al procedimiento e intervención, especialidad, consulta, hospitalaria, etc<sup>30</sup>.

Dentro del ámbito reglamentario está el Decreto 2174 de 1996 que establece la atención en salud tanto a los servicios del aseguramiento y administración de los recursos de la EPS como de la IPS.

Específicamente en lo que tiene que ver al servicio de urgencias, el Decreto 412 de 1992<sup>31</sup> reglamentó tales servicios para las entidades prestadoras de servicios de salud, públicas y privadas. En su artículo 2º trae las siguientes definiciones:

1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIA. Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

3. ATENCIÓN DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.

4. SERVICIO DE URGENCIA. Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad.

5. RED DE URGENCIAS. Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado

---

<sup>27</sup> Baja complejidad: Son aquellas instituciones que habilitan y acreditan en su mayoría servicios considerados de baja complejidad y se dedican a realizar intervenciones y actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta médica y odontológica, internación, atención de urgencias, partos de baja complejidad y servicios de ayuda diagnóstica básicos en lo que se denomina primer nivel de atención.

<sup>28</sup> Mediana complejidad: Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecobstetricia con disponibilidad las 24 horas en internación y valoración de urgencias, además ofrecen servicios de consulta externa por especialista y laboratorios de mayor complejidad, en lo que es el segundo nivel de atención.

<sup>29</sup> Alta complejidad: Cuentan con servicios de alta complejidad que incluyen especialidades tales como neurocirugía, cirugía vascular, neumología, nefrología, dermatología, etc. con atención por especialista las 24 horas, consulta, servicio de urgencias, radiología intervencionista, medicina nuclear, unidades especiales como cuidados intensivos y unidad renal. Estas Instituciones con servicios de alta complejidad atienden el tercer nivel de atención, que incluye casos y eventos o tratamientos considerados como de alto costo en el POS.

<sup>30</sup> Calidad de la atención es el conjunto de características técnico- científicas, materiales y humanas que debe tener la atención de salud que se provea a los beneficiarios, para alcanzar los efectos posibles con los que se obtenga el mayor número de años de vida saludables y a un costo que sea social y económicamente viable para el sistema y sus afiliados. Sus características son: oportunidad, agilidad, accesibilidad, continuidad, suficiencia, seguridad, integralidad e integridad, racionalidad lógico-científica, costo-efectividad, eficiencia, humanidad, información, transparencia, consentimiento y grado de satisfacción de los usuarios.

<sup>31</sup> Artículo 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones del presente Decreto se aplicarán a todas las entidades prestatarias de servicios de salud, públicas y privadas.

en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud.

La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios<sup>32</sup>.

**b. Remisión de pacientes en urgencias. Referencia y contrarreferencia de pacientes.**

El párrafo 5° del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, establece que, para la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, las entidades promotoras de salud deben establecer un sistema de referencia y contrarreferencia para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realizase por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias.

Por su parte, la Resolución No. 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, a través de la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, señala:

**ARTICULO 2. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD.** En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. **Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.**

**PARÁGRAFO.** El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. **Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general. De acuerdo con las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él.** Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.

(...)

**ARTICULO 10. ATENCIÓN DE URGENCIAS.** La atención de urgencias comprende la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a

---

<sup>32</sup> Artículo 3 ibídem.

personas que presentan una urgencia. **Todas las entidades o establecimientos públicos o privados, que presten servicios de consulta de urgencias, atenderán obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la E.P.S. respectiva o aún en el caso de personas no afiliados al sistema. Las urgencias se atenderán en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesario autorización previa de la E.P.S. o remisión,** como tampoco el pago de cuotas moderadoras. La I.P.S. que presta el servicio recibirá de la E.P.S. el pago correspondiente con base en las tarifas pactadas o con las establecidas para el S.O.A.T. En todo caso es el médico quien define esta condición y cuando el paciente utilice estos servicios sin ser una urgencia deberá pagar el valor total de la atención.

En este sentido, queda claro que en los casos donde el paciente requiere una atención de mayor complejidad, puesto que el nivel donde se encuentra no cuenta con lo necesario para brindarle una atención en salud adecuada, se requiere que el paciente sea remitido por un profesional de medicina general. Ahora bien, cuando se trata de prestación de servicios de urgencias, las entidades que presten el mismo, deberán atender obligatoriamente estos casos en su fase inicial aún sin convenio o autorización de la E.P.S. respectiva o aún en el caso de personas no afiliados al sistema.

En cuanto al sistema de referencia y contrarreferencia, el Decreto 4747 de 2007, "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones" señala que son un conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicos y administrativos a través de los cuales se permite prestar un adecuado servicio de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago. Se indica que la referencia es "el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, de respuesta a las necesidades de salud", y la contrarreferencia es "la respuesta que el prestador de servicios de salud receptor de la referencia da al prestador que remitió" (art. 3).

El diseño, organización y documentación del proceso de este sistema y la operación del mismo se encuentra a cargo de las entidades responsables del pago de servicios de salud<sup>33</sup>, ya que estos deben contar con una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, como también la red de transporte y comunicaciones. Estas entidades, con el fin de garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención, están obligadas a la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes. Por su parte, frente al manejo y cuidado del paciente la responsabilidad recae en el prestador remitido hasta que ingrese en la institución receptora (art.17).

---

<sup>33</sup> "2 Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales" artículo 3º del Decreto 4747 de 2007.

En lo que tiene que ver con la solicitud de autorizaciones de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, el referido decreto establece que el prestador de servicios de salud debe informar a la entidad responsable del pago, la necesidad de prestar el servicio cuya autorización se requiere, por lo que esta última debe resolver si autoriza o no la prestación de servicios, en los siguientes términos: i) para atención subsiguiente a la atención inicial de urgencias: Dentro de las dos (2) horas siguientes al recibo de la solicitud y ii) para atención de servicios adicionales: Dentro de las seis (6) horas siguientes al recibo de la solicitud.

**c. Régimen probatorio en los casos de responsabilidad médica.**

En cuanto a la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica, el Consejo de Estado<sup>34</sup> ha precisado ciertos criterios:

(i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte "excesivamente difícil o prácticamente imposible" hacerlo; (ii) **de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad**, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales "resulte muy difícil –si no imposible- la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar"; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) **el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio**<sup>35</sup>. (...)

Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica **deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel**<sup>36</sup>, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria.

**d. Libertad probatoria y valoración de la prueba.**

En virtud del principio de libertad de los medios probatorios, la ley procesal civil admite como prueba cualquiera que sea útil para el convencimiento del juez, bien sea que se trate i) de las previstas en ese estatuto, tales como -pero sin limitarse a- las directas, esto es, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, la confesión, el dictamen judicial, la inspección judicial y las indirectas, como los indicios y las presunciones o ii) de cualquier otro medio no previsto en la codificación procesal civil, con independencia de las antes relacionadas<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00456-01(31508).

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14786, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 19125, C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

<sup>37</sup> En la doctrina se denomina "atípicas" o "innominadas" a "las pruebas no reguladas por la ley", en tanto se designa como "típicas" a aquellas con formas legales preestablecidas. Cfr. Taruffo, Michele; "[l]a prueba de los hechos"; Editorial Trotta; traducción de Jordi Ferrer Beltrán; Madrid, 2002; páginas 403 y siguientes.

Así, dispone el artículo 165 del Código General del Proceso que, en virtud de la libertad probatoria, sirven como pruebas todos los medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez, sin que exista una lista restringida y taxativa de los mismos y corresponde al juez hacer la correspondiente valoración de los medios de prueba que obren en el expediente.

Es importante señalar que si bien existe libertad probatoria por parte del demandante para allegar todos los medios probatorios que considere pertinentes, conducentes y necesarios para sustentar las pretensiones de la demanda, le corresponde al juez valorar dichas pruebas, es decir, debe darle sentido de unidad y utilidad frente al caso concreto, donde los presupuestos fácticos de las pretensiones y las exigencias normativas, sirvan de parámetro para poder determinar el peso de cada una de las pruebas en particular y articularlas o integrarlas con el objeto de deducir de ellas “el mérito o valor de convicción”. Por eso, cada medio de prueba de manera individual o en conjunto debe llevar al juez a la “convicción” o la “certeza sobre los hechos discutidos, en el proceso contencioso... De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración de la prueba se comprende su estudio crítico de conjunto”<sup>38</sup> de todas las pruebas válidas aportadas al proceso.

El Código General del Proceso, artículo 176, señala el criterio de la apreciación en conjunto y la sana crítica para la valoración de las pruebas. Reza:

Artículo 176. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Respecto a los criterios de la sana crítica, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 31 de mayo de 2016, Radicación número: 05001-23-31-000-2006-00039-01(38757), Consejo Ponente, Ramiro Pazos Guerrero.

En eventos similares, la Sala ha indicado que una antinomia de este tipo se debe resolver a partir de los postulados de la sana crítica, fijada en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, y definida por la jurisprudencia de esta Corporación como “la capacidad del juez para darle a las pruebas la mayor o menor credibilidad, según su conexión con los hechos a demostrar y su capacidad de convencimiento” y en virtud de la cual “el juez goza de cierta libertad a la hora de apreciar el mérito probatorio de los medios de convicción, no debiendo sujetarse, como en el sistema de la tarifa legal, a reglas abstractas preestablecidas e indicadoras de la conclusión a la que se debe arribar, en presencia o en ausencia de determinada prueba”. En varias oportunidades, esta Subsección ha señalado que, en virtud de los principios de la sana crítica y la autonomía del juez en la valoración probatoria, los medios de prueba que ofrezcan una mayor probabilidad lógica con respecto a la ocurrencia de los hechos objeto de discusión, deben prevalecer en el caso concreto.

---

<sup>38</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial. Tomo 1, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1987, pp. 287-288

La "sana crítica" o "prueba racional" tiene su fundamento en las "reglas de la lógica y de la experiencia, ya que la libertad del juzgador no se apoya exclusivamente en la íntima convicción, como ocurre con el veredicto del jurado popular, ya que por el contrario, el tribunal está obligado a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria"<sup>39</sup>.

Ahora bien, la apreciación o valoración de los medios de prueba en conjunto y bajo el criterio de la sana crítica (Art. 176 CGP), implica que el análisis de dichos medios no puede restringirse única y exclusivamente a una prueba, por la sencilla y potísima razón que todos los medios de prueba recaudados durante el proceso conforman una "comunidad" y no pertenecen a la parte que la aporta sino al proceso y las partes pueden hacer uso de ellas para defender sus derecho y reclamar la prosperidad de sus pretensiones, es decir, ninguna prueba tiene un valor absoluto sino que todas se interrelacionan y adquieren mérito o valor dentro del proceso dependiendo de su eficacia o idoneidad para demostrar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones. "La valoración se encuentra orientada a determinar los grados de eficacia de los elementos de prueba, a efectos de apreciar si resulta suficientes para fundamentar la determinación de los hechos relevantes.

Con miras a la utilización racional del material probatorio disponible para la determinación de los hechos, y a efectuar con rigor la valoración de las pruebas (base del juicio acerca de la hipótesis de hecho, en términos de establecer la eficacia de las pruebas), la ciencia, la lógica y las máximas de la experiencia constituyen reglas de la sana crítica como criterios o pautas de control racional respecto de la fundamentación del razonamiento del juez. La aplicación de tales criterios debe expresarse en los argumentos que, en materia de pruebas, deben hacerse explícitos en la correspondiente motivación de las decisiones judiciales"<sup>40</sup>. En conclusión, bajo del principio de la comunidad de las pruebas y su valoración en conjunto, todas adquieren y tienen sentido en cuanto se interrelacionan y al juez le corresponde justificar racionalmente el valor o mérito o peso dentro de esa comunidad.

### **4.3 Pérdida de oportunidad.**

La pérdida de oportunidad ha sido definida como un daño autónomo (conforme a la línea jurisprudencial consolidada del Consejo de Estado desde el año 2010<sup>41</sup>) que puede deviene de la pérdida definitiva de un beneficio respecto del cual existían razonables posibilidades de ser alcanzado, o también, del padecimiento de un perjuicio que tenía reales probabilidades de ser evitado, sin que en momento alguno existiera certeza de un desenlace favorable a la víctima.<sup>42</sup>

Sobre este daño se ha precisado:

'Se ha señalado que las expresiones 'chance' u 'oportunidad' resultan próximas a otras como 'ocasión', 'probabilidad' o 'expectativa' y que todas comparten el

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2015, Radicación número: 17001-23-31-000-2009-00212-01(52892), C P, Jaime Orlando Santofimio.

<sup>40</sup> Peña, Ayazo Jairo Iván. Prueba Judicial. Análisis y Valoración. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla- Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 51-52

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 14 de marzo de 2013, exp. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) y del 9 de octubre de 2013, exp. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286) CP: Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, exp. 25000232600020000215101, CP: Ramiro Pazos Guerreiro; Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2014, exp. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>42</sup> Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia del treinta (30) De Noviembre de 2017, Radicación Número: 05001-23-31-000-2005-03194-01(42956).

común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

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

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

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

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...)”<sup>43</sup>.

En este sentido, se han establecido los siguientes elementos esenciales como requisitos para que se configure la pérdida de oportunidad: i) 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; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima.

Sobre el alcance de cada uno ha dicho la Sala<sup>44</sup>:

**Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. **Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.**

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

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.646.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

**Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de **“una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.**

**Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera 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 eventual; dicho de otro modo, **si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.”** Negrilla fuera de texto.

#### **4.4. Régimen de responsabilidad de las instituciones sometidas al régimen privado.**

Cuando se trata de daños derivados de actuaciones u omisiones de instituciones que prestan el servicio médico de salud sometidas a régimen de derecho privado, el Consejo de Estado<sup>45</sup> ha indicado que debe estudiarse su responsabilidad bajo la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual que tiene su fundamento en los artículos 2341<sup>46</sup> y 2356<sup>47</sup> del Código Civil, para ello hace referencia a pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, así:

“...con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se **precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como ‘culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este’.**

“Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció”<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia del primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269)

<sup>46</sup> “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

<sup>47</sup> “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona puede ser reparado por ésta”.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de octubre 25 de 1999, exp. 5012, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Igualmente se acude a pronunciamiento de la Sala de Casación Civil destacando lo siguiente<sup>49</sup>:

**“La culpa civil, en suma, se concreta en un error de cálculo frente a lo que es objetivamente previsible. Si el actor previó o no que su conducta podía derivar en un evento dañoso es irrelevante para efectos de alcanzar el nivel de culpa sin representación. Lo importante es que haya actuado (o dejado de actuar) por fuera del rango de sus posibilidades de acción respecto de lo que está jurídicamente permitido (...).**

“(...).

“Los parámetros que rigen la conducta del agente normalmente no están positivizados, salvo algunos casos de reglamentaciones administrativas, como por ejemplo las normas de tránsito; las normas sobre calidad total del servicio de salud; las guías y protocolos médicos de los servicios seccionales de salud de los municipios; las reglamentaciones sobre calidad de las construcciones y sismorresistencia, para evitar que las construcciones causen daños a terceros, etc.

“La violación de tales pautas, como ya se dijo, lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. La función de estas reglas no es imponer consecuencias en el sistema de la responsabilidad extracontractual pues sus efectos se circunscriben al ámbito profesional, técnico o científico para el que están destinadas a regir; de ahí que el juicio de atribución de culpabilidad que se hace con base en las mismas no obedece a un mecanismo de subsunción o applicatio legis ad factum, **sino a un proceso hermenéutico que toma como tertium comparationis las reglas de experiencia, de ciencia y de técnica propias del contexto en que el imputado se desenvuelve, con el fin de valorar su conducta a la luz de los estándares de prudencia.**

“Tales estándares pueden demostrarse por cualquier medio de prueba legalmente admisible o, inclusive, no requerir prueba cuando se trata de hechos notorios, lo que acontece cuando los parámetros de conducta socialmente exigibles son tan evidentes, que toda persona de mediano entendimiento tiene la posibilidad de conocerlos (...). Negrilla fuera de texto.

## **V. CASO CONCRETO.**

### **1. Medios de Prueba relevantes para la resolución del recurso de apelación.**

**En el curso del proceso fueron allegadas las siguientes pruebas, a las cuales se confiere mérito probatorio conforme a la ley y a la jurisprudencia<sup>50</sup>:**

- 1.1 Certificado de defunción del señor José Alfonso Portillo del 28 de noviembre de 2008 a las 22+25, probable manera de muerte natural ( fl.4 Cuaderno pruebas tomo I)

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de septiembre de 2016, rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

<sup>50</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Expediente 25.002.

- 1.2 Historia clínica del señor José A Portillo de Previmedica de los años 2003 y 2004 ( fls.45 a 50, 53 a 55, 69, Cuaderno de pruebas tomo I)
- 1.3 Examen de esofagogastroduodenoscopia realizado en Previmedica S.A el día 5 de diciembre de 2003 al señor José Portillo Cabrera " ID : VARICES ESOFAGICAS GRADO II – GASTRITIS CRONICA ACTIVA" ( fl. 56 ib)
- 1.4 Exámenes de laboratorio clínico y toxicológico Bio diagnóstico realizados al señor José Alfonso Portillo el 18 de diciembre de 2003, el 16 de septiembre de 2004, mayo de 2005, agosto de 2006 ( fls. 57 a 63, 81 y 82, 87,89 a 90, ib)
- 1.5 Informe de patología del 15 de enero de 2004,realizado al señor José A Portillo, dándose como diagnóstico " HIGADO BIOPSIA: HEPATITIS CRONICA CON ACTIVIDAD NECROINFLAMATORIA MODERADA(SCORE 13/18) EN FASE CIRRÓTICA( SCORE 6/6) (fl. 64 ib)
- 1.6 Epicrisis del señor José Portillo Cabrera por parte de PREVIMEDICA en donde ingresó el 15 de enero de 2004 y se le dio egreso el 16 de enero de 2004, siendo su diagnóstico de ingreso "BIOPSIA HEPATICA GUIADA POR ECOGRAFIA CIRROSIS HEPATICA EN ESTUDIO" en donde requiere toracotomía cerrada y continuar manejo en III nivel y se remite Clínica San Rafael. ( fl. 65 ib)
- 1.7 Incapacidad emitida por la Clínica San Rafael a favor del señor José Portillo Cabrera, por 10 días. ( fl.66 ib)
- 1.8 Órdenes médicas expedidas al señor José Portillo Cabrera de médicos tratantes del Hospital Universitario San Ignacio; evoluciones del referido paciente por consulta externa en el referido Hospital del año 2004; fórmulas médicas (fls.71 y 72 y 77 a 80, 86 ib)
- 1.9 Concepto de diagnóstico del paciente José Portillo Cabrera del 24 de febrero de 2005 por parte del Hospital Universitario San Ignacio, sosteniendo "PACIENTE QUIEN DURANTE EVDA REALIZADA EN ENERO 2004 LE DETECTARON VARICES ESOFÁGICAS, POR LO QUE REALIZARON BIOPSIA HEPÁTICA QUE MOSTRÓ HEPATITIS CRÓNICA CON ACTIVIDAD NECROINFALMATORIA MODERADA EN FASE CIRRÓTICA SCORE 6/6 HAN REALIZADO ANAS LOS CUALES FUERON NEGATIVOS ANTICUERPOS ANTIMUSCULO LISO NEGATIVO CERULOPLASMINA NORMAL ANTÍGENO DE SUPERFICIE PARA HEPATITIS B NEGATIVO Y FERRITINA AUMENTADA. EL PACIENTE REFIERE QUE NO TIENE ANTECEDENTES DE SER BEBEDOR DE LICOR NI ANTECEDENTES FAMILIARES DE CIRROSIS (...) SEGÚN LAS CARACTERÍSTICAS DEL PACIENTE SE SOSPECHARÍA QUE LA ETIOLOGÍA DE LA CIRROSIS PODRÍA CORRESPONDER A UN NASH, SIN EMBARGO LA BIOPSIA NO TIENE CORRESPONDENCIA CON ESTE DIAGNÓSTICO, SE SOLICITA PARA CLÍNICOS PARA DESCARTAR OTRAS PATOLOGÍAS, VALORADO POR NUTRICIO Y CONTROL" . ( fls. 84ib)
- 1.10 Ecografía hepatobiliar realizada José Portillo Cabrera el 16 de diciembre de 2003, por parte de Diagnósticos por Imágenes Gonzalo la Rota Moscoso, dando como opinión: "DISMINUCION EN EL TAMAÑO DEL HIGADO , CIRROSIS?(...)" ( fl.52 ib)
- 1.11 Ecografía hepatobiliar realizada José Portillo Cabrera el 14 de mayo de 2005, por parte de Diagnósticos por Imágenes Gonzalo la Rota Moscoso, dando como opinión: " ENFERMEDAD HEPATICA PARANQUIMATOSA DIFUSA- CORRELACIONAR CON PARACLINICOS" ( fl. 88 ib)
- 1.12 Ecografía hepatobiliar realizada José Portillo Cabrera el 10 de octubre de 2006, por parte de Diagnósticos por Imágenes Gonzalo la Rota Moscoso, dando como opinión: " HIGADO GRASO?" ( fl. 92 ib)
- 1.13 Carnet de la EPS Humana Vivir del señor José Portillo Cabrera siendo su IPS asignada Previmedica- Keneddy (fl. 94 ib)

- 1.14 Resumen final de la Clínica Vascular Navarra No. 72.46924 del señor José Portillo Cabrera donde se describe fecha de ingreso 22 de noviembre de 2008 y fecha de egreso 28 de noviembre de 2008. (fls. 99 vlt a ib)
- 1.15 Epicrisis Servicio de Nefrología- Unidad Renal RTS, del señor José Portillo Cabrera, de la atención brindada el 28 de noviembre de 2008- asegurador: Humana Vivir S.A EPS; diagnóstico: " insuficiencia hepática aguda o subaguda y síndrome hepatorenal" resumiendo la atención así " pte remitido de clínica navarra donde se encuentra hospitalizado desde hace 4 días al parecer por síndrome icterico y alteración del estado de conciencia, con elevación progresiva de nitrogenados. Solicita valoración por nefrología para evaluar la necesidad de diálisis. Paciente de cirrosis tipo NASH desde 2004, en tratamiento por gastroenterología, con propranolol con varices esofágicas " Plan de evolución " paciente en my malas condiciones con fall hepática descompensada quien es mal remitido para valoración por necesidad de diálisis pero el paciente requiere manejo integral en cuidado intensivo por hepatólogo intensivistas y nefrólogo, requiere manejo en UCI de síndrome hepatorenal" (fl. 106 y 107 ib)
- 1.16 Examen de esofagogastroduodenoscopia realizado en Previmedica S.A el día 6 de noviembre de 2008 al señor José Portillo Cabrera " ID : VARICES ESOFAGICAS GRADO II – GASTROPATIA HIPERTENSIVA" ( fl. 110 ib)
- 1.17 Historia clínica del 3 de marzo de 2008 del paciente José Alfonso Portillo Cabrera, en Previmedica donde se describe como enfermedad actual " pte en manejo de cirrosis etiología nash está en manejo con propranolol, lovastatina la tomo hasta que se le acabo aunque se le indicó que debía tomar permanente, igual forma paso con el metformin, así que en este momento solo está tomando el propranolol(...) diagnóstico " ENFERMEDAD TOXICA DEL HIGADO, CON CIRROSIS Y FIBROSIS DEL HIGADO" formula medicamentos; y destino remisión a médicos especialistas. ( fls. 114 y 115 ib)
- 1.18 Historia clínica del 19 de septiembre 2008 del paciente José Alfonso Portillo Cabrera, en Previmedica donde se describe como enfermedad actual "paciente en tratamiento de larga data por gastritis crónica cirrosis hepática no alcohólica, refiere persistencia de dolor epigástrico, distensión abdominal y pirosis" formula medicamentos; y destino remisión a médicos especialistas.( fls. 116 a 118 ib)
- 1.19 Historia clínica del 26 de septiembre de 2008 del paciente José Alfonso Portillo Cabrera, en Previmedica donde se describe como enfermedad actual "En manejo por enfermedad hepática crónica posible etiología NASH, en manejo con propranolol, lovastatina, metformina una diaria, clínicamente no síntomas que sugieran actividad de enfermedad hepática como molestias halitosis eructos fétidos llenura" formula medicamentos; y destino remisión a médicos especialistas.( fls.121 a 122 ib)
- 1.20 Examen dúplex scanning venoso de miembros inferiores de fecha 26 de noviembre de 2008, realizado al paciente José Alfonso Portillo Cabrera ( fls. 123 y 124 ib. )
- 1.21 Registro de defunción del señor José Alfonso Portillo Cabrera, de fecha 28 de noviembre de 2008 ( fl. 125 ib)
- 1.22 Expediente laboral del señor José Alfonso Portillo Cabrera de la Alcaldía de Funza ( fls. 96 a 200ib y fls. 201 a 267 Cuaderno de pruebas tomo II)
- 1.23 Historia clínica de la clínica Vascular Navarra del señor José Alfonso Portillo (fls.268 a 373 Cuaderno de pruebas tomo II y 401 a 453 Cuaderno de pruebas tomo III, fls. 81 a 135 Cuaderno I tomo I)dentro de la cual se encuentra lo siguiente:
  - a. Resumen final realizado por el médico cirujano Andrés Calderón Ávila, señalando como fecha de ingreso el 22 de noviembre de 2008 y egreso 28 de noviembre de 2008, convenio: Humana Vivir, médico tratante: Dr. Rincón, describiéndose como enfermedad actual " paciente que ingresa por cuadro de 1 semana de (ilegible) de disnea asociada a deterioro de su clase funcional, edema y de las que dificulta

para la marcha" siendo su examen de ingreso " consciente, hidratado, pupilar normoreactivas a la luz ( ilegible) extremidades edemas grado II"

- b. Hoja de admisión del paciente José Alfonso Portillo Cabrera siendo atendido por Urgencias el 22 de noviembre de 2008 a las 21:40 pm, siendo su motivo de consulta "paciente con cuadro de 1 semana de evolución de disnea (inteligible) clase funcional II,III/IV, edema y dolor en miembros inferiores que dificultan para la marcha" conducta inicial: observación, catéter venoso ss/EKG. Rx torax (ilegible)
- c. Hoja de evolución:

Fecha	Anotación	Médico tratante
22/11/08 Hora 11+20pm	Paralínicos: CH neutrofilia sin leucocitos EKG: ritmo si usan FC 60 x Rx torax cardiomegalia marcada con infiltrados intestinales sin consolidación ; glicemia 177 BUM 26.8 creat 0.7 Na 134 K 4,5 Ci 109 B total 4.47 B directa 2.83 TGO 69.7 TGP 76.6 Ana: pte cursa con falla cardiaca descompensado Plan: se deja en observación furosemida- IC por med interna.	Daniel Camacho Médico general
23/11/08 10+20	Urgencias Paciente de 52 años, refiere persistencia de dolor en miembros inferiores, niega disnea, niega síntomas asociados FC 67X1 FR 18X1 TA 88/154 T 36.2 CC lev tinte icterico esclerao Mucosa oral humada Cip: sin alteración (ininteligible) Ext: edema grado II todas las extremidades Paciente estable hemodinamicamente con sid icterico, hiperbilimubinemia, trombocitopenia , se decide tomar CH + FSP control eco abdominal total p val. Medicina interna	Gina Paola Forero
23/11/08 14+20	CH leucocitosis neutrofilia Trombocitopenia FSP: granulaciones toxicas P ecografía abdominal	Gina Paola Forero
23/11/08 11+40	Nota de turno Paciente con dx 1. Ascitis a estudio 2. Cirrosis por HC s/ refiere dolor en miembros inferiores persistencia de edemas, no ha presentado picos de fiebre, no nauseas, ni emesis deposición ol/ consciente, alerta, orientado, afebril, no SDR FC76 TA 101/60 FR 16x cardiopulmonar normal abdomen con abundante panículo distendido onda ascítica positiva (Ex) no dolor a la palpación extremidades grado II	Juan Pablo Salazar Médico y Cirujano

	A/ paciente estable hemodinamicamente con dolor y edemas en miembros inferiores pendiente valoración por medicina interna y eco	
24/11/ 08 3+40	(...) a/ considero que cuadro de disnea al ingreso con rx normal puede ser 2º do a restuccion respiratoria por ascitis , paciente refiere tener dx de ascitis por biopsia , sin embargo se desconocen resultados o información que verifique ese hecho, en el momento paciente cursa con sensación de dolores generalizados y laboratorios han documentado transaminitis leve (ininteligible) así como elevación de leucocitosy neutrofilia así como granulaciones toxicas sin evidencia de foco infeccioso (ininteligible) por lo cual s/s control electrolitos incluyendo ca + CH control PCR y pendiente toma Eco abdominal que permita esclarecer hepariris alcohólica?? Vs cunosis pendiente valoración por medician interna vom. Se inicia furosamida y espironolactona	ininteligible
24/11/08 16:40	Medicina interna (...) EF. Paciente con aceptable estado general TA 95/60, FC 62x FR 18 x Mucosa oral semiseca con lesión costrosa en labio superior; cuello sin IY CP RS rítmicos sin soplos MU simétrico sin agregados, abdomen blando, distendido, con abundante panículo adiposo. Extremidades: edema G II en miembros inferiores (ininteligible) Neurológico: Alerta, orientado, sin signos de encefalopatía, fuerza muscular 3/5 en MSIS de predominio proximal y 3/5 en MSD sensibilidad conservada. Piel: ictericia mucocutanea Paraclínicos: hemograma con leve trombocitopenia (91 500) y neutrofilia EKG: bradicardia sinusal (...) Idx. 1. Cirosis alcohólica? NASH x HC 2. Sind. Edematoso secundario 3. Síndrome motor 4. Miositis??? p/ valoración por gastroenterología y neurología disminuir furosemida a 20mg día suspender raditidina – omeprazol 20 x 2 carbonato de calcio 600mg c/8 horas Propanolol 40x1 Pendiente ecografía Solicitar albumina y PT CK total HC antigua	Fernando Rincón- médico internista

25/11/08 15+05	Evolución md. Interna (...) s/ paciente refiere intenso olor en miembro derecho, no picos febriles(...) refiere pérdida de fuerza en hemicuerpo izquierdo (...) Plan: pendiente neurología y gastroenterología Tac abdominal HC antigua	Fernando Rincón Médico internista
25/11/08 15+00	Neurología (ininteligible)	Gonzalo Melo Neurología
25/11/08 3:00pm	<p>Consulta externa – servicio de gastroenterología Motivo de la consulta: cirrosis</p> <p>Paciente con historia de dolor sobre hombro y miembro superior izquierdo, de 4 semanas de evolución acompañado desde hace una semana de dolor en MMI y pérdida de fuerza con limitación funcional importante. Desde hace 3 días ictericia en escleras. Tiene de base una cirrosis estudiada y manejada por ladra Diana Torres en Previmed. última cita con ella 1 mes y última EVDA hace 15 días con DX de varices esofágicas. La familia también ha notado cambios en su comportamiento. Tiene una Ecografía de abdomen total, hígado normal. No hay liquido de libre colección pleural basal izquierda(...)</p> <p>Antecedentes: cirrosis hepática aparentemente estudiada y diagnosticada hace 5 años. Refiere NASH toma propanolol, omeprazol, aldactone, furosemida, atorvastatina</p> <p>Examen Físico: Regular estado general, hidratado, postrado en cama con ictericia en escleras, FC 84 , cuello normal, sin adenopatías, cardiopulmonar normal, abdomen blando depresible sin megalías, sin ascitis , hay edema con paresia de MMI</p> <p>Diagnóstico:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cirrosis hepática- Nash</li> <li>2. Varices esofágicas</li> <li>3. Probable encefalopatía hepática leve</li> <li>4. Descartar trombosis venosa pélvica por edema de MMII</li> </ol> <p>Conducta: Se recomienda practicar TAC abdominal con contraste . Valoración por cirugía vascular .Esta pendiente de biopsia hepática y última endoscopia la cual la familia se compromete a tráela. Adicionar Lactulosa un sobre cada ocho horas . sería importante ACE y alfafetoproteína</p>	Ricardo Oliveros Gastroente rólogo

25/11/08 23+15	Se realiza TAC abdominal total con contraste	Tecnóloga en radiografía
26/11/08 9+50	Evolución medicina interna (...) s/ paciente que refiere mejoría del cuadro de dolor, persiste en edema en MIS y dificultad para la marcha (...) neuroológico: sin déficit aparente(...) paciente con mejoría en síntomas; pte reporte abdominal y duppler	
26/11/08 14:4	Nota: se realizó duppler	
26/11/ 08	Medicina interna Doppler venoso sin evidencia de trombos en MSIS Tac abdominal con evidencia de esplenomegalia liquido libre intrabdominal en poca cantidad y engrosamiento mucoso en (inteligible) yeyunales Persistencia de artralgia en hombro derecho (...) Considero edema secundario a hipoalbuminemia descartadas las etiologías trombóticas p/ solicita rx hombro, concepto de gastroenterología para definir manejo.	Fernando Rincón Médico internista
27/11/08 11+30	Evolución medicina interna (...) s/ paciente que refiere encontrarse en regular estado general, persistencia de dolor en el hombro derecho. Paciente álgido, orientado consciente, alerta (...) mucosa oral húmeda (...) rx hombro: derecho limites normales plan: control (ininteligible) y electrolitos	
27/11/08 13+15	(...) paciente a quien se le reportan paraclínicos BVN117.7 creatinina 3.8, NAT 129 Kt: 5.6 cloruro 101 Paciente quien requiere diálisis urgente, se realiza trámite para solicitud urgente con H/ vivir	Diana González Médica general
27/11/08 13+30	Pisos Paciente con cirrosis de etiología no clara con síndrome hepatorenal, con criterios para diálisis, en regular estado general, refiere estar asintomático con ictericia moderada generalizada. Se inician tramites de remisión por no disponibilidad en la institución	Paola Forero
27/1108 19+10	Medicina interna Paciente con deterioro clínico progresivo, cursando en el momento con compromiso del sensorio dado por somnolencia y estupor. Elevación progresiva de azoados, con hipercalemia en el momento y sin poderse asegurar acceso venoso.	Fernando Rincón Médico Internista

	<p>Considero que el paciente puede estar cursando en este momento con síndrome hepatorenal y encefalopatía hepática y/o urémica .Requiere vigilancia en unidad de cuidados intermedios, paso de catéter venoso central para monitorización de presiones de llenado y valoración urgente por nefrología para eventual inicio de terapia de remplazo renal</p> <p>Ss/IC A UCI pendiente autorización EPS para valoración por nefrología ss/ gases arteriales.</p>	
27/11/08 22+00	<p>Respuesta UCI (...)</p> <p>Paciente con cc de 4 años de evolución de dx cinosis hepática con deterioro clínico progresivo desde hace un mes con aumento progresivo de azoados con rango prerrenal (...) paciente que cursa con encefalopatía de etiología múltiple y falla prerrenal aguda secundaria por DHT; requiere optimizar hidratación requiere corregir hiponatremia; requiere vigilancia de administración de LEU y Durtsis así como electrolitos se ordenan medicamentos. Continúa con manejo servicio tratante</p> <p>Prioridad III</p>	<p>Julio Cesar Cruz Cirugía general</p>
27/11/08 23+00	<p>Nota de evolución</p> <p>Paciente que se encuentra en trámite para remisión para unidad renal</p>	<p>Andrés Calderón</p>
28/11/08 8+00am	<p>Evolución medicina interna: (...)</p> <p>s/ paciente quien se encuentra en regular estado general, somnoliento(...)</p> <p>c/ mucosa oral seca, ictericia generalizada (...)</p> <p>laboratorios: creatinina 4.4 albumina 1.8, K + 5.8, cloro 103, total 23.36 directa 13.80 dt 25.8 cuntil 14.0 INR 2.15 Bun 141.6</p> <p>paciente quien tiene valoración con nefrología hoy 100 am RTS Country</p>	<p>Diana González Médico general</p>
28/11/08 9+30	<p>Seguimiento UCI intensivos (...) paciente en malas condiciones generales, ictericia severo mucosas secas(...) hemograma pendiente se considera optimizar aporte hídrico (...) pendiente de valoración por nefrología en el momento no se consideró traslado a UCI por no disponerse de servicio de nefrología ni soporte renal en la institución. Se reevalua según concepto de nefrología.</p>	<p>Fernanda Díaz Médico internista</p>
28/11/2008 12+45	<p>Nota: paciente que se encuentra en mal estado general es traído por ambulancia de la clínica Country en donde nefrología da concepto de requerir unidad de cuidado intensivo en manejo conjunto con hepatología y nefrología se envía nuevamente remisión a H/vivir</p>	<p>Diana González Médico General</p>

	Se reportan laboratorios(...) se habla con auditoria médica y gerencia para traslado de paciente a unidad de cuidados intensivos de la institución mientras se termina de ajustar los traslados para UCI intensivo en otra institución	
28/11/008 13-30	Ininteligible	Ininteligibl e

- d. Órdenes médicas donde se describen los medicamentos aplicados al paciente y procedimientos realizados al señor José Portillo desde el día de su ingreso hasta el día de su egreso.
- e. Exámenes de laboratorio clínico realizados al paciente José Alfonso Portillo.
- f. Imagen diagnóstica realizada al paciente José Alfonso Portillo de RX Torax.
- g. Imagen diagnóstica ecografía de abdomen total de fecha 24 de noviembre de 2008 donde se describe:

“ Estudio técnicamente limitado por abundante pániculo adiposo y distensión de asas intestinales.

Hígado de forma, tamaño y ecogenicidad usual. No hay evidencia de lesión focal o difusa en su interior(...)OPINIÒN: CLECCION PLEURAL BASAL IZQUIERDA”

- h. Imagen diagnóstica ecografía de abdomen total con contraste de fecha 25 de noviembre de 2008 donde se describe: “(...) el hígado ,el páncreas y las glándulas suprarrenales no muestran alteraciones(...)
  - “ OPINIÒN:
    - esplenomegalia homogénea
    - liquido libre intra articular descrito
    - engrosamiento mucoso en las asas yeyunales a correlaciona r con antecedentes del paciente.
- i. Imagen diagnóstica del 26 de noviembre de 2008, de RX hombro.
- j. Dúplex scanning venosos de miembros inferiores del 2 de noviembre de 2008.
- k. Hoja de medicamentos.
- l. Notas de enfermería realizadas dentro de la atención prestada al señor José Alfonso Portilla , dentro de la cual se destaca la del 28 de noviembre de 2008, a la 1.15 “ ingresa paciente a la unidad de cuidado intensivo en camilla al examen (ininteligible) se observa somnoliento, con ictericia generalizado (ininteligible) p/ nuevas órdenes médicas. Paciente en regulares condiciones la jefe mely informa que el paciente lo remiten par parte de la EPS para enfime de la Samaritana, se inicia trámites de salida 2/30 se baja historia clínica”

- 1.24 Dictamen pericial realizado por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses del 1º de septiembre de 2012, en el cual se hace un resumen de las diferentes atenciones que se le prestaron al señor José Alfonso Portillo Cabrera, por parte de PREVIMEDIC, HOSPITALSAN IGNACIO, CLÍNICA VASCULAR NAVARRA, UNIDAD RENAL RTS, desde el año 2003 al 2008, describiendo el concepto de la enfermedad de cirrosis , causas. Cirrosis NASH, diagnóstico, tratamiento, entre otros, de lo cual se extrae los siguiente:

“(…) Etapas del daño al hígado

Una vez que una persona padece NASH, la enfermedad puede avanzar durante años o décadas. El proceso se puede detener y en algunos casos revertirse por sí solo sin ningún tratamiento específico.

**Por otra parte, la NASH puede empeorar lentamente.** Puede causar cicatrices en el hígado. Esto se llama "fibrosis" la cirrosis aparece cuando empeora la fibrosis. El hígado tiene extensas cicatrices, se endurece y no puede funcionar normalmente. No todas las personas con NASH tendrán cirrosis. **Pero si se presenta cirrosis, pocos tratamientos podrán detener el empeoramiento de la NASH.** Es posible que una persona con cirrosis tenga retención de líquidos, pérdida de músculo, hemorragias de los intestinos y falla del hígado.

**El único tratamiento para la cirrosis avanzada con falla del hígado es un trasplante,** los trasplantes de hígado también se están realizando con más frecuencia en personas con NASH. La NASH es una de las causas principales de cirrosis en los Estados Unidos.

(...)

#### RESPUESTA AL CUESTIONARIO

1. ¿cuál es el procedimiento para tratar a una persona con una enfermedad como la que parecía el señor Alfonso Portillo Cabrera?

Lo primero que se debe hacer es diagnosticar la causa de la enfermedad hepática crónica.

Los médicos encontraron que el paciente sufría si Rossi diagnosticada accidentalmente cuando se descubrió en una endoscopia varices en el esófago en enero de 2004 este hallazgo motivó el estudio de la función hepática y biopsia hepática encontrando un cuadro de cirrosis, según lo dice la historia clínica y nuevamente resumido por el médico especialista del hospital San Ignacio en febrero de 2005

La causa de la cirrosis no se pudo establecer inicialmente, aunque el final del diagnóstico del médico de PREVIMEDIS es cirrosis por NASH Folio 77 los exámenes que se hicieron:

(..)

e. La enfermedad llamada NASH, cómo se anotó en la bibliografía, se trata de depósitos de grasa en el hígado que terminan causándole daño y llevándolo a la cirrosis. A favor de esta causa está que era un paciente obeso y una de las ecografías reveló probable hígado graso( octubre 10 de 2006) también tenía triglicéridos altos (468 mg% en febrero de 2004) además cómo se explicó en la bibliografía muchos expertos creen que la mayoría de cirrosis criptogénica (de orden desconocido) son derivadas del NASH.

f. Para marzo 3 de 2008 el médico tratante considera que es "paciente en manejo por cirrosis etiológica NASH, está manejado con propranolol lovastatina y melformina..."

- 2.Cuál es el seguimiento que debe dársele al paciente con cirrosis?

El paciente con cirrosis compensada (sin sangrado gastrointestinal ascitis, encefalopatía hepática, ni síndrome hepatorenal) evaluación clínica cada dos meses, cada 6 meses examen de laboratorio (cuadro hemático, química sanguínea, tiempo de protrombina y perfil hepático bilirrubinas, transaminasas) Endoscopias sí hay varices pequeñas cada año. Ecografía y títulos de alfafetoproteína: si hay nódulos sospechosos de cáncer hepático.

3. Cuáles son los procedimientos médicos que debe seguirse en enfermedades de dicha naturaleza?

Respuesta frente a una cirrosis por NASH la bibliografía consultada informa:

1. No hay un tratamiento específico para la NASH los tratamientos experimentales incluyen antioxidantes y medicinas antidiabéticas (como melformin que incrementa la sensibilidad de la insulina )
2. Bajar de peso si son obesos o tienen sobrepeso
3. Consumir una dieta balanceada y saludable
4. Aumentar la actividad física
5. Evitar el consumo de alcohol
6. Evitar el consumo de medicamentos innecesarios
7. Para evitar las complicaciones se da dieta baja en sal a veces se usan pequeñas dosis de un diurético llamado "espironolactona"
8. El medicamento llamado "propranolol o el nadolol" son medicamentos eficaces para reducir el riesgo de hemorragia digestiva en los pacientes con varices esofágicas con gran tamaño (grados 2 o 3) y gastropatía asociada a la hipertensión portal, diagnósticos que tuvo el señor Portillo Cabrera
9. Si el paciente ha progresado a una cirrosis hepática el trasplante hepático está indicado a pesar de que se ha descrito la recidiva de la enfermedad en el injerto hepático.
10. La bibliografía apoya el uso de estatinas(lovastatina) para controlar la dislipidemia y metformina para disminuir la resistencia a la insulina que tienen estos pacientes.
11. cuáles son las consecuencias en caso de haberse efectuado un trasplante de hígado?

Respuesta como hay tantas variables que entran en juegos para el caso específico del señor Alfonso Portillo Cabrera la respuesta de la indicación de trasplante al momento de su probable intervención quirúrgica para trasplante y el pronóstico que tenía debe ser dado por un médico hepatólogo cabe recordar que el Instituto nacional de Medicina legal no tiene este tipo de subespecialidades.

#### CONCLUSIONES

1. Según la historia clínica y la bibliografía consultada hay evidencia que sugiere que el señor Alfonso Portilla Cabrera tuvo una enfermedad grave llamada cirrosis hepática por NASH( esteato hepatitis no alcohólica)

2. Los medicamentos administrados como propanolol, lovastatina y metformina figuran en la literatura médica para el manejo de esta enfermedad.
3. El trasplante hepático también se encuentra en la bibliografía médica como parte del manejo del paciente con cirrosis.
4. para evaluar específicamente la norma de atención se había indicación para el trasplante hepático en el señor Alfonso Portillo Cabrera en qué momento debió tomarse la decisión y el pronóstico de esta intervención debe consultarse a un médico especialista en la patología " ( fls. 219 a 243 Tomo II)

1.25 Dictamen pericial realizado por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses del 29 de septiembre de 2012, donde realiza un resumen de la atención médica prestada al señor José Alfonso Portillo desde el 2003 al 2008, del cual se transcribe lo siguiente:

"Análisis

1. Al señor JOSÉ ALFONSO PORTILLO CABRERA se le diagnosticó cirrosis hepática desde enero de 2004 se hicieron múltiples estudios para hallar la causa de la cirrosis desde esa fecha hasta noviembre de 2008. Durante ese tiempo (4 años y 10 meses aproximadamente) se le hizo tratamiento médico básicamente con omeprazol (antiácido) propanolol (hipertensión portal) lovastatina y metformina (por el trastorno metabólico)
2. Hay vacíos en la información de la historia clínica durante estos 5 años de atención médica:
  - a. Pasaron 4 meses entre la solicitud endoscopia por el médico general (julio 22 de 2003) y su realización (diciembre 2 de 2003)
  - b. No tenemos información entre marzo 30 de 2004 a agosto 21 2004
  - c. Luego hay otro silencio desde agosto de 2006 hasta marzo 2008 (año y medio) en este lapso solo figura una ecografía hepática en octubre de 2006.
3. En marzo de 2008 la médica de PREVIMEDIC escribe el paciente NO se adhiere al tratamiento ya que toma irregularmente los medicamentos y al parecer cuando se acaba no acude a que los renueven sino que deja de tomarlo.
4. Finalmente el paciente se complica en noviembre 2008 al parecer por un cuadro de encefalopatía hepática síndrome hepático y fallece.

## CONCLUSIONES

- I. En cuanto a parámetros como calidad, oportunidad Y diligencia son indicadores estudiados por los sistemas de gestión de calidad y se encuentran dentro de la esfera de conocimiento de la especialidad médica llamada AUDITORÍA MÉDICA. En este sentido los expertos para el tema NO son los médicos forenses, sino auditores médicos de la Secretaría de salud y la Superintendencia de salud, entre otros.
- II. Sin embargo, teniendo en cuenta lo escrito en el análisis podemos emitir los siguientes conceptos:
  1. Hay probablemente una falta de oportunidades entre el momento en que se le solicita la endoscopia inicial al paciente y su realización (Pasaron 4 meses) Una inquietud que nace de esta situación es: cuánto realmente afectó la

evolución de la enfermedad del paciente llamada cirrosis, el hecho que se hayan demorado 4 meses en hacer la endoscopia. La respuesta debe darla un médico internista o un hepatólogo.

2. En la historia clínica falta información acerca de la evolución del paciente desde marzo hasta agosto de 2004 y desde agosto de 2006 hasta marzo de 2008 las partes deberían aportar pruebas que explicaran lo que sucedió durante estos lapsos para determinar las responsabilidades.
3. Al parecer el paciente no se adhería bien al tratamiento médico e interrumpir la medicación por decisión propia según la nota médica en marzo 2008 de PREVIMEDIC.

III. En cuanto a " si existió el nexo de causalidad entre los procedimientos practicados a la parte demandante y la pérdida de producto" consideramos que el deterioro del paciente era previsible por el curso natural de una enfermedad tan grave como la que tenía (cirrosis hepática)

Las preguntas que surgen entonces son :

- a. Por qué se demoró 4 años el estudio de la causa de la cirrosis en este paciente?
- b. Es usual este tiempo de estudio de 4 años para establecer una patología e indicar un manejo inoportuno insuficiente?
- c. En este paciente específicamente, pudo haberle alterado la evolución natural de la cirrosis en el trasplante hepático?
- d. y si lo anterior es cierto, quién o quiénes debieron tomar la decisión de transparente hepático y en qué momento

La respuesta la tiene quedar un hepatólogo o mejor aún un comité de trasplantes que opere en la institución de tercer nivel en el cual pueda consultar las partes interesadas" ( fls . 276 a 283Tomo II)

- 1.26 Testimonio de la señora Flor Lily Acosta de Montero quien manifestó que conocía al señor Alfonso Portillo, que desde el 2003, él estuvo muy enfermo le diagnosticaron cirrosis; que lo atendía Humana Vivir, y él tenía que ir a buscar la droga; que él era contador y era el revisor fiscal donde vivían; manifiesta las consecuencias que se presentaron en el núcleo familiar del señor Alfonso Portillo a raíz de su muerte. (fls. 293 y 294 ib)
- 1.27 Testimonio del señor Luis Wiltran Montero Serrano quien manifiesta que conocía al señor Alfonso Portillo dado que eran compañeros de trabajo, refiere a la enfermedad que le fue diagnosticada, sobre los traslados a los que fue sometido cuando murió; indica que personas dependían económicamente de él; manifiesta las consecuencias que se presentaron en el núcleo familiar del señor Alfonso Portillo a raíz de su muerte. (fls. 296 a 298 ib)
- 1.28 Valoración psiquiatra forense realizada a la señora ELICE OROSTEGUI GÓMEZ por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses, en donde se concluyó "1. examinada ELICE OROSTEGUI GÓMEZ no presenta un cuadro clínico enfermedad mental que pueda constituirse en una condición de daño físico en relación con los hechos materia del presente proceso. 2. Examinada ELICE OROSTEGUI GÓMEZ puede beneficiarse a una intervención psicoterapéutica tal como se plantea en la discusión.( fls. 376 a 379 ib)

## **2. Precisiones del caso.**

Lo pretendido dentro del presente proceso es la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas por los daños y perjuicios, ocasionados a los demandantes como

consecuencia de la indebida y tardía prestación del servicio médico lo que condujo a la muerte del señor Portillo Cabrera q.e.p.d.

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda considerando que i) no se demostró el incumplimiento de las obligaciones por parte de la EPS- Humana Vivir y ii) en cuanto a la falla endilgada relacionada con ordenar el trasplante al señor Portillo, no es procedente endilgar responsabilidad a la IPS demandada Clínica Navarra dado que esta solo atendió la urgencia, y esto le correspondía era a los médicos tratantes especializados de consulta externa y iii) no se demostró una falla médica o pérdida de oportunidad de supervivencia del paciente respecto a la atención de urgencias, antes por el contrario se demostró que la enfermedad del paciente era grave para el momento de su fallecimiento o su condición comprometida varios órganos.

La parte actora, presentó recurso de apelación sosteniendo que i) al no aportarse la historia clínica en su totalidad, se presume la responsabilidad de las demandadas, pues debido a esto no se pudo realizar una valoración completa por parte del perito; además es clara la falla en el servicio por parte de la Clínica Vasculor Navarra, dado que a pesar de no contar con lo necesario para atender al señor Portillo lo mantuvo 4 días y solo cuando ya estaba grave lo remitió a la clínica Country que tampoco contaba con la UCI para atender síndrome hepatorenal, siendo remitido a la clínica Samaritana donde falleció; ii) se encuentran probados los elementos de pérdida de oportunidad ya que no es posible determinar con certeza que de haber mediado una correcta y oportuna remisión por parte de clínica Vasculor Navarra se había superado el daño final, esto es el fallecimiento del paciente; iii) existe responsabilidad solidaria entre EPS Humana Vivir y la IPS Clínica Vasculor Navarra, iv) se encuentra legitimado en la causa el Ministerio de Salud y Protección Social y v) resulta improcedente la condena en costas.

### **3. Análisis probatorio.**

Conforme al material probatorio obrante en el expediente se procederá a resolver el recurso de apelación, con los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, así:

#### **3.1. Daño antijurídico.**

Está acreditado en el expediente que el señor José Alfonso Portillo falleció por muerte natural el 28 de noviembre de 2008 (1.1)

Así, con las pruebas obrantes en el expediente está acreditado el daño antijurídico consistente en la muerte del señor José Alfonso Portillo, esposo y padre de los demandantes.

#### **3.2. Imputación.**

Lo primero que se tiene que precisar es que la parte actora atribuye dos acciones u omisiones dentro del sub lite a las entidades demandadas, primero, las relacionadas con el tratamiento que se le brindó a la enfermedad que presentaba el señor José Alfonso Portillo que era cirrosis desde el año 2004 hasta su muerte y la posibilidad de obtener un trasplante; y segundo, la atención presada en urgencias por parte de la IPS clínica Vasculor Navarra antes de su fallecimiento.

Así las cosas, se procederá a estudiar estos dos supuestos, teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte actora.

- i) Sobre el tratamiento brindado a la enfermedad que presentaba el señor José Alfonso Portillo por parte de las demandadas.

Sea del caso precisar que revisadas las pruebas aportadas al proceso, se encuentra demostrado que el señor José Alfonso Portillo se le diagnosticó cirrosis hepática desde enero de 2004, fecha desde la cual viene siendo atendido y tratado por la IPS PREVIMEDIC y el Hospital San Ignacio, quienes han ordenado diferentes exámenes al paciente para esclarecer la etimología de esa enfermedad, al igual que han realizado manejo fármaco para tratar esta enfermedad. ( 1.2, 1.3, 1.5, 1.6, 1.8,1.9,1.10,1.11,1.12,1.16,1.17, 1.18,1.19)

Al respecto, no es procedente estudiar las acciones u omisiones relacionadas con el tratamiento brindado al señor José Alfonso Portillo respecto de su enfermedad de cirrosis y su posibilidad o no de obtener un trasplante, dado que la parte actora no demandó en el sub lite a las entidades directamente responsables por estos hechos, como lo son la IPS PREVIMEDIC y el Hospital San Ignacio, entidades de derecho privado capaces de comparecer y ser parte dentro del presente proceso, para efectos de responder por sus actuaciones; que si bien la EPS puede ser solitariamente responsable frente a estos hechos, resulta necesario antes de estudiar la solidaridad, verificar la conducta de estas demandadas siempre y cuando sean parte de la Litis, situación que no ocurre, por lo tanto, resulta procedente estudiar solo el comportamiento endilgado a la IPS clínica Vasculat Navarra.

- ii) La atención presada en urgencias por parte de la IPS clínica Vasculat Navarra.

Cabe precisar que la clínica Vasculat Navarra es una entidad de naturaleza privada, razón por la cual, deberá analizarse la conducta de las mismas, desde la responsabilidad civil extracontractual teniendo en cuenta los artículos 2341<sup>51</sup> y 2356<sup>52</sup> del Código Civil, es decir, se deberá estudiar si actuaron o no con culpa- factor subjetivo.

Entonces, lo primero que hay que precisar es que esta demandada allegó la totalidad de la historia clínica del señor José Portillo respecto a la atención de urgencias brindada desde el 22 de noviembre de 2008 al 28 de noviembre de 2008 (1.22), situación por la cual no es viable aplicar el indicio grave de responsabilidad en su contra como lo sostiene el apelante, que si bien el dictamen pericial realizado por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses del 29 de septiembre de 2012, describe que la historia clínica no se encuentra completa pues falta información acerca de la evolución del paciente desde marzo hasta agosto de 2004 y desde agosto de 2006 hasta marzo de 2008 (1.24), se resalta que esta información obedece es al tratamiento brindado al señor José Alfonso Portillo respecto de su enfermedad de cirrosis y su posibilidad o no de obtener un trasplante por parte de IPS PREVIMEDIC y el Hospital San Ignacio, y no refiere a la información relacionada con la atención brindada por urgencias por parte de la Clínica Vasculat Navarra.

Además no se puede pasar por alto que las entidades que tienen la custodia de las historias clínicas es directamente el prestador del servicio de salud que la generó en el curso de la atención (art. 13 Res. 1995 de 1999) es decir, que las historias clínicas respecto de la

<sup>51</sup> "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

<sup>52</sup> "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona puede ser reparado por ésta".

atención prestada al señor Portillo desde el 2004 cuando inicio su tratamiento de cirrosis estaban en custodia de IPS PREVIMEDIC y el Hospital San Ignacio, sociedades que no fueron demandadas dentro del sub lite, y por lo tanto, con los únicos documentos que se contaban eran los allegados por la parte actora.

Ahora, pese a que en la historia clínica de la Clínica Vasculat Navarra del paciente José Alfonso Portillo se encuentran apartes ininteligibles, con la misma, se puede establecer que i) fue atendida la urgencia el día 22 de noviembre de 2008, a las 21:40 pm, por presentar disnea<sup>53</sup> edema en miembros inferiores y dolor que dificulta la marcha, siendo la conducta a seguir dejarlo en observación, catéter venoso ss/EKG. y toma de Rx torax, ( 1.22 b); se le realiza rx tórax describiendo que el paciente tiene cardiomegalia<sup>54</sup> describiéndose que cursa falla cardiaca descompensado, siendo el plan dejar en observación con furosemida y para atención de medicina interna, ii) el 23 de noviembre de 2008, el paciente persistencia de dolor en miembros inferiores, niega disnea, niega síntomas asociados, y presenta leve tinte icterico<sup>55</sup>, decidiendo tomar exámenes de laboratorio y ecografía abdominal total; ese mismo día se diagnóstica "Ascitis a estudio<sup>56</sup>" "Cirrosis por HC" iii) el 24 de noviembre de 2008, se ordenan practicar otros exámenes; es atendido por medicina interna quien ordena valoración por gastroenterología y neurología y ordena medicamentos; iv) el 25 de noviembre de 2008 el paciente es atendido por neurología y gastroenterología, este último diagnosticando cirrosis hepática- Nash, varices esofágica, probable encefalopatía hepática leve<sup>57</sup>, descartar trombosis venosa pélvica por edema de MMII, se ordena realizar TAC abdominal con contraste, valoración por cirugía vascular, se encuentra pendiente de biopsia hepática y última endoscopia la cual la familia se compromete a tráela; se realiza TAC abdominal con contraste v) el 26 de noviembre de 2008, atendido por medicina interna, paciente con mejoría del cuadro de dolor; se realiza duppler que no evidencia trombos, se realiza análisis de tac abdominal donde evidencia de esplenomegalia liquido libre intrabdominal y otras, ordenando plan a seguir rx de hombro y concepto de gastroenterología para definir manejo vi) 27 de noviembre de 2008, se analiza rx de hombro dentro de los límites normales, plan control y electrolitos; este mismo día analizados paraclínicos se ordena diálisis urgente por no disponibilidad en la institución; atendido por medicina interna remite a valoración por nefrología y toma de gases arteriales; presenta deterioro clínico progresivo que cursa con encefalopatía de etiología múltiple y falla prerrenal aguda secundaria por DHT se ordenan medicamentos y vigilancia de administración; vii) 28 de noviembre de 2008, es remitido para valoración por nefrología a RTS country. (1.22)

<sup>53</sup> Dificultad respiratoria que suele traducirse en falta de aire. Es.wikipedia.org/wiki/disnea

<sup>54</sup> La **cardiomegalia** es el término que define un agrandamiento anormal del corazón o **hipertrofia** cardíaca. Se trata de un **signo** que aparece en personas con **insuficiencia cardíaca sistólica** crónica o diversos tipos de **miocardiopatías**. <https://es.wikipedia.org/wiki/Cardiomegalia>

<sup>55</sup> La **ictericia** es la coloración **amarillenta** de la **piel** y **mucosas** debida a un aumento de la **bilirrubina** (valores normales de 0,3 a 1 **mg/dl**) que se acumula en los **tejidos**, sobre todo aquellos con mayor número de fibras elásticas (**paladar**, **conjuntiva**). <https://es.wikipedia.org/wiki/Ictericia>

<sup>56</sup> Es la acumulación de líquido en el espacio que existe entre el revestimiento del abdomen y los órganos abdominales. Causas

La ascitis resulta de la presión alta en los vasos sanguíneos del hígado (hipertensión portal) y niveles bajos de una proteína llamada **albúmina**. Las enfermedades que pueden causar **daño hepático grave** pueden llevar a que se presente ascitis. Esto incluye:

- Infección crónica con **hepatitis C o B**
- **Consumo excesivo de alcohol** durante muchos años
- Hígado graso (esteatohepatitis no alcohólica)

<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000286.htm#:~:text=Los%20s%C3%ADntomas%20pueden%20manifestarse%20lentamente,pr esentar%20dolor%20abdominal%20y%20distensi%C3%B3n.>

<sup>57</sup>La encefalopatía hepática es un conjunto de manifestaciones neuromusculares y neuropsiquiátricas que aparece como factor de mal pronóstico, incluso en su forma subclínica, en las enfermedades hepáticas agudas y crónicas. El mecanismo patogénico es el insuficiente aclaramiento hepático de sustancias neurotóxicas de origen mayoritariamente intestinal. Dichas neurotoxinas actúan sobre distintos sistemas neurotransmisores ocasionando las manifestaciones clínicas de tipo neuropsiquiátrico y neuromuscular. El tratamiento estándar de la encefalopatía hepática se basa en la actualidad en tres pilares: la identificación y corrección del factor precipitante, la dieta hipoproteica y la utilización de disacáridos no absorbibles. La utilidad de nuevas opciones terapéuticas deberá esclarecerse en los próximos años.

La encefalopatía hepática (EH) es un síndrome constituido por síntomas y signos neurológicos que aparecen asociados a un mal pronóstico en pacientes con hepatopatías agudas (insuficiencia hepática aguda grave) y, con más frecuencia, crónicas (cirrosis hepática).

<https://www.elsevier.es/es-revista-medicina-integral-63-articulo-encefalopatia-hepatica-11327>

Así las cosas, es claro que esta institución prestó sus servicios de urgencias realizando exámenes, análisis, evaluaciones, seguimientos por parte de diferentes especialidades dadas las condiciones que presentaba el paciente su estado de salud y su sintomatología, para efectos de establecer un diagnóstico y proceder a un tratamiento o plan, que si bien el paciente fue presentado deterioro clínico, no se puede perder de vista que i) las obligaciones derivadas de la actividad medica son de medio y no de resultado, razón por la que el deber que tienen los profesionales de la salud se circunscribe a realizar una actividad diligente, con el fin de satisfacer en lo posible, el interés primario del paciente , ii) que si bien fue ordenada su valoración por medicina interna el día 22 de noviembre de 2008 y sólo hasta el 24 de noviembre del mismo año, fue atendido por esta especialidad y que fue remitido a una institución que no contaba con la atención que requería el paciente (1.15, 1.22. c) también es cierto que no se demostró en el sub lite con dictamen pericial o testimonios rendidos por especialistas en el tema, que indicaran que estos lapsos transcurridos entre la atención ordenada y su práctica o la remisión de forma equivocada, produjera la muerte del señor José Portillo, máxime que dentro del expediente se desconoce la razón por la cual falleció el mismo, iii) conforme al dictamen pericial presentado por medicina legal el paciente José Portillo tenía una enfermedad grave llamada cirrosis hepática por NASH, frente a la cual pocos tratamientos pueden detener el empeoramiento de esta enfermedad hasta que falla el hígado, presenta retención de líquidos, pérdida de musculo y hemorragias de los intestinos; y para esta enfermedad no existen tratamientos específicos (1.23), iv) para marzo de 2008 el paciente no se estaba adheriendo al tratamiento por tomar irregularmente los medicamentos e interrumpe la medicación por decisión propia (1.17 y 1.24)

Por otro lado, no es de recibo el argumento del apelante relacionado a que la Clínica Vasculat Navarra, a pesar de no contar con lo necesario para atender al señor Portillo lo mantuvo 4 días y solo cuando ya estaba grave lo remitió, pues conforme a la Historia clínica el paciente fue tratado por las especialidades requeridas y que para el momento los médicos consideraron pertinentes, fueron realizados los exámenes requeridos y suministrado los medicamentos requeridos (1.22 c,d,e,f,g,h,i,j,k,l), tanto así que para el 26 de noviembre de 2008, presentó mejoría en síntomas, no obstante, el 27 del mismo mes y año, debido a su enfermedad empezó a presentar regular estado general, decidiendo los médicos tratantes ordenar diálisis de forma urgente (1.22 c) ordenando su traslado a RTS y luego a la Samaritana dentro del mismo día, cumpliendo así con el tiempo establecido por la norma para el trámite de remisión (Decreto 4747 de 2007)

En este orden de ideas, la parte actora no demostró la existencia de una falla médica por parte de la Clínica Vasculat Navarra y que como consecuencia de ello estas fueran la causa del deceso del señor José Alfonso Portillo, además no se demuestra que el personal médico se hubiese equivocado en el diagnóstico y tratamiento respecto a las aflicciones que presentaba el paciente o este no hubiese sido el acertado, que la atención o realización de exámenes fuera tardía, que no se hubiera realizado los laboratorios requeridos en estos casos, pues estos son aspectos técnicos propios de la ciencia médica que requieren de prueba, la cual se echa de menos en el sub lite.

Visto lo anterior, resulta incensario estudiar el argumento del apelante respecto a la solidaridad de la EPS Humana Vivir y la IPS Clínica Vasculat Navarra, respecto a este pinto en concreto.

Por otro lado, frente a la responsabilidad de la Nación Ministerio de Salud y Protección Social, es de precisar que esta entidad no tiene legitimación material en los hechos que se

discuten en este caso, pues el daño que se reclama es la muerte del señor Portillo respecto a la prestación del servicio médico, no teniendo injerencia ni directa o indirectamente en la producción de este hecho, pues dentro de sus funciones no se encuentra la prestación directa de los servicios de salud ( Ley 10 de 1990 y Ley 100 de 1993) por tanto, no es de recibo los argumentos del apelante, además lo relacionados con la demora en la actualización de la ley de donación de órganos, es un argumento nuevo que no fue expuesto en la demanda, razón por la cual, en virtud del debido proceso, derecho de contradicción y defensa, y de congruencia entre lo pedido y lo decidido ( art. 29 CP y 281 CGP) no hay lugar a proferir pronunciamiento alguno.

### **3.4. Daño autónomo- pérdida de oportunidad.**

No teniendo como daño la muerte del señor Portillo antes descritas, sino que se tratare de una pérdida de oportunidad de recibir un servicio médico adecuado para sobrevivir, tampoco se podrá acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que dentro del proceso no se logró acreditar- con certeza sobre la posibilidad de que en el caso de haberse realizado la valoración por parte de medicina interna el mismo día o el día siguiente que fue ordenada o de haberse remitido al paciente a una institución con nefrología y hepatología y no a RTS, ello hubiera podido evitar su muerte, pues, no se allegó otro medio de prueba que diera cuenta de que el ser valorado por las referidas especialidades hubiere conllevado a la recuperación del estado de salud del señor José Alfonso portillo, máxime si tenemos en cuenta que:

- i) Desde el año 2004 el paciente presentaba cuadro de cirrosis, la cual estaba siendo tratada por médico externo. (1.2,1.3,1.5, 1.6,1.8, 1.9, 1.10,1.16, 1.17, 1.18, 1.19)
- ii) Conforme al dictamen pericial presentado por medicina legal tenía una enfermedad grave llamada cirrosis hepática por NASH, frente a la cual pocos tratamientos pueden detener el empeoramiento de esta enfermedad (1.23)
- iii) Conforme al dictamen pericial de medicina legal el deterioro del paciente era previsible por el curso natural de una enfermedad tan grave que tenía.(1.24)
- iv) Para marzo de 2008 el paciente no se estaba adhiriendo al tratamiento por tomar irregularmente los medicamentos e interrumpe la medicación por decisión propia (1.17 y 1.24)
- v) No se probó la causa por la cual falleció el señor José Alfonso portillo, pues pese a que el perito sostiene que al parecer fue por un cuadro de encefalopatía hepática, no existe prueba que demuestre esta suposición (1.24)

En este orden de ideas, está probado el carácter catastrófico de la enfermedad que padecía el señor José Alfonso Portillo, por lo tanto, no se demuestra el elemento certeza relacionada con que si se le hubiera traslado a un Hospital con la especialidad requerida, o si se hubiera atendido de forma inmediata por medicina interna aquel hubiese podido sobrevivir dado el diagnóstico que presentaba, es decir, a la parte actora le correspondía probar la posibilidad real de la paciente de recuperar su estado de salud o preservar su vida (art. 167 C.G.P)

Así las cosas, se deberá confirmar la decisión de primera instancia proferida por el a quo.

### **4. Costas Procesales.**

Verificada la decisión del a quo, encuentra esta Sala que la misma deberá ser revocada dado que conforme a lo señalado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo,

reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no es procedente condenar en costas dado que dentro del proceso de la referencia no existir temeridad manifiesta de la parte vencida, así mismo, esta Sala se abstiene de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

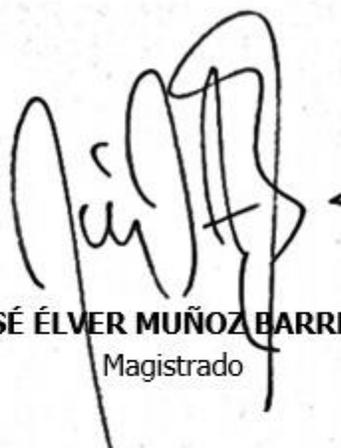
**PRIMERO: REVOCAR** el numeral quinto de la de la sentencia del 9 de abril de 2018, del Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 9 de abril de 2018, por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** Sin condena en costas, en segunda instancia.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado



**MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado