



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué – Tolima, catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: María Villalba Bonilla y Otros.
Demandado: Clínica Tolima y Otros
Radicación: 73001-33-33-003-2014-00754-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Reparación Directa impetrado **María Villalba Bonilla Pérez, Orlando Bernate Bonilla y Luis Manuel Bernate Bonilla**, actuando por intermedio de apoderado judicial, contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A., Unión Temporal Medicol Salud 2012, Empresa Cooperativa de Servicios de Salud-Emcosalud, Clínica Minerva S.A. en Liquidación y Clínica Tolima S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

Pretende la parte actora que se declare a la **Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A., Unión Temporal Medicol Salud 2012, Empresa Cooperativa de Servicios de Salud-Emcosalud, Clínica Minerva S.A. en Liquidación y Clínica Tolima S.A.** patrimonial, administrativamente y civilmente responsables de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante presente y futuro) y perjuicios morales y daño a la vida en relación o alteración a las condiciones de la existencia, ocasionados a causa del fallecimiento del joven Luis Manuel Bernate Bonilla (q.e.p.d.) el 30 de octubre de 2012, que se derivó de la falla del servicio de salud, médico y asistencial hospitalario en que incurrieron las demandadas.

Como consecuencia de lo anterior, pide que se les condene a pagar los perjuicios de orden moral, material y de daño a la vida de relación que fueron causados a los demandantes.

2. HECHOS.

Como sustento fáctico relevante, se dice que:

2.1. Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) contaba con 21 años, viva con sus padres y hermano, y cursaba sexto semestre de arquitectura en la Universidad Antonio Nariño de la ciudad de Ibagué, lo cual le generaba muchas expectativas tanto personales como familiares.

2.2. Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) se encontraba afiliado a “EMCO SALUD EPS, como beneficiario de su madre María Villalba Bonilla Pérez, docente cotizante, recibiendo los servicios de salud en la ciudad de Ibagué desde el 2010 y siéndole asignado como médico familiar de la referida EPS, el doctor Néstor Enrique López Olaya.

2.3. En noviembre del año 2011, Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) empezó a presentar dolor en oído y garganta, por lo que acudió en varias oportunidades al médico asignado por su EPS, quien se limitaba a ordenarle acetaminofén, metocarbamol o ibuprofeno.

2.4. A los síntomas que inicialmente presentaba el joven universitario, se le fueron sumando disfonía, reflujo gastro esofágico, laringitis aguda, mareos, adinamia, tos, pérdida de peso, cefalea y vértigo, entre otros, síntomas que se hicieron permanentes, lo cual generó que faltara de manera frecuente a sus estudios.

2.5. Pese a que su estado de salud continuó empeorando, el médico tratante continuaba formulándole acetaminofén e ibuprofeno, indicando que la única remisión que ordenó fue valoración por fonoaudiología, siendo atendido el 01 de marzo de 2012 donde se recomendó valoración con otorrinolaringólogo, pero a pesar de esto y a los muchos requerimientos que el paciente le hacía a su médico familiar para ser remitido al especialista, éste jamás lo ordenó.

2.6. En vista de que el médico tratante no remitía a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) al especialista, sus padres lo llevaron a consulta particular con otorrinolaringólogo el 13 de marzo de 2012, ordenándole la práctica de unos exámenes y algunos medicamentos, los cuales le fueron realizados de manera tardía por la EPS.

2.7. El 20 de marzo de 2012, Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), acompañado por su madre, nuevamente acudió donde el médico tratante de EMCOSALUD, doctor Néstor Enrique López Olaya, por cuanto su salud desde la primera consulta hasta ese momento se había deteriorado a tal punto que no podía hablar debido a los síntomas más severos; mientras esperaban para ingresar al consultorio, el médico salió y les dijo que no podía atenderlos, por lo que la madre del paciente le solicitó que los atendiera, por cuanto su hijo se encontraba muy enfermo y que necesitaba que lo remitiera donde un especialista, porque la manera como él estaba manejando la situación de salud de su hijo había hecho que se agravara, pero para sorpresa de éstos, la respuesta del médico tratante fue reírse y aplaudir frente a los reclamos que le hacía la señora María Villalba Bonilla Pérez, quien le insistía que no se iban a retirar hasta que los atendiera, frente a lo que el galeno le respondió que pidiera otro médico.

2.8. Por lo anterior, ese mismo día se radicó una solicitud a la coordinadora de medicina familiar de EMCOSALUD, para que fuese cambiado el doctor Néstor Enrique López Olaya, empero la respuesta se produjo por la UNION TEMPORAL MEDICOLSALUD y EMCOSALUD, el 31 de octubre de 2012, un día después del fallecimiento de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.).

2.9. Finalizando la tarde del 20 de marzo de 2012, Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) fue atendido por el galeno César Augusto Hoyos Dávila, quien ordenó una audiometría que le fue realizada por la fonoaudióloga Eliana Castillo Rivera el 27 de marzo de 2012, quien al consignar su diagnóstico solicita valoración urgente por otorrinolaringólogo.

2.10. Pese a lo anterior, en los meses posteriores no cambió el manejo que se le estaba dando a la sintomatología de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), ya que

solo hasta el 5 de julio de 2012 fue visto por el otorrinolaringólogo, doctor Jaime Ernesto Baquero Barrios, quien tampoco ordenó exámenes especializados, sino remisión a fonoaudiología.

2.11. Debido a que la EPS EMCOSALUD continuaba atendiendo a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) de manera negligente pese a que su estado de salud empeoraba, sus padres decidieron llevarlo donde el doctor Pedro Nel Suárez R., por consulta particular, encontrado en el examen físico tumefacción, masa o prominencia localizada en el cuello, laringitis crónica y posiblemente un linfoma, remitiéndolo a valoración por neumología y oncología, ordenando que le fueran practicados de manera urgente una radiografía de tórax, ecografía de cuello y ecografía abdominal.

2.12. Por sugerencia del doctor Pedro Nel Suárez R., los padres de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), llevaron a su hijo por consulta particular donde el especialista en Cirugía Oncológica, doctor Gilbert Francisco Mateus, quien el 8 de octubre de 2012 diagnosticó la existencia de una masa mediastinal a estudio, compresión laríngeo recurrente secundaria, posible linfoma, requiriendo completar estudio con un TAC de tórax y abdomen, fibrobroncospia y biopsia de ganglio cervical bajo anestesia general.

2.13. Los padres de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), se dirigieron a EMCOSALUD, para hablar con el doctor César Augusto Hoyos Dávila, comentándole los diagnósticos dados por los médicos particulares y los exámenes que éstos habían ordenado, procediendo a transcribirlos para que le fueran tomados; aduce que le preguntaron al referido galeno por qué nunca le habían ordenado por la EPS los exámenes especializados a su hijo, pese a haber asistido de manera frecuente a consultas desde noviembre de 2011, medicándolo únicamente con acetaminofén, ibuprofeno y otros, cuando era latente que con el paso del tiempo la salud de su hijo había empeorado, frente a lo cual no respondió nada.

2.14. Debido a la urgencia por la gravedad de su hijo, a través de médico particular (Dr. Gilbert Francisco Mateus) le practicaron a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) biopsia de ganglio linfático profundo el 10 de octubre de 2012, pues como usuarios de la EPS EMCOSALUD, sabían que si esperaban la orden que debía expedir la entidad, esta tardaría demasiado y cada día implicaba más deterioro en la salud de su hijo, aunado a que ya habían sido muchos meses esperando desde la primera consulta con el médico asignado por la EPS, para que se le diera el manejo adecuado a la situación de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), lo que había hecho que su salud empeorara.

2.15. Con los resultados de patología, el 18 de octubre de 2012 Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) fue llevado por sus padres nuevamente a consulta particular con el doctor Gilbert Francisco Mateus, determinando la presencia de tumor metastásico de células germinales, empezando a brindar el tratamiento adecuado con médicos especialistas.

2.16. El mismo 18 de octubre de 2012, Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) asistió a consulta con el cirujano de tórax, doctor Camilo Díaz Rivera en la Clínica Tolima, ya con un diagnóstico claro como reposa en la historia clínica “tumor maligno del mediastino anterior”, el médico requirió de un estudio de inmunohistoquímica, por lo que solicitó valoración urgente por oncología clínica, radioterapia y la práctica de una fibrobroncospia que se le realizó el 22 de octubre en esa misma entidad.

2.17. Después del procedimiento, el doctor Camilo Díaz Rivera determinó enviarlo a urgencias para valoración por medicina interna, debido a su estado febril y para

descartar foco infeccioso; al día siguiente fue valorado por el médico internista, concluyendo que la fiebre es posiblemente de origen tumoral, continuando en urgencias de la clínica y el 24 de octubre, el galeno consideró negatividad para proceso infeccioso, ordenando la salida para inicio de quimioterapia, empero tampoco se preocuparon en tal entidad por iniciar de manera urgente la práctica de la poliquimioterapia a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), ni la valoración por el oncólogo, a pesar de la solicitud hecha por el cirujano de tórax.

2.18. La mala atención no cambió, por cuanto los exámenes que le ordenaban se retrasaban, así como las consultas con especialistas, y cuando finalmente lo vio el Oncólogo de la EPS EMCOSALUD, este ordenó la práctica de unas quimioterapias, las cuales no se le realizaron porque no tenían los medicamentos y se debían pedir a Bogotá.

2.19. Ante tal situación, la madre de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), presentó acción de tutela con solicitud de medida provisional el 22 de octubre de 2012, para que le fuera practicado de forma permanente y oportuna a su hijo el procedimiento de poliquimioterapia y para que se le garantizara tratamiento integral con medicamentos, hospitalización, cirugía y demás, en razón de la enfermedad que padecía su hijo, siendo admitida al día siguiente por el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, ordenándose la medida provisional, requiriendo a EMCO SALUD EPS para la realización del tratamiento de poliquimioterapia.

2.20. A pesar de existir tal orden para realizarle el procedimiento, éste no le fue practicado, por lo que el 26 de octubre presentaron incidente de desacato. Al mismo tiempo que radicó esta solicitud, debió llevar a su hijo a urgencias de la Clínica Minerva por su delicado estado de salud, informando a los médicos el grave estado de salud de su hijo, esperando que ordenaran la remisión a oncología y la realización de las poliquimioterapias, pero el manejo que se le dio fue dejarlo en observación, ordenarle una endoscopia y valoración por gastroenterología, para posteriormente el sábado 27 de octubre darle salida.

2.21. El estado de salud de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), se agravaba cada vez más, y cada hora representaba mayor complicación, por lo que muy temprano al día siguiente, lo llevaron nuevamente a la Clínica Minerva, siendo dejado por el médico que lo atendió en urgencias en una misma sala con otros pacientes toda la mañana. Estando allí se ordenó la remisión para oncología, pasando las horas sin ser visto por el especialista, pero con síntomas cada vez más severos, deteriorándose cada vez más su salud, y solo en horas de la noche del día siguiente lunes 29 de octubre, fue llevado a la Unidad de Cuidados Intensivos, a pesar que desde muy temprano, como está consignado en la historia clínica existía alto riesgo de complicaciones a corto plazo que incluían la muerte, por su delicado estado de salud, y para ese momento aún continuaba sin ser valorado por el oncólogo y sin que se le realizara la poliquimioterapia.

2.22. En las horas de la mañana del martes 30 de octubre de 2012, durante el horario de visitas, encontraron a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) consiente y habló con todos, empero horas más tarde, cuando lo volvieron a ver, ya se encontraba entubado, inconsciente, inflamado y morado, sin que les informaran nada en el transcurso del resto del día y solo hasta a las 8:30 de la noche les informaron que Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) había fallecido.

2.23. Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) falleció sin que las instituciones encargadas de prestarle los servicios de salud, lograran determinar cuál era su enfermedad, ya que fue a través de médicos ajenos a éstas que se estableció el diagnóstico; profesionales que los padres de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), buscaron por sus medios, debido a la negligencia de la EPS; y cuando se logró

establecer la grave enfermedad que padecía y el tratamiento que se debía seguir para que su hijo tuviera una oportunidad de vida, nuevamente las entidades demandadas, de manera negligente no le brindaron el tratamiento de poliquimioterapia, ni la posibilidad de ser atendido por un oncólogo, haciendo caso omiso, incluso a la orden de un juez.

2.24. El fallo definitivo de tutela se dictó el 31 de octubre de 2012, en el que se le ordenó a EMCOSALUD realizarle el procedimiento de poliquimioterapia, que nunca se le practicó.

2.25. Es manifiesta la falla de las entidades convocadas en la promoción y prestación de los servicios de salud, pues no obstante, haber atendido a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), por más de diez meses, se le dio un manejo inadecuado, circunstancia que no permitió detectar a tiempo la enfermedad, facilitando su avance con el transcurso del tiempo, omisión que se mantuvo una vez conocido el diagnóstico, ya que continuaron actuando de manera negligente, descuidada y morosa, al no brindarle el tratamiento urgente requerido.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Clínica Minerva S.A. (fl. 312-324)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en el libelo inicial; plantea las excepciones denominadas **Ausencia de responsabilidad de la Clínica Minerva S.A. – Ausencia de participación de la Clínica Minerva S.A. en os eventos relacionados con el control o atención médica previa que recibió el joven Bernate Bonilla, Inexistencia de nexo entre la actividad de la Clínica Minerva S.A. y el daño acaecido, y Culpa exclusiva de un tercero**, que en síntesis plantean que no se puede pretender una responsabilidad administrativa y solidaria de la Clínica Minerva, por cuanto su participación en los sucesos descritos en la demanda se limitan a los últimos 6 días de vida del paciente, durante los cuales el referido centro asistencial le brindó la atención medica al señor Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), conforme a las posibilidades físicas y científicas con que ésta contaba, tratándose en todo caso para ese momento de un paciente irrecuperable, el cual ingresó por urgencias con un diagnostico completamente crítico, de un año de evolución, consistente en cáncer de origen mediastinal, metastásico en ganglios cérvix e hígado, tipo durante el cual la EPS EMCOSALUD no autorizó que el especialista oncólogo se trasladara a dicha clínica a atender al referido paciente.

3.2. Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima (fl. 352-360)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en la demanda; alegando **Ausencia de culpa, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Causa extraña, y Ausencia de Causalidad**, indicando que la atención brindada Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) a su el ingreso a la Clínica Tolima el 18 de octubre de 2012 por el Cirujano de Tórax Camillo Díaz Rivera fue diligente; que el paciente ingresó a través del servicio de consulta externa por un cuadro clínico de 10 meses de evolución de disfonía sin mejoría, por lo que el médico tratante ordenó valoración por oncología clínica y exámenes complementarios como fibrobroncoscopia, este último realizado el 22 de octubre de 2012; reitera que Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) requería valoración por oncólogo y la práctica de poliquimioterapia, pero aclara que tal centro médico asistencial no tiene habilitada la especialidad de oncología.

3.3. Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 411-431)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en el libelo inicial; propone las excepciones de **Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de la obligación – Responsabilidad exclusiva en cabeza de los contratistas de servicios médicos, Trámite de queja y la supervisión de los contratos de prestación de servicios médicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Inexistencia de la obligación indemnizatoria por falta de nexo causal, y Perjuicios inexistentes**, indicando que son los contratistas prestadores del servicio los llamados a responder por la calidad de la prestación del servicio de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; que tal fondo se encuentra administrado por la Fiduprevisora y en todo caso no es función del Fondo la prestación de servicios médico asistenciales a sus afiliados, siendo obligación del Comité Regional velar por que se cumpla con la prestación de los servicios médicos asistenciales contratados; que no existe nexo causal alguno entre la supuesta falla en la prestación del servicio por parte de un tercero y la labor de la Fiduprevisora como administrador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que en desarrollo de las obligaciones del contrato de fiducia no se presta servicios médicos.

3.4. Empresa Cooperativa de Servicios de Salud - EMCOSALUD (fl. 463-489)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en la demanda; plantea las excepciones de **Inexistencia de nexo de causalidad, Diligencia y cuidado, ausencia de culpa en la prestación de servicios médicos, Inexistencia del derecho para reclamar perjuicios materiales conforme se solicita en la demanda, Los parientes demandantes no pueden reclamar como perjuicio propio el daño fisiológico o perjuicio a la vida en relación, y La actividad médica constituye una obligación de medio y no de resultado** indicando que si bien en el caso *sub examine* el resultado fue nefasto, esto no determina que el diagnóstico hubiese sido errado, por cuanto la intervención de los galenos fue conforme con la *lex artis*, estado dentro de los protocolos y con todos los estándares de calidad la atención prestada por los profesionales de la salud, la cual fue oportuna, pertinente y eficaz.

3.5. Fiduprevisora S.A. -vocera y administradora del FOMAG (fl. 439-457)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en el libelo inicial; como argumentos de defensa esgrime las excepciones denominadas **Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación – responsabilidad exclusiva en cabeza de los contratistas de servicios médicos, Tramite de queja y la supervisión de los contratos de prestación de servicios médicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, inexistencia de la obligación indemnizatorio por falta de nexo causal, y Perjuicios inexistentes**, indicando que la Fiduciaria La Previsora es una entidad de servicios financieros cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, esto es la realización de los negocios fiduciarios y no la prestación de servicios médicos que por ley están reservadas a las entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de servicios de salud, las empresas sociales del Estado y demás entidades que conforman la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.6. UT Medicol Salud 2012 (fl. 439-457)

La Unión Temporal Medicol Salud 2012 conformada por Médicos Asociados S.A., Empresa Cooperativa de Servicios de Salud – EMCOSALUD, Colombiana de Salud S.A. y Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S., no contestó la demanda, salvo EMCOSALUD, que sí emitió pronunciamiento oportuno (fl. 502).

3.7. Llamada en garantía La Previsora S.A. (fl. 37-50 C. Llamamiento en Garantía Clínica Minerva)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en el líbelo inicial; como argumentos de defensa esgrime las excepciones denominadas ***Inexistencia de nexo causal de los servicios prestados, Inexistencia de responsabilidad y/o obligación alguna a cargo de la Clínica Minerva S.A., Inexistencia de relación de causalidad entre el daño o perjuicio alegado por la parte demandante y la actuación de la Clínica Minerva S.A., Carencia de prueba del supuesto perjuicio, y frente a la llamada en garantía Preclusión (ineficacia) de la oportunidad para vincular al llamado en garantía, Límite del valor asegurado contratado por las partes, Condiciones generales y exclusiones de la póliza, e Inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de La Previsora S.A. Compañía de Seguros.***

3.8. Llamada en garantía La Previsora S.A. guardó silencio (fl. 29 C. Llamamiento en Garantía Sociedad Médico Quirúrgica de Tolima S.A. - Clínica Tolima)

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2014 y admitida a través de auto fechado 19 de abril de 2016, disponiendo lo de Ley (Fol. 292), vencido el término de traslado para contestar, la Clínica Minerva S.A. realizó un llamamiento en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, el cual fue admitido mediante auto del 17 de noviembre de 2016 (FI 24 Llamamiento en Garantía Clínica Minerva), a su vez la demandada EMCOSALUD llamó en garantía a la Aseguradora Confianza, el cual fue rechazado mediante auto del 27 de abril de 2017 (FI 25 C. Llamamiento en Garantía EMCOSALUD), así mismo la demandada Sociedad Médico Quirúrgica de Tolima S.A. - Clínica Tolima S.A. realizó un llamamiento en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, el cual fue admitido mediante auto del 17 de noviembre de 2016 (FI 15 Llamamiento en Garantía Sociedad Médico Quirúrgica de Tolima S.A. - Clínica Tolima).

Mediante auto del 23 de marzo de 2018 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fl. 562), la cual se llevó a cabo los días 12 de julio del año 2018 y 11 de abril de 2019, con la comparecencia de los apoderados judiciales de las partes, exceptuando La Nación-Min. Educación-FOMAG y la Unión Temporal Médico Salud 2012; en ella se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo, y se decretaron pruebas (Fls. 564-566 y 582-585). El día 30 de enero de 2020 (Fls. 637-639) se adelantó la audiencia de pruebas consagrada en el artículo 181 del C.P.A.C.A, en la que se evacuó la prueba decretada, y mediante auto del 5 de agosto de 2020 se corrió traslado para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes (Archivo A9. 2014-00754 CORRE TRASLADO PARA ALEGAR – Expediente Electrónico), derecho del cual hicieron uso la parte demandante, las demandadas Clínica Tolima, Emcosalud y Ministerio de Educación FOMAG, así como la llamada en garantía, tal y como se evidencia en constancia secretarial

obran en archivo B7. 2014-00754 CONSTANCIA SECRETARIAL -VENCE ALEGATOS del expediente electrónico.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

5.1. Parte demandante (B3. 2014-00754 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE)

Sostiene que existe mérito para acceder a las pretensiones incoadas en la demanda; reitera los argumentos planteados en la demanda, indicando que se demostró con el dictamen de Medicina Legal, que la falta de un diagnóstico oportuno impidió dar un tratamiento adecuado a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.); que el manejo dado desde un inicio por parte de EMCOSALUD en el caso sub examine no fue el adecuado, llevando a que la patología evolucionara sin control hasta el fatídico desenlace, resaltando que de haberse tratado oportunamente la enfermedad de Orlando Bernate Bonilla, sus posibilidades para sobrevivir eran muy altas.

5.2. Ministerio de Educación -FOMAG (B4. 2014-00754 ALEGATOS MIN EDUCACIÓN FOMAG)

Reafirma los argumentos planteados en la contestación de la demanda, resaltando la falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de nexo causal en relación al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio - Fiduprevisora, entre otras excepciones.

5.3. Clínica Tolima S.A. (B5. 2014-00754 ALEGATOS CLINICA TOLIMA SA)

Indica que en el caso bajo estudio no se le puede atribuir a la Clínica Tolima, las demoras en la atención, diagnóstico y tratamiento planteados en la demanda, por cuanto ésta no era la entidad aseguradora, ni tampoco la institución prestadora de servicios de salud que atendió al paciente, aunado a que no tiene habilitado el servicio de oncología ni de cirugía oncológica. Señala que el daño antijurídico producido no fue a consecuencia de la atención médica dada al paciente por parte de la Clínica Tolima, siendo la atención brindada por su asegurador, esto es, actuar cronológico y las atenciones brindadas por EMCOSALUD las que excluyen de responsabilidad a la clínica demandada, tal como se desprende de la historia clínica

5.4. Empresa Cooperativa de Servicios de Salud - EMCOSALUD (B6. 2014-00754 ALEGATOS EMCOSALUD)

Afirma que con del material probatorio recaudado, no se demuestra la ocurrencia de la falla del servicio en el caso sub examine, reiterando los argumentos planteados al contestar de la demanda; así mismo arguye que al paciente desde un principio se le brindaron los servicios médicos requeridos conforme a la sintomatología y motivo de consulta con la que acudió a la EPS, aunado a que una vez diagnosticado el tumor primario no existieron retrasos en el tratamiento específico para su patología, concluyendo que no fue demostrada que la actuación de la EPS demandada haya sido generadora de un daño, y que en todo caso EMCOSALUD siempre le garantizó la prestación de los servicios que llegó a requerir para atender su patología.

5.5. La Previsora S.A. - Llamada en garantía (B2. 2014-00754 ALEGATOS LLAMADO EN GARANTIA LA PREVISORA SA)

Afirma que con del material probatorio recaudado y las conclusiones brindadas dentro del dictamen pericial, en el presente asunto no existe posibilidad de proferir condena en contra de la Clínica Tolima, por cuanto no se acreditó la culpa en el

actuar médico de tal entidad, resaltando que en esta clase de asuntos, prima el régimen subjetivo de la culpa probada; aduce que la Clínica Tolima prestó los servicios médicos y quirúrgicos de manera idónea, cumpliendo con los protocolos para esta clase de atenciones médicas, de acuerdo a la lex artis, no existe prueba que la entidad se hubiera negado a la prestación del servicio, al contrario, el paciente fue examinado por médico especialista en consulta externa y a los 3 días se le practicó el examen solicitado por el Doctor Mateus, por lo tanto no se le puede atribuir a su asegurado, responsabilidad alguna en la muerte del joven ORLANDO BERNATE (Q.E.P.D.), máxime cuando este fue atendido en la referida clínica el 18 de octubre de 2012, presentando un cuadro clínico de 10 meses de evolución.

II. CONSIDERACIONES

Agotado el trámite de instancia, procede el Despacho a dirimir a continuación la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 6º y 156 numeral 6º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si las entidades demandadas, son administrativa, solidaria y extracontractualmente responsables, por los perjuicios materiales e inmateriales que se dicen causados a los demandantes, como consecuencia de la presunta falla en el servicio médico, que desencadenó en el fallecimiento de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), y de ser así, establecer si la responsabilidad por tales daños recae de manera conjunta o individual sobre cada una de ellas.

Adicionalmente se deberá resolver sobre la relación jurídico sustancial entre llamantes y llamados en garantía, para determinar si la llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros debe entrar a responder frente a sus llamantes y en qué porcentaje.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Responsabilidad patrimonial del Estado

Existe una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo fundamento constitucional está consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, que preceptúa: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”*, lo cual supone la responsabilidad de cualquier autoridad pública, no solo por el actuar antijurídico de sus agentes, sino también por sus acciones lícitas que aunque estén encaminadas a la satisfacción de los fines esenciales del estado, devienen en antijurídicas, cuando imponen a los coasociados, una carga que no están en el deber jurídico de soportar.

Bajo este entendido, para que exista responsabilidad del Estado se requiere de la concurrencia de varios elementos, a saber: (i) el daño antijurídico, (ii) la

imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, (iii) el nexo causal entre el daño y el hecho de la administración.

A partir de la disposición constitucional trascrita, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como (i) el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad estatal está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde determinar en cada caso, el régimen de responsabilidad aplicable.

En el caso concreto, la parte actora en sus pretensiones solicita que se declare que los demandados incurrieron en falla del servicio médico que originó la muerte del joven Orlando Bernate Bonilla; en los enunciados fácticos se hace referencia a que el daño se concretó en el error de diagnóstico dado por el médico tratante inicial y la falta de remisión oportuna a una entidad hospitalaria de mayor nivel. (ver

hecho 11 de la demanda a fl. 34)

Bajo ese hilo conductor, es claro para el Despacho que el título de imputación que se ajusta a las pretensiones de la demanda es el de **falla del servicio** por la actividad médica hospitalaria¹, para lo cual le corresponde a la parte accionante, demostrar la ocurrencia de todos los elementos integradores de este tipo de responsabilidad, esto es, i) un daño antijurídico que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado, ii) una falla en la prestación del servicio por retraso, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo, y iii) Un nexo de causalidad entre la falla o falta de prestación del servicio a que la Administración está obligada y el daño.

3.2. De la falla probada del servicio en los casos de responsabilidad médica.

En relación con la responsabilidad por perjuicios causados con ocasión de la prestación de servicios médicos, la Sección Tercera del Consejo de Estado² luego de diversas posturas jurisprudenciales, ha señalado que el régimen de responsabilidad aplicable es el de falla probada del servicio; es así que dicho cuerpo colegiado en sentencia del 24 de julio de 2013 dentro del expediente No. 25000-23-26-000-2000-01412-01 Numero interno 30309, adujo que:

“La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan”, razón por la cual actualmente en “los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda”.

Es así que dicho cuerpo colegiado en sentencia del 24 de julio de 2013, dentro del expediente No. 25000-23-26-000-2000-01412-01, número interno 30309, adujo

¹ Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección B. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Expediente: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102).

² Consejo de Estado. Sentencias de 3 de mayo de 2007. Expediente: 17.280; 26 de marzo de 2008. Expediente: 16.085; 23 de abril de 2008. Expediente: 15.750; 28 de abril de 2010. Expediente: 20.087. Sentencia del 5 marzo de 2015, expediente 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102).

que “La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que transcurre y la cantidad de casos que manejan”, razón por la cual actualmente en “los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda”.

Según el Consejo de Estado, en materia de responsabilidad médica, la presunción de la falla del servicio eliminaría del debate probatorio asuntos de suma importancia, como la distinción de hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, así como aquellos que puedan ser efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente; por tanto, trasladar al Estado la carga de desvirtuar dicha presunción, en una materia sumamente compleja, donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa. Y es que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre médicos y pacientes, hace más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio.

Por consiguiente, de manera reiterada determina el Consejo de Estado que debe ser una exigencia institucional, llevar de forma clara y completas las historias clínicas de manera tal **“que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos”**³ establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que invoquen sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación de un servicio médico.

3.3. De la pérdida de oportunidad o chance (Extractado de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 5 de abril de 2017 dentro del expediente No. 17001-2331-000-2000-00645-01 con número interno 25706, con ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero).

Sobre la responsabilidad por perjuicios causados con ocasión de la pérdida de oportunidad en la prestación de servicios médicos, el Consejo de Estado, indicó que:

“[...] la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda

³ Sentencia del 22 de enero de 2014, Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección C, Rad. 25000-23-26-000-1999-01117-01(27076)

vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima”.

3.3.1. Elementos

En la referida sentencia del 5 de abril de 2017, el órgano de cierre modificó y precisó los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad, siendo estos 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 del patrimonio de la víctima; definiendo cada uno de estos elementos, así:

“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.
(...)

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 correspondientes.

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.

3.3.2. Liquidación de perjuicios.

Además de lo anterior, en el fallo del 5 de abril de 2017, el Consejo de Estado fijó algunos parámetros mínimos para orientar a los jueces al momento de determinar la cuantía del daño de pérdida de oportunidad en los casos de responsabilidad médica así:

- El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.
- La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100 % y superior al 0 %, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos.
- No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales, inmateriales y daño a la salud, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral.
- No es procedente indemnizar este daño por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.
- El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso. No obstante, si no se puede determinar dicho porcentaje, deberá el juez declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien, acudir a criterios de equidad.
- Si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje se determinará, excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales.

3.4. De la posición de garante en la contratación estatal

Al estudiar la posición de garante del Estado, de vieja data el Consejo de Estado ha establecido que:

“Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho⁴.

⁴ “La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del

Así las cosas, **la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado** que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida⁵.

Ahora bien, en el marco de la contratación estatal, las entidades estatales están en la obligación de velar por la vigilancia del cumplimiento del objeto de los contratos estatales, así como por la satisfacción plena de las obligaciones derivadas de los mismos. Por lo anterior, el sistema normativo colombiano ha establecido diversas figuras de vigilancia y control de los contratos, tales como los supervisores e interventores, que atienden al cumplimiento de dos principios rectores de la contratación como son el de responsabilidad y el de transparencia.

Particularmente, respecto a estas dos formas de vigilancia consagradas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1474 del año 2011 y la Ley 1882 de 2018, la jurisprudencia ha desarrollado una extensión en términos de responsabilidad. Desde la Ley 80 de 1993 se consagra las figuras de la supervisión y de la interventoría en el numeral segundo del artículo 32; así mismo, han sido incluidos en los artículos 82 al 86 del capítulo VII de la Ley 1474 de 2011, cuyo título es el de disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública y cuya finalidad es la de proteger la moralidad administrativa y prevenir cualquier acto que sea contrario a la transparencia, articulando un desglose de las definiciones de estas dos figuras, sus deberes, facultades y responsabilidades.

Así, la supervisión de un contrato estatal consiste en *“el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados”* (Párrafo 2 del Artículo 83 de la Ley 1474 de 2011). De esta manera, la supervisión es entendida como la vigilancia permanente ejercida por sus funcionarios, de todos los aspectos relacionados con el contrato estatal, que no solo se predica de la ejecución de las obligaciones contractuales en la forma acordada, sino también de las etapas precontractual y postcontractual.

Por su parte, la interventoría de un contrato estatal es *“el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría”* (Parágrafo 3, Artículo 83 de la ley 1474 de 2011). Así, la interventoría es llevada por una persona externa a la entidad contratada para tal efecto, la cual debe verificar el cumplimiento del objeto contractual, de tal manera que se asegure el cumplimiento de la calidad, cantidad, costo y cronograma del contrato.

mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

⁵ Sentencia del 4 de octubre de 2007, Consejo de Estado-Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567)

En tal sentido la posición de garante es igualmente aplicable en materia de contratación estatal, la cual recae sobre aquellas entidades estatales y/o agentes del Estado que en el marco de un contrato estatal no ejercen el deber de control y vigilancia sobre el mismo, y tal omisión desemboca finalmente en un daño antijurídico que un particular no estaba en la obligación de soportar.

4. PRUEBAS RELEVANTES PRACTICADAS.

Pruebas documentales:

- Copia del registro civil de defunción de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), que acredita su fallecimiento ocurrido el 30 de octubre de 2012 (fl. 6 expediente físico).
- Copia del registro civil de matrimonio de Orlando Bernate Bonilla (padre) y María Villalba Bonilla Pérez, y de los registros civiles de nacimiento de Luis Manuel Bernate Bonilla y Orlando Bernate Bonilla (hijo - q.e.p.d.), los cuales acreditan el vínculo matrimonial y el parentesco de los demandantes como padres y hermano del occiso (fls. 3-5 expediente físico).
- Copia del contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales No. 12076-003-2012 entre el FOMAG (Fiduprevisora) y la Unión Temporal MedicoSalud 2012 (Emcosalud) (fls. 130-147 expediente físico).
- Copia del contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales No. 12076-005-2012 entre el FOMAG (Fiduprevisora) y la Unión Temporal Magisterio Región 4 (fls. 394-410 expediente físico).
- Oficio fechado el 20 de marzo de 2012 por el que la señora María Villalba Bonilla informa a EMCOSALUD sobre su inconformidad por la atención dada por el galeno Néstor Enrique López Olaya desde el mes de noviembre de 2011 a su hijo Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), solicitando el cambio del médico familiar asignado por la referida EPS (fls. 93-94 expediente físico).
- Historia clínica e informe plano de citas de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) de EMCOSALUD que da cuenta de la atención dada por tal IPS (fls. 188-194, CD en fl. 501 expediente físico), presentándose una consulta inicial el 10 de noviembre de 2011 en la que el paciente informada de dolor en oído y garganta de 5 días de evolución no asociado a otra patología, siendo dado plan de manejo con ibuprofeno 400 mg; presentándose durante el 2012 la atención de cuatro citas médicas más, siendo la primera con odontología el 28 de febrero, la segunda siendo de control con medicina general el 29 de marzo de 2012, la tercera el 4 de julio de 2012 igualmente de control con medicina general, y la última asignándose finalmente consulta de primera vez por especialidad de otorrinolaringología para el 9 de octubre de 2012.
- Historio clínica de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) del Médico Cirujano Dr. Pedro Nel Suarez R. que da cuenta de la atención dada por ese médico de forma particular (fls. 16-17 expediente físico); con esta prueba, se logró establecer que el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), asistió a consulta particular con el Dr. Pedro Nel Suarez R. el 4 de octubre de 2012, siendo identificada en la consulta, una parálisis en cuerda vocal izquierda, adenopatías cervicales y posible linfoma, remitiéndolo al cirujano oncólogo Gilbert Mateus
- Historio clínica de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) de la Unidad Médico Quirúrgica Medicadiz S.A. y del Cirujano Oncológico Dr. Gilbert Francisco Mateus que da cuenta de la atención dada por ese médico particular y tal centro asistencial (fls. 18-25 expediente físico).
- Historio clínica de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) de la Clínica Minerva que da cuenta de la atención en ese centro asistencial (fls. 26-80, 330-351 expediente físico).

- Historio clínica de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) de la Clínica Tolima que da cuenta de la atención en ese centro asistencial (fls. 81-92, 368-379, **386-393** expediente físico).
- Copia del expediente de tutela 73001-1102-000-2012-01042, en la cual mediante auto admisorio del 23 de octubre de 2012 se accede a la medida provisional solicitada y se ordena a EMCOSALUD EPS dar el tratamiento de Poliquimioterapia de alto riesgo y medicamentos requerido por Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) y finalmente se amparan los derechos inculcados mediante sentencia del 31 de octubre de 2012 (fls. 96-129 expediente físico y 2-98 C. Pruebas parte demandante).
- Oficio OAU-747 del 31 de octubre de 2012 por el que la Unión Temporal MedicolSalud 2012 (EMCOSALUD) informa que se autoriza el cambio del médico familiar, y que la remisión a especialista otorrinolaringólogo fue igualmente autorizada por el médico asignado (fl. 95 expediente físico).

A partir de las historias clínicas, se logró establecer que el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), asistió a consulta particular con el Dr. Pedro Nel Suárez R. el 4 de octubre de 2012 con un cuadro clínico de evolución de 10 meses de disfonía, pérdida de peso, dispepsia, pirosis, ronquera y tos seca, identificando el galeno, que el paciente tenía parálisis en cuerda vocal izquierda, adenopatías cervicales y posible linfoma, remitiéndolo para valoración por neumología y oncología al cirujano oncólogo Gilbert Mateus.

El joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), asistió a la cita con el especialista cirujano oncólogo Gilbert Mateus el 8 de octubre de 2012, encontrando tal especialista adenopatías cervicales, ordenando la práctica de una biopsia de ganglio cervical, la cual fue practicada el 10 de octubre de 2012 en la Clínica Medicadiz S.A y en la que se le halló ganglio linfático extensamente infiltrado por un tumor maligno de aspecto epitelial, constituido por masas y filas de células más o menos uniformes con núcleo hipercromático, nucleolo prominente, escaso citoplasma eosinófilo.

El 12 de octubre siguiente, a las 17:23 horas, el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) acudió a la Clínica Minerva por dolor en el pecho, tos con sangre, fiebre; registrándose que se trataba de un paciente con masa mediastinal con sospecha de linfoma, que cursaba con dolor torácico con episodios previos de menor intensidad, asociado a tos con expectoración hemoptoica y picos febriles no cuantificados; se ordenó manejo con analgésicos, respiratorio con nebulización, toma de laboratorio y radiografía de tórax PA o AP y lateral, de cubito lateral, oblicuas y lateral.

El Rx de tórax evidenció una masa pulmonar de gran proporción que abarcaba alrededor del 75% del campo pulmonar izquierdo, con infiltrados intersticiales en campo pulmonar derecho, y se observó también desplazamiento mediastinal. Se comentó el paciente con médico internista quien refirió que se debía descartar infección respiratoria en curso y solicitó estudio complementario con TAC en tórax contrastado.

El 13 de octubre de 2012 a las 08:09 horas se registró la evolución, refiriendo el paciente sentirse mejor, con mejoría de disnea, no fiebre en su ingreso, aceptaba y toleraba la vía oral; se le dio salida con recomendaciones a las 09:20 horas, con plan de manejo Procalcitonina para tener valor de referencia y no iniciar antibiótico, y consulta por oncología.

El 18 de octubre a las 14:45 horas Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) fue atendido en la Clínica Tolima, encontrando el paciente en regulares condiciones generales, con palidez mucocutánea, caquéctico, con disfonía; en el examen de cabeza y cuello se palpaban adenopatías cervicales, herida quirúrgica en proceso de cicatrización sin signos de infección; así mismo se observó disminución de murmullo vesicular en el hemitórax izquierdo; le fue diagnosticado tumor maligno del mediastino anterior, encontrando en el TAC de tórax masa del mediastino anterior de 12x11 cms con densidades mixtas que comprometían los grandes vasos y la ventana aortopulmonar con parálisis del nervio laríngeo recurrente izquierdo y parálisis del frénico ipsilateral; así mismo, disminución del calibre del bronquio fuente izquierdo que condicionaba atelectasia casi total del pulmón, observándose en el TAC múltiples imágenes compatibles con metástasis hepáticas. Se conceptuó tumor de células germinales, posiblemente no seminomatoso con componente de coriocarcinoma, requiriéndose estudio de inmunohistoquímica, solicitándose la valoración urgente por oncología clínica y radioterapia, así como una fibrobroncoscopia.

A las 17:01 horas del 18 de octubre de 2012 en cita de control con el Dr. Gilbert Mateus, el paciente presentó reporte de patología compatible con tumor metastásico de células germinales, los cuales a través de estudio de extensión se determinaron como de origen mediastinal no correspondiente a seminoma, al encontrar testículos normales.

El 22 de octubre de 2012 se intentó realizar la fibrobroncoscopia en la Clínica Tolima, encontrando el médico cirujano de tórax Camilo Díaz Rivera, disminución del calibre del bronquio fuente izquierdo en un 98%, con eritema de la mucosa, con comprensión extrínseca que no permitía el paso del equipo; registró no haber encontrado material purulento en el árbol bronquial examinado de calibre de la fosa nasal izquierda. Bajo anestesia local se avanzó el equipo de fibrobroncoscopia a través de fosa nasal izquierda, observando cornetes de características normales, nasofaringe sin alteraciones, hipertrofia de las amígdalas linguales, desviación del pliegue aritenopiglótico izquierdo y parálisis de la cuerda vocal izquierda; tráquea de diámetro y mucosa normal, disminución del calibre del bronquio fuente izquierdo, segmentación y subsegmentación bronquial derecha normal.

Al no poderse realizar la fibrobroncoscopia por obstrucción del bronquio fuente izquierdo, se realizó lavado bronquial izquierdo y se envió muestra para patología; durante el examen se presentó paciente febril con 38,9 °C, se envió a urgencias para valoración por medicina interna y se descartó foco infeccioso. Los resultados de patología mostraron células bronquiales y escamosas reactivas, así como células inflamatorias de tipo linfocitos y polimorfonucleares neutrófilos; no se observaron células tumorales.

El 24 de octubre de 2012, el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) ingresó nuevamente a la Clínica Tolima para manejo por control de laboratorio para consulta por masa abdominal, diagnosticándose tumor maligno de mediastino parte no especificada, definiéndose como plan de manejo Procalcitonina.

El 26 de octubre de 2012 ingresó nuevamente a las 07:29 horas a la Clínica Minerva, refiriendo mucho malestar. Se registraron como antecedentes: tumor de células germinales a nivel mediastino, por confirmar linfoma, de inicio de quimioterapia para el lunes siguiente, con patología de ganglio del 10/10/2012 enfermedad metastásica tumor células metastásicas; en tal ingreso se le diagnosticó hemorragia gastrointestinal no especificada, estando en observación y con control medicamentoso, ordenando endoscopia de vías digestivas alta EVDA, por clínica compatible con hemorragias de vías digestivas, no especificada; se

envió orden de EVDA + evolución médica del día a correo electrónico de Emcosalud para su trámite, sin poderse comunicar para confirmar ingreso del correo; continuó en observación dándosele salida el 27 de octubre de 2012 a las 09:50 con diagnóstico de Gastritis, Duodenitis aguda y Linfoma, con valoración por gastroenterólogo refiriendo manejo ambulatorio con recomendaciones y signos de alarma, control por consulta externa y pendiente de iniciar quimioterapia.

El paciente nuevamente ingresó a la Clínica Minerva el 28 de octubre de 2012 a las 13:13 horas, indicando que no respiraba bien, registrándose como enfermedad actual: cuadro clínico de 1 día de evolución consistente en dificultad respiratoria, diaforesis, náuseas, dolor abdominal, pálido, con dolor en región lumbar; se le dio inicio de manejo con LEV y analgesia, corticoide, micronebulizaciones y paraclínicos; continuó en observación durante todo el día, registrándose a las 18:31 horas en las notas de evolución que se revisó orden de oncología de iniciar quimioterapias 1 diaria a partir del día siguiente día (29 de octubre), con mejoría de la disnea; **se ordenó remisión a oncología** y se solicitó valoración por medicina interna.

El 29 de octubre de 2012 a las 11:38 horas, se registró en notas de evolución que persistía dificultad respiratoria, estaba polipneico con adecuada saturación de oxígeno; se indicó que **ese día iniciaba quimioterapia pero Oncomedic informó que no las realizarían por estar ingresado en la Clínica Minerva; se reiteró que el paciente requería valoración y manejo por oncología, remisión que se envió desde el día anterior sin ser aceptada.**

Continuó en observación con pronóstico reservado, se dejó constancia **a las 12:05 horas que se insistía en remisión urgente a oncología para manejo por deterioro y alto riesgo de complicaciones a corto plazo que incluían la muerte**, sin obtener respuesta favorable por parte de su EPS, la cual tampoco autorizó que el oncólogo se trasladara a esa clínica a realizar valoración, pudiendo tal institución solo dar soporte básico ventilatorio, aporte hídrico, monitorización continua, insistiendo en remisión urgente.

A las 15:12 horas, el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) fue ingresado para manejo en UCI ante riesgo de falla respiratoria y de requerir intubación orotraqueal; se tomó ecografía de hemitórax izquierdo, con mal pronóstico, informándole a la madre; **pendiente de remisión para manejo especializado por oncología.**

El 30 de octubre de 2012 a las 10:31 horas, en notas de evolución UCI se registró que el paciente Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) presentaba diagnóstico de *i.* Insuficiencia respiratoria aguda, *ii.* Septicemia de foco no claro, bronconeumonía? *iii.* Insuficiencia hepática aguda – isquemia – séptica – neoplásica, *iv.* Tumor mediastinal de células germinales metastásico a ganglios – pulmón e hígado, *v.* duodenitis aguda – hemorragia gastrointestinal alta, y *vi.* Anemia leve posthemorrágica y por enfermedad crónica. **Pendiente de remisión para manejo integral por cuidado intensivo y oncología solicitada a la EPS.**

Durante el transcurso del día continuó el deterioro del paciente Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) y la Clínica Minerva insistió en su remisión; a las 15:56 horas Emcosalud informó que en junta médica realizada por oncólogos ese día, decidieron presentar el caso del paciente en horas de la mañana del siguiente día (31 de octubre) con el cirujano de tórax, solicitando que enviaran evolución médica al instituto Nacional de Cancerología. **Pendiente de ubicación del paciente.**

El paciente registró evolución clínica irregular, tórpida, con persistencia de hipotensión, con soporte hemodinámico y ventilatorio pleno, con cianosis, signos

de mala perfusión; **a las 19:55 horas** se evidenció asistolia, **se iniciaron maniobras de reanimación avanzadas** con masaje cardiaco, dosis de adrenalina y uso de medicación, se aplicaron 5 adrenalinas, 1 bolo de bicarbonato y 40 u de vasopresina 100 mg, IV de hidrocortisona en bolo, **se completaron 35 minutos de reanimación continua con FIO2 al 100% sin evidencia de respuesta al tratamiento**. Se declaró el fallecimiento de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) a las 20:30 horas.

Con las pruebas documentales, también se acreditó que la atención en salud al Joven Orlando Bernate Bonilla en el Sistema de Seguridad Social Integral, era aquella prevista para los afiliados y beneficiarios al Fondo de Prestaciones del Magisterio dentro de la Regional 2, en la que se encuentra el Departamento del Tolima, por lo cual la Entidad Promotora de Salud que les prestaba el servicio de salud era la Unión Temporal Medicol Salud 2012, en virtud del contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales No. 12076-003-2012 entre el FOMAG (Fiduprevisora) y la Unión Temporal Medicol Salud 2012, la cual fungía como una EPS dentro del régimen especial de los docentes, quienes no están en libertad de escoger la EPS de su preferencia, sino que están supeditados a la prestación del servicio de salud a través la entidad o entidades con que contrate la Fiduprevisora S.A como administradora del referido fondo al que docentes activos y pensionados se encuentran afiliados.

A partir del análisis de las historias clínicas, memoriales y/o comunicación cruzada entre los demandantes y demandados y entre estos últimos entre sí, durante la época de ocurrencia de los hechos, se desprende que EMCOSALUD fungía como vocera de la Unión Temporal Medicol Salud 2012, ante sus afiliados y antes las demás IPS o médicos particulares, como quiera que para los servicios especializados que requería el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), siempre se pidió la autorización ante EMCOSALUD y su funcionarios, y la queja del médico familiar igualmente se presentó ante EMCOSALUD y la respuesta dada finalmente por la Unión Temporal Medicol Salud 2012 venía acompañada del membrete de EMCOSALUD, que en la práctica era la que cumplía con las funciones administrativas de la EPS de los hoy demandantes.

Prueba testimonial:

En la audiencia de pruebas adelantada el 30 de enero de 2020 se recibieron los testimonios de José Guillermo Gualtero Quimbayo, María Teresa Lozano Bernal y Luz Ángela Gil de Villanueva a instancia de la parte demandante, siendo estos testigos de oídas que presentan sus conjeturas basadas en lo que los padres de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) les comentaban o por sus propias experiencias frente a la atención que en algún momento les prestó la EPS demandada, sin haber presenciado de primera mano la atención que en el caso sub examine se le prestó o negó al joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) por parte de las diferentes instituciones medico asistenciales que lo atendieron, y en algunos casos sin tener conocimiento de cuáles centros hospitalarios fueron los que atendieron al referido paciente.

Dictamen pericial:

Fue rendido y sustentado por el Médico Cirujano Germán Alfonso Vanegas Cabezas en la audiencia de pruebas el 30 de enero de 2020 (fs. 1-22 C. Dictamen pericial - expediente físico), explicando las razones que lo llevaron a concluir frente a la atención medico asistencial brindada al joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) que “e/

retraso en la aplicación del tratamiento específico si restó cualquier posibilidad de recuperación que pudiera haber existido para este paciente, pues finalmente tal como se extracta de la historia clínica a pesar de tener el diagnóstico de un cáncer tan agresivo como el detectado nunca recibió manejo oncológico y solamente le fuera brindado el manejo de sostén que podían ofrecer en la Clínica Minerva con base en su capacidad instalada y los servicios habilitados”.

Explicó en su informe pericial qué, conforme a lo plasmado en las historias clínicas, el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) empezó a presentar manifestaciones de molestias de oído y de garganta en noviembre de 2011, acudiendo a Emcosalud en procura de los servicios médicos, recibiendo manejo medicamentoso y la atención de fonoaudiología sin mostrar mejoría del cuadro clínico y por el contrario agravándose su situación clínica, por lo que luego de varias consultas en su sistema de salud, el 4 de octubre de 2012, esto es con más de 10 meses de evolución desde los primeros síntomas, fue llevado por consulta particular ante el Dr. Pedro Nel Suarez en el Centro Médico la 37, quien después de una revisión médica completa identificó la presencia de parálisis de cuerda vocal izquierda, adenopatías cervicales, así como un posible linfoma, siendo este profesional de la salud quien en forma particular, lo remitió por primera vez ante el especialista requerido para una adecuada valoración y manejo, esto es, ante el Cirujano Oncólogo Gilbert Mateus, reconocido ampliamente en la ciudad para la época de los hechos.

Señaló el perito que, fue el Dr. Gilbert Mateus quien, después de evaluar al paciente y encontrar adenopatías cervicales, ordenó la práctica de biopsia de ganglio cervical, la cual fue realizada en Medicadiz, arrojando como resultado de la patología que se trataba de un tumor maligno de células germinales, los cuales con un estudio de extensión se determinó como de origen mediastinal no correspondiente a seminoma, por cuanto los estudios testiculares realizados por el Dr. Mateus identificaron testículos normales.

Dijo el auxiliar de la justicia, que posteriormente, al tratar de adelantar a fibrobroncoscopia por parte del Dr. Díaz, se identificó la existencia de parálisis de la cuerda vocal, así como presencia de fiebre, por lo que remitió el paciente a urgencias para estudio y manejo de la causa de la fiebre.

Indicó el perito que es con posterioridad a este momento que la evolución del paciente es tórpida, y con tal diagnóstico dado por los médicos particulares consultados por los padres de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), se le pidió a Emcosalud específicamente la intervención de oncología clínica, sin que esta se hubiera llevado a cabo en algún momento, tal como se desprende de las historias clínicas analizadas por el auxiliar de la justicia y que aun cuando se menciona que al paciente le ordenaron quimioterapia, esta tampoco le fue suministrada por estar hospitalizado en la Clínica Minerva, señalando que la EPS tampoco autorizó que el Oncólogo Clínico se trasladara a la referida Clínica Minerva.

Declaró además, que en la evolución clínica de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) se presentó una hemorragia de vías digestivas altas, siendo valorado por Gastroenterólogo, dando tratamiento medicamentoso, empero dada la existencia de melenas (deposiciones con sangre digerida) que ocasionan deposiciones negras, esto conlleva a la pérdida sanguínea y de factores de coagulación que ayudan a la presencia de un cuadro de anemia, tal como se registró en la historia clínica.

Expuso el Dr. Vanegas a la audiencia, que debido a las comorbilidades que presentaba el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), tales como el gran compromiso de pulmón y de las estructuras del hemitórax izquierdo que llevaron a

exclusión funcional de dicho pulmón, fue que desarrolló una falla ventilatoria que fue manejada en la Clínica Minerva incluso con ingreso a UCI, donde le debieron aplicar ventilación mecánica mediante intubación y manejo con inotrópicos en una condición de evolución tórpida (lenta), mientras a la par se realizaban gestiones intensas para lograr la remisión del paciente a un centro asistencial que contara con la capacidad instalada para darle atención y manejo a través de la especialidad de oncología así como de unidad de cuidados intensivos, sin que encontraran respuesta positiva en el Hospital Federico Lleras Restrepo o en el Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá.

Narró el perito, que el deterioro funcional de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) continuó de forma progresiva en la UCI hasta desarrollar un paro cardiorrespiratorio, sin que fuese posible revertirlo a pesar de la reanimación avanzada aplicada por los especialistas de la UCI de la Clínica Minerva, siendo declarando el fallecimiento de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) luego de intentar tal maniobra durante 35 minutos.

Conceptuó que del análisis de las condiciones clínicas y de enfermedad del paciente Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), se observó que desde el mes de noviembre de 2011 empezó a presentar signos de enfermedad mieloproliferativa que no fue detectada por el servicio médico de su EPS Emcosalud a pesar de las múltiples asistencias a este; Aclaró el perito que no contó con soporte probatorio ni elemento de juicios para analizar las actuaciones, palabras o intervenciones del médico familiar asignado por Emcosalud, pero **sí pudo establecer que las mismas masas que identificó el Dr. Pedro Nel Suarez en la consulta particular del 4 de octubre de 2012, pudieron ser identificadas en la consulta que le brindó el médico de Emcosalud**, lo cual, sumado a los signos clínicos de disfonía y tos progresiva hacían mandatorio o imperativo que el médico familiar ordenara valoración por especialista otorrino o de medicina interna, los cuales con tal sintomatología habrían podido ordenar exámenes diagnósticos especializados que a la postre hubiesen permitido identificar o diagnosticar el cáncer linfático en una etapa temprana, empero como esto no sucedió, aun cuando así debería haberse tramitado al amparo de la referida EPS, el diagnóstico de linfoma solo se obtuvo por médico particular en una etapa muy avanzada, transcurridos 10 meses de evolución del linfoma.

Precisó que *“es entonces donde se aprecia que el retraso en la aplicación del tratamiento específico sí restó cualquier posibilidad de recuperación que pudiera haber existido para este paciente, pues finalmente tal como se extracta de la historia clínica a pesar de tener el diagnóstico de un cáncer tan agresivo como el detectado, nunca recibió manejo oncológico y solamente le fuera brindado el manejo de sostén que podían ofrecer en la Clínica Minerva con base en su capacidad instalada y los servicios habilitados”*, aclarando que la responsabilidad de tenencia, suministro y seguimiento de medicamentos y tratamiento oncológico no puede ser trasladada a una entidad de salud que no cuenta con la capacidad instalada y habilitada para prestar tal servicio especializado, por tanto para la época de los hechos las clínicas que en que fue atendido Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) no estaban autorizadas para prestar los servicios oncológicos y/o de quimioterapia que requería, siendo la EPS la que debió garantizar y brindar tales servicios especializados de forma pronta y oportuna a su afiliado.

5. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL CASO CONCRETO

Decantados los parámetros jurisprudenciales actualmente imperantes y que resultan aplicables para resolver los problemas jurídicos, el despacho procederá a analizar los elementos de responsabilidad en el caso concreto, bajo la óptica de la

falla del servicio probada, empero partiendo de la pérdida de oportunidad entendida doctrinalmente como un daño autónomo, puesto que si bien la parte actora en principio solo hace alusión a la falla del servicio médico y su relación con fallecimiento de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), tanto de su misma argumentación así como de las pretensiones de la demanda, se entiende que en verdad lo que se atribuye a las accionadas es la pérdida de la oportunidad para brindar el tratamiento oncológico que el paciente requería para atender adecuada y oportunamente su patología y así evitar el fatídico desenlace, es decir, un daño de pérdida de oportunidad por no identificar a tiempo las masas que presentaba para así remitirlo a especialista otorrino o de medicina interna, los cuales con tal sintomatología habrían podido ordenar exámenes diagnósticos especializados que a la postre hubiesen permitido identificar o diagnosticar el cáncer linfático en una etapa temprana; aunado a que una vez diagnosticado el linfoma que padecía el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), no se autorizó la remisión urgente a la especialidad de Oncología que este requería.

5.1. Del daño causado – Pérdida de oportunidad

El Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*⁶.

También ha indicado que dicho daño tiene como características *que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable*⁷, *anormal*⁸ y *que se trate de una situación jurídicamente protegida*⁹.

A su vez, la jurisprudencia constitucional considera *que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”*¹⁰.

Según se desprende del texto de la demanda, el daño antijurídico cuya reparación se pretende en el *sub lite*, es la pérdida de oportunidad causada por la no remisión a un especialista (otorrino o de medicina interna) del joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) por parte del médico familiar asignado por su EPS EMCOSALUD (Unión Temporal Medicol Salud 2012), especialidades en las cuales con la sintomatología que este presentaba, habrían podido ordenar exámenes diagnósticos especializados que a la postre hubiesen permitido identificar o diagnosticar el cáncer linfático en una etapa temprana.

Analizadas en detalle y de forma cronológica las historias clínicas que dan cuenta de la atención y tratamiento brindado al Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) desde el 10 de noviembre de 2011 por la EPS Unión Temporal Medicol Salud 2012 (EMCOSALUD) a través del médico familiar y hasta el momento de su fallecimiento el 30 de octubre de 2012, considera el Despacho que en este caso se encuentran presentes los tres elementos que configuran la pérdida de

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁸ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

⁹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*”. DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

oportunidad como daño autónomo, o como lo denomina nuestro máximo órgano de cierre, daño de pérdida de oportunidad.

Frente al primer elemento del daño de pérdida de oportunidad denominado, **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado**, encuentra el Despacho que el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), era el titular de la expectativa legítima de recuperar su salud con la prestación oportuna y efectiva del tratamiento requerido para su patología para el momento en que ocurre el hecho dañino, existiendo en el presente asunto una real situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada o de evitar un perjuicio indeseado si el médico familiar asignado por EMCOSALUD (Unión Temporal Medicol Salud 2012) lo hubiese remitido a la especialidad de otorrinolaringología efectivamente el 10 de noviembre de 2011 o incluso en las citas médicas del 29 de marzo o del 4 de julio de 2012.

En efecto, vistas las pruebas en conjunto, encuentra el Despacho que, en el caso sub examine, la remisión a la especialidad de otorrinolaringología y posterior orden de la práctica de exámenes diagnósticos especializados en el mes de noviembre de 2011, e incluso si se hubiese ordenado su remisión a la especialidad de oncología desde el momento en que se diagnosticó por médico particular un posible linfoma el 4 de octubre de 2012, hay en un espacio (temporal) caracterizado por no existir certeza de que se habría evitado el resultado fatal, y aún, cuando parafraseando lo expresado por el médico perito Germán Alfonso Vanegas Cabezas en la sustentación de su informe, en tratándose de cáncer linfático, entre más temprano sea diagnosticado y tratado el paciente, es mayor la posibilidad de lograrse una completa recuperación y de salvarse la vida, lo cierto es que, la prestación oportuna de los servicios no era garantía absoluta de que se habría de evitar el desenlace fatal acaecido, por lo que se hace presente el elemento de incertidumbre o aleatoriedad del resultado esperado.

Respeto del segundo elemento denominado **Certeza de la existencia de una oportunidad**, en el caso objeto del presente debate judicial se constata que efectivamente existía una oportunidad que se perdió. En palabras del Consejo de Estado *“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 correspondientes*.

En el caso sub examine se observan dos oportunidades perdidas, una de vida y otra de sobrevida: la primera se causó por la no remisión a un especialista (otorrino o de medicina interna) del joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) por parte del médico familiar asignado por su EPS en las fechas en que lo atendió, esto es el 10 de noviembre de 2011 o incluso en las citas médicas del 29 de marzo o del 4 de julio de 2012, especialidades en las cuales, con la sintomatología que éste presentaba habrían podido ordenar exámenes diagnósticos especializados que a la postre hubiesen permitido identificar o diagnosticar el cáncer de células germinales en una etapa temprana, empero solo hasta el 4 de octubre de 2012 el médico tratante de la EPS remitió al paciente a la especialidad de otorrinolaringología por primera vez para el 9 de octubre siguiente, cuando ya se contaba con el diagnóstico inicial de un posible linfoma dado por médico particular.

La segunda se configura el 4 de octubre de 2012, cuando el médico particular Dr. Pedro Nel Suárez ordena remisión a oncología por posible linfoma, siendo diagnosticado de forma definitiva un tumor metastático de celular germinales con compromiso en el mediastino el 18 de octubre siguiente, también por médico particular, esto es, transcurridos más de 10 meses desde la atención inicial, y aun

con este diagnóstico, increíblemente la EPS no autorizó la atención por oncología ordenada de forma reiterada y urgente desde ese momento por los médicos tratantes del joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), falleciendo finalmente el 30 de octubre de 2012 a las 20:30 horas.

Finalmente, frente al tercer elemento denominado ***Pérdida definitiva de la oportunidad***, se encuentra efectivamente acreditada la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o en este caso, de evitar el detrimento. Sin mayores elucubraciones se tiene que en el caso sub examine el beneficio buscado era protección del derecho a la salud y la consecuente salvaguarda del derecho a la vida del joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), empero *“la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente”*, por cuanto dado el estado actual de las cosas en el presente asunto, no existe una condición futura que conduzca a obtener el beneficio final (restablecimiento de la salud de la víctima directa) o a evitar el perjuicio eludido (su fallecimiento).

Así las cosas, en el presente asunto el daño se estructura, no por la muerte del joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), sino porque se redujeron las esperanzas de no sufrir una pérdida de tales dimensiones, es decir, por la pérdida de la oportunidad de sobrevivir a la patología que lo aquejaba; por tanto, se encuentra efectivamente acreditada la existencia del daño de pérdida de oportunidad, al haberse configurado los tres elementos que los conforman, esto es: **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; y **iii)** Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

Acreditado el daño de pérdida de oportunidad de vida y sobrevida, corresponde estudiar los demás elementos que estructuran la responsabilidad estatal, esto es, la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, el nexo causal entre el daño y el hecho de la administración.

5.2. De la Falla en la prestación del servicio.

Probada la existencia del daño, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, para determinar si hubo la falla en la prestación del servicio y que se hace consistir, en un error diagnóstico y la no remisión a un especialista para atender la patología presentada inicialmente.

Decantado lo anterior, y de conformidad con las pruebas documentales allegadas, se observa que el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) fue atendido el 10 de noviembre de 2011, por el médico familiar asignado por la Unión Temporal Medicol Salud 2012, señor Néstor Enrique López Olaya, presentando el paciente, molestias de oído y de garganta, ordenando el médico tratante plan de manejo con Ibuprofeno 400 cm cada 8 horas y atención de fonoaudiología, sin mostrar mejoría del cuadro clínico, agravándose su situación clínica pese a las citas de control efectuadas el 29 de marzo y el 4 de julio de 2012.

Explicó el médico perito Germán Alfonso Vanegas Cabezas, que con la sintomatología que presentaba el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), la cual fue evolucionando desfavorablemente con el tiempo, presentando parálisis de la cuerda bocal izquierda y pérdida considerable de peso, entre otras; el médico de la EPS debió ordenar su remisión a un especialista, ya fuese en otorrinolaringología o incluso en medicina interna, los cuales podrían haber ordenado la práctica de exámenes diagnósticos avanzados con los que se habría podido detectar de manera temprana el cáncer que aquejaba al paciente.

Aunado a lo anterior, el perito aseguró que de haber realizado una revisión médica completa al paciente, el médico familiar de EMCOSALUD podría haber identificado la adenopatía cervical (inflamación o aumento del tamaño de los ganglios linfáticos que presentaba Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), los cuales sí fueron luego identificados por el médico Pedro Nel Suárez en la consulta particular realizada el 4 de octubre de 2012, lo que sin lugar a dudas, es una falla en la atención médica desde el mismo inicio en que el paciente fue atendido por ese médico familiar que le asignó su EPS y corresponde a la primera oportunidad perdida.

Bajo el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, es obligación de las EPS, prestar un buen servicio de salud a sus afiliados, en cualquiera de los regímenes previstos en la ley, garantizándoles, entre otros aspectos, acceso a los servicios de salud que llegasen a requerir, a través de su red de servicios o incluso por conducto de un prestador externo; empero, a pesar de los síntomas y el deterioro del estado de salud de Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), este no fue remitido a especialista por parte del médico tratante, situación ésta que como se analizare anteriormente, fue la generadora de la primera etapa del daño de pérdida de oportunidad, la cual según lo explicado por el médico perito, de haberse remitido al especialista, se le habría iniciado con prontitud el tratamiento oncológico, con probabilidades de éxito.

El proceder de la Unión Temporal Medicol Salud 2012 en la segunda etapa de la evolución médica, es decir, cuando ya se había diagnosticado la enfermedad, en lugar de procurar corregir las fallas que habían cometido desde el principio por la abulia y desinterés en procurar una atención integral en salud a su afiliado y por no haber privilegiado la remisión al especialista de manera oportuna, tampoco se centró en garantizar una sobre vida al paciente, sino que siguió siendo igual de desinteresada y negligente, como quiera que desde el 4 de octubre de 2012, luego de la atención particular que recibiere la víctima directa por parte del Dr. Pedro Nel Suárez, se solicitó la remisión a la especialidad de oncología clínica, sin que esta fuese autorizada por la referida EPS, a pesar de que a medida que pasaban los días, la evolución del paciente se tornaba tórpida y el deterioro de su estado de salud era más que evidente, a tal punto que a pesar de que Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) tenía programada quimioterapia, esta no se llevó a cabo por encontrarse hospitalizado en la Clínica Minerva, y tampoco autorizó la referida EPS la visita del Oncólogo Clínico a tal centro hospitalario para que lo atendiera.

A la EPS hoy demandada, no le valió ni siquiera la existencia una medida cautelar ordenada por un juez constitucional en un trámite de tutela, siendo la más clara muestra de un desprecio por la vida y la salud de su afiliado por parte de la Unión Temporal Medicol Salud 2012 (Emcosalud), así como de su desobediencia y rebeldía frente a la orden judicial, al punto que no autorizó ni suministró el servicio de Oncología Clínica que requería el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), quien murió sin recibir el tratamiento oncológico que requería, por lo que sin lugar a dudas, se concluye que hubo una falla grave en la prestación del servicio médico asistencial y en los trámites administrativos que debía adelantar la Unión Temporal Medicol Salud 2012, como EPS contratada por la Fiduprevisora S.A., para prestar los servicios de salud a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios.

Frente a la atención en salud recibida por Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), con posterioridad al 4 de octubre de 2012, especialmente en la Clínica Minerva y la Clínica Tolima, analizadas las historias clínicas en su integralidad, junto con el dictamen pericial, se concluye que fue pronta y oportuna una vez se tuvo el diagnóstico de un tumor metastático de celular germinales con compromiso en el mediastino, siendo acorde para atender la evolución clínica del referido paciente,

resaltando el despacho que, la misma se dio dentro de las posibilidades de sus capacidades hospitalarias instaladas y los servicios habilitados, por lo que solo fue posible brindarle al paciente el manejo de sostén que podía ofrecer la Clínica Minerva, luego entonces, no se vislumbra falla alguna en la prestación del servicio por parte de tales clínicas, en esta segunda etapa, lo que desde ya determina que se les exonere de cualquier responsabilidad con el daño antijurídico de pérdida de oportunidad que a través de este medio de control se pide indemnizar. .

5.3. *Del nexo causal*

Para el Despacho se encuentra plenamente demostrado que fue la negligente atención prestada por el médico familiar de Emcosalud en las consultas médicas del 10 de noviembre de 2011 y el 29 de marzo y el 4 de julio de 2012, al no identificar la adenopatía cervical (inflamación o aumento del tamaño de los ganglios linfáticos que presentaba Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), y al no haberlo remitido a la especialidad de otorrinolaringología en esa etapa primaria del cáncer que padecía, la que impidió que se hubiese podido diagnosticar de forma temprana el referido cáncer de células germinales, lo que a la postre desencadenó en el progresivo deterioro del estado de salud y que la enfermedad llegase a presentar más de 10 meses de evolución sin que obtuviese el tratamiento adecuado, por cuanto ni siquiera había sido diagnosticada.

Aunado a lo anterior, como la familia del joven Bernate Bonilla se vio obligada a acudir de forma particular al médico para procurar a su hijo la atención que en la EPS había sido deficiente, cuando por fin se obtiene de forma particular el diagnóstico de un tumor metastático de celular germinales con compromiso en el mediastino, la Unión Temporal Medicol Salud 2012, a través de su vocera EMCOSALUD, se negó autorizar el servicio de Oncología Clínica que específicamente se empezó a solicitar desde el 4 de octubre de 2012 y a medida que pasaban los días, tal solicitud de autorización por parte de los médicos que en ese momento trataban a Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), se ordenaba con nota de urgencia, este servicio nunca fue autorizado, ello impidió que se diera la oportunidad de sobrevida al paciente y al contrario, conllevó al rápido y fatal desenlace ocurrido el 30 de octubre de 2012 a las 20:30 horas.

Así las cosas, es clara la existencia del nexo causal entre el daño de pérdida de oportunidad padecido por el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), y la falla continua en el servicio médico asistencial presentada por la EPS Unión Temporal Medicol Salud 2012, desde el 10 de noviembre de 2011 y hasta el día del fallecimiento del paciente, pues incluso, solo hasta las 15:56 horas del 30 de octubre de 2012, Emcosalud informó que el paciente fue comentado con el Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá y que luego de junta médica de oncólogos se decidió presentar el caso del paciente para el día siguiente, es decir, que este joven murió sin que siquiera se le hubiere autorizado el servicio de oncología que requería con extrema urgencia.

5.4. *De la posición de garante del FONPREMAG*

A través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital, de conformidad con lo reglado en el artículo 3 de la referida ley.

A su vez, el numeral 2 del artículo 5 ibídem estableció como uno de los objetivos del referido Fondo, garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades, de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

Aunado a lo anterior, tanto la Nación – Ministerio de Educación Nacional como la Fiduciaria La Previsora S.A. – Fiduprevisora S.A., en sus contestaciones de la demanda señalaron que mediante escritura pública No. 83 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C., celebraron contrato de fiducia mercantil cuyo objeto es la administración de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la fiduciaria administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo.

Por tanto se tiene que la administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado¹¹, la cual, con el fin de dar cumplimiento al objetivo de garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribió el *Contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales No. 12076-003-2012* con la Unión Temporal Medicol Salud 2012¹², el cual en la cláusula 36 se estipuló:

“Cláusula 36. INTERVENTORÍA (AUDITORIA) La Auditoría a los servicios médico asistenciales objeto del presente contrato será realizada por la Gerencia de Servicios de Salud de la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones de Fiduprevisora, mientras se adjudica la contratación de la auditoría médica a una entidad externa especializada contratada para tal efecto, para controlar, vigilar y certificar el cumplimiento del objeto, las obligaciones y demás estipulaciones pactadas en el contrato en materia asistencial. Todo lo anterior en cumplimiento de la recomendación del Consejo Directivo del Fondo”.

Ahora bien, como se dijo en el acápite jurisprudencial correspondiente, la posición de garante debe entenderse como aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención.

Así, tal posición de garante es igualmente aplicable en materia de contratación estatal, la cual recae sobre aquellas entidades estatales y/o agentes del Estado que en el marco de un contrato estatal no ejercen el deber de control y vigilancia sobre el mismo, y tal omisión desemboca finalmente en un daño antijurídico que un particular no estaba en la obligación de soportar.

Analizado lo anterior, se tiene que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería en principio llamada igualmente a responder desde su posición de garante. Sin embargo, se debe recordar que la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surgen a partir de la posición de garante, deviene no de un análisis abstracto o genérico, pues, si bien el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, también lo es, que de acuerdo con la posición de garante se requiere para formular la imputación que **i)** el obligado no impida el resultado lesivo, siempre que **ii)** esté en posibilidad de hacerlo, esto es, que tenga pleno conocimiento de la acción u

¹¹ Ver <https://www.fiduprevisora.com.co/nuestra-empresa/>

¹² Unión temporal conformada por conformada por Médicos Asociados S.A., Empresa Cooperativa de Servicios de Salud – EMCOSAUD, Colombiana de Salud S.A. y Servicios Médicos integrales de Salud S.A.S. según otrosí No. 6 del referido contrato. <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2019/09/OTROSI-No-6-12076-003-2012-UNION-TEMPORAL-MEDICOL-SALUD-2012.pdf>

omisión que desembocará en un daño antijurídico y no haya hecho nada para evitarlo, teniendo la posibilidad de hacerlo.

Como en el caso sub examine, no se demostró que el FOMAG, a través de la Fiduprevisora S.A. tuviera conocimiento previo de la concreta situación que se presentaba frente a las protuberantes deficiencias en la prestación del servicio de salud al joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) por parte de la red de servicios de la EPS Unión Temporal Medicol Salud 2012, no es posible determinar si tenía posibilidad de intervenir para evitar la concreción del daño antijurídico de pérdida de oportunidad.

Por lo anterior, las pretensiones en contra del Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora S.A. como vocera del referido fondo, no están llamadas a prosperar, en la medida que no se le puede endilgar una falla en el servicio y menos aún, un nexo causal con el daño consumado, es decir, con la pérdida de oportunidad de vida y sobrevida del joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), desde su posición de garante.

6. CONCLUSIÓN

El despacho declarará la responsabilidad de la demandada Unión Temporal Medicol Salud 2012 y de cada uno de sus integrantes, en la producción del daño de pérdida de oportunidad de vida y sobrevida del señor Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), pues se demostró que de haberse remitido y autorizado a los servicios de especialistas por dicha entidad en los momentos antes analizados, se le habrían brindado opciones terapéuticas mejores al paciente, que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales, reducido la incertidumbre y aumentado la oportunidad de vida y sobrevida con la atención del servicio especializado de Oncología Clínica de manera oportuna.

Por su parte se denegarán las pretensiones frente a las demás demandadas, al no existir falla en el servicio ni nexo causal entre las actuaciones de tales entidades y el daño efectivamente causado.

7. DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En este punto el despacho debe empezar por señalar que al proceso se presentan como demandantes los señores María Villalba Bonilla Pérez, Orlando Bernate Bonilla y Luis Manuel Bernate Bonilla, quienes invocaron y acreditaron la condición de padres y hermano respectivamente del fallecido Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.).

Ahora bien, con relación a los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad, el Despacho se ceñirá a los parámetros dados por el Consejo de Estado en sentencia del cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017) que fue citada en la parte considerativa de esta sentencia y como en este evento no hay fundamentos científicos y técnicos para determinar el porcentaje de posibilidades que tenía el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) de sobrevida, en atención a los parámetros establecidos por la Alta Corporación, la cuantificación de las posibilidades truncadas se determinará sobre el cincuenta por ciento (50%) para la liquidación de los perjuicios materiales y morales.

7.1. De los perjuicios morales.

La reparación del daño moral tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Dicho padecimiento, se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³, es viable reconocer perjuicios morales para los miembros del núcleo familiar. Por tal razón y teniendo en cuenta las pautas fijadas por el Consejo de Estado¹⁴ en esta clase de eventos, cada uno de los demandantes tiene derecho a indemnización por concepto de perjuicios morales, con base en la siguiente tabla:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, de conformidad con lo reglado en materia indemnizatoria en eventos en el que se configura el daño de perdida de oportunidad por falla en el servicio de salud, por habérsele truncado la expectativa de vida al joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), la condena **se reconocerá solo en el 50%** del valor definido y según lo explicado en precedencia.

Por tanto, se reconocerá por concepto de **perjuicios morales**, a favor de los demandantes María Villalba Bonilla Pérez y Orlando Bernate Bonilla, en su calidad de madre y padre de la víctima directa respectivamente, en el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

A favor del señor Luis Manuel Bernate Bonilla, en su condición de hermano del occiso, el equivalente a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7.2. Perjuicios materiales

Solicita la parte actora, se condene a las accionadas al pago de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y demás que se llegasen a probar, sin determinar cuantía alguna en el presente asunto.

No se afirmó ni se probó tampoco, que el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) desempeñara alguna actividad económica para la época de los hechos. Del expediente se observa que tenía 21 años de edad y se encontraba cursando séptimo semestre de arquitectura en la Universidad Antonio Nariño, por lo que se presume que era dependiente de sus padres, que incluso uno de ellos era el que lo tenían afiliado en salud a la EPS demandada.

Por tanto, teniendo en cuenta que en principio le faltarían 3 semestres para terminar de cursar sus estudios de pregrado y asumiendo que se graduase inmediatamente después de haberlos culminado, en promedio un semestre más para conseguir empleo, los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante sólo podrían reconocerse a partir **de julio de 2014**, que es cuando se supondría

¹³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano.
¹⁴ Ídem

que Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.) ingresaría al mercado laboral, luego de haberse graduado como Arquitecto.

Sin embargo, se advierte que no hay forma de disponer el reconocimiento de perjuicios de este orden a favor de los demandantes, ya que no demostraron que fueran auxiliados económicamente por su hijo y hermano, es más, ni siquiera lo alegaron en la demanda.

De otra parte, en las pruebas testimoniales practicadas a instancia de los demandantes nada se dijo sobre ello, señalando únicamente que era, como también lo supone el Despacho, un buen hijo y hermano, y aunque los testigos conocían a la víctima y a su familia, no señalaron que el fallecido joven Orlando Bernate Bonilla brindara ayuda económica alguna a los demandantes, por lo que la ayuda de su hijo sería una mera expectativa de que en un futuro, luego de salir al mercado laboral, los auxiliaría, lo que obliga a denegar las pretensiones encaminadas al reconocimiento de perjuicios de orden material, por no tenerse certeza de su causación.

Frente al daño emergente alegado, nada se cuantificó ni probó, por lo que tampoco está llamado a prosperar.

8. COSTAS

Al resultar prósperas las pretensiones de la demanda, es claro que la parte demandada Unión Temporal Medicol Salud 2012 ha sido vencida en el proceso (Art. 365-1 del C. G. del P.) y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art.188 del C.P.A.C.A), es menester del Despacho realizar la correspondiente condena en costas a favor de la parte demandante, para lo cual se fijará la suma de \$4.000.000 como agencias en derecho y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de las costas de los gastos procesales, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones del presente medio de control frente a los demandados Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A., Clínica Minerva S.A. en Liquidación y Clínica Tolima S.A., así como de las llamadas en garantía, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandada Unión Temporal Medicol Salud 2012, conformada por Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A., Empresa Cooperativa de Servicios de Salud – Emcosalud, y Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S., son solidaria, administrativa y patrimonialmente responsables por el daño antijurídico causado a los demandantes, por la pérdida de oportunidad de vida y de sobrevida padecida por el joven Orlando Bernate Bonilla (q.e.p.d.), fallecido el 30 de octubre de 2012.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Unión Temporal Medicol Salud 2012, conformada por Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A., Empresa Cooperativa de Servicios de Salud – Emcosalud, y Servicios Médicos Integrales

de Salud S.A.S, a pagar solidariamente como indemnización por la pérdida de oportunidad acreditada en el proceso, las siguientes sumas de dinero:

A favor de MARÍA VILLALBA BONILLA PÉREZ	La suma equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales, vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
A favor de ORLANDO BERNATE BONILLA	La suma equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales, vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
A favor de LUIS MANUEL BERNATE BONILLA	La suma equivalente a VEINTICINCO (25) salarios mínimos legales mensuales, vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada Unión Temporal Medicol Salud 2012, conformada por Médicos Asociados S.A., Colombiana de Salud S.A., Empresa Cooperativa de Servicios de Salud – Emcosalud, y Servicios Médicos Integrales de Salud S.A.S. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000) a cargo de estas.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

OCTAVO: Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

**DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

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

Código de verificación: **3f6b030b5164677daba3c9b699f0117705d17e3116ee871441f2ea810653373c**
Documento generado en 14/05/2021 02:02:14 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**